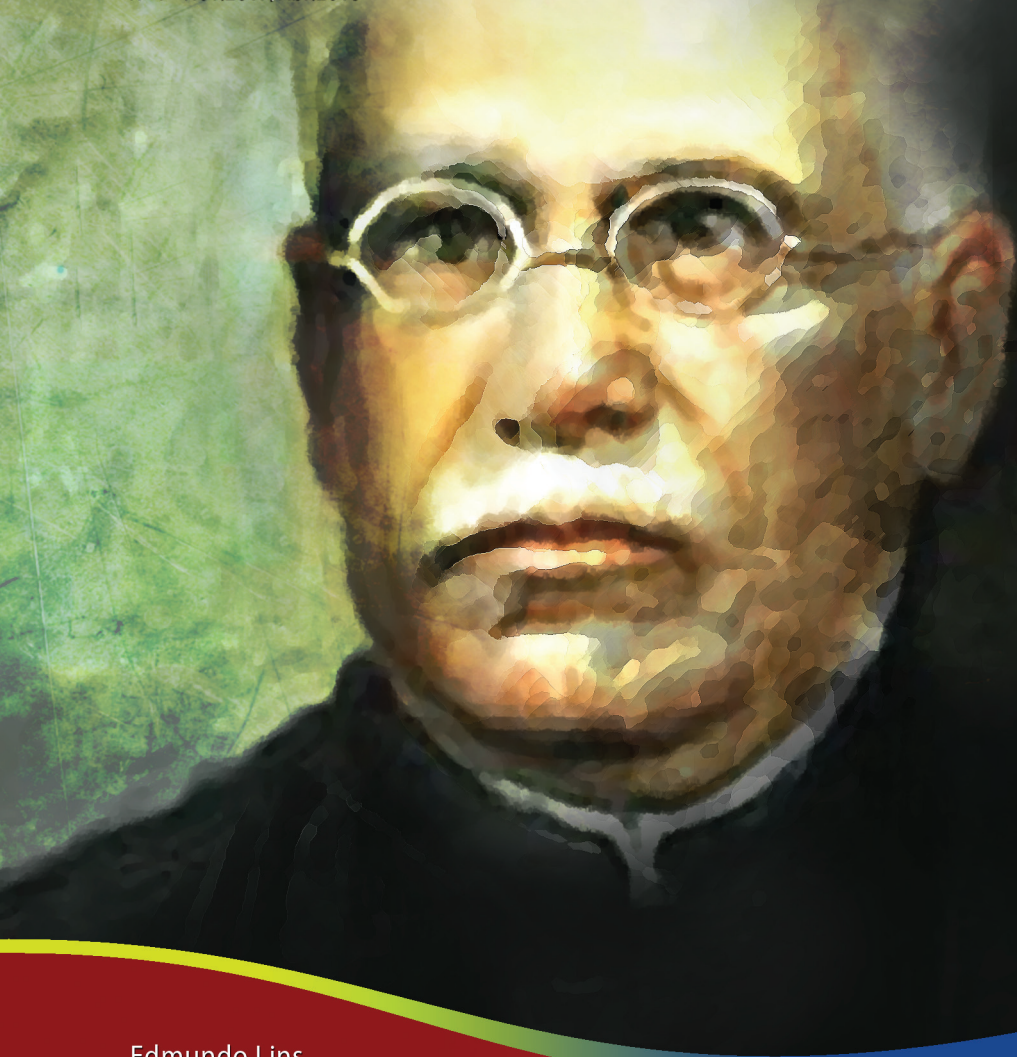


REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 27

Nº 1 - Nov.2017/Abr.2018



Edmundo Lins,
Ministro do Supremo
Tribunal Federal

**EMARF**



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 27
Nov.17./Abr.18

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 2017 - volume 27, n. 1
(nov.2017/abr.2018)

Semestral

Disponível em: <<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 Paulo da Silva Araújo Filho

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Marcus Abraham

Diretora de Cursos e Pesquisas

Desembargadora Federal Simone Schreiber

EQUIPE DA EMARF

Regina Elizabeth Tavares Marçal - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

Flávia Munic Medeiros Pereira

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana de Oliveira

Pedro Mailto de Figueiredo Lima

Thereza Helena Perbeils Marchon

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Soraya Bassini Chamun

Rayane Ferreira Machado Daher

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

Aluisio 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

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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente

Desembargador Federal ANDRÉ R. C. FONTES

Vice-Presidente

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Corregedora-Geral

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Membros

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

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

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

SUMÁRIO

VERNÁCULO OU LÍNGUA PORTUGUESA? A NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL	11
Alexandre Chini e Marcelo Moraes Caetano	
STF - ENTENDIMENTO SOBRE COMPETÊNCIA DE ATOS DO CNJ	19
Alexandre Pontieri	
O TEXTO “LEI E JUÍZO”(GESETZ UND URTEIL) DE CARL SCHMITT EM UM CONFRONTO COM O REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO	29
André R. C. Fontes	
OS DIREITOS AUTORAIS DAS OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS E A REPRODUTIBILIDADE TÉCNICA: O STATUS FÁTICO BRASILEIRO DAS ESCULTURAS	33
Caroline Dunker Fucci	
UM ESTUDO COMPARATIVO A RESPEITO DO ABORTO.....	67
Eduardo Aidê Bueno de Camargo	
ARBITRAGEM EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	89
Felipe Moutinho Cordeiro	
A INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS DIREITOS SOCIAIS: A SUBJETIVAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS À LUZ DAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM	113
Fernanda Barreto Alves e Rafael Meireles Saldanha	
MARCAS NÃO VISUAIS: A PROTEÇÃO DE MARCAS NÃO VISUAIS NO BRASIL	131
José Roberto de Almeida Junior	
UM COMBATE MAL-AJAMBRADO À CORRUPÇÃO.....	151
José-Ricardo Pereira Lira	
O SERVIÇO PÚBLICO DE COMBATE AO INCÊNDIO E AS TAXAS	159
Leonardo de Medeiros Fernandes	
DIREITO AUTORAL NO CINEMA	175
Lucas Mello Caldeira	
AS DUAS FACES DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL ..	207
Marcelo Leonardo Tavares e Ricardo José Leite Sousa	

SULLE RECENTI RIFORME IN TEMA DI MOTIVAZIONE IN BRASILE E IN ITALIA: UNA BREVE ANALISI	225
Naiara Posenato	
ASPME´SE O ACESSO AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO FORMA DE FOMENTO – UMA ABORDAGEM COMPARATIVA ENTRE O MODELO BRASILEIRO E O PORTUGUÊS ..	239
Osvir Guimarães Thomaz	
O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO FATOR DE SUPRESSÃO DO ANTIGO REGIME E IDEÁRIO DA DECLARAÇÃO DE 1789.....	261
Paula Zimbrão Pereira	
A EVOLUÇÃO DO STATUS DO PODER JUDICIÁRIO AO LONGO DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	277
Reis Friede	
MARKETING DE EMBOSCADA – ANÁLISE COMPARATIVA DO ARCABOUÇO JURÍDICO VIGENTE E A HERANÇA NORMATIVA DE LEIS TRANSITÓRIAS	309
Robert Daniel Shores	
O EMPREGO DE GAMES NO ENSINO-APRENDIZAGEM EM CIÊNCIAS JURÍDICAS	343
Rodolfo Kronenberg Hartmann e Iara Oliver	
FORMAS DE GOVERNO, SISTEMAS DE GOVERNO E RESPONSABILIDADE POLÍTICA	369
Viviane Pleyzy	

VERNÁCULO OU LÍNGUA PORTUGUESA? A NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL

Alexandre Chini, Juiz de Direito¹

*Marcelo Moraes Caetano Mestre em Letras-Estudos da
Linguagem (PUC-Rio); PhD em Letras (UERJ).²*

Este nosso texto cotejará os artigos do Antigo e do Novo Código de Processo Civil que versam sobre a utilização do idioma em que as peças processuais deverão ser redigidas. Procederemos, sempre que necessário, à hermenêutica que propicia o contraste entre os aludidos artigos e outros diplomas do ordenamento jurídico brasileiro que os aquilatem ou prejudiquem.

Consideramo-lo relevante porque, segundo nossas pesquisas, poder-se-iam ter criado problemas de base, até mesmo insolúveis, para os operadores de Justiça com o Código de 1973 no que tange à sua propositura legiferante acerca do meio de expressão reinante nos processos judiciais.

O artigo do revogado Código de Processo Civil que trata da língua em que se deve escrever todos os atos vinha assim redigido:

ARTIGO 156: Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo. (Antigo CPC, Lei 5869/1973, sublinhamos.)

Este artigo tinha sua complementação e corroboração no artigo seguinte:

ARTIGO 157: Só poderá ser junto aos autos documento em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado. (Antigo CPC, Lei 5869/1973, sublinhamos.)

¹ Professor de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira.

² Professor Adjunto de Filologia Românica e Língua Portuguesa da UERJ; Membro efetivo da Academia Brasileira de Filologia (cadeira 38) e do International PEN Club (Londres-Rio de Janeiro).

Comparado ao atual Código de Processo Civil, temos a seguinte redação:

ARTIGO 192: Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa.

Parágrafo único: O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado. (Novo CPC, Lei 13.105/2015, grifamos)

Perpassando ambos os artigos aqui comparados, sobreleva-se a vigência da atual Constituição Brasileira:

ARTIGO 13: A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil. (CRFB/1988, sublinhamos.)

E não podemos deixar de remeter à referência do Código Civil que também vige em nosso Ordenamento:

ARTIGO 224: Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País. (CC, Lei 10.406/2002, sublinhamos.)

Nossa discussão, portanto, se dará no uso terminológico dos conceitos “vernáculo” e “língua portuguesa”. Envolverá, também, conceitos de “idioma oficial” (inscrito na Constituição Federal de 1988) e seu veículo de expressão, a Gramática Normativa, cujo objeto ulterior é o domínio da norma-padrão do idioma oficial.

Ao que tudo indica, o CPC de 1973, ao usar o conceito de “vernáculo”, expresso em seu art. 156, tratava-o como sinônimo absoluto de “língua portuguesa”³.

A tradição do senso comum considera que “vernáculo” é, de fato, o uso da língua na sua modalidade escrita (em que mesmo a língua falada seguiria os moldes estruturais da língua escrita), sob o registro normativo, padrão, culto, formal; registro em que todas as peças jurídicas deverão ser redigidas, como pode ser inferido dos Artigos 284 do revogado CPC e 321 do Novo CPC. Verifiquem-se:

³ O CPC de 1973 entra em vigor sob a égide da Constituição de 1967. Nesta Carta Maior da República, assim como nas anteriores, não havia menção direta da língua portuguesa como língua ou idioma oficial do Brasil. No entanto, a partir do período de vigência da Carta de 1988, a manutenção do termo “vernáculo” no CPC de 1973 aponta que, segundo os juristas, “vernáculo” e “língua portuguesa” mantinham sinonímia, sem quaisquer incompatibilidades, algo que demonstraremos não ser verossímil.

ARTIGO 284: Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial. (Antigo CPC, Lei 5869/1973, grifamos.)

ARTIGO 321: O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial. (Novo CPC, Lei 13.105/2015, grifamos.)

No entanto, essa tradição – em que “vernáculo” encontra sinônimo em língua castiça, formal, padrão –, tradição que é por assim dizer consensual, embora consuetudinária, não poderia encontrar guarida sem a reflexão crítica que aqui nos propusemos empreender. Ocorre que o Ordenamento Jurídico brasileiro não é de base oral, costumeira, consuetudinária (embora logicamente essas não sejam fontes desusadas no julgamento), mas encontra fulcro central na chancela positiva, escrita, que requer apuro técnico e crítico elevado em relação aos termos e conceitos que o compõem.

Recorramos, portanto, aos técnicos dos estudos de língua, que, para nos atermos aos mais proeminentes, são os filólogos, os gramáticos, os lexicógrafos e os linguistas. Com base na constatação de alguns desses especialistas, observaremos que a utilização do termo “vernáculo”, no CPC de 73, como dissemos, poderia ter acarretado sérios problemas à propositura de ações.

Fernando Tarallo, em sua obra *A pesquisa Sociolinguística*, assim se expressa:

A língua falada. O vernáculo

[...] a língua falada a que nos temos referido é o veículo linguístico de comunicação usado em situações naturais de interação social, do tipo face a face. É a língua que usamos em nossos lares ao interagir com os demais membros da família. É a língua usada nos botequins, clubes, parques, rodas de amigos; nos corredores e pátios das escolas, longe da tutela dos professores.

[...]

Em suma, a língua falada é o vernáculo: a enunciação e expressão de fatos, proposições, ideias (o que) sem a preocupação de como enunciá-los. Trata-se, portanto, dos momentos em que o mínimo de atenção é prestado à língua, ao como da enunciação. (TARALLO, 1999: 19, sublinhamos; os grifos são originários.)

Eduardo Kenedy, em *Curso Básico de linguística gerativa*, corrobora-o:

Vernáculo é o conceito usado na linguística para identificar a língua natural e espontânea dos indivíduos, adquirida na infância durante o processo de aquisição da linguagem. O vernáculo é anterior à influência sociocultural padronizante da escola e do letramento, sendo, assim, considerada como a instância mais natural de uma língua. (KENEDY, 2013: 92)

Antonio Houaiss, em *O português no Brasil: pequena enciclopédia da cultura brasileira*, vai além na discussão, ao propor a distinção entre “língua de cultura” (que podemos igualmente chamar “língua de ciência”) e “língua vernácula”.

Uma língua – qualquer que seja ela, mas, em particular, de cultura –, uma língua de cultura é um universo de práticas de comunicação e expressão linguageiras que só se fazem compreender dentro de certos limites de análise, mais ou menos numerosos.

[...]

A preliminar é que, por ser de cultura, e cultura gráfica, isto é, escrita, é possível escrever dezenas, centenas, milhares, milhões de frases em português que não tem geografia, isto é, que servem para todos os que sabem ler o português, como se fossem eles mesmos os escreventes [...]. (HOUAISS, 1988: 10)

O conceito de língua de cultura ou língua de ciência, como se percebe, é atrelado diretamente ao conceito de Gramática Normativa, como se infere do Artigo 321 do Novo CPC, acima exposto. A língua de cultura ou de ciência transcende as fronteiras geográficas de uma nação, como o esboçou Antonio Houaiss, e é, ao mesmo tempo, como o célebre filólogo e lexicógrafo também mostrou (precedido por nós neste texto), basicamente a “língua na sua modalidade escrita (em que mesmo a língua falada seguiria os moldes estruturais da língua escrita), sob o registro normativo, padrão, culto, formal”.

Ao lado desse fato social, relevamos, mais uma vez, que a imprecisão terminológica não pode ser tolerada nas searas científicas, incluindo-se a

ciência jurídica, instaurada, em nossos trabalhos (cf. CHINI; CAETANO), dentro da Epistemologia como um todo. A imprecisão, em ciências, acarretaria o que abaixo expomos em um de nossos artigos recentemente publicados:

Para lidarmos com ensino de Gramática Normativa, é preciso antes de tudo atravessar-se o que Hugo Schuchardt (1992), um dos pais da Filologia, celebrenemente alertou representar para o cientista o mesmo perigo que o nevoeiro acarreta para o comandante de um navio: a imprecisão e a despreocupação com o rigor técnico que deveria ser emprestado aos termos com que se quer operar. Assim, para começarmos, os próprios conceitos de “norma” e de “gramática”, básicos à expressão deste texto, apresentam polissemias e imprecisões que dificultam — ou impossibilitam — uma discussão franca entre alunos e professores (e entre professores uns com os outros) que venha a render resultados úteis e merecedores de debate real, ou seja, aquele em que todos saiam ganhando, sobretudo o aluno.

[...]

Cidadania é conceito que pode ser definido como a relação recíproca entre o Estado e o indivíduo. Bakhtin enfatizou as políticas de ensino como ferramentas indispensáveis à sua consecução. Paulo Freire também o fez.

Uma das necessidades do desenvolvimento das competências intelectivas e emotivas da Gramática Padrão de uma língua reside precisamente no fato de que esse desenvolvimento é sine qua non ao acesso à cidadania plena. Assim, o ensino desta Gramática específica deverá ser levado a termo e tornado possível por meios que levem o aluno, dialeticamente, a pensar o mundo com o auxílio inevitável das linguagens coloquial e padrão, concretizadas na língua. (CAETANO, 2017: 293-296)

Portanto, a Gramática Normativa é o veículo pelo qual o conceito de “idioma oficial”, que a CRFB/1988 traz em seu Artigo 13, como mostramos, pode erigir-se. A língua oficial de um País, portanto, para transcender o *continuum* geográfico a que alude Antonio Houaiss, precisa lastrear-se num código ou ordenamento linguístico que o torne compreensível unitariamente (unidade linguística) por sobre as inúmeras manifestações discursivas que atravessam as práticas dos povos que falem aquela língua (diversidade linguística).

E é justamente a Gramática Normativa, juntamente com o Dicionário, o compêndio que permite que uma língua de cultura ou de ciência seja estruturada de maneira que possa atravessar as diversidades linguísticas para firmar documentos científicos, acadêmicos, historiográficos etc. A inabilidade

sobre a Gramática Normativa, portanto, numa língua de cultura ou de ciência, ocasiona a falta de acesso pleno à cidadania do povo que dela se imbuí, uma vez que retira da pessoa inábil a possibilidade de ler ou escrever na modalidade da norma-padrão, indispensável à fatura dos documentos oficiais de que se tem falado neste texto.

Cabe ressaltar, aqui, que a Lei 9.099/1995, a Lei dos Juizados Especiais, não abona supostamente o descuro com a norma-padrão do idioma em seu Artigo 14, assim expresso:

Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.

§ 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível:

I - o nome, a qualificação e o endereço das partes;

II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta;

III - o objeto e seu valor. (Lei 9.099/1995, sublinhamos.)

O fato é que, quando o legislador afigura na Lei a expressão “de forma simples e em linguagem acessível”, sua intenção é permitir a clareza e a objetividade do pedido, a fim de facilitar a resposta do réu⁴, bem como a compreensão e participação daqueles que não tem conhecimento jurídico⁵. Esse dispositivo legal, portanto, não deve ser interpretado como permissivo ao uso de linguagem coloquial, informal.

Voltando à distinção entre a língua oficial e a língua vernácula, Antonio Houaiss expõe, agora, o conceito de “vernáculo”, em contraposição ao conceito que já expusemos do mesmo Autor, quando versava sobre a importância da modalidade escrita – atrelada ao conhecimento de Gramática Normativa – que toda língua de cultura ou de ciência pressupõe. Vejamos:

Sejamos diretos: não escondemos a convicção de que nossa é a língua portuguesa, porque é de quem a fala a partir de seu nascimento – o que é dito como língua vernácula.

[...]

Na extensão do nosso território, podemos dizer que é uma língua comum, que subsiste como tal para a imensa maioria da população,

⁴ Luiz Fux, Manual dos Juizados Especiais Cíveis, editora Destaque, pag. 48.

⁵ Felipe Borring Rocha, Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, editora Atlas, 8ª edição, pag. 33.

embora saibamos que é um grande número de minorias linguísticas aqui conviventes. Na prática, podemos dizer que nossa língua aqui considerada é a vernácula – a que se aprende em casa a partir do nascimento – para a grande maioria, havendo minorias que têm vernáculos próprios (e cuja segunda língua é a da maioria). O Brasil apresenta-se, sob tal visão, como uma imensa maioria de unilíngues – pois ou só falam a nossa língua comum ou só falam sua língua indígena – e pequenas (mais ou menos) minorias bilíngues – pois falam o “seu” vernáculo e a “nossa” comum”. (HOUAISS, 1999: 9-11, sublinhamos; os grifos são originários.)

Segundo a interpretação do trecho imediatamente acima, percebe-se claramente que a língua comum (ou oficial) de uma nação não é necessariamente a língua vernácula de todas as comunidades discursivas ou células sociais que perfazem esta nação. Fica claro que, ao lado de termos como língua comum-oficial a língua portuguesa, há vernáculos outros que compõem o mosaico linguístico do Brasil, como as muitas línguas indígenas viventes em nosso território, assim como as línguas vernáculas estrangeiras de imigrantes que hoje vivem sob a cidadania brasileira.

Portanto, se utilizássemos “vernáculo” como sinônimo irrestrito de “língua portuguesa” no nosso Ordenamento Jurídico, incorreríamos numa possível imprecisão terminológica que poderia abrir azo, por exemplo, a que um habitante do Brasil escrevesse uma peça processual em “sua” língua vernácula – tanto no sentido levantado pelo sociolinguista Tarallo e pelo linguista Kenedy, como no apontado pelo filólogo Houaiss –, uma língua que poderia, explicitando-se, ser distensa, coloquial, informal, bem como estrangeira em relação à língua portuguesa (como as indígenas e a dos imigrantes), mas aprendida de nascença por quem propôs a peça processual em questão.

Para concluirmos, a CRFB/1988 foi bastante precisa ao usar o conceito “língua portuguesa” em seu Artigo 13. A língua portuguesa é uma língua de cultura ou de ciência; requer, para tanto, o domínio da Gramática Normativa, gênero discursivo em que a unidade linguística é compendiada sobre as diversidades discursivas; tem como padrão a modalidade escrita, no registro formal, escolar, letrado, tenso; é a língua comum e a língua oficial do território brasileiro; é a língua em que se escrevem documentos oficiais, científicos, de chancelaria, históricos, escolares; não pode – e não deve – ser confundida com a imprecisão terminológica que o conceito de “vernáculo”, timbrado no Código de Processo Civil de 1973, poderia acarretar, com sérios prejuízos, quiçá insolúveis, ao Julgador.

REFERÊNCIAS

- CAETANO, Marcelo Moraes. "Muitas gramáticas, muitas normas: por que ensinar língua padrão". Revista Entrepalavras / Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, edição 11, v. 6, n. 2. p. 292-306, 2017. < <http://www.entrepalavras.ufc.br/revista/index.php/Revista/issue/view/14/showToc>> Acesso em 27 de fevereiro de 2017
- BORRING, Felliipe Rocha. Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, editora Atlas, 8ª Edição.
- FUX, Luiz. Manual dos Juizados Especiais Cíveis, editora Destaque.
- HOUAISS, Antonio. O português no Brasil. Pequena enciclopédia da cultura brasileira. 2. Edição, Rio de Janeiro: UNIBRADE, UNESCO, EDUERJ, 1988.
- KENEDY, Eduardo. Curso básico em linguística gerativa. São Paulo: Contexto, 2013.
- TARALLO, Fernando. A pesquisa sociolinguística. 6. Edição. São Paulo: Editora Ática, 1999.

STF - ENTENDIMENTO SOBRE COMPETÊNCIA DE ATOS DO CNJ

Alexandre Pontieri - Advogado¹

O § 1º, do artigo 4º, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ), dispõe que “dos atos e decisões do Plenário não cabe recurso”.

Também não há no Regimento Interno do CNJ a previsão de embargos de declaração.

Apenas a título comparativo, registramos que o Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público (RICNMP) prevê a possibilidade de embargos de declaração em seu artigo 6º, e em capítulo próprio no artigo 156 e §§².

O que temos no ordenamento é que não cabendo nenhum recurso das decisões do Plenário do CNJ, nem sequer embargos de declaração - como

¹ Advogado com atuação nos Tribunais Superiores (STF, STJ, TST e TSE), no Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) e, especialmente, no Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Consultor da área tributária com foco principalmente no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF); Pós-Graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UniFMU, em São Paulo; Pós-Graduado em Direito Penal pela ESMP-SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

² “Art. 6º Dos atos e decisões do Plenário não cabe recurso, salvo embargos de declaração.”

“(…) Art. 156 Das decisões do Plenário e do Relator cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão, contradição ou erro material.

§ 1º Os embargos de declaração serão interpostos pela parte interessada por escrito, no prazo de cinco dias.

§ 2º Os embargos de declaração de acórdãos serão submetidos, em mesa, à deliberação do Plenário pelo Relator ou pelo seu Redator, conforme o caso.

§ 3º Os embargos de declaração de decisão do Relator serão decididos monocraticamente.

§ 4º O Relator poderá, fundamentadamente, deixar de atribuir efeito suspensivo aos embargos de declaração.

§ 5º Os embargos de declaração manifestamente improcedentes ou protelatórios ensejarão o pronto reconhecimento, pelo Plenário, de se ter por exaurida a competência do Conselho, devendo o trânsito em julgado ser certificado, autorizando-se o imediato cumprimento do acórdão embargado.

§ 6º Verificando o Relator que os embargos possuem potenciais efeitos infringentes, cujo acolhimento poderá resultar em modificação da decisão recorrida, abrirá vista ao embargado para que, querendo, manifeste-se, no prazo de cinco dias. (Acrescentado pela Emenda Regimental nº 02, de 4 de agosto de 2014).”

indicado acima, não resta alternativa às partes que queiram buscar outros caminhos processuais a não ser eventualmente impetrar mandado de segurança no STF (ou outras ações de competência originária do STF - “habeas data”, “habeas corpus”, ou mandado de injunção), ou, então, propor ação ordinária perante a Justiça Federal – esses são os caminhos processuais que temos visto ocorrer no ordenamento jurídico.

Mas, dúvidas processuais surgem quanto ao ajuizamento de ações contra decisões do Plenário do CNJ. Há partes que entendem ser cabível a impetração de mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, e há partes que entendem pelo ajuizamento de ações ordinárias perante a Justiça Federal.

É necessário que cada caso seja analisado individualmente para o correto manejo processual – aqui, como se trata de artigo, não é possível indicar efetivamente qual o correto mecanismo processual a ser adotado – cada caso deve ser analisado individualmente dentro de suas peculiaridades.

Certo é que o eg. STF já decidiu que para julgar atos do Conselho Nacional de Justiça é necessário o reconhecimento de sua competência originária apenas quando se cuidar de impetração de mandado de segurança, de “habeas data”, de “habeas corpus”, ou de mandado de injunção nas situações em que o CNJ for apontado como órgão coator.

O julgamento da Ação Originária (AO) 1706, de relatoria do Ministro Celso de Mello, é o paradigma dessa tese:

“E M E N T A: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) – CAUSAS DE NATUREZA CIVIL CONTRA ELE INSTAURADAS – A QUESTÃO DAS ATRIBUIÇÕES JURISDICIONAIS ORIGINÁRIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (CF, ART. 102, I, “r”) – CARÁTER ESTRITO E TAXATIVO DO ROL FUNDADO NO ART. 102 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – REGRA DE COMPETÊNCIA QUE NÃO COMPREENDE QUAISQUER LITÍGIOS QUE ENVOLVAM IMPUGNAÇÃO A DELIBERAÇÕES DO CNJ – RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APENAS QUANDO SE CUIDAR DE IMPETRAÇÃO de mandado de segurança, de “habeas data”, de “habeas corpus” (se for o caso) ou de mandado de injunção NAS SITUAÇÕES EM QUE O CNJ (órgão não personificado definido como simples “parte formal”, investido de mera “personalidade judiciária” ou de capacidade de ser parte) FOR APONTADO como órgão coator – LEGITIMAÇÃO PASSIVA “AD CAUSAM” DA UNIÃO FEDERAL NAS

DEMAIS HIPÓTESES, PELO FATO DE AS DELIBERAÇÕES DO CNJ SEREM JURIDICAMENTE IMPUTÁVEIS À PRÓPRIA UNIÃO FEDERAL, QUE É O ENTE DE DIREITO PÚBLICO EM CUJA ESTRUTURA INSTITUCIONAL SE ACHA INTEGRADO MENCIONADO CONSELHO – COMPREENSÃO E INTELIGÊNCIA DA REGRA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA INSCRITA NO ART. 102, I, “r”, DA CONSTITUIÇÃO – DOCTRINA – PRECEDENTES – AÇÃO ORIGINÁRIA NÃO CONHECIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A competência originária do Supremo Tribunal Federal, cuidando-se de impugnação a deliberações emanadas do Conselho Nacional de Justiça, tem sido reconhecida apenas na hipótese de impetração, contra referido órgão do Poder Judiciário (CNJ), de mandado de segurança, de “habeas data”, de “habeas corpus” (quando for o caso) ou de mandado de injunção, pois, em tal situação, o CNJ qualificar-se-á como órgão coator impregnado de legitimação passiva “ad causam” para figurar na relação processual instaurada com a impetração originária, perante a Suprema Corte, daqueles “writs” constitucionais. Em referido contexto, o Conselho Nacional de Justiça, por ser órgão não personificado, define-se como simples “parte formal” (Pontes de Miranda, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo I/222-223, item n. 5, 4ª ed., 1995, Forense; José dos Santos Carvalho Filho, “Manual de Direito Administrativo”, p. 15/17, item n. 5, 25ª ed., 2012, Atlas, v.g.), revestido de mera “personalidade judiciária” (Victor Nunes Leal, “Problemas de Direito Público”, p. 424/439, 1960, Forense), achando-se investido, por efeito de tal condição, da capacidade de ser parte (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “Código de Processo Civil”, p. 101, 5ª ed., 2013, RT; Humberto Theodoro Júnior, “Curso de Direito Processual Civil”, vol. I/101, item n. 70, 54ª ed., 2013, Forense; Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “Código de Processo Civil Comentado”, p. 233, item n. 5, 13ª ed., 2013, RT, v.g.), circunstância essa que plenamente legitima a sua participação em mencionadas causas mandamentais. Precedentes. - Tratando-se, porém, de demanda diversa (uma ação ordinária, p. ex.), não se configura a competência originária da Suprema Corte, considerado o entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, manifestado, inclusive, em julgamentos colegiados, eis que, nas hipóteses não compreendidas no art. 102, I, alíneas “d” e “q”, da Constituição, a legitimação passiva “ad causam” referir-se-á, exclusivamente, à União Federal, pelo fato de as deliberações do Conselho Nacional de Justiça serem juridicamente imputáveis à própria União Federal, que é o ente de direito público em cuja estrutura institucional se acha integrado o CNJ. Doutrina. Precedentes” (AO 1706 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014).

Na mesma esteira de pensamento diversos outros precedentes do STF trataram sobre a matéria:

“Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, “R”, DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada inclusive por decisão unânime do Plenário, é no sentido de que as “ações” a que se refere o art. 102, I, “r”, da Constituição, são apenas as ações constitucionais de mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e habeas corpus (AO 1706 AgR/DF, Min. Celso de Mello, Dje de 18.02.2014). As demais ações em que se questionam atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ ou do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP submetem-se, conseqüentemente, ao regime de competência estabelecido pelas normas comuns de direito processual, com as restrições e limitações previstas nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei 8.347/92 e art. 1º da Lei 9.494/97. 2. Agravo regimental improvido” (ACO 2350 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 19/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 03-10-2014 PUBLIC 06-10-2014).

“Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, “R”, DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada inclusive por decisão unânime do Plenário, é no sentido de que as “ações” a que se refere o art. 102, I, “r”, da Constituição são apenas as ações constitucionais de mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e habeas corpus (AO 1706 AgR/DF, Min. Celso de Mello, Dje de 18.02.2014). As demais ações em que se questionam atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ ou do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP submetem-se, conseqüentemente, ao regime de competência estabelecido pelas normas comuns de direito processual, com as restrições e limitações previstas nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei 8.347/92 e art. 1º da Lei 9.494/97. 2. Agravo regimental improvido” (AC 3511 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 29-08-2014 PUBLIC 01-09-2014).

“Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, “R”, DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo previsto pelo art. 317, RISTF, considerada a regra

do art. 188 do CPC. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada inclusive por decisão unânime do Plenário, é no sentido de que as “ações” a que se refere o art. 102, I, “r”, da Constituição, são apenas as ações constitucionais de mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e habeas corpus (AO 1706 AgR/DF, Min. Celso de Mello, Dje de 18.2.2014). As demais ações em que se questionam atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ ou do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP submetem-se, conseqüentemente, ao regime de competência estabelecido pelas normas comuns de direito processual, com as restrições e limitações previstas nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei 8.347/92 e art. 1º da Lei 9.494/97. 3. Agravo regimental interposto pela União não conhecido. Agravo regimental interposto pelos demandantes improvido” (AO 1679 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 09-09-2014 PUBLIC 10-09-2014).

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. AÇÃO AJUIZADA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 102, INC. I, AL. R, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES: AO 1.706-AGR/DF E ACO 2.373/DF. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ACO 1864 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 09/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17-09-2014 PUBLIC 18-09-2014).

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO ORIGINÁRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO POR REMOÇÃO NA TITULARIDADE DE SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS. INCOMPETÊNCIA DO STF PARA JULGAMENTO DA AÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO TRIBUNAL PLENO NO JULGAMENTO DA AO 1.706, REL. MIN. CELSO DE MELLO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF SOMENTE NAS HIPÓTESES DE MANDADO DE SEGURANÇA, DE HABEAS DATA, DE HABEAS CORPUS OU DE MANDADO DE INJUNÇÃO CONTRA O CNJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (AO 1933 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014).

“COMPETÊNCIA – AÇÃO – RITO ORDINÁRIO – UNIÃO – MÓVEL – ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cabe à Justiça Federal processar e julgar ação ajuizada contra a União presente ato do Conselho Nacional de Justiça. A alínea “r” do inciso I do artigo 102 da Carta da República, interpretada de forma sistemática, revela a competência do Supremo

apenas para os mandados de segurança” (AO 1814 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02-12-2014 PUBLIC 03-12-2014).

“Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (ART. 535 DO CPC). AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, “R”, DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. De acordo com o estatuído no art. 535 do Código de Processo Civil, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição ou omissão da decisão atacada. Impossibilidade de rediscutir questões já decididas. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada inclusive por decisão unânime do Plenário, é no sentido de que as “ações” a que se refere o art. 102, I, “r”, da Constituição, são apenas as ações constitucionais de mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e habeas corpus (AO 1706 AgR/DF, Min. Celso de Mello, Dje de 18.02.2014). As demais ações em que se questionam atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ ou do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP submetem-se, conseqüentemente, ao regime de competência estabelecido pelas normas comuns de direito processual, com as restrições e limitações previstas nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei 8.347/92 e art. 1º da Lei 9.494/97. 3. Embargos de declaração opostos pelos demandantes rejeitados. Embargos de declaração opostos pela União providos para conhecer do agravo regimental e negar-lhe provimento” (AO 1679 AgR-ED, Relator(a): Min. TEORIZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2014 PUBLIC 17-12-2014).

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO PARA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. DELIBERAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 102, INC. I, AL. R, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES: ACO 1.680-AGR/AL E AO 1.814/MG. COMPETÊNCIA DECLINADA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ACO 2247 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 27-03-2015 PUBLIC 30-03-2015).

“EMENTA Agravo regimental em ação ordinária. Demanda proposta em face do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Incompetência do Supremo Tribunal Federal para apreciar originariamente a demanda manejada pela via ordinária. Jurisprudência prevalecente da Corte. Conteúdo do ato emanado pelo CNJ que não atrai a competência do STF. Agravo não provido. Remessa ao juízo competente. 1. A jurisprudência prevalecente do STF está orientada no sentido de que a competência prevista no art.

102, inciso I, alínea r, da Constituição Federal alcança apenas as demandas manejadas por meio de ações de natureza mandamental (mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e habeas corpus). Tratando-se de demanda em face do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) manejada pela via ordinária, sua apreciação compete à Justiça Federal de primeira instância, e não ao Supremo Tribunal Federal. Entendimento firmado pelo Plenário na AO nº 1.706-AgR/DF. 2. Ainda que se adote, na interpretação do art. 102, I, r, da CF/88, a posição externada pelo Ministro Dias Toffoli na AO nº 1.814-QO/MG e na ACO nº 1.680-AgR/AL, que considera essencialmente o conteúdo do ato impugnado, demandas que respeitem às serventias extrajudiciais fiscalizadas pelos tribunais locais não se inserem dentre as matérias que devem ser reservadas à apreciação originária da Corte, uma vez que, em tais casos, a atividade disciplinadora ou fiscalizadora do CNJ em relação aos serviços auxiliares repercute apenas reflexamente sobre os tribunais. 3. Agravo não provido” (AO 1874 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 27-04-2015 PUBLIC 28-04-2015).

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO ORIGINÁRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA PELO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CNMP. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO, SEM CARÁTER MANDAMENTAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 102, I, R, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCOMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A competência desta Corte para conhecer e julgar ações que questionam atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP se limita às ações tipicamente constitucionais: mandados de segurança, mandados de injunção, habeas corpus e habeas data. Precedentes: AO 1.814-QO/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 03/12/2014; AO 1.706-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 18/02/2014. 2. In casu, como se trata de ação ordinária, não se configura a competência originária desta Corte para processar e julgar o feito. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AO 1692 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-115 DIVULG 16-06-2015 PUBLIC 17-06-2015).

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO PROPOSTA POR SINDICATO CONTRA A UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (Rcl 16520 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma,

julgado em 23/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 07-08-2015 PUBLIC 10-08-2015).

Oportuno destacar que o eg. STF já decidiu pelo cabimento da Justiça Federal em processar e julgar ações ajuizadas contra a União Federal quando presente atos do CNJ (AO 1874, de relatoria do Ministro Dias Toffoli – precedente mencionado acima).

Na mesma esteira de pensamento outros precedentes:

“COMPETÊNCIA – AÇÃO – RITO ORDINÁRIO – UNIÃO – MÓVEL – ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cabe à Justiça Federal processar e julgar ação ajuizada contra a União presente ato do Conselho Nacional de Justiça. A alínea “r” do inciso I do artigo 102 da Carta da República, interpretada de forma sistemática, revela a competência do Supremo apenas para os mandados de segurança.”

“Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, resolveu a questão de ordem para assentar a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição Federal. Ausente, Justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), no exercício da Presidência da República. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 24.09.2014.”

E mais:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, R, DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Não se enquadra na competência originária do Supremo Tribunal Federal, de que trata o art. 102, I, r, da CF, ação de rito comum ordinário, promovida por detentores de delegação provisória de serviços notariais, visando à anulação de atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ sobre o regime dos serviços das serventias (relação de vacâncias, apresentação de balancetes de emolumentos e submissão a teto remuneratório).

Agravos regimentais improvidos.”

“Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento aos agravos regimentais. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), no exercício da Presidência da República. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 24.09.2014.”

Ou seja, pelos diversos precedentes que temos do Supremo Tribunal Federal, das decisões Plenárias do CNJ haverá duas alternativas processuais: ações para o STF (mandado de segurança, “habeas data”, “habeas corpus”, ou mandado de injunção); ou ações para a Justiça Federal – lembrando sempre da necessidade de se avaliar cada caso individualmente para se saber qual(is) o(s) mecanismo(s) processual(ais) adequado(s).

Assim, caso o STF não seja, ou entenda não ser competente para julgar litígios que envolvam impugnações a deliberações do CNJ (reconhecimento da competência originária do STF), parece-nos que é perfeitamente cabível a propositura de ações ordinárias perante a Justiça Federal – em perfeita harmonia com os diversos entendimentos do eg. STF.

O TEXTO “LEI E JUÍZO” (GESETZ UND URTEIL) DE CARL SCHMITT EM UM CONFRONTO COM O REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

André R. C. Fontes*

Para compreender a estrutura jurídica complexa do estudo “Lei e juízo” (*Gesetz und Urteil*) de Carl Schmitt é necessário analisar sua formação e história pessoal. Laureado na Estrasburgo alemã, conheceu como docente e diretor um dos mais renomados juristas e representante do pensamento jurídico de sua época: Andreas von Tuhr. A experiência jurídica da Alemanha alcançou limites que não encontravam nenhum paralelo na História do Direito, e Carl Schmitt foi disciplinado na rigidez da dogmática alemã. Para se ter uma exata compreensão do significado dessa dogmática e de seu alcance e dimensão, deve-se levar em conta que a universidade alemã era o grande motor que impulsionava o conhecimento renovado do Direito na Alemanha e, porque não dizer, de todo o mundo naqueles tempos. Um exemplo dessa afirmação é a totalidade de uma disciplina jurídica chamada *História do direito privado moderno*, cujo conteúdo, em sua passagem por Estrasburgo, rendeu-lhe toda renovação do conhecimento desenvolvido na Alemanha de sua época, na emblemática figura do *direito subjetivo*, o produto mais refinado do pensamento jurídico continental, e pedra angular de todo o ordenamento jurídico.¹

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

¹ Apresentação do tradutor. Andreas von Tuhr, *Parte general del derecho civil* Trad. Wenceslao Roces Granada: Comares, 2006. p. VI. Franz Wiacker. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação

O sistema jurídico continental, o qual o Brasil integra, é denominado, tecnicamente, de *romano-germânico*, justamente pela determinante contribuição dos pensadores alemães desse período, que engloba a formação de Schmitt. Traduz o termo *romano-germânico*, muito mais que um incremento histórico, a formação continuada e amalgamada da História do Direito desde Roma antiga, mediante o desenvolvimento de uma essência edificada pelo gênio do jurista, que desempenha um papel acima dos limites geográficos do país, e que seguiu em um desenvolvimento aparentemente intérmino.²

A maior parte dos estudos jurídicos continentais não faz diferença entre os estudos desenvolvidos na Alemanha e o núcleo duro do sistema romano-germânico, além de afirmar, de modo específico, o caráter decisivo da contribuição dos juristas alemães. Relativamente às formulas que ignoram essa mencionada contribuição germânica, afirmam alguns autores em uma outra perspectiva, ou mais importante ainda em um verdadeiro contraponto, um confronto com o conteúdo do conhecimento e das reflexões indicadas desses autores alemães. É o caso da literatura escandinava, que, sem adotar integralmente a formulação alemã, dela se associa (ou opera em torno dela) para desenvolver-se e receber a designação genérica de Realismo Jurídico Escandinavo. Alf Ross seria um exemplo de tal influência, pois tornou-se aluno de Hans Kelsen e em sua terra natal, a Dinamarca, desenvolveu uma teoria da validade social da norma em detrimento da orientação do Positivismo Normativista kelseniano, que assentava a ideia da validade de uma norma a partir de outra norma. Ross é o mais destacado representante da Escola de Copenhague, que normalmente é contraposta a outra escola do Realismo Escandinavo, a Escola de Uppsala, que tem como principais representantes Hägerström, Lundstedt e Olivecrona. O primeiro mencionado, Axel Hägerström, chegou a influenciar Alf Ross ao chamar a atenção para o vazio

Calouste Golbenkian, 1980. p. 59. Juan M. Alterini, S. Picasso e J. Waintraub, *Instituciones de derecho privado moderno. Problemas y propuestas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 200. Gerhard Wesenberg, Gunter Wesener. *Historia del derecho privado y moderno en Alemania y Europa*. Trad. José Javier de los Mozos Tourya. Valadolide: Lex Nova, 1998. José Luis de los Mozos. *Metodología y ciencia del derecho privado moderno*. Madri: Editoriales de derecho reunidos, 1977. Georg Jellinek. Trad. Caetano Vitagliano. Milão: Societá Editrice Bibraria, 1912. passim. Jean Dabin. *El derecho subjetivo*. Granada: Comares, 2006. Diego Medina Morales. *El derecho subjetivo em Hans Kelsen*. Córdoba: Universidade de Córdoba, 2005. Georg Jellinek. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Trad. Gaetano Vitagliano. Milão: Societá Editrice Libraia, 1912. passim. Carlos David Santos Aarão Reis. *Decisões de direito privado na justiça federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 86. Rudolf Stammler. *Economia y derecho según la concepción materialista de la historia*. Trad. W. Roces. Madri: Reus, 1929. p. 232.

² Carlos David Santos Aarão Reis. *A elaboração do BGB: homenagem no centenário do Código Civil Alemão*. Doutrina 1. Niterói: Instituto de Direito, 1996. p. 156. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 36.

das especulações metafísicas no campo do Direito e da Moral. Mas foi Hans Kelsen quem iniciou Ross na Filosofia do Direito e na formação de seu pensamento. Karl Olivecrona não somente era influenciado pela Alemanha, como nutria simpatias pelo Nazismo.³

Ao elaborar suas conclusões, toma Schmitt em consideração e como ponto de partida os problemas estabelecidos em sua época. Antes de apresentar elementos de sua noção científica, parece Schmitt reconhecer as noções mais gerais e conceituais do ambiente em que vive. E o livro, formado ou não na cartilha dos seus contemporâneos, ainda que não se apresente segundo as exigências de sua época, não tem outro propósito, senão de oferecer, com suas próprias palavras, as suas aspirações, e não tornar-se uma repetição do programa da velha literatura, que moldava em nova literatura a cada tese, a cada obra lançada, segundo suas linhas questionadoras.⁴

O livro é pródigo em novas conclusões e ideias. Assenta a compreensão no papel primordial do fator jurisprudencial na elaboração de uma decisão judicial. Schmitt analisa, pela primeira vez, a partir de posições jurídicas, uma decisão correta, no decurso da qual a correção de uma sentença deixa de ser um problema de *justiça*, para se tornar um problema do *Direito*. O desenvolvimento da produção jurídica tem, segundo elucidou Schmitt, como resultado jurídico a formação de grandes diretrizes jusfilosóficas dos juízos e julgamentos. Essas diretrizes, por sua vez, orientam e norteiam outras soluções, que são, nesse mesmo padrão conceitual, orientadas por elas e serão refletidas em outras, - o que entendemos como por *ato jurídico*, de Direito Civil, para tornar-se *ato administrativo*, portanto, de Direito Administrativo, seria um bom exemplo.⁵

A obra impressiona ainda hoje, a despeito de não ter sido traduzida, de manter-se somente em sua versão original, na língua alemã, mas parece ter estimulado muitas pessoas da área a estudar o juízo de uma sentença, por exemplo, e a participar, ativamente, da discussão sobre o significado de uma decisão correta. Para isso contribuiu o estilo claro, emocional e metafórico com que o material foi exposto, inerente às obras de Schmitt.⁶

³ Karl Larenz. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Franz Wieacker. História do direito privado moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. Sobre as relações do Direito dinamarquês com o alemão cf. Alf Ross. Direito e justiça. São Paulo: Edipro, 2000. passim. Alf Ross. Direito e Justiça. São Paulo: Edipro, 2003. passim.

⁴ Pedro Hermirio Villas Bôas Castelo Branco. Uma leitura da obra Secularização Inacabada. Curitiba: Appris, 2011. Carl Schmitt. Teoria de la constitución. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 265.

⁵ Hasso Hofmann. Legittimità contro legalità. Trad. Roberto Miccú. Nápoles: ESI, 1999. p. 66.

⁶ Julien Freund. Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt, 2ed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. p. 56.

Schmitt dava grande valor ao livro, assinalando que nem antes, nem depois de 1920, tinha aparecido uma descrição tão brilhante e tão autêntica do significado de uma decisão correta. Seria justo afirmar, ainda que sem demonstrar, que a análoga solução que a prática jurídica apresenta em nossos dias ao se reportar a uma decisão anterior para justificar outra, permite compreender como Schmitt, já naquela época, vislumbrava uma concepção estritamente jurídica para o problema de uma decisão correta.⁷

Em conclusão, frisemos que a nova concepção de juízo (de uma sentença), a partir de uma outra decisão, solução a qual Schmitt chegou, não surgiu por acaso. O seu aparecimento foi historicamente inevitável no que poderíamos chamar de linha de entendimento e conhecimento de Schmitt. Era necessário a Schmitt, que saía para um cenário jurídico consolidado e intolerável, preparar-se para as primeiras discussões sérias contra o mundo que ele queria contraditar ou contradizer. Necessário era uma bússola, e como um programa de ação para a luta futura, a crítica contra o Estado liberal nas suas múltiplas e contraditórias soluções judiciais, a mais característica forma de decisão que o jurista conhece, a decisão *judicial*.⁸

⁷ Cássio Corrêa Benjamim, Eron Geraldo Souza. O problema da interpretação em kelsen. p. 145.

⁸ Carl Schmitt. Risposte a Norimberga. Bari: Laterza, 2006. passim. Adalgiso Amendola faz uma leitura de um decisionismo nostálgico e antimoderno em Schmitt. V. Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto. Nápoles: ESI, 1999. p. 7.

OS DIREITOS AUTORAIS DAS OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS E A REPRODUTIBILIDADE TÉCNICA: O STATUS FÁTICO BRASILEIRO DAS ESCULTURAS

Caroline Dunker Fucci¹

“A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica” trouxe diversos questionamentos para a sociedade quando foi apresentado por Walter Benjamin. Não se trata apenas da possibilidade ampliada de se reproduzir obras, mas também do surgimento de obras criadas em série. A contemplação individual de uma obra única deu lugar à percepção coletiva de cópias amplamente disseminadas.

O conceito de obra de arte acompanhado com o conceito de autor torna a discussão sobre o tema ainda mais complexa. Falsificações, plágios, cópias e réplicas. Muitos significados e interpretações são retirados dessas palavras.

A lei de direito autoral brasileira lida com o conceito de reprodução da obra de arte de forma discreta, sem se adentrar em diversos aspectos e, principalmente, na imprevisibilidade da arte, elemento que integra a sua natureza.

O texto de Walter Benjamin “A obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica” questiona a presença da reprodutibilidade na obra de arte. Justamente porque a autenticidade não pode ser reproduzida, a introdução de determinados processos técnicos de reprodução levou a uma diferenciação e uma gradação da autenticidade.

¹ Trecho da monografia apresentada no segundo semestre de 2016 ao departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Pedro Marcos Nunes Barbosa.

Primeiramente, o conceito de plágio não está expresso na lei, trata-se de conceito aberto, pode-se dizer que plágio é a imitação fraudulenta de uma obra protegida pelo direito de autor. Partindo desta premissa, ocorre a verdadeira ofensa aos direitos morais de autor. Identifica-se o plagiário como alguém malicioso, disfarçado, hábil, que costuma não confessar o cometimento do ilícito. O plagiário desmoraliza o verdadeiro e original criador intelectual².

Trata-se de qualquer conteúdo que tenha sido produzido ou já apresentado originalmente por alguém e que é reapresentado por outra pessoa como se fosse próprio ou inédito³. Em relação aos conteúdos intelectuais, o plágio ocorre não apenas pela reprodução em si, mas a ausência de atribuição de créditos ao responsável original⁴.

O plágio costuma partir de parte de obra de terceiro, sendo o plágio de sua íntegra ainda mais grosseiro, pois o ilícito é facilmente identificado. O plágio representa o mais grave ilícito contra a propriedade intelectual, sendo mais grave do que a contrafação, pois envolve questões éticas que ultrapassam aspectos meramente econômicos.

Contudo, o plágio não é figura nova no campo da propriedade intelectual, principalmente do direito autoral. Plagiário vem do termo latino "*plagiarius*". Na Roma Antiga, quem roubava escravos ou escravizava indivíduos livres era considerado plagiário⁵. Atualmente, o termo plágio é mais comumente empregado na acepção de violação a direitos morais e patrimoniais de autor.

Desse modo, a falsificação é o plágio total. Mesmo que plágio e falsificação sejam palavras distintas, seus significados são praticamente idênticos. Contudo, quando se fala em plágio é a "apropriação indevida e não autorizada de criação literária, que viola o direito de atribuição de crédito do autor e a expectativa de sinceridade no leitor"⁶.

A discussão em torno do plágio da obra de arte, a obra tida como falsa, é permeada por pontos de vistas jurídicos e da própria história da arte. Enquanto as

² MORAES, Rodrigues. O autor existe e não morreu! Cultura digital e equivocada "coletivização da autoria", texto parte da obra Direito autoral, propriedade intelectual e plágio. Salvador: EDUFBA, 2014, organizado por SILVA, Rubens Ribeiro Gonçalves da.

³ KROKOSZ, Marcelo. Autoria e plágio: um guia para estudantes, professores, pesquisadores e editores. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

⁴ Loc. Cit.

⁵ MORAES, Rodrigues. Op. Cit., p. 50.

⁶ DINIZ, D. e TERRA, A. Plágio: Palavras Escondidas. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014, p. 23.

questões legais envolvem a fraude e a contrafação, a história da arte lida enfatiza a característica especial e única da “aura” que circula um trabalho original⁷. Consequentemente, ele deve ser protegido das possíveis versões plagiadas.

É essencial que haja a diferenciação entre uma cópia legal ou ilegal. Do ponto de vista econômico, cópias ou plágios não são necessariamente ruins, mas uma vantagem para que ocorra a multiplicação de uma mesma “mercadoria” em grande escala⁸.

Como diz David M. Wilson no prefácio do memorável catálogo da exposição de 1990 intitulada “Fake? The Art of Deception” de curadoria por Mark Jones no British Museum, em Londres⁹:

“Para muitos, o principal motivo para o falsificador é ganhar dinheiro (...) Mas isso não é inteiramente verdade - a falsificação em massa dos ingleses pelos alemães durante a Segunda Guerra Mundial estava enfraquecendo a economia britânica. A falsificação de uma obra de Michelangelo por seu mestre Domenico Ghirlandaio era uma brincadeira de estudante; mas a razão da sua falsificação de “Cupido Adormecido”, que foi vendida em 1496 como uma escultura clássica, não poderia ter sido tão inocente”¹⁰.

Além das razões econômicas, há muitas outras que justificam a falsificação, como razões políticas, humorísticas e até mesmo envolvendo questões de ego, como já fizeram grandes mestres, vide Michelangelo. O caso mais famoso de falsificação na época da Renascença foi justamente o da escultura “Cupido Adormecido” de Michelangelo, que foi envelhecida artificialmente com ácido para se parecer com uma antiguidade e mais coerente com o período clássico, sob o conselho de Lorenzo di Pierfrancesco. A obra foi vendida para o Cardinal Raffaele Riario de San Giorgio que, posteriormente, descobriu a fraude. Ao invés de lhe causar revolta e desgosto com a compra da obra, o cardinal ficou surpreso com a habilidade de Michelangelo.

A escultura seguiu como uma antiguidade e se tornou parte da prestigiosa coleção de arte de Isabella d’Este, marquesa de Mantova, na Itália. Foi exposta

⁷ FREY, Bruno S. Arts & Economics. 2nd Edition. Berlin Heidelberg New York: Springer, 2011, p. 197.

⁸ Ibid., p. 198.

⁹ JONES, Mark. Fake? The Art of Deception. The Trustees of the British Museum. Londres: British Museum Publications, 1990, p. 9.

¹⁰ Tradução livre de: To many the main purpose of the forger is to earn money (...) But this is not entirely true – the wholesale forgery of English fivers by the Germans during the Second World War was undermining the British economy. Michelangelo’s forgery of a work by his master Domenico Ghirlandaio was a student prank; but the reason for his forgery of Cupid Asleep, which was sold in 1496 as a classical sculpture, may not have been so innocent.

como uma peça genuína, em meio a outras antiguidades¹¹. Atualmente, não se sabe a paradeiro da obra, acredita-se que tenha sido destruída em 1698, no incêndio do Palácio de Whitehall, em Londres.

O mais intrigante é que se “Cupido Adormecido” fosse encontrada nos dias de hoje, valeria alguns milhões e seria vista como uma obra-prima legítima de um mestre do Renascimento. Essa questão, de fato, mexe com o conceito de original, verdadeiro e/ou legítimo, pois coloca em evidência a ideia de fraude cometida pelo próprio autor¹².

Desse modo, o expert vê o que ele quer ver, plágios e cópias não entram em uma coleção de propósito, plágios nem sempre decorrem de mera ganância. A reação pessoal de um comprador ou colecionador que adquiriu uma peça falsa por engano levanta uma pergunta praticamente psicológica e quase irrespondível: por que uma obra de arte considerada falsa perde o seu valor de forma imediata? O plágio coloca a sociedade numa posição vulnerável, todos estão emocionalmente envolvidos com o falso, ninguém quer ser associado a ele, seja a própria obra falsificada, seja o plagiador¹³.

As falsificações demonstram, assim, a fragilidade humana e a falibilidade dos experts. A maioria das obras de arte passa por um processo de validação, seja por meio de sua obtenção por um colecionador experiente, a publicação e reconhecimento por um acadêmico da área ou a sua aquisição por um grande museu ou instituição.

Os plágios são, de todo modo, uma resposta à demanda existente, um retrato do desejo humano. Toda sociedade ou geração copia o que mais admira, é uma tentativa de querer ser tão bom como outro que leva o ser humano a cobiçar o outro e, conseqüentemente, imitá-lo. Até mesmo a compra de objetos que sabidamente são contrafeitos sugere a tentativa de suprir o desejo causado

¹¹ CARVALHO, Salomé de. The concept of “original” in Conservation Theory - Fake? The Art of Deception revisited. Disponível em revistas.rcaap.pt/ecr/article/download/3160-7447-1-SM.pdf Acesso em 03 de outubro de 2016, às 22:38.

¹² CARVALHO, Salomé de. Op. Cit., p. 128. Questiona-se se a ideia de fraude corresponde a uma falsificação, pois o público poderia dizer que, de qualquer forma, o ato fraudulento foi cometido pelo próprio autor, quem “falsificou” a técnica de elaboração da obra foi o próprio Michelangelo, ninguém mais. Como é dito nas palavras de Salomé de Carvalho: How come a forgery can be considered genuine? This is the same as claiming “This is an original forgery from Michelangelo!” In this case the quality of original is implied in the master itself and not in the sculpture and therefore the work of art is not something independent from its author. It means we automatically value the author (an object’s ultimate origin) and not quite the work per se. This raises two other relevant questions: first of all, are there objects valued for themselves and does the author’s importance makes forging more appealing?

¹³ JONES, Mark. Op. Cit., p. 9.

pelo objeto¹⁴. As pessoas que compram obras de arte falsas sabem que não conseguiriam comprá-las se as mesmas fossem originais, uma vez que os preços seriam consideravelmente mais altos¹⁵. Mas, ao invés disso, compram a ilusão do status, de pertencimento, de sucesso que traz a posse da reprodução de uma obra de arte com o nome de um artista famoso.

A existência de determinados plágios originados em certa época evidencia o boom no mercado dos objetos que estão sendo reproduzidos. Os plagiadores são rápidos ao identificar quais são as tendências de consumo e como imitá-las, antes mesmo do setor especializado detectá-los e tomar medidas repressivas contra a sua reprodução.

Evidente que diversas coleções de arte públicas e privadas possuem trabalhos falsos, alguns podem ser eventualmente descobertos através de técnicas científicas aplicadas na análise de autenticidade, mas muitos trabalhos requerem uma análise maior, ou por falta de verificação, passam quase por despercebidos e, desse modo, “contaminam” os trabalhos pertencentes a uma mesma coleção que são verdadeiramente genuínos¹⁶.

A grande problemática dos plágios não se limita ao aspecto econômico de se obter vantagens financeiras à custa de uma criação de titularidade de terceiro, mas a reinterpretação dada a uma obra preexistente, a deformação e degradação daquilo que já foi feito anteriormente e que, muitas vezes, possui um valor histórico nascido no passado¹⁷.

Como anteriormente citado¹⁸, objetos plagiados ou falsificados podem ser pensados com uma conotação emocional de caráter vergonhoso e, de fato, um ilícito. Mas em muitas culturas a cópia já foi vista como o modo dominante na atividade artística, motivado pelo desejo de manter ou renovar habilidades e estilos tradicionais, de forma nostálgica e com certa admiração pelas realizações passadas¹⁹.

Quando um artesão faz uma mesa com o estilo de Luís XVI da França e vende como uma peça moderna para um marchand, a mesa é uma mera imitação, não

¹⁴ *Ibid.*, p. 13.

¹⁵ TAKEYAMA, Lisa N. The Welfare Implications of Unauthorized Reproduction of Intellectual Property in the Presence of Demand Network Externalities. *The Journal of Industrial Economics*. Volume XLII, 1994, p. 63.

¹⁶ *Ibid.*, p. 16.

¹⁷ FREY, Bruno S. *Op. Cit.*, p. 199.

¹⁸ MORAES, Rodrigo. *Op. Cit.*

¹⁹ SCHAEFER-SIMMERN, Henry. *The Unfolding of Artistic Activity: Its Basis, Processes and Implications*. Berkeley, University of California, 1948, p. 32.

um plágio²⁰. Mas quando o marchand revende a peça como um objeto elaborado no século XVIII, tornar-se-ia a peça uma fraude, um plágio? Se sim, como seriam chamadas as peças seguintes feitas pelo mesmo artesão depois que ele soubesse de “desonestidade” cometida pelo marchand?

Essas questões serão resolvidas no fim do presente estudo, quando se terá a devida diferenciação entre plágio, cópia e réplica.

1. A RESTAURAÇÃO

Entretanto, não são todos os trabalhos originais que permanecem intocados pelos seus proprietários e criadores. A restauração exerce um enorme papel nesse sentido²¹. Nos meados do séc. XVIII, nenhuma escultura, por mais bonita que fosse, poderia ser exposta ao público se não estivesse devidamente finalizada. Como peças do período clássico eram quase sempre encontradas danificadas, os restauradores tinham o trabalho de preencher as “lacunas” faltantes nas esculturas, modificando o aspecto antigo e acrescentando novos elementos para dar a impressão final de um trabalho completo e finalizado pelo artista.

A restauração, portanto, levanta questões acerca de uma busca mais complexa pela autenticidade. No início do séc. XIX, houve a discussão crucial a respeito da realização de restauração ou não dos mármores do Partenon, também conhecidos como mármores de Elgin²², uma coleção de objetos de pedra, incluindo esculturas e ornamentos arquitetônicos levadas da Grécia para a Grã-Bretanha em 1806, que forma um dos maiores monumentos culturais do mundo.

Os danos causados pela aplicação de ceras e resinas utilizadas para a obtenção dos moldes, bem como pelo clima úmido e poluição da Inglaterra, levaram a várias operações de restauro ainda no século XIX²³. Hoje em dia, questiona-se se os mármores devem ser devolvidos para a Grécia, o que é tema de discussão entre o governo britânico e o British Museum com o governo grego e alguns órgãos internacionais²⁴.

²⁰ Ibid., p. 30.

²¹ Ibid., p. 14.

²² MERRYMAN, John Henry. *Thinking About the Elgin Marbles: Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*. 2nd Ed. Kluwer Law International, 2009, p. 7.

²³ SMITH, Helena. *British damage to Elgin marbles ‘irreparable’*. Novembro de 1999. Disponível em <https://www.theguardian.com/uk/1999/nov/12/helenasmith>. Acesso em 13 de outubro de 2016, às 23:34.

²⁴ SMITH, Helena. *Greece looks to international justice to regain Parthenon marbles from UK*. Disponível

Nessa seara, o que já foi visto como uma como um retorno das obras de arte ao seu estado normal, para que pudessem ser vistas e apreciadas na forma mais próxima de como eram na época clássica, poderia também ser visto como uma alteração ou, até mesmo, uma falsificação da sua versão original²⁵.

O conceito de autenticidade adotado atualmente é no sentido de que é necessário aceitar que objetos de valor, especialmente obras de arte, possuem uma história contínua, eles já foram danificados e consertados, sujos e limpos, e o estado presente representa não só o momento de criação, mas toda a sequência de eventos²⁶.

É sabido que até mesmo os objetos mais admirados já foram substituídos quando danificados, e períodos de guerra colocaram em prova muitos objetos valiosos que puderam ser salvos ou conservados, enquanto outros foram simplesmente esquecidos no tempo.

A área da conservação e da restauração oferece mecanismos importantes para essa questão, como a ciência e a tecnologia. No final do século XX, a ciência foi aplicada para distinguir peças falsas de originais. Isso não significa que plágios não fossem identificados no passado, mas atualmente há diversos meios de se detectar um plágio em meio a muitos originais.

Apesar de muito do “original” ter sido deixado para trás durante as intervenções e modificações realizadas ao longo do tempo, os restauradores e conservadores devem ter em mente que o que se aprecia é o passado, as peças no seu estado original e completo. É complicado colocar na mão de profissionais da restauração a escolha do que deve ser rejuvenescido e restaurado, e o que deve ser apagado, descartado.

Autenticidade é vista de modo peculiar e particular na área da restauração, pois é dado um significado distinto daquele que é normalmente conhecido pela população. Restauradores, muitas vezes, alteram a realidade das obras de arte, uma escultura com uma parte faltando, com uma imagem degradada e suja, com a cor desgastada por razão de condições meteorológicas, não agradam o público que visita o museu, muito menos aqueles que pretendem adquirir tais peças como propriedade própria²⁷.

em <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/greece/11604991/Greece-knows-there-is-no-legal-right-to-the-Elgin-Marbles-thats-why-it-wont-sue-the-UK.html>. Acesso em 06 de outubro de 2016, às 20:30.

²⁵ JONES, Mark. Op. Cit., p. 14.

²⁶ Ibid., p. 14.

²⁷ BLACKMAN, Christabel. New Horizons for Conservation Thinking: Interview made to Salvador Muñoz-Viñas. E-Conservation Magazine, número 6, Setembro de 2008. O trecho da entrevista que mais ilustra

O fato das pessoas não gostarem de uma estátua que está quebrada não significa que o estado autêntico dela realmente não esteja quebrado. É tendencioso achar que o estado verdadeiro e autêntico de uma escultura é o seu estado original, petrificado, pois faz parte da sua trajetória e valor histórico passar por fases e decisões²⁸.

Não é por outra razão que a restauração, por mais que seja uma forma de renovar e de revisitar a obra de arte, também traz diversas consequências do ponto de vista jurídico, pois são terceiros – os restauradores – que estão, em tese, assumindo o papel de artista²⁹.

Foi o que ocorreu com o artista israelense David Ascalon que, por ter perdido seus familiares para o Holocausto, foi o escolhido para criar um memorial para as vítimas representando o passado histórico e trágico, na cidade de Harrisburg, na Pensilvânia, EUA. Uma escultura em grande escala da Estrela de David feita de aço inoxidável, com arames farpados envolvendo-a em formato de serpente, foi a escolhida pela associação judaica de Harrisburg na época, por ser de um material que não praticamente não se deteriora com o tempo, além da localização na beira de um rio³⁰.

Com o passar de 10 anos, a escultura precisou de reparos, pois a corrente de arames farpados começou a enferrujar. David Ascalon se ofereceu para fazer os reparos e a restauração, contanto que fosse devidamente remunerado para isto. No entanto, sua oferta foi prontamente recusada, com a nomeação de um restaurador para fazer o trabalho, que substituiu a serpente por uma réplica e retirou o nome do artista e colocou o seu próprio na base da escultura. Logo após, Ascalon ajuizou uma ação contra a Federação judaica de Harrisburg, por violação aos seus direitos morais de autor, com base na lei de direito autoral americana³¹.

essa questão é quando o professor Muñoz-Viñas explica que a autenticidade seria a razão da existência das técnicas de conservação, mas na prática o que se verifica é a implementação de preferências e habilidades específicas que melhor se enquadram na “nova” versão da obra: Conservators thus modify reality (which is undoubtedly authentic) to suit our expectations, needs or preferences. So authenticity is useful because it helps us to believe that we are acting for some higher reasons (truth, science, objectivity, etc.) and not that we are simply implementing our own expectations or preferences.

²⁸ Ibid., p. 23.

²⁹ Ibid., p. 24.

³⁰ GRANT, Daniel. When Creator and Owner Clash. Agosto de 2010. Disponível em <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052748703447004575449793518169052>. Acesso em 08 de outubro de 2016, às 23:15.

³¹ Visual Artists Rights Act of 1990 (VARA), incorporado ao Copyright Act. § 106A, (a) (3) (B): “to prevent any destruction of a work of recognized stature, and any intentional or grossly negligent destruction of that work is a violation of that right”. A Lei de Direito Autoral americana possui disposições semelhantes à lei brasileira, ao proteger os direitos morais de autor.

Desse modo, o artista argumenta que a restauração do monumento constitui, na verdade, a sua destruição, como uma mutilação da sua criação. A maior defesa utilizada pelo autor da ação é no sentido de que a lei de direito autoral americana prevê que o direito de retirar o nome, a assinatura do artista da própria obra, permanece com o próprio artista, sendo inviável que terceiros possam tomar essa decisão em seu lugar, como ocorreu no caso³².

O monumento agora não só não tinha mais a sua assinatura, mas surgiu com um “restaurado por David Grindle 2006” aplicado na própria obra. Não restam dúvidas de que essa alteração da escultura pela restauração enseja a reparação por danos morais, conforme pleiteia o próprio autor. Mas o questionamento que prevalece é o seguinte: agora que a obra não possui mais seu nome³³, além de ter sido forçado a afirmar que não era mais sua, poder-se-ia dizer que David Ascalon teria sua honra e sua imagem feridas? Os direitos existenciais de autor são uma extensão da personalidade do autor, conforme a lei americana³⁴.

Neste ínterim, seria no mínimo complicado se fosse possível dissociar completamente o nome do autor de uma obra. Caso possível, a ideia de autoria seria completamente distorcida, pois faz parte do plano imaterial da obra de arte, de difícil descrição. Por fim, no caso de Ascalon, as partes chegaram a um acordo amigável, evitando o desenvolvimento do litígio, e a escultura voltou ao seu estado “original”, ou seja, anterior à restauração³⁵.

Os tribunais pátrios não divergem tanto nesse sentido, pois o que se espera da restauração é um trabalho de conservação, digno de preservação da obra de arte, seja ela tombada ou não.

Os serviços de restauração realizados na Igreja Imaculado Coração de Maria, em São Paulo, já foram discutidos judicialmente. Em sede de apelação interposta por uma empresa especializada nos serviços de restauração contra a sentença

³² RAJAN, Mira T. Sundara. *Moral Rights: Principles, Practice and New Technology*. 1st Edition, Oxford University Press, 2011, p. 441.

³³ LEONARD, Barbara. Artist Says Restoration ‘Mutilated & Bastardized’ Holocaust Memorial. Julho de 2010. Disponível em: <http://www.courthousenews.com/2010/07/28/29182.htm>. Acesso em 10 outubro de 2016, às 19:14. A Federação judaica de Harrisburg chegou a enviar uma notificação extrajudicial para David Ascalon, solicitando que ele cessasse de referenciar o monumento como seu, após as modificações trazidas pela restauração.

³⁴ Visual Artists Rights Act deve proteger “both the reputation of certain visual artists and the works of art they create”, sendo assim, a reputação dos artistas plásticos e os trabalhos que eles criam devem ser protegidos, conforme a House Report, 1990.

³⁵ DAPP, Rick. Did You Know? Four Sculptures on Front. Agosto de 2016. Disponível em <http://www.harrisburgmagazine.com/August-2016/Did-You-Know/>. Acesso em 08 de outubro de 2016, às 18:20.

que julgou parcialmente procedente a ação de rescisão contratual cumulada com cobrança de perdas e danos decorrente da prestação de serviços de restauração em peças de valor artístico, há extensa discussão acerca do valor atribuído à restauração, como segue no trecho do acórdão e do laudo pericial³⁶:

“(...) não houve restauro algum dos remanescentes originais e sim a manutenção da descaracterização”, porém, cabível a reconstituição naquele ambiente, nos trechos reconstituídos soma-se “a má qualidade da reconstituição, que não possui efeito de volume (...) tudo feito em técnica de pintura comum, não em técnica específica de reintegração cromática.”

“(...) já que não houve propriamente um restauro e sim uma “repintura”, que não considerou nem mesmos a (sic) cores e os traços originais, sendo que isso era perfeitamente possível (...) não foi feito restauro algum, apenas reforçada a descaracterização existente e inserida onde ainda não existia, usando-se materiais impróprios, (fls. 561/571), insurgindo-se a autora/reconvinda, contudo, sem razão.”

Assim, fica clara a distinção de uma mera pintura sobre a peça artística, como forma de cobrir eventuais danos, de um verdadeiro procedimento de restauração, processo complexo e de grande importância patrimonial e cultural, por meio do qual se garante ou, ao menos, pretende-se garantir o status original³⁷.

No caso em tela, é a responsabilidade civil que propõe a possibilidade de “invasão” do patrimônio daquele que descumpriu um dever prestacional de serviços de restauro³⁸. As condutas comissivas e omissivas do Estado, do titular do direito real e de terceiro ensejarão a responsabilidade civil, em virtude do dever de conservação estabelecido na Constituição Federal³⁹. No entanto, não se vislumbra o excesso da teoria do risco integral, vez que ocorrendo caso fortuito ou força maior, a reparação ou ressarcimento do dano deve ser compartilhado por todos os integrantes do corpo social⁴⁰.

³⁶ TJSP, AC no 992.05.019792-3, Des. Rel. Walter Zeni, 32ª Câmara de Direito Privado, julgado em 09/12/2010.

³⁷ KÜHL, Beatriz Mugayar. Cesare Brandi e a Teoria da Restauração. Revista do programa de pós-graduação em arquitetura e urbanismo da FAUUSP. N. 21, junho de 2007, p. 199.

³⁸ COUTO, Reinaldo. MAMEDE, Gladston; FILHO, Marcílio Toscano França; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (organizadores). Direito da Arte. São Paulo: Atlas, 2015, p. 202.

³⁹ Art. 216, § 1º da CFRB/88. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

⁴⁰ COUTO, Reinaldo. Op. Cit., p. 203.

A proteção dos documentos, das obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural é, de acordo com o art. 23, inciso III, da Constituição Federal, competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, enquanto a competência para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal⁴¹.

Assim, os monumentos e obras de valor histórico são os principais integrantes dos mecanismos de conservação. O que se busca exatamente da restauração é o afastá-la do empirismo e da arbitrariedade e vinculá-la ao pensamento crítico e científico⁴², como Brandi define o restauro: "o momento metodológico do reconhecimento da obra de arte, na sua consistência física e na sua dúplici polaridade estética e histórica, com vistas à sua transmissão ao futuro"⁴³.

O restauro prossegue com essa função, de modo a servir de baliza para as intervenções em monumentos históricos, oferecendo meios adequados para atuar de maneira fundamentada e responsável, sem deformar e deturpar a obra, a memória, os bens legados pelo passado, partes integrantes do presente, para que continuem a ser trabalhos legítimos e, como tal, sirvam como efetivos elementos de rememoração e suportes da memória coletiva⁴⁴.

Conforme afirma Paul Ricoeur, "*o dever de memória não se limita a guardar o rastro material, escrito ou outro, dos fatos acabados, mas entretém o sentimento de dever a outros, dos quais diremos mais adiante que não são mais, mas já foram. Pagar a dívida, diremos, mas também submeter a herança a inventário*"⁴⁵.

É certo que o dever de preservar a memória não se limita a guardar o rastro do passado, o objeto que sobreviveu ao tempo, sendo este um dever intrínseco de toda a sociedade. A história só se torna conhecimento e, portanto, valorizada culturalmente, se esse passado tiver alguma relação com o presente, uma curiosidade pelos acontecimentos passados⁴⁶.

Logo, a autoria, como elemento da obra de arte, também deve ser preservada, além dos direitos autorais patrimoniais e existenciais, especialmente.

⁴¹ Ibid., p. 196.

⁴² KÜHL, Beatriz Mugayar. Op. Cit., p. 206.

⁴³ BRANDI, Cesare. Teoria da Restauração. São Paulo: Ateliê Editorial, 2004, p. 30.

⁴⁴ KÜHL, Beatriz Mugayar. Loc. Cit.

⁴⁵ RICOEUR, Paul. Tempo e Narrativa. Campinas: Papirus, 1994, p. 101.

⁴⁶ Ibid., p. 142.

2. A CÓPIA

A cópia, muitas vezes confundida com o plágio e com a réplica, é outro elemento integrante da reproduzibilidade.

A cópia sempre foi um mecanismo importante como forma de treinamento dos artistas. Nos primórdios do Renascimento, quando o papel se tornou acessível em grande parte da Europa, aprendizes tinham que desenhar cópias de uma extensa variedade de materiais. No século XVI, as cópias começaram a ser aplicadas para a gravura, escultura, estampas, pinturas, dentre outros. Os alunos também tinham o dever de copiar tudo aquilo que seus mestres produziam, como forma de aprendizado⁴⁷. A cópia era uma forma de se atingir uma uniformidade de estilo, tal prática era incentivada pelas escolas e academias de belas artes⁴⁸.

Na área dos “grandes mestres”⁴⁹, as cópias de boa qualidade eram consideradas originais, o que resultou numa enorme possibilidade de confusão. As mais enganosas eram aquelas feitas pelos alunos e aprendizes, que copiavam o mesmo estilo, traços e cores, além de terem acesso aos mesmos materiais utilizados pelos próprios mestres⁵⁰. O problema ainda crescia quando se acreditava que escritos antigos na própria obra eram considerados assinaturas, levando, equivocadamente, a indicação de algum senso de autoria – o que era inexistente⁵¹.

Mais tarde, essas anotações foram deixadas de lado no momento de se verificar a autenticidade dos trabalhos e o mercado de arte pouco se preocupou⁵² em incentivar a maior pesquisa dos peritos e especializados em torno disso⁵³.

A confusão causada pelas cópias permanece, principalmente, nas obras dos grandes mestres, pois a dificuldade de se datar exatamente o momento da realização de uma escultura é o que coloca em questão se ela seria, de fato, original, ou apenas uma cópia bem executada e de boa qualidade.

⁴⁷ JONES, Mark. Op. Cit., p. 41.

⁴⁸ Loc. Cit.

⁴⁹ O termo vem do inglês “Old Master”, que geralmente se refere aos grandes artistas europeus que trabalharam no período entre o Renascimento e 1800. Não significa exatamente um movimento artístico, mas inclui artistas pertencentes à arte gótica, Renascimento e suas fases, barroco, rococó, neoclassicismo, romantismo, dentre outros. Uma característica marcante dessa era está na técnica e no detalhismo utilizados na criação das obras. Para citar alguns nomes, estão entre eles; Leonardo Da Vinci, Michelangelo, Albrecht Durer, Caravaggio, Rembrandt e Jacques-Louis David. Informação disponível em <https://www.artsy.net/gene/old-masters> Acesso em 10 de outubro de 2016, às 20:07.

⁵⁰ Ibid., p. 41.

⁵¹ Ibid., p. 42.

⁵² MAI, Ekkehard. Expositionen: Geschichte und Kritik des Ausstellungswesens. Munique, Berlin: Deutscher Kunstverlag, 1986.

⁵³ Ibid., p. 42.

Fazer uma cópia dos trabalhos dos grandes mestres era – se ainda não é – a melhor forma de se estudar e aprender arte. Contudo, essas cópias não ficaram estagnadas no tempo, seja em museus ou com seus compradores, o mercado da cópia ainda existe e, surpreendentemente, circula milhões de dólares todo ano.

Nos leilões internacionais de artes⁵⁴, o número de vendas e preços da arte clássica e renascentista não se comparam ao mercado de arte moderna e contemporânea⁵⁵. Em julho desse ano, a prestigiosa casa de leilões Christie's, no leilão da categoria de grandes mestres, vendeu a pintura "Ló e Suas Filhas" de Peter Paul Rubens, por 58 milhões de dólares⁵⁶. Esse valor pode parecer alto, mas não se compara aos recordes recorrentes, como a venda também pela Christie's por 318 milhões de dólares pelo quadro "Sem Título" de Jean-Michel Basquiat.

Contudo, seja pela especulação ou não do mercado em torno dos grandes mestres, inevitável a não ocorrência de cópias. A pintura "Retrato de um Homem" foi avaliada por experts e *marchands*, que atribuíram a sua autoria ao artista alemão Frans Hals. Em 2011, a peça foi vendida a um colecionador pelo preço de 10 milhões de dólares através de um leilão organizado pela Sotheby's. Entretanto, descobriu-se que se tratava de uma cópia. A casa de leilões submeteu o trabalho a uma análise técnica profunda, que determinou que a obra foi feita por materiais típicos do século XX, o que significa que nunca poderia ter sido pintado no século XVII.

A sua autoria ainda permanece como um mistério, mas esse evento questiona a possibilidade de cópias se passarem por despercebidas, até mesmo entre peritos na área⁵⁷. Alguns *marchands* justificam que esse acontecimento foi excepcional, sendo difícil ocorrer com frequência, ainda mais em um mercado tão seletivo e qualificado⁵⁸.

⁵⁴ Interessante ressaltar que no sentido moderno de venda de uma obra pelo melhor preço, os leilões se firmaram no século XVIII, na França pós-revolucionária, e na Inglaterra com a abertura da Sotheby's e da Christie's. A palavra em inglês "auction", que significa leilão, tem uma etimologia possível no latim em augeo, que significa "eu subo", "eu aumento" o preço. Essa observação foi feita por Teixeira Coelho na apresentação do livro "Arte e Mercado" de Xavier Greffe.

⁵⁵ POGREBIN, Robin. Can the Old Masters Be Relevant Again? Agosto de 2016. Disponível em http://www.nytimes.com/2016/08/29/arts/design/can-the-old-masters-be-relevant-again.html?_r=0 Acesso em 10 outubro de 2016, às 20:50.

⁵⁶ Disponível em <http://www.christies.com/features/Rubens-Lot-and-His-Daughters-sets-Christies-record-7554-3.aspx> Acesso em 10 de outubro de 2016, às 21:25.

⁵⁷ SIEGAL, Nina. A Dubious Old Master Unnerves the Art World. Outubro de 2016. Disponível em http://www.nytimes.com/2016/10/27/arts/design/a-dubious-old-master-unnerves-the-art-world.html?_r=0 Acesso em 12 de outubro de 2016, às 15:45.

⁵⁸ Loc. Cit.

O galerista Johnny van Haeften, especializado nos grandes mestres, garante que foi um evento isolado, pois “não é tão comum como as pessoas pensam”⁵⁹. Tudo isso se iniciou em 2008, quando o colecionador Giuliano Ruffini procurou a filial da Christie’s em Paris para verificar a autenticidade de uma obra adquirida por um *marchand* espanhol. O perito da Christie’s o informou que o trabalho poderia ser de autoria de um aluno ou de seguidor de Frans Hals. Em seguida, a Christie’s requereu uma licença, que teve que ser levada para aprovação pelo Museu do Louvre e pelo Ministério da Cultura francês, para permitir a exportação do trabalho para a sede de Londres, para submetê-la a mais investigações.

Entretanto, as entidades não permitiram a exportação do trabalho para Londres, pois o Estado francês o declarou como “tesouro nacional”, com restrições quanto a possíveis exportações. O Museu do Louvre tentou adquiri-lo na mesma época, com base em um contrato preliminar de outubro de 2008, que previa a intenção de venda ao museu pelo preço de 5 milhões de euros, designando o colecionador Ruffini e a Christie’s como representantes da obra.

Pela provável falta de fundos, o Louvre não adquiriu a peça. É fato que as obras dos grandes mestres ficam em situação mais vulnerável, pela ausência de catálogos de arte sérios que listavam as obras e seus autores, mas que começaram a aparecer apenas a partir do século XIX.

Posteriormente, a pintura veio a ser adquirida pelo colecionador Mark Weiss⁶⁰, que acreditou que a obra fosse original, pela perfeição e maestria na pintura. Outros *experts* ainda afirmaram que a obra deve ter sido elaborada, provavelmente, por um grande imitador de Frans Hals, mas seria difícil atribuir qualquer autoria ao trabalho, por ser uma imitação tão perfeita.

O caso ficou sem novos desdobramentos até março de 2016, quando a polícia francesa apreendeu a pintura “Vênus com o Véu” de Lucas Cranach, o Velho, por razão de dúvidas quanto a sua autenticidade. A apreensão chegou à outra conclusão; a pintura também estava conectada ao colecionador Giuliano Ruffini. Foi por essa razão que as casas de leilão começaram a investigar suas peças de Frans Hals, por serem da mesma procedência.

A polícia francesa ainda apreendeu outros trabalhos de propriedade de Ruffini, dentre eles, uma escultura do artista italiano renascentista Andrea Solario.

⁵⁹ Em diversas entrevistas, o galerista afirma que “I think it’s a very isolated incident, and it’s not as widespread as people think”.

⁶⁰ THE WEISS GALLERY. Facing the Past. Catálogo de exposição, 2011. Disponível em <http://www.weissgallery.com/paintings/catalogues/facing-past> Acesso em 12 de outubro de 2016, às 16:36.

Nenhuma queixa foi prestada em relação ao Ruffini⁶¹, mas os profissionais do mundo da arte creem, ou ao menos tentam acreditar, que ele tenha adquirido essas obras de boa-fé, assim como passou certa confiança aos demais compradores dos trabalhos. Ele não seria o culpado pela mudança de opiniões dessas mesmas pessoas alguns anos mais tarde⁶².

Todo esse discurso possui enorme importância no mundo artístico, ao inserir o critério da contradição e do paradoxo. A cópia que alcança a perfeição se engana, além de possuir como maior objetivo, normalmente, a “comercialização do engano”⁶³. A existência da falsificação promove a insegurança em atestar certas convicções no mundo da arte, pois abala mesmo as obras seguramente creditadas como autênticas, causando uma contradição⁶⁴.

Uma vez que a cópia é descoberta, ao contestá-la, surge um paradoxo de ordem filosófica, pois a obra deixa de ser considerada arte, todavia, a despeito disso, permanece contendo todos os elementos que levaram ao seu primeiro reconhecimento. As obras de arte que tinham sido legitimadas pelos especialistas agora fazem parte de um grupo, no mínimo, indesejável.

A obra, antes tida como inestimável⁶⁵, agora demonstra a sua fraqueza, pois é tida como uma experiência frustrada. A admiração e contemplação anteriores, associadas a um nome, um artista, agora se transformaram em uma fraude, ocorrendo, desse modo, uma deslegitimação.

Além da perda do valor simbólico, as obras de arte que foram descobertas e renomeadas como cópias também tiveram seus valores monetário e artístico reduzidos⁶⁶. As obras que têm a sua autenticidade questionada simplesmente são retiradas do acesso ao público, sendo assim, das galerias e dos museus, impossibilitadas de participar de exposições e comercializações⁶⁷.

⁶¹ GROSVENOR, Brendor. An eye for the real thing: the alarming consequences of the latest art-forgery scandal. Outubro de 2016. Disponível em <https://www.ft.com/content/95656250-8bb6-11e6-8cb7-e7ada1d123b1> Acesso em 12 de outubro de 2016, às 17:30.

⁶² SIEGAL, Nina. \$10 Million Scandal Shakes the Art World. Edição Imprensa do jornal New York Times de outubro de 2016.

⁶³ ANJOS, Marlon José Alves dos. Falsificação e Autenticidade: A Arte como Convenção. Dissertação do Mestrado em Artes de Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”, Instituto de Artes, 2016, p. 13.

⁶⁴ Loc. Cit.

⁶⁵ Ibid., p. 14.

⁶⁶ Ibid., p. 27.

⁶⁷ Loc. Cit.

Essa conduta cometida pelos profissionais e indivíduos envolvidos no mercado de arte quase se aproxima a uma tentativa de “purificação” ou “higienização” do mundo da arte⁶⁸. Como forma de deletar essas obras do cenário artístico, pelo menos no plano material, algumas medidas começaram a ser adotadas.

Não é recente a possibilidade de medidas repressivas de combate à contrafação, como há no campo dos produtos contrafeitos, setor adverso, mas não tão distante, do das artes visuais. O procedimento de apreensão alfandegária aplica diretamente o artigo 59 do acordo TRIPS⁶⁹, que permite o titular da marca de mover as ações que entender cabíveis na defesa de seus direitos, sendo de responsabilidade das autoridades competentes a destruição ou alienação dos bens que violem os direitos de propriedade intelectual⁷⁰.

A pena de perdimento de mercadoria encontra amparo constitucional no art. 5º, incisos XLV e XLVI⁷¹, além do Decreto no 6.759/2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, em seu art. 689, inciso VIII, ao indicar que a pena será aplicada na mercadoria estrangeira que apresentar característica essencial falsificada ou adulterada⁷². A lei de direito autoral brasileira também prevê a possibilidade de apreensão de “obra fraudulentamente reproduzida”, com da determinação de destruição de todos os exemplares ilícitos, além de todos os instrumentos que sejam utilizados para fabricar esses exemplares⁷³.

⁶⁸ Ibid., p. 28.

⁶⁹ ARTIGO 59. Sem prejuízo dos demais direitos de ação a que faz jus o titular do direito e ao direito do réu de buscar uma revisão por uma autoridade judicial, as autoridades competentes terão o poder de determinar a destruição ou a alienação de bens que violem direitos de propriedade intelectual, de acordo com os princípios estabelecidos no ARTIGO 46. Com relação a bens com marca contrafeita, as autoridades não permitirão sua reexportação sem que sejam alterados nem os submeterão a procedimento alfandegário distinto, a não ser em circunstâncias excepcionais.

⁷⁰ AGUILLAR, Rafael Salomão Safe Romano. A Prática das Medidas de Fronteira no Brasil dos Megaeventos. Revista da ABPI, nº 134, Janeiro/Fevereiro de 2015, p. 36.

⁷¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

⁷² Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59):

VIII - estrangeira, que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial;

⁷³ Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da

Por mais que a medida já seja adotada nas apreensões de produtos contrafeitos, o mercado de arte também já encontrou o seu modo de garantir a sua integridade e reputação⁷⁴. Queimar e destruir objetos serviu, ao longo dos séculos, como purgação das impurezas que compõem um corpo que se idealiza puro, eliminando a incompatibilidade com todo o sistema, o cenário do qual é integrante⁷⁵.

Conforme o advogado da casa de leilões Sotheby's, Pierre Valentim, a destruição de obras falsificadas através de ordem dos tribunais é uma prática não inédita na França⁷⁶ e em outros países. Uma questão importante no que tange o direito que envolve a integridade do autor é se esse direito pode prevenir a destruição das obras de arte⁷⁷.

Portanto, a destruição de cópias e falsificações é justificável apenas em certos casos. A determinação de autenticidade de uma obra de arte pode ser uma questão difícil, há diversas opiniões a respeito. A sistemática declaratória de fraude interligada com a destruição das obras de arte pode parecer inapropriada e incompatível com os direitos do verdadeiro proprietário que, normalmente, adquire o trabalho de boa-fé⁷⁸.

Alguns comitês ao redor do mundo optam por uma ação menos intrusiva, carimbando no verso da obra um símbolo que identifique a falsificação da obra autêntica, juntamente com uma declaração que atesta a desaprovação de autenticidade. Neste processo, o proprietário continua com a posse legal do trabalho⁷⁹.

Ademais, se uma quantidade significativa de obras descobertas como cópias puder atrair atenção, assim como obras de arte que ocupam espaço nos

indenização cabível.

Art. 106. A sentença condenatória poderá determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos, bem como as matrizes, moldes, negativos e demais elementos utilizados para praticar o ilícito civil, assim como a perda de máquinas, equipamentos e insumos destinados a tal fim ou, servindo eles unicamente para o fim ilícito, sua destruição.

⁷⁴ SHEPS, Hanoch. Burning Fake Chagall's, Market Integrity versus Ownership Rights – A Zero Sum Game. Fevereiro de 2014. Disponível em <https://itsartlaw.com/2014/02/18/burning-fake-chagalls-market-integrity-versus-ownership-rights-a-zero-sum-game/> Acesso em 13 de outubro de 2016.

⁷⁵ ANJOS, Marlon José Alves dos. Op. Cit., p. 29.

⁷⁶ JIVANDA, Tomas. British man's £ 100,000 Chagall painting to be burnt as fake in France. Fevereiro de 2014. Disponível em <http://www.independent.co.uk/arts-entertainment/art/news/british-man-s-100000-chagall-painting-to-be-burnt-as-fake-in-france-9102230.html> Acesso em 27 de outubro de 2016, às 22:40.

⁷⁷ VALENTIN, Pierre. Who owns commissioned artworks? Art and Cultural Assets Magazine, Attorney Advertising Material. Withersworldwide, 2009, p. 11.

⁷⁸ VALENTIN, Pierre. The Destruction of Fakes. Setembro de 2013. Disponível em <http://www.artatlaw.com/archives/archives-2013-july-dec/the-destruction-of-fakes> Acesso em 27 de outubro de 2016, às 23:10.

⁷⁹ ANJOS, Marlon José Alves dos. Op. Cit., p. 31.

repositórios ou reservas técnicas, pode-se dizer que elas aparecerão em local de destaque, tendo a exposição amplamente divulgada⁸⁰.

Foi o que ocorreu há pouco na edição de 2016 da maior feira internacional de arte do Rio de Janeiro. Representantes do mercado de arte e galeristas denunciaram a galeria Graphos Brasil, alegando que possuía obras falsas em seu estande⁸¹. A obra que mais chamou a atenção foi a do artista Willys de Castro, que foi identificada com características semelhantes a outras já determinadas como falsas. O responsável pela verificação de autenticidade das obras da galeria já havia detectado a possível fraude, orientando a retirá-la de exposições e submetê-la a uma análise maior. Ao mesmo tempo em que o dono da galeria informa que possui certificados de autenticidade das obras, decidiu retirá-las do estande da feira⁸².

Logo depois desse episódio, o galerista se defendeu alegando que as obras, principalmente os quadros de Raymundo Colares que apresentavam um espantoso brilho nas suas superfícies, teriam passado por um procedimento de restauro recente⁸³. De acordo com ele, os trabalhos estavam com o verniz amarelado e pontos descascados, além de danos maiores por razão da passagem do tempo. O próprio restaurador se defendeu, ao afirmar que “quando eu desconfio que a obra é falsa, eu não restauro”⁸⁴, mas não soube informar ao certo qual é a procedência das peças. Como já anteriormente exposto no presente estudo, novamente a tarefa do restauro lida com os questionamentos sobre a autoria e a autenticidade⁸⁵.

Além da qualidade e do aspecto visual das obras, seus valores econômicos também chamaram a atenção. Algumas obras estavam sendo vendidas por preços abaixo do mercado, como os 2 milhões de reais cobrados na feira pelo

⁸⁰ Ibid. p. 32.

⁸¹ MARTÍ, Silas. Grupo de marchands acusa galeria de expor obras falsas na feira ArtRio. Setembro de 2016. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/09/1818062-galeria-e-denunciada-na-artrio-sob-suspeita-de-vender-obras-falsas.shtml> Acesso em 27 de outubro de 2016, às 23:22.

⁸² Loc. Cit.

⁸³ MARTÍ, Silas. Peças com autenticidade questionada na ArtRio passaram por restauro. Outubro de 2016. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/10/1819090-pecas-de-autenticidade-questionada-na-artrio-passaram-por-restauro.shtml> Acesso em 30 de outubro de 2016, às 22:00.

⁸⁴ Loc. Cit.

⁸⁵ BRANDI, Cesare. Teoria da Restauração. São Paulo: Ateliê Editorial, 2004, p. 30.

Willys de Castro, enquanto especialistas do ramo dizem se tratar de trabalhos que valem entre 4 a 5 milhões de reais⁸⁶, além de obras de Nogueira Lima por 120 mil reais, enquanto são cobrados normalmente em torno de 400 mil reais pelas suas peças.

A posição dominante na história da arte é de que a obra de arte original possui uma qualidade superior e única, que a cópia não detém⁸⁷. Como o próprio Walter Benjamin argumentava, a obra de arte original possui uma “aura”⁸⁸ que, quando não é o aspecto visual nem o físico que irão determinar se uma obra é legítima ou não, outros aspectos imateriais, contextuais e históricos assumirão esse papel⁸⁹.

Do ponto de vista econômico, não é simples explicar a razão de uma cópia, mesmo quando praticamente perfeita, ainda assim é menos valorizada do que a original. Essa discrepância de preços se dá exatamente no momento em que os proprietários das obras de arte se decepcionam quando descobrem que adquiriram um trabalho é uma mera cópia, sentimento este que também é identificado perante economistas⁹⁰.

Uma característica própria das artes plásticas que difere das outras categorias da arte é justamente a obra única, o rastro deixado pelo artista para a eternidade, não passível de reprodução e de grande interesse de colecionadores e de museus, portanto há uma oferta pequena para uma grande demanda⁹¹.

Pode-se dizer, em outras palavras, que as outras linguagens não possuem este “mercado” tão específico e peculiar⁹².

Entretanto, há quem entenda que existem vantagens econômicas nas cópias, pois o fato de uma peça original ser imitada significa que a mesma está sendo demandada. As cópias servem para que o original possa atingir maiores públicos, ganhando maior audiência. No mais, quanto menores são as barreiras para a imitação, maior será a quantidade de artistas no início de suas carreiras experimentando através da cópia. Muitos dos grandes mestres “pegaram

⁸⁶ MARTÍ, Silas. Op. Cit.

⁸⁷ FREY, Bruno S. Op. Cit., p. 200.

⁸⁸ BENJAMIN, Walter. Op. Cit., p. 41.

⁸⁹ FREY, Bruno S. Loc. Cit.

⁹⁰ FREY, Bruno S. Op. Cit., p. 201.

⁹¹ CRIBARI, Isabela. Economia da Cultura. 1ª Edição. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2009, p. 374.

⁹² Loc. Cit.

emprestadas” referências de seus ídolos e professores, trazendo-as para si e criando novos trabalhos a partir delas⁹³.

Contudo, importante salientar que cópia não significa o uso de um trabalho como fonte de inspiração, se assim fosse, a humanidade ainda estaria estagnada no passado, sem a apropriação e renovação de referências culturais. Como diz o famoso ditado popular: “no mundo nada se cria, tudo se copia”⁹⁴.

A questão que ainda torna negativa a cópia é a sua frequente desvalorização. É no mínimo compreensível a controversa gerada em torno da descoberta do estado de cópia de um trabalho que antes foi tido como original e, conseqüentemente, comprado por algum colecionador ou amante de arte. No entanto, a cópia não atinge emocionalmente apenas os potenciais vendedores e compradores, mas também aqueles que não possuem quaisquer interesses financeiros aparentes. É de difícil compreensão e explicação o porquê dos indivíduos que não tiveram o seu patrimônio afetado se sentirem especialmente frustrados ou decepcionados com tais revelações.

Não por outra razão, já foi demonstrado que quanto maior o número de reproduções de certo trabalho, menor o seu valor estético, ou seja, a demanda do mercado⁹⁵.

A existência de especialistas confiáveis, *marchands* e leis que tutelam os direitos autorais e profissionais respectivos movimentam esse mercado de constante incerteza, uma vez que eles são os responsáveis pela legitimação e reafirmação de qualquer dúvida surgida no meio⁹⁶.

Simultaneamente, a propagação das cópias incentiva a vontade alheia de pagar por uma peça original ou outra peça feita pelo artista, pois não seria por razão nenhuma que tal artista estaria sendo copiado por outros, a não ser pela sua admiração e consolidação no mundo da arte, como já foi anteriormente explicitado⁹⁷.

⁹³ FREY, Bruno S. Op. Cit., p. 204.

⁹⁴ ESTEVES, Mauricio Brum. Inspiração ou plágio? *Jornal Estado de Direito*. Edição Nr. 49. Abril de 2016. Disponível em: <http://www.youblisher.com/p/1395102-49-EDICAO-JORNAL-ESTADO-DE-DIREITO/> Acesso em 30 de outubro de 2016, às 22:22.

⁹⁵ POMMERHNE, Werner W. e GRANICA, J. Martin. Perfect Reproduction of Works of Art: Substitutes or Heresy? *Journal of Cultural Economics* 19, p. 237/249.

⁹⁶ SMITH, Charles W. *Auctions. The Social Construction of Value*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1989, p. 15.

⁹⁷ WONG, Winne Won Yin. *Van Gogh on Demand: China and the Readymade*. The University of Chicago Press, 2013, p. 5. A China já é mundialmente conhecida por ser o “universo da cópia” ou a “fábrica dos falsos”. Nesse livro, conta-se a história de um pequeno vilarejo na China cuja população é especializada em fazer cópias de obras famosas de artistas ocidentais. Contudo, muitos aspectos culturais interferem na feitura de meras cópias, revelando uma visão da China não muito difundida internacionalmente, como um país diversificado e um tanto rico artisticamente.

A política de repressão contra as cópias, por mais que existente, não se demonstra cem por cento eficaz⁹⁸, assim como quaisquer outras políticas de repressão contra práticas ilícitas⁹⁹, por ser difícil identificar e criminalizar a prática. É da natureza humana continuar fazendo-a, mesmo sabendo que seus frutos podem gerar consequências.

Por outro lado, o criador de uma obra de arte original deve receber incentivos para prosseguir com as suas atividades, mas não apenas de modo patrimonial, como a sua valorização no mercado¹⁰⁰. No mundo da arte, mais importante ainda do que o sucesso financeiro é o reconhecimento, a expectativa de ser alguém famoso. Há entendimentos de que uma boa solução para as cópias seria forçar os copiadorees a darem o devido crédito aos autores originais¹⁰¹.

Esse sistema de compensação trabalharia com o reconhecimento imaterial do artista. Contudo, o que se observa na prática, ainda, é a busca por um benefício patrimonial em cima do reconhecimento de outrem, por ter como plausível a venda “por engano”¹⁰².

É exatamente essa situação que foi levada para o Judiciário quando um comprador obteve uma obra de arte de autoria do artista plástico Ivan Serpa pelo valor de 30 mil reais, mas foi surpreendido com a devolução do trabalho por razão de inautenticidade. Consequentemente, ao saber do vício do produto, ajuizou a demanda contra a galeria de arte vendedora¹⁰³.

Curiosamente, o argumento da ré, além de enfatizar que a obra não era falsa, foi de que o autor seria “grande conhecedor de obras de arte”, logo deveria

⁹⁸ FREY, Bruno S. Op. Cit., p. 209.

⁹⁹ De certa maneira, seria possível fazer um paralelo com a política de combate contra a venda de qualquer objeto ilícito, como as drogas. Por mais que haja leis e policiamento contra o tráfico, as vantagens econômicas e sociais que a venda e o consumo de drogas proporcionam ainda superam o receio e o medo de ser “descoberto” pela sociedade. Analogicamente, ninguém quer estar envolvido com o ilícito ou, ao menos, não quer que ninguém saiba, justamente por saber que tal prática está “errada” e fora dos padrões de conduta impostos pela sociedade.

¹⁰⁰ BENHAMOU, Françoise. L'économie de la culture. Paris: Editions La Découverte, 1996, p. 65.

¹⁰¹ GREFFE, Xavier. Managing Creative Enterprises. Creative Industries – Booklet No. 3. World Intellectual Property Organization – WIPO. Dezembro de 2006.

¹⁰² O art. 13 do Código de Defesa do Consumidor é claro ao prever que: O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador.

Por mais que não haja previsão expressa da inclusão da obra de arte como categoria de produto, não deixa de ser uma mercadoria que é vendida por um preço igualmente de mercado, sujeita a vícios internos ou externos.

¹⁰³ TJSP, Apelação Cível n. 0087554-91.2005.8.26.0100, Des. Rel. Gilson Delgado Miranda, 28ª Câmara de Direito Privado, julgado em 08/03/2016.

ser mais atento no momento da compra, bem como também lhe passou despercebido o fato do trabalho não ser realmente de Ivan Serpa.

Contudo, ficou demonstrado nos autos que não se tratava de uma falsificação visível, facilmente perceptível a qualquer pessoa, tanto que até mesmo a perita nomeada pelo juízo teve dificuldades de emitir um parecer, ficando este inconclusivo.

Todavia, constatou-se que a obra era de fato falsa, pois os traços eram distintos daqueles utilizados por Serpa e até mesmo a sua assinatura não era legítima, pois por mais que assinaturas não sejam sempre idênticas, há características marcantes que são encontradas em todas as assinaturas. Desse modo, o autor foi devidamente ressarcido pela compra, a saber:

“Assim, impossível afastar a alegação de que a obra vendida ao autor é falsa. Diante disso, a rescisão do contrato com o retorno das partes à situação anterior é medida de rigor, sendo mesmo devida a condenação da ré a reembolsar o autor o montante gasto para aquisição da obra (R\$ 30.000,00) e o valor despendido para restauro/conservação do quadro efetuado pela Senhora Sônia Maria Guilarducci, que efetuou a limpeza e aplicou película Beva no dorso da obra (R\$ 1.800,00). Guardadas as devidas proporções, incide, na espécie, o artigo 182, primeira parte, do Código Civil: “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente” (grifos nossos)

Além dos danos materiais, foram devidos danos morais por razão da conduta discriminatória da ré, que tentou incriminar o autor de ter cometido suposto crime, além de inúmeros e peculiares ataques à pessoa do autor. Foram fixados, portanto, danos morais no montante de 20 mil reais¹⁰⁴.

A condição de apreciação constitui clara definição e obras fraudulentas e originais escondidas podem vir à tona e serem recebidas pelo estatuto que é a arte. Em consequência disso, transparece a tentativa em manipular o evento que oscila entre sensacionalismo e o escancarado, o primeiro, parte da ideia do sensacional, do exagero, do apelativo¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Também foi decidido em caso análogo por este E. Tribunal: Apelação cível - Ação anulatória de negócio jurídico contrato de compra e venda de obra de arte (...) - Ilegitimidade passiva - Não verificação - Ausência de demonstração de que a ré tenha figurado no negócio como simples leiloeira - Existência de elementos que sugerem a ocorrência de contrato de compra e venda diretamente com a ré e não por seu intermédio” (TJSP, Apelação n. 0048131-94.2009.8.26.0000, 30ª Câmara de Direito Privado, julgado em 17/10/2012, Rel. Des. Andrade Neto).

¹⁰⁵ ANJOS, Marlon José Alves do. Op. Cit., p. 32.

Nesse cenário, obras de arte e a suas cópias forjadas aproximam-se de maneira semelhante, estando diretamente interligadas¹⁰⁶, seja no aspecto material ou existencial.

3. A RÉPLICA E O INSTITUTO DOS MÚLTIPLOS

Distinta do plágio, da falsificação e da cópia, há ainda a reprodução através da réplica. A afirmação é um tanto antecipada, mas pode-se dizer que a réplica é o modo de reprodução legal, é o tipo de reprodução que se traduz em uma faculdade, qual seja, a de que dispõe o autor de decidir livremente pela exploração ou não de sua obra¹⁰⁷.

Como já citado, o art. 5º, inciso VI, da Lei 9.610/98¹⁰⁸ define o que é reprodução, mas o inciso utiliza a palavra “cópia” para sugerir que a reprodução consiste na multiplicação de cópias da obra. É uma redação imprópria, que leva a entender que a reprodução alcança fixação, quando se sabe que reproduzir e fixar são coisas distintas¹⁰⁹.

O autor goza de um direito exclusivo de utilização, fruição e de disposição de sua obra, que leva à convicção de que a utilização da obra por computador permanece abrangida pela condição da exclusividade, conforme a Lei 9.610/98, apenas o autor pode autorizar o armazenamento de sua obra em computador¹¹⁰.

A réplica é o tipo de reprodução que traz consigo uma maior proteção jurídica ao autor. E é na escultura que a réplica se torna peculiar. Diferente da pintura, a escultura possui um caráter de multiplicação intrínseco¹¹¹.

Por mais que seja semelhante à cópia – há quem entenda que sejam sinônimos – a réplica surge quando se busca fazer uma cópia exata de uma obra, não é uma mera releitura ou reconstrução, é a exatidão que a caracteriza¹¹².

¹⁰⁶ KEATS, Jonathon. *Forged: Why Fakes are the Great Art of Our Age*. Oxford University Press, 2013.

¹⁰⁷ PONTES, Hildebrando. MAMEDE, Gladston; FILHO, Marcílio Toscano França; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (organizadores). *Op. Cit.*, p. 273.

¹⁰⁸ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;

¹⁰⁹ PONTES, Hildebrando. *Op. Cit.*, p. 274.

¹¹⁰ *Loc. Cit.*

¹¹¹ A multiplicação entra no sentido da sua possibilidade dada à escultura, mais plausível do que na pintura.

¹¹² BIEGING, Patricia. *Arte, Novas Tecnologias e Comunicação: Fenomenologia da Contemporaneidade*. São Paulo: PMStudium Comunicação e Design, 2010.

4. AS RÉPLICAS DE ESCULTURAS

Na escultura, a possibilidade de reprodução se dá através de processos de moldagem. De um molde, podem-se extrair de seis a oito peças, todas consideradas originais, de acordo com as regras instituídas pelo mercado de arte. As peças extraídas em número superior a esse são consideradas múltiplas, com preço inferior ao das originais ou até mesmo únicas¹¹³.

Para Rodin, “a escultura é simplesmente a arte das saliências e reentrâncias”¹¹⁴. Os problemas surgem com as reproduções, os chamados múltiplos, dada não só a complexidade dessa fiscalização, mas também a complexidade comercial dos contratos de utilização pública¹¹⁵.

O historiador de arte Alois Riegl define que diferentes épocas encorajam o culto de diferentes valores. Sendo assim, as condutas adotadas em torno de obras de arte dependem diretamente dos valores que lhe são atribuídas. Riegl entende que os “valores dos tempos presentes” estão preocupados com a satisfação das necessidades estéticas e práticas, o que incluem o valor de uso, ou seja, o uso diário e funcional de um objeto, bem como o valor artístico, que é dividido em “valor de novidade”, qual seja, o bem no seu estado integral e novo, e “valor artístico relativo”, que abrange a apreciação puramente estética do monumento¹¹⁶.

Aos olhos de qualquer indivíduo, há reconhecimento de um valor relacionado à passagem do tempo, podendo-se buscar um vínculo com a autenticidade.

¹¹³ ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. 1ª Edição. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 115.

¹¹⁴ MORAIS, Frederico. Arte é o que eu e você chamamos de arte. pp. 109/110. Apud. ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. 1ª Edição. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 114.

¹¹⁵ ABRÃO, Eliane Y. Op. Cit., p. 114.

¹¹⁶ RIEGL, Alois. Der moderne Denkmalkultus, seine Wesen und seine Entstehung. Vienna, 1903. Forster e Ghirardo, ‘The Modern Cult of Monuments: Its Character and Its Origins’. *Oppositions*, Nr. 25, 1982, pp. 21/51. Tradução de livre de: “present-day values”, “use-value”, “newness-value”, “relative art-value”. Riegl demonstra que todos esses valores podem coexistir entre si e com o valor histórico dos monumentos. Ele elaborou um sistema de valores atribuídos aos monumentos, que considerava as diversas maneiras de percepção e recepção dos edifícios de acordo com o momento histórico em que estavam inseridos. Contudo, para a compreensão do pensamento riegliano deve-se, sobretudo, conhecer sua ideia de *Kunstwollen*, (wollen: querer, Kunst: arte, traduz a ideia de “vontade artística”) que contempla em si a intencionalidade estética de cada período da criação artística. Dentro dessa perspectiva, separar a obra de arte (*Kunstwerk*) do seu processo de criação seria impossível e fatal, já que *Kunstwollen* remete a lógica da produção artística a uma totalidade cultural que não deve ser ignorada. Para Riegl, há uma dúplice historicidade entre a formulação da obra e o momento presente de sua fruição: sugere um embate entre a intencionalidade do período da criação da obra e o que ela desperta no espectador em outro momento histórico, dotado de outra intencionalidade artística. É da tensão entre presente e passado intrínseca que surge a questão dos valores em Riegl.

Como é descrito nas palavras de Walter Benjamin¹¹⁷:

“A autenticidade de uma coisa é a quintessência de tudo o que foi transmitido pela tradição, a partir de sua origem, desde sua duração material até seu testemunho histórico. Como este depende da materialidade da obra, quando ela se esquia do homem através da reprodução, também o testemunho se perde. Sem dúvida, só este testemunho desaparece, mas o que desaparece com ele é a autoridade da coisa, seu peso tradicional.” (grifos nossos)

É a própria leitura da obra de Riegl que dá um impulso decisivo para a definição de “aura” dada por Benjamin. Conforme Benjamin, a exponibilidade de uma obra de arte cresceu muito com a reprodutibilidade técnica, com a mudança de ênfase de um polo para outro¹¹⁸. A arte sempre foi reprodutível, não estando a questão principal na reprodução, mas nas técnicas de reproduzir, na nova modalidade de reproduzir, ou seja, a reprodutibilidade técnica, que permite a existência do objeto artístico em série¹¹⁹.

As assertivas de Benjamin quanto à nova condição da “obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica” são válidas e, dentro de sua lógica, prescindem do valor de antiguidade proposto por Riegl. Contudo, não podem excluir a pertinência deste valor no debate da preservação cultural¹²⁰.

Para Riegl, a réplica pode ser o mecanismo que pode lidar com os conflitos de valores históricos e de preservação. Desse modo, a peça original poderá ficar intocada para preservar a sua integridade documental. A réplica ganharia, com o tempo, o seu próprio valor histórico, principalmente no caso da perda do original, contanto que nunca substitua de fato o original com seus valores estético e histórico¹²¹.

Essas questões valorativas estão diretamente interligadas com a crescente valorização de uma obra de arte quando integra uma coleção de museu, por exemplo. A criação de réplicas pode colocar certa utilidade a uma peça que seria

¹¹⁷ BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política. Ensaio sobre literatura e história da cultura*. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. 4ª Edição. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 168.

¹¹⁸ BENJAMIN, Walter. *Op. Cit.*, p. 173.

¹¹⁹ CHAUI, Marilena. *A ideologia da competência*. Volume 3. 1ª Edição. Autêntica, 2014, p. 52.

¹²⁰ AZEVEDO, Mirandulina Maria Moreira. Patrimônio cultural e rememoração: notas preliminares sobre o valor de antiguidade. *Revista CPC*, São Paulo, n.11, nov. 2010/abr. 2011. Disponível em: http://www.usp.br/cpc/v1/imagem/conteudo_revista_arti_arquivo_pdf/01_11r10.pdf Acesso em 02 de novembro de 2016, às 19:30.

¹²¹ BARASSI, Sebastiano. *The Modern Cult of Replicas: A Rieglian Analysis of Values in Replication*. *Tate Papers*, n.8, 2007. Disponível em: <http://www.tate.org.uk/research/publications/tate-papers/08/the-modern-cult-of-replicas-a-rieglian-analysis-of-values-in-replication> Acesso em 02 de novembro de 2016, às 20:00.

considerada inútil, se permanecesse no seu estado de original. Um dos usos da réplica pode ser direcionado justamente a uma equipe de especialistas, que a “utilizariam” com fins de pesquisa, uma vez que é mais prática a análise de um objeto tridimensional, nas mesmas dimensões da peça original do que a sua reprodução através de uma imagem fotográfica¹²².

O grande público que admira as esculturas, por mais que haja um enorme valor histórico em questão, também almeja vê-las em bom estado de conservação. A réplica pode atender essas demandas, ao estar em um estado praticamente perfeito, e resguardar a obra original de qualquer intervenção de locomoção ou de exposição. Os dois objetos – a escultura original e a réplica – podem conviver paralelamente, com diferentes valores, e a sua combinação poderia servir as necessidades que uma escultura original em perfeito estado serviria normalmente¹²³.

Contudo, levanta-se a questão acerca do valor que uma réplica obtém no decorrer do tempo, ao ser exposta numa grande exposição. É completamente razoável assumir que os visitantes de museus esperam encontrar esculturas nas suas versões originais, sendo peças antigas e com alto valor histórico¹²⁴.

Cumprе ressaltar que uma das funções do museu de arte e dos locais expositivos é valorizar a história e a autenticidade dos objetos expostos, em meio a um mundo praticamente dominado pelas mídias virtuais e experiências efêmeras¹²⁵.

A partir desse ponto de vista, é importante considerar a perspectiva do público quando uma réplica é colocada para exibição, para que as expectativas dos visitantes não estejam fora do alcance da instituição que se dispôs a expor certas esculturas¹²⁶. A interação com o público é essencial, mas será que a disposição de uma réplica é o que ele espera ao ir a uma exposição?

Uma dos objetivos da réplica é justamente garantir uma via educacional para o museu. Afinal, o que uma coleção de arte pretende ao adquirir uma réplica é viabilizar a sua exposição em locais e situações impossíveis para a escultura original. É nesse momento que entra a relevância do acesso à cultura e dos direitos culturais como reflexo dos interesses privados e públicos¹²⁷.

¹²² Ibid., p. 2.

¹²³ Loc. Cit.

¹²⁴ Loc. Cit. Peças antigas seriam peças que ganharam valor por serem do passado, como o próprio autor diz: “age-value”. Nesse sentido, é como se a idade de uma escultura a tornasse mais valiosa, tanto economicamente quanto artisticamente.

¹²⁵ Ibid., p. 3.

¹²⁶ Loc. Cit.

¹²⁷ SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012, p. 46.

A livre participação e o pleno exercício dos direitos culturais só se realizam com o acesso às fontes e ao patrimônio cultural e a possibilidade concreta de fruição dos bens culturais¹²⁸.

Assim, garantir a preservação das fontes de cultura nacional, enriquecer o patrimônio cultural, proteger os espaços públicos de liberdade cultural, e construir a inclusão através do acesso fazem parte do mecanismo de acesso à cultura¹²⁹, que deve ser priorizado quando se discute sobre as tarefas dos museus de arte na sociedade.

As obras de arte enquanto elementos culturais são também importantes, pois o acesso a elas pode ser um elemento tanto de distinção e exclusão como de aproximação e inclusão. A limitação do seu acesso configura uma censura de mercado, fortalecendo a exclusão cultural e a construção de um cenário de dominação cultural¹³⁰.

Ora, por mais que seja direito de cada indivíduo adquirir uma escultura como peça própria para a sua coleção privada, a exclusão total desse objeto para exposição ao público implicaria, de certo modo, numa censura. Poder contemplar tal trabalho se tornaria um privilégio para poucos, e esse não é um dos objetivos da arte e nem da cultura.

A sua exclusão traz fortes e negativas consequências para a democracia e cidadania culturais, afrontando, numa visão mais ampla, a Constituição Federal¹³¹.

Além das inúmeras possibilidades que as réplicas podem proporcionar, algumas considerações ainda devem ser feitas sobre o *status* da réplica após a sua criação. Nas palavras de Riegl, a simples passagem do tempo transforma um artefato num monumento¹³². Portanto, qual é o valor histórico da réplica criada no momento presente e qual será daqui a cinquenta anos? Se qualquer evidência do trabalho original fosse perdida, restaria à réplica assumir o espaço de original, substituindo-o?

Após a perda da escultura original “Maternity” de Henri Gaudier-Brzeska, datada de 1913, integrante de uma coleção francesa, duas fundições dos anos 60 são hoje a única representação restante da obra¹³³.

¹²⁸ Ibid., p. 97.

¹²⁹ Ibid., p. 103.

¹³⁰ Ibid., p. 153.

¹³¹ Loc. Cit.

¹³² BARASSI, Sebastiano. Op. Cit., p. 3.

¹³³ BARASSI, Sebastiano. Op. Cit., p. 3.

Uma das fundições está em exposição permanente até os dias de hoje. Logo, esse é um dos pontos mais importantes que cerca a réplica: a sua utilização no futuro. Ademais, ainda há a sua possível valoração econômica e histórica, caso a peça original não esteja mais disponível no meio da arte.

Os moldes feitos nos anos 60 da escultura de Gaudier-Brzeska demonstram a relevância do seu trabalho no período, trazendo referências para as atitudes adotadas em torno da conservação daquele mesmo trabalho, bem como as cópias que eram realizadas no século XIX como forma de “eternizá-los”¹³⁴.

De fato, o comportamento atual em torno da réplica e da conservação revelam as preferências adotadas pelos representantes do mundo da arte.

Outra questão importante em torno da réplica é o que a legitima como uma obra original. As esculturas do artista russo Naum Gabo, por exemplo, por não serem feitas de aço e não possuírem assinaturas na sua base e nem traços individuais do artista na sua superfície, tornam-se facilmente copiáveis. As réplicas são feitas por diversas razões, sendo tanto fácil como difícil a sua execução, mas o controle sobre elas é essencial. Esse controle é feito através dos direitos autorais¹³⁵.

Quando o próprio autor faz a réplica, ela ganha *status* de original¹³⁶, podendo fazer diversas versões que terão proteção legal, mas é sempre recomendável identificar o número do exemplar e a tiragem¹³⁷, para fins de apurar o valor da obra e dificultar falsificações¹³⁸.

O renomado trabalho de Rodin está entre essas questões, o que ocasionou a elaboração de uma declaração através de um estudo conjunto de diversos artistas, historiadores, curadores, advogados, diretores de museus e *marchands*,

¹³⁴ Muitas das cópias do séc. XIX eram feitas de forma que ficavam praticamente autênticas, contudo, uma análise atual evidencia que não se passam de cópias, com a utilização de diversos meios técnicos e avançados que mostram as diferenças entre o trabalho original e a cópia.

¹³⁵ LODDER, Christina. Naum Gabo and the Quandaries of the Replica. Tate Papers, no.8, 2007, p. 1. Disponível em: <http://www.tate.org.uk/research/publications/tate-papers/08/naum-gabo-and-the-quandaries-of-the-replica> Acesso em 6 de novembro de 2016.

¹³⁶ Lei 9.610/98. Art. 9º. À cópia de obra de arte plástica feita pelo próprio autor é assegurada a mesma proteção de que goza o original.

¹³⁷ Tiragem é o número dado de versões de um mesmo trabalho que são consideradas originais. As tiragens são normalmente representadas através de frações. Quando há a disposição 1/8 no catálogo de uma obra, isso indica que essa é uma das versões, existindo outras oito que são consideradas igualmente originais.

¹³⁸ ALMEIDA, Gustavo Martins de. Reprodução das obras de artes plásticas no Brasil. Setembro de 2014. Disponível em: <http://www.publishnews.com.br/materias/2014/09/09/78656-reproducao-de-obras-de-artes-plasticas-no-brasil> Acesso em 6 de novembro de 2016.

em 1974: a “*Declaração sobre os padrões de reproduções de esculturas e medidas preventivas para combater a falta de ética nas fundições em bronze*”¹³⁹.

Essa declaração é aplicada até hoje quando se lida com casos específicos de reproduções de esculturas. No mais, as esculturas possuem uma nomenclatura especial, que difere a peça única, aquela que possui apenas um exemplar, assinada e data, e a peça original que, em regra, representa até doze exemplares, ou seja, oito exemplares mais as quatro provas de artista¹⁴⁰. Quando um escultor cria uma peça, ele já deve ter em mente o material final que usará para fundi-la.

Portanto, o escultor deve saber e dominar o seu processo reprodutivo, pois o tipo de material no qual a escultura será reproduzida é essencial. Uma escultura muito detalhada nunca poderá ser reproduzida numa fundição de terra¹⁴¹.

Tratando-se sobre direitos autorais, os herdeiros exercem um enorme papel nesse sentido, pois quando titulares dos direitos autorais patrimoniais do artista, são eles os responsáveis por autorizar as réplicas feitas *pos mortem*¹⁴².

No caso do Rodin, conforme o seu desejo, foi concedido ao Museu Rodin, em Paris, o direito de reproduzir suas esculturas póstumas¹⁴³. Em 1956, uma lei francesa limitou a produção de doze exemplares por molde. Conforme a legislação francesa, alterada e publicada novamente em 1993, as primeiras oito cópias dos doze exemplares deveriam ser numeradas e estariam disponíveis para venda, enquanto os quatro exemplares restantes estariam reservados para instituições culturais¹⁴⁴.

Atualmente, o Museu Rodin possui a missão cultural de disseminar o seu trabalho, garantindo que não sejam feitas reproduções ilegais, infringindo os

¹³⁹ CORBETTA, Gloria. Manual do Escultor. 2ª Edição. AGE Editora, 2003, p. 94. A declaração foi criada com o nome original de “Statement on Standards for Sculptural Reproduction and Preventive Measures to Combat Unethical Casting in Bronze”.

¹⁴⁰ Prova de artista ou P.A. identifica as provas destinadas ao artista e correspondem geralmente a 10% (dez por cento) da edição.

¹⁴¹ CORBETTA, Gloria. Op. Cit., p. 95.

¹⁴² Lei 9.610/98. Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o caput deste artigo.

¹⁴³ Conforme informação do próprio site do Museu Rodin: “Par trois donations des 1er avril, 13 septembre et 25 octobre 1916, acceptées par la loi du 22 décembre 1916, Auguste Rodin a fait donation à l’État français de l’ensemble de son oeuvre ainsi que des droits de propriété artistique y afférents.” Assim, todas as obras de Rodin foram doadas ao Estado francês, juntamente com todos os direitos de propriedade intelectual pertencentes às obras. Maiores informações em: <http://www.musee-rodin.fr/fr/le-musee-rodin/respect-du-droit-moral> Acesso em 6 de novembro de 2016, às 13:35.

¹⁴⁴ Décret n° 93-163 du 2 février 1993: le musée a notamment pour mission de “faire connaître l’oeuvre de Rodin et de faire respecter le droit moral qui y est attaché” (article 2).

direitos existenciais de Rodin. Todas as peças que estejam à venda devem estar demarcadas com a palavra “Reprodução” em suas bases¹⁴⁵.

Nesse sentido, como exemplo ilustrativo, existem diversas formas de controle sobre as réplicas das esculturas, podendo ser limitadas a certo número, sempre preservando, em primeiro lugar, os direitos do artista. Contudo, tanto as artes quanto a lei brasileira possuem formas específicas e próprias de lidar com o assunto, como será demonstrado a seguir.

5. AS RÉPLICAS DE ESCULTURAS NA ARTE BRASILEIRA

O artista Hélio Oiticica é um dos artistas mais renomados da história da arte brasileira, participou do movimento neoconcretista com Lygia Clark e pensou sua arte através da “Teoria do Não-Objeto” de Ferreira Gullar¹⁴⁶.

A questão da réplica, reprodução e recriação se torna bastante instigante no trabalho de Oiticica porque ele mesmo se preocupou muito com a duração e a vida de suas obras, não apenas a sua existência posterior à morte do próprio artista, como também como elas viveriam e manteriam sua integridade durante a sua vida.

O crítico de arte e curador Guy Brett relata a sua experiência, quando quebrou acidentalmente a obra “B31 Bólido-vidro 14 Estar 1”, um aglomerado de conchas em um pote de vidro. O próprio Oiticica havia o instruído como manusear a obra para fins de manutenção e locomoção, e como colocá-la em um novo frasco, caso o original quebrasse. Entretanto, Brett residia na Inglaterra, onde não era possível encontrar os mesmos materiais e mercadorias vendidos no Brasil. Assim, o artista o “autorizou” a reconstruir a obra, com a substituição do frasco por outro de procedência distinta¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Disponível em <http://www.musee-rodin.fr/fr/le-musee-rodin/respect-du-droit-moral> Acesso em 6 de novembro de 2016, às 14:15.

¹⁴⁶ SOLEDAR, Jorge. Apontamentos da Teoria do Não-Objeto como Problemática na Construção da Historiografia da Arte Neoconcreta. Revista Valise, Porto Alegre, Volume 1, Nr. 1, Julho de 2011, p. 121. O texto “Teoria do Não-Objeto” assinala a criação ou a teorização de um novo conceito, cujo significado visa compreender a especificidade da obra de arte neoconcreta. Nas palavras de Gullar, o não-objeto seria um “poema espacial”, aguardando para ser manuseado e, logo após, devolvido para a sua situação anterior. É uma imobilidade aberta a uma mobilidade aberta.

¹⁴⁷ BRETT, Guy. Hélio Oiticica. Tate Papers, Nr.8, 2007. Disponível em <http://www.tate.org.uk/research/publications/tate-papers/08/helio-oiticica> Acesso em 6 de novembro de 2016.

Contudo, a escultura foi eventualmente replicada para uma exposição em 1992 na Holanda, mas nunca ficou exatamente como a peça original¹⁴⁸.

O crescente interesse pelo trabalho de Hélio Oiticica após a sua morte despertou a necessidade de expor o seu trabalho, mas também apresentou o seguinte dilema: grande parte de seus trabalhos são interativos, com a participação ativa do público, mas a sua integridade física e estética deveriam ser preservadas.

A solução para isto foi criar inúmeras réplicas, tanto dos famosos “Parangolés” quanto dos “Penetráveis”¹⁴⁹. As réplicas foram feitas em 1985, apenas cinco anos após a morte de Oiticica. A intenção era recriar uma exposição histórica feita no Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro em 1965, onde foram “expostos” pela primeira vez os “Parangolés”. A nova exposição se chamaria “Opinião 65”, e diversos artistas, que conheciam o próprio Oiticica, que desenvolveram as réplicas dos trabalhos específicos para a exposição¹⁵⁰.

Importante salientar que, por mais que não esteja expresso na lei, entende-se que, quando não é o próprio artista que faz a réplica do seu próprio trabalho, há entes e indivíduos autorizados para tanto, como o assistente do artista, um Conselho específico, o que era o caso do Oiticica, a própria galeria que o representa, os restauradores, dentre outros¹⁵¹.

No entanto, esses trabalhos, por não serem exatamente esculturas feitas de mármore ou de bronze, mas sim de tecido, eram de difícil reprodução. Hélio Oiticica utilizava-se de uma variedade de materiais para construir um trabalho¹⁵².

Os trabalhos de Oiticica constituem um procedimento espacial e conceitual, o que faz com que os processos de reprodução sejam extremamente delicados

¹⁴⁸ Ibid., p. 2.

¹⁴⁹ FAVARETTO, Celso. *A Invenção de Hélio Oiticica*. São Paulo: EDUSP, 1992, p. 30.

O “Parangolé” é um tecido no formato de capa ou bandeira que deve ser vestido por um participante dos eventos normalmente organizados por museus e instituições culturais. Conforme Oiticica, trata-se de “incorporação do corpo na obra e da obra no corpo”. Desse modo, “o objetivo é dar ao público a chance de deixar de ser público espectador, de fora, para participante na atividade criadora”. Os “Penetráveis” são espaços arquitetônicos criados por Hélio, instalados no espaço expositivo em formato de labirinto, fazendo com que os espectadores façam parte dessa experiência sensorial e visual.

¹⁵⁰ BRETT, Guy. Op. Cit., p. 3.

¹⁵¹ CURTIS, Penelope. Replication: Then and Now. Tate Papers, no.8, 2007. Disponível em: <http://www.tate.org.uk/research/publications/tate-papers/08/replication-then-and-now>. Acesso em 6 de novembro de 2016.

¹⁵² BRETT, Guy. Op. Cit.

e pensados. Luciano Figueiredo, que participou de diversas remontagens das esculturas de Hélio, reflete a respeito¹⁵³:

Nossa experiência em preservar, estudar e montar a obra de Oiticica nos afirma que o seu funcionamento exige que os conceitos imanentes na obra sejam perfeitamente compreendidos para que exista a integridade de cada peça. Como em uma estrutura musical ou partitura, os conceitos são guias para montagem e exibição e, para que sejam bem sucedidos, deve aparecer tal como concebidos pelo artista. Cada peça possui sua maneira própria de ser exibida. Qualquer procedimento contrário pode desviar o trabalho para uma servidão formalista ou esteticismo.

As relações entre projeto, construção, abertura e interpretação na utilização dos arquivos e projetos em arte contemporânea, integram a tarefa de reconstrução, na tentativa de se construir um outro lugar onde se possa penetrar nos planos do artista, no caso de Hélio, um plano de cor e sensações¹⁵⁴.

A exposição das réplicas dos “Parangolés”, por mais que tenha trazido dificuldades para os seus executores, ainda torna possível a sua presença física e a criação dos diálogos com o público, o que seria impossível se não fossem as réplicas¹⁵⁵.

CONCLUSÃO

Nesse sentido, evidente o papel exercido pelas réplicas na arte brasileira, sendo necessárias sua permissão e regulamentação.

Difícil determinar que as questões acerca da reprodução foram totalmente respondidas, pois o tema é amplo e, como Walter Benjamin sustentava, a questão

¹⁵³ FIGUEIREDO, Luciano. Favor não tocar, Do Not Touch, Ne Touchez Pas. Item Revista de Arte, nº 3, Rio de Janeiro. 8 -11, 1996, p. 10.

¹⁵⁴ SARNAGLIA, Melina Almada. O ARQUIVO DESPIDO POR SEUS INTERLOCUTORES, MESMO ENFRENTAMENTOS DO ARQUIVO DO ARTISTA CONTEMPORÂNEO. Congresso Internacional da Associação de Pesquisadores em Crítica Genética, 2012, p. 741. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/apcg/edicao10/Melina.Almada.pdf> Acesso em 6 de novembro de 2016, às 17:32.

¹⁵⁵ BRETT, Guy. Op. Cit., p. 4. O texto termina com os seguintes questionamentos: “However, if I have today disappointment and criticism to express about some aspects of showing Parangolés (either originals or replicas) in the spaces of institutions, how could these works be part of the discussions of contemporary art if it was not by its presence made possible by replicas? Would it be possible to experience what is a Parangolé just by looking at documents and photographs or by looking at motionless originals as in a museum of costumes?”. Conclui-se que a experiência artística causada por esse tipo de trabalho está distante da documentação padrão, como fotografias e suas versões originais dispostas imóveis em museus. O “Parangolé” deve ser necessariamente experienciado para ser realmente vivido, sendo imprescindível a criação de réplicas que proporcionem essa experiência única ao público.

das mudanças no público para as mudanças nas imagens ocasiona alterações na percepção geral da arte¹⁵⁶.

Seus autores, titulares dos direitos autorais patrimoniais e existenciais, ao colocarem a obra para exposição ao público e, assim, para a venda, inserem um objeto simbólico no universo artístico.

Esse objeto, a partir desse momento, estabelecerá um discurso e vida próprios, mas também poderá ser atingido por terceiros, seja através de novos autores e intervenientes, seja através de novas formas de apropriação, visualização e contemplação.

A reprodutibilidade técnica coloca em evidência questões que sempre estiveram presentes no campo da arte, pois a arte, de certa forma, sempre foi reprodutível.

A originalidade e a autenticidade são motivos de ambição para muitos, e isso se deve ao prestígio alcançado através do mérito artístico. Entretanto, a reprodução não fica atrás, afinal, se não existissem as cópias e as réplicas, quem teria a honra de ter e ser o original?

Logo, a reprodução existe e deve ser preservada, bem como a sua produção permitida, dentro dos parâmetros legais, ocasionando novos discursos e pensamentos em torno do status fático da obra de arte.

¹⁵⁶ BENJAMIN, Walter. Op. Cit., p. 79.

UM ESTUDO COMPARATIVO A RESPEITO DO ABORTO

*Eduardo Aidê Bueno de Camargo - Juiz Federal da Seção Judiciária
do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público na UERJ*

RESUMO: Durante as últimas décadas, houve uma mudança significativa e contínua sobre o tratamento do aborto em diversos países ao redor do mundo. A progressiva reforma foi auxiliada ou mesmo desencadeada por movimentos feministas, por estudos empíricos a respeito de problemas sociais e de saúde pública ou por novas percepções a respeito dos direitos humanos e direitos fundamentais. As alterações, como regra, ocorreram no âmbito legislativo, sendo que, em poucos, mas significativos casos, o Judiciário inovou o Direito, autorizando o aborto em determinadas hipóteses. Contudo, ainda que a alteração tenha vindo através de lei, diversas cortes constitucionais foram chamadas a analisar a validade da legislação sobre a interrupção da gravidez em confrontação com os princípios constitucionais, observando-se, assim, certo deslocamento do debate político para o debate jurídico. Neste trabalho, o objetivo será analisar de forma breve e descritiva o processo de mudança de percepção sobre a questão do aborto nos países referência para o direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; Direito Constitucional; Direito Comparado; Judicialização.

ABSTRACT: During the last decades, there has been a significant and continuous change in abortion jurisdiction in several countries around the world. The progressive reform has been aided or even triggered by feminist movements, by empirical studies on social and public health problems, or by new insights into human rights and fundamental rights. The changes, as a rule, occurred in the legislative sphere, and in a few but significant cases, the Judiciary innovated the law, authorizing abortion in certain circumstances. However, though the revision has been passed by law, several constitutional courts have been called upon to scrutinize the validity of legislation on termination of pregnancy in

observance of constitutional principles, hence observing a certain shift from the political debate to the legal debate. In this paper, the objective will be to analyze in a brief and descriptive approach the process of change of perception on the abortion question in the reference countries for Brazilian Law.

KEYWORDS: Abortion; Constitutional Law; Comparative Law; Judicialization.

I. INTRODUÇÃO

Durante as décadas de 60 e 70 do século passado, pelo menos 42 países alteraram de alguma forma sua legislação a respeito do aborto, sendo que a grande maioria desses países observou uma ampliação das hipóteses permissivas da interrupção voluntária da gravidez¹. Pode-se dizer, em termos gerais, que esta progressiva reforma liberal foi auxiliada ou mesmo desencadeada por múltiplos fatores, tais como pelo fortalecimento de movimentos feministas, pelo desenvolvimento de estudos empíricos a respeito de problemas sociais e de saúde pública ou por novas percepções a respeito dos direitos humanos e direitos fundamentais². Além disso, as alterações legislativas, como regra, seguiram dois caminhos diversos. Em algumas legislações, ampliou-se (i) um *modelo circunstancial*, a depender de determinada circunstância seria autorizado o aborto por questões terapêuticas, médicas ou morais, ou (ii) um *modelo temporal*, durante um determinado período, geralmente antes da 12ª semana de gestação, a mulher estaria autorizada a realizar o aborto com a simples manifestação da vontade ou, em alguns casos, condicionado também a um aconselhamento prévio.

¹ Cf. COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. A decade of international change in abortion law: 1967-1977. *American Journal of Public Health*, vol. 68, n. 7, p. 637-644, 1978.

² Para efeito deste trabalho serão aplicados como sinônimos os termos direitos fundamentais e direitos humanos. Contudo, não se pode esquecer que para a doutrina majoritária os termos expressam fenômenos diversos, sendo que o termo “direitos humanos” é utilizado para aqueles direitos mais importantes do indivíduo no âmbito internacional positivados nas declarações e tratados internacionais, enquanto o termo “direitos fundamentais” tem sido utilizado para os direitos essenciais do indivíduo no âmbito interno positivados nas Constituições ou em alguma norma relevância superior (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377; CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8a ed. Salvador: Juspodvim, 2014, p. 441; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 249; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36).

Nas décadas seguintes, o movimento liberal permaneceu vivo, ainda que em um grau menor³. Assim sendo, pode-se dizer que, ao longo dos anos, foi observada uma constante e irreversível mudança na legislação de diversos países com o deslocamento da questão do aborto da seara penal e com a punição da mulher até mesmo com uma pena privativa de liberdade, para a seara de efetiva proteção dos direitos humanos e com a preocupação de desenvolvimento de uma vida digna, tanto para a mulher grávida como para o ser humano em formação.

II. A MUDANÇA DE TRATAMENTO DO ABORTO NA EUROPA

Como será visto a seguir, diversos países que servem de referência para o Brasil no aspecto jurídico ou mesmo moral mudaram sua percepção e, atualmente, apresentam, quanto ao tema aborto, um enfoque bastante diferente daquele adotado pelo legislador e pelo judiciário brasileiros. A Europa, por exemplo, se destaca ao ser o continente com mais países que permitem a interrupção voluntária da gestação. É bastante expressivo o fato de mais de 95% dos Estados que fazem parte da União Europeia⁴ autorizarem a interrupção da gravidez por motivos de saúde da gestante⁵, enquanto que mais de 80% autorizarem a interrupção por conta de uma simples manifestação de vontade da mulher⁶. Pela relevância, alguns casos específicos merecem ser vistos de forma mais detalhada.

Na **Inglaterra**, uma lei de 1967 (*Abortion Act*) legalizou o aborto quando realizado sob certas condições, estabelecendo a não punibilidade da conduta quando solicitado pela mulher antes da expiração da 24ª semana de gravidez. A liberalização do aborto na Inglaterra, inclusive, foi desencadeadora de um

³ COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard; BLISS, Laura. International developments in abortion law from 1988 to 1998. *American Journal of Public Health*, vol. 89, n. 4, p. 579-589, 1999.

⁴ Dados extraídos do jornal inglês *The Guardian*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/global-development/ng-interactive/2014/oct/01/-sp-abortion-rights-around-world-interactive>> Acesso em 28.06.2017.

⁵ Dentre os membros da União Europeia, o aborto para a proteção da vida da gestante somente é vedado em Malta, um dos seis países do mundo que proíbe a interrupção da gestação em qualquer circunstância. Os outros cinco países são: Sudão do Sul, Chile, República Dominicana, El Salvador e Nicarágua.

⁶ Somente não autorizam, dentre os membros da União Europeia, a interrupção da gestação por requerimento da mulher os seguintes países: Malta, Polônia, Luxemburgo, Irlanda e Finlândia. Dos países europeus que não fazem parte da União Europeia, somente Andorra, Liechtenstein, Islândia, Mônaco e San Marino não permitem o aborto por simples requerimento da mulher, sendo que a Islândia, assim como Finlândia e Luxemburgo, permitem o aborto por questões econômicas ou sociais e para a preservação da saúde mental da mulher (cf. dados da ONU encontrados em <http://www.un.org/esa/population/publications/2011abortion/2011wallchart.pdf> Acesso em 11.07.2017).

movimento similar em vários países da *commonweath*, tal como Índia (1971), Zâmbia (1972), Botswana (1991), Guiana (1995) e África do Sul (1996)⁷. A legislação inglesa foi pioneira na liberalização do aborto e, até por isso, também foi uma das primeiras a ser submetida a um escrutínio no âmbito internacional de proteção dos direitos humanos. Assim, em 1980, examinando o caso inglês, a Comissão Europeia de Direitos Humanos entendeu que a liberalização do aborto não violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos, já que a questão do aborto deveria ser analisada a partir do pressuposto de que a vida do feto estaria íntima e inseparavelmente ligada à vida da mulher⁸.

Na **França**, uma lei de 1975 (Lei 75-17) autorizou o aborto nas dez primeiras semanas de gestação por conta de simples pedido da gestante, quando houvesse a alegação de que a gravidez causar-lhe-ia estado de angústia e sofrimento⁹. Além disso, a mesma lei autorizou o aborto a qualquer tempo quando houvesse risco à vida ou saúde da gestante, ou houvesse forte probabilidade de o feto sofrer de doença grave reconhecida como incurável. Através de um controle de constitucionalidade prévio, o Conselho Constitucional francês, em decisão de janeiro de 1975, reconheceu a compatibilidade da lei com as normas constitucionais¹⁰.

Na **Itália**, o primeiro passo para a liberalização do aborto ocorreu em 1975 com a decisão da Corte Constitucional que declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal Italiano, que punia o aborto sem excetuar a hipótese em que sua realização implicasse em dano ou risco à saúde da gestante¹¹. Tempos depois, uma lei italiana (Lei 194, de 22.05.1978) passou a estabelecer a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez dentro de 90 dias de gestação consentida à mulher que se encontrasse em situação em que a gravidez ou a maternidade comportasse *“um sério perigo para a sua saúde física ou psíquica, em relação ou ao seu estado de saúde ou às suas condições económicas, sociais ou familiares, ou às circunstâncias em que surgiu a concepção ou à previsão*

⁷ A liberação nestes países ocorreu em graus diferentes, embora a doutrina costume apontar uma influência do direito inglês em todos (cf. COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. Human rights and abortion laws. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, vol. 65, p. 81-87, 1999, p. 84).

⁸ Comissão EDH, *Paton v. United Kingdom*, Petição n. 8.416/78, de 13.05.1980.

⁹ Em 2001, uma nova lei (Lei 2001-588) ampliou o prazo para a realização da interrupção da gestação de 10 para 12 semanas e retirou a obrigatoriedade do aconselhamento prévio. Mais uma vez o Conselho Constitucional reconheceu a constitucionalidade da norma (Conselho Constitucional, Decisão n. 2001-446, de 27.06.2001).

¹⁰ Conselho Constitucional da França, Decisão n. 74-54, de 15.01.1975.

¹¹ Corte Constitucional da Itália, Sentença n. 27/1975, de 18.02.1975.

de anomalias ou malformações dos nascituros". Analisando a constitucionalidade da lei, a Corte Constitucional italiana afirmou que criminalização ou a descriminalização de condutas estaria dentro da margem de ação do legislador, não havendo, portanto, qualquer invalidade na Lei 194¹².

Na **Espanha**, uma lei de 1985 alterou o Código Penal espanhol e estabeleceu três hipóteses de não criminalização do aborto: (i) interrupção até às 12 semanas, no caso de estupro; (ii) até às 22 semanas, no caso malformações fetais; (iii) no caso de risco para a saúde mental e física da mãe. A lei veio em conformidade com uma decisão anterior do Tribunal Constitucional espanhol que consignara que as autorizações do legislador para a interrupção da gravidez não feririam a Constituição espanhola¹³. Posteriormente, uma nova lei de 2010 ampliou as hipóteses permissivas do aborto e estabeleceu o direito de a mulher interromper voluntariamente a gravidez até a 14ª semana por qualquer motivo, sendo que, em casos em que houvesse risco para a mãe ou se o feto apresentasse sérias deformidades, o direito à interrupção passaria a ser até a 22ª semana de gestação.

Em **Portugal**, uma lei editada em 1985 pretendeu ampliar as hipóteses de exclusão da ilicitude do aborto. Antes mesmo da promulgação da lei, o Tribunal Constitucional Português foi instado a se pronunciar a respeito da constitucionalidade do ato normativo através de um controle de constitucionalidade preventivo. Assim, em decisão de março de 1984¹⁴, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade do ato normativo sob o argumento de que "*no confronto de um valor não juridicamente subjectivado — o da vida humana intra-uterina — com outros valores juridicamente subjectivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais, é lícito admitir a possibilidade de sacrificio daquele*". Em 2007, foi aprovada mediante referendo popular a Lei 16/2007 que permitiu a interrupção voluntária da gravidez até a 10ª semana de gestação em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido, bastando para tanto a simples manifestação de vontade da mulher. Também esta lei foi objeto de controle preventivo (2006)¹⁵ e repressivo (2010)¹⁶ de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional que, nas duas oportunidades, chancelou a constitucionalidade do ato normativo e afirmou que a Constituição

¹² Corte Constitucional da Itália, Sentença n. 108/1981, de 07.05.1981.

¹³ Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença STC 53/1985, de 11.04.1985.

¹⁴ Tribunal Constitucional de Portugal, Plenário, Acórdão n. 25/84, de 19.03.1984.

¹⁵ Tribunal Constitucional de Portugal, Plenário, Acórdão n. 617/2006, de 15.11.2006.

¹⁶ Tribunal Constitucional de Portugal, Plenário, Acórdão n. 75/2010, de 23.02.2010.

portuguesa protege todas as formas de vida humana, inclusive a intrauterina, o que, segundo a corte, “*não significa que se imponha um grau de intensidade necessariamente igual na proteção de todas as formas de vida*”¹⁷.

Apesar do número considerável de Estados europeus a favor da liberdade da mulher, quando ampliamos o espectro para o contexto do **Direito Comunitário Europeu** a questão ganha maior complexidade e dificuldade, tendo em vista a grande diversidade cultural dos países signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁸. Nesse contexto, preocupada em não realizar uma intervenção cultural ilegítima, a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) tem entendido que a questão da proibição ou da legalização do aborto estaria dentro da *margem de apreciação* de cada Estado¹⁹. Em precedente de 2010, todavia, a Corte Europeia ressaltou este entendimento nos casos de risco para a vida da mulher²⁰. Segundo a corte internacional, nesses casos, deveria

¹⁷ Sobre a evolução do direito português v. RUBIO-MARÍN, Ruth. Abortion in Portugal: new trends in European constitutionalism. In: Rebecca Cook, Joanna Erdman e Bernard Dickens (eds.), *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014, p. 36-55.

¹⁸ Questão das mais complexas no direito internacional ocorre quanto à pretensão de universalidade dos direitos humanos no contexto global de diversidade cultural e, sobretudo, diversidade de concepções a respeito do que é certo (moralidade) e do que representa o bem viver (ética). Para a solução, ainda que provisória, do impasse, alguns autores têm defendido a utilização de um diálogo entre as diversas culturas (diálogo intercultural), o que Boaventura de Sousa Santos chamou de hermenêutica diatópica (SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, p. 11-32, 1997). Seria através do diálogo que haveria a possibilidade de que lacunas culturais mútuas fossem preenchidas, formando-se, assim, uma concepção multicultural dos direitos humanos. Bhikhu Parekh, nesta linha, ressaltou que, como os valores não podem ser racionalmente demonstrados, devem ser objeto de um consenso racionalmente defensável, sendo importante um diálogo intercultural aberto para a escolha consensual dos valores a serem universalmente protegidos, o que chamou de universalismo pluralista (PAREKH, Bhikhu. *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*. Basingstoke and London: Macmillan, 2000, p. 336-338).

¹⁹ Corte EDH, P. & S. v. Polônia, Petição n. 57.375/08, de 30.10.2012. Sobre o aborto no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ainda que adotando uma postura bastante restrita quanto ao “direito convencional ao aborto”, v. PUPPINCK, Gregor. Abortion and the European convention on human rights. *Irish Journal of Legal Studies*, vol. 3, n. 2, p. 142-193, 2013. A teoria da margem de apreciação prega que determinadas questões relacionadas com restrições e limitações estatais a direitos humanos devem ser discutidas e dirimidas prioritariamente pelas comunidades nacionais e não por uma corte internacional. O precedente importante sobre o tema foi o caso *Handyside v. Reino Unido*, referente ao confisco de exemplares e proibição de comercialização do livro “*The Little Red Schoolbook*” editado por Richard Handyside, considerado obsceno para crianças e adolescentes. Nesse caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos, aplicando a teoria da margem de apreciação, considerou que caberia prioritariamente à comunidade britânica, com base em seus valores morais, decidir a respeito das restrições ao direito à liberdade de expressão previsto na Convenção Europeia (Corte EDH, *Caso Handyside v. Reino Unido*, Petição n. 5.493/72, de 12.12.1976).

²⁰ A análise do direito irlandês e do contexto prévio à decisão da Corte é feita de forma minuciosa em CALT, Shannon. A., B. & C. v. Ireland: “Europe’s Roe v. Wade”? *Lewis & Clark Law Review*, vol. 14, n. 3, p. 1189-1232, 2010. Já para uma análise da decisão da Corte Europeia v. RONCHI, Paolo. A, B and C v. Ireland: Europe’s Roe v. Wade still has to wait. *Oxford Student Legal Studies Paper* n. 14, 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1950133>>. Acesso em 18.05.2017.

prevalecer o direito de liberdade da gestante, uma vez que estaria fora da margem de apreciação a existência de um mínimo de proteção da saúde e bem-estar da mulher. Nas palavras da corte, "*while there might be no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (Vo v. França²¹, cited above, at § 82), there was a clear consensus on the minimum standards for abortion services necessary to preserve a woman's health and well-being*"²².

III. O ABORTO NO RESTO DO MUNDO

Apesar de a Europa ter as legislações mais liberais a respeito do aborto nos seis continentes, a onda liberalizante não foi sentida somente no continente europeu. Diversos países do mundo realizaram alterações substantivas para a ampliação da proteção da liberdade da mulher nas últimas décadas, sendo que, atualmente, pelo menos vinte e quatro países fora da Europa permitem a interrupção da gestação por conta de uma simples manifestação de vontade da mulher²³. Alguns países merecem uma análise mais detida.

No **Canadá**, uma lei de 1969 (*Criminal Law Amendment Act*) afastou a punibilidade da prática de aborto em situações de risco à saúde da gestante, desde que houvesse um laudo de uma comissão médica favorável ao aborto. Quase duas décadas depois, a Suprema Corte do Canadá, no caso *R. v. Morgentaler* (1988)²⁴, agindo de forma proativa, decidiu que a proibição da interrupção da gestação seria inconstitucional por violar direitos fundamentais da mulher. Segundo a Suprema Corte, o interesse do Estado em proteger o feto seria legítimo, mas a proibição da interrupção da gestação violaria o direito à segurança da pessoa grávida em intensidade maior do que o exigido para atingir o objetivo de proteger o feto e acomodar os interesses concorrentes. Neste precedente, o *chief*

²¹ No precedente *Vo v. França*, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a questão a respeito de quando se inicia o direito à vida deve ser decidida pelo direito interno de cada Estado, tendo em vista que, primeiro, a questão não foi consolidada em todos os Estados signatários da Convenção e, segundo, não existe um consenso científico ou jurídico a respeito do início da vida (Corte EDH, *Vo v. França*, Petição n. 53.924/00, de 08.07.2004).

²² Corte EDH, A., B. & C. v. Irlanda, Petição n. 25.579/05, de 10.12.2010.

²³ Fora da Europa, permitem a interrupção voluntária da gestação através de simples requerimento, seja por conta de autorização legal ou judicial: África do Sul, Armênia, Austrália, Azerbaijão, Bahrein, Cabo Verde, Camboja, Canadá, Cazaquistão, China, Coréia do Norte, Cuba, Estados Unidos, Geórgia, Guiana, Mongólia, Nepal, Singapura, Tazaquistão, Tunísia, Turquia, Uruguai, Uzbequistão e Vietnã (dados extraídos do jornal inglês *The Guardian*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/global-development/ng-interactive/2014/oct/01/-sp-abortion-rights-around-world-interactive>> Acesso em 28.06.2017).

²⁴ Suprema Corte do Canadá, *R v. Morgentaler*, Caso n. 19556, de 28.01.1988.

justice Brian Dickson, utilizando expressamente o *princípio da proporcionalidade*, chegou a conclusão de que a leis que limitavam a possibilidade da realização do aborto pela mulher não passaria nos três testes da proporcionalidade, apesar de passar no teste da *legitimidade dos fins*, uma vez que o objetivo do legislador em tentar harmonizar os interesses concorrentes seria legítimo e relevante.

Na África do Sul, uma lei de 1996 (*Act n. 92, The Choice on Termination of Pregnancy Act*) permitiu a interrupção voluntária da gravidez pela mulher nas primeiras doze semanas de gestação por conta de simples requerimento da gestante²⁵. A Suprema Corte da África do Sul (Divisão Provincial de Transvaal), no caso *Christian Lawyers Association v. Minister of Health* (2004), entendeu pela constitucionalidade da lei de 1996 sob o argumento da existência, na Constituição sul-africana, de um direito fundamental de a mulher interromper sua gravidez²⁶.

Na **Cidade do México (Distrito Federal)**, uma reforma ao Código Penal de 2007 também permitiu a interrupção da gestação nas doze primeiras semanas de gestação, tendo a Suprema Corte do México reconhecido a constitucionalidade da legislação local²⁷. Entendeu a Corte mexicana que não se poderia dizer que a ameaça penal é a primeira e única solução para a erradicação de práticas clandestinas de aborto e, dessa forma, não se poderia aceitar a “vingança” (função retributiva da pena) como o imediato fundamento da sanção penal.

Na Índia, antes de 1971, a única autorização legal para a interrupção da gestação era para salvar a vida da mãe. Com a intenção de reduzir a incidência dos abortos clandestinos, bem como a alta mortalidade materna, em 1971, uma lei (*Medical Termination of Pregnancy Act*) autorizou até as doze primeiras semanas de gravidez a interrupção da gestação por conta de requerimento formulado pela mulher, mas desde que houvesse uma das justificativas previstas em lei (risco à saúde física e mental da mãe, malformação fetal, estupro, gravidez de menores de 18 anos não casadas, grávidas com problemas mentais, gravidez decorrente de uma esterilização falha)²⁸. Além disso, a lei previu que seria também possível

²⁵ Diferentemente do que ocorre na Europa, no continente africano, a interrupção voluntária da gravidez é exceção, sendo que somente a África do Sul, Cabo Verde e a Tunísia permitem o aborto por simples requerimento da gestante.

²⁶ Suprema Corte (High Court) da África do Sul, Divisão Provincial de Transvaal, *Christian Lawyers Association v. National Minister of Health and Others*, Caso n. 7.728/2000, de 24.05.2004.

²⁷ Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Ação de inconstitucionalidade n. 146/2007 e 147/2007, de 28.08.2008.

²⁸ Apesar de os casos de permissão legal do aborto na Índia serem amplos, não houve a previsão da interrupção da gravidez por conta do simples pedido da mulher.

a interrupção da gestação até a 20ª semana de gestação, desde que houvesse parecer favorável de dois médicos²⁹.

Diferentemente do que ocorre no continente europeu, no âmbito da América do Sul, existe uma forte resistência à liberalização do aborto. No **Chile** (art. 342, CP), a legislação penal veda qualquer forma de interrupção da gravidez, enquanto **Bolívia** (art. 266, CP), **Paraguai** (art. 109, CP), **Argentina** (art. 86, CP), **Equador** (art. 447, CP), **Venezuela** (art. 435, CP) e **Peru** (art. 119, CP) possuem leis bastante restritivas a semelhança do que ocorre com o caso brasileiro, permitindo a interrupção da gravidez apenas na hipótese de risco de vida para a mãe e de gravidez decorrente de estupro. Contudo, dois casos merecem atenção especial: o *caso colombiano* e o *caso uruguaio*.

Na **Colômbia**, a liberalização, em algumas circunstâncias, do aborto não veio através do legislador, mas através do judiciário. No caso colombiano, a Corte Constitucional, em 2006, declarou inconstitucional a legislação penal então em vigor que não excepcionava a criminalização do aborto, fixando, logo em seguida, três casos em que seria possível a interrupção da gravidez mesmo sem expressa previsão legal³⁰. Aceitou a Corte Constitucional a realização do aborto quando: (i) a continuação da gravidez colocar em perigo a vida ou a saúde da mulher; (ii) houver uma malformação grave do feto, tornando a vida inviável; (iii) a gravidez for resultante de conduta, devidamente comunicada, de relação sexual violenta ou sem consentimento, incesto, inseminação abusiva ou artificial, ou transferência de óvulo sem consentimento.

Uma das mais recentes legislações liberalizantes a respeito do aborto veio de um país bastante próximo. No nosso vizinho **Uruguai**, uma lei de 2012 autorizou a realização do aborto em três hipóteses: (i) até a 12ª semana de gestação por simples manifestação de vontade da mulher; (ii) em casos de estupro, até a 14ª semana; (iii) havendo risco para a mãe ou se o feto for inviável, em qualquer período da gestação. Com esta lei de 2012, Uruguai se tornou um dos poucos países americanos em que a legislação permite a realização da interrupção da gravidez com a simples vontade da gestante³¹.

²⁹ Em julgado de 2016, a Suprema Corte de Índia afirmou que uma vítima de estupro poderia terminar a gravidez para evitar riscos para sua saúde física e mental até mesmo na 24ª semana de gravidez (Suprema Corte da Índia, Ms. X. v. Union of India, Writ Petition n. 593/2016, de 25.07.2016).

³⁰ Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-355, de 10.05.2006. Para uma análise da decisão da Corte Constitucional v. UNDURRAGA, Veronica; COOK, Rebecca. Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006. In: Susan Williams (ed.), *Constituting equality: gender equality and comparative constitutional law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 215-247.

³¹ Também permitem a interrupção voluntária da gravidez por mero requerimento da gestante no continente

No âmbito do **Direito Comunitário Americano**, merece referência o art. 4º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) que estabelece que o direito à vida “deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”. Não por coincidência, alguns membros do sistema regional de direitos humanos possuem Constituições com a previsão do direito à vida nos mesmos termos utilizados pela Convenção, tal como ocorre com as Constituições de El Salvador de 1983 (art. 1º), Guatemala de 1985 (art. 3º), Paraguai de 1992 (art. 4º), Peru de 1993 (art. 3º), Equador de 2008 (art. 45) e República Dominicana de 2015 (art. 37)³². Apesar de não haver exatidão semântica, uma interpretação literal apressada pode levar à conclusão de que há, na Convenção, uma vedação a qualquer tipo de interrupção voluntária da gravidez³³. Isso porque, pelo texto da Convenção Americana, parece claro que a intenção foi dar ao embrião e ao feto³⁴ o *status* de pessoa humana e garantir a eles o mesmo direito à vida das pessoas nascidas. Ocorre que tais circunstâncias, em absoluto, não impedem o reconhecimento da legitimidade da interrupção da gestação em algumas hipóteses. Com efeito, principalmente por conta do termo “em geral”, existe entendimento razoável no sentido de a Convenção ser permissiva com legislações que regulamentam a interrupção da gravidez em determinadas circunstâncias, mormente nos casos de risco à vida da gestante, malformação do feto, aborto resultado de estupro ou mesmo simples requerimento da mulher nos primeiros meses da gravidez³⁵. Não há, ainda, um pronunciamento definitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, apesar de haver o famoso precedente *Baby Boy*³⁶ da Comissão Interamericana sobre o abortamento nos Estados Unidos.

americano: Estados Unidos, Canadá, Cuba, Guiana e Porto Rico.

³² Conforme pesquisa realizada no site *Constitute Project*. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/>> Acesso em 20.05.2017.

³³ Sobre a interpretação do art. 4o, 1, da Convenção v. PAÚL, Álvaro. *Controversial Conceptions: The unborn and the american convention on human rights*. *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 9, n. 2, p. 209-247, 2012.

³⁴ Segundo o entendimento predominante na medicina, “embrião” é o nome dado ao nascituro do momento da fecundação até a 8ª semana de gestação. Já “feto” é o nome dado após a oitava semana do período de gestação. A distinção ocorre, sobretudo, porque, após aquele marco de oito semanas, já poderia ser constatada a presença de órgãos internos (ainda que não completamente formados) e ser notada a forma humana com o desenvolvimento de braços, pernas e dedos.

³⁵ Em sentido semelhante, v. COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. *Human rights dynamics of abortion law reform*. *Human Rights Quarterly*, vol. 25, p. 01-59, 2003, p. 25.

³⁶ Comissão IDH, *Baby Boy v. Estados Unidos da América*, caso n. 2.141, Res. 23/81, de 06.03.1981.

O precedente *Baby Boy*, apesar de vir da Comissão Interamericana, órgão independente da Organização dos Estados Americanos (OEA) com a atribuição de promover os direitos humanos no continente americano, em última análise, não se mostra suficiente para a interpretação do art. 4º, 1, da Convenção Americana, tendo em vista a utilização de parâmetro diverso no controle de convencionalidade. No caso, a Comissão Interamericana, sem utilizar a Convenção Americana de 1969 como parâmetro de controle, entendeu que os Estados Unidos não teriam violado a *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem* (1948) ao permitir o aborto desde o precedente *Roe v. Wade* (1973) da Suprema Corte norte-americana. Deve ser observado, então, que o parâmetro utilizado (a Declaração Americana) possui texto mais aberto e abstrato que a Convenção Americana, não fazendo, assim, qualquer alusão ao início da proteção do direito à vida. A razão de a Comissão não ter utilizado como parâmetro a Convenção está no fato de os Estados Unidos não serem signatários deste documento internacional. Contudo, como os Estados Unidos fazem parte da OEA, houve o entendimento de se prosseguir com a análise do caso, tendo em vista que uma das funções da Comissão Interamericana é emitir recomendações para os Estados americanos na adoção de medidas a favor dos direitos humanos de uma forma bastante ampla (art. 41, b, CADH).

IV. CASOS DE LEIS MAIS RIGOROSAS

Apesar do avanço liberal na maioria dos casos, não se pode dizer que a onda liberalizante significou uma constante observável em todos os países que reanalisaram a matéria e alteraram suas legislações ou revisam sua jurisprudência. Países como Irlanda e Polônia, por exemplo, contrariando o movimento liberal mencionado, endureceram, de forma excepcional, suas legislações a respeito da prática do aborto nas últimas décadas.

A **Irlanda**, inclusive, alterou, através da 8ª Emenda Constitucional de 1983, a própria Constituição para ressaltar a proteção do direito à vida do nascituro na mesma medida que o direito à vida da mãe. Segundo a Constituição da Irlanda, com redação dada pela 8ª Emenda à Constituição, "*the State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right*". Claro que, adotando-se uma interpretação literal, percebe-se

que, mesmo com a 8ª Emenda, não há propriamente uma proibição expressa na Constituição irlandesa para a realização do aborto em algumas circunstâncias. Entretanto, em se adotando uma interpretação teleológica, percebe-se claramente que a intenção do legislador constituinte foi impedir ou pelo menos limitar a realização do aborto na comunidade irlandesa³⁷. Embora a Suprema Corte irlandesa esteja longe de adotar uma postura liberal de autorização do aborto de forma ampla, no caso *Attorney General v. X and Others* (1992), a Corte ressaltou a legislação criminal, que somente excepcionava a proibição do aborto no caso de risco para a vida da gestante, ao afirmar que, quando houvesse gravidez resultante de estupro, a possibilidade de suicídio por parte da mulher representaria um risco real e substancial para sua vida a justificar, de forma excepcional, a possibilidade da interrupção da gestação.

A postura rigorosa da Irlanda não tem passado despercebida pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Em importante precedente de 2010, já mencionado linhas atrás, a Corte, mesmo mantendo sua doutrina da margem de apreciação, condenou a Irlanda por conferir tratamento humilhante e desrespeitoso a três nacionais que se viram obrigadas a realizar a interrupção de uma gravidez de risco na Inglaterra por conta da severa legislação irlandesa. Até por conta das críticas e dos precedentes das cortes constitucional e internacional, em julho de 2013, foi aprovada uma lei (*The Protection of Life During Pregnancy Act*) que estabeleceu os procedimentos para a realização do aborto na Irlanda, ainda que sem qualquer possibilidade de interrupção da gestação por simples requerimento. Em verdade, apesar da grande mobilização para uma lei mais permissiva, a regulamentação ocorreu de forma bastante restrita e com diversas condicionantes que praticamente inviabilizam o procedimento médico nos casos permissivos. Por exemplo, segundo a legislação, para que seja autorizada a interrupção da gestação é necessário que dois ou três médicos em especialidades diferentes certifiquem a existência de um risco “real e substancial” do prosseguimento da gestação para a vida da mulher, devendo os médicos apresentarem “razoáveis motivos” para se entender que o procedimento médico irá eliminar o risco apontado. Por fim, vale dizer que, mesmo após a alteração legislativa de 2013, o Comitê dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em 2016, entendeu que a legislação da Irlanda violava os direitos humanos previstos no

³⁷ Atualmente, pouquíssimas Constituições fazem expressa referência ao aborto. As raras exceções, além da Constituição da Irlanda, são as Constituições de Zâmbia (1991), Suazilândia (2005), Quênia (2010) e Somália (2012) que proíbem expressamente a prática, salvo nos casos previstos na própria Constituição, ainda que tais casos sejam bastante abertos ou estabeleçam alguma forma de reserva legal.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) ao proibir o aborto em casos de anomalia fetal, forçando a mulher a viajar para a Inglaterra para a realização da intervenção médica³⁸.

Na **Polônia**, a interrupção voluntária da gravidez era permitida por uma antiga lei de 1956. Posteriormente, uma lei de 1993 proibiu a realização do aborto voluntário, autorizando-o apenas em três situações: (i) em caso de estupro ou incesto, (ii) quando representar risco para a saúde da mãe e (iii) quando o feto apresentar malformações graves. Em 1996, uma nova lei ampliou os casos permissivos para autorizar a realização do aborto “por motivos sociais”. Contudo, o Tribunal Constitucional Polonês, em dezembro de 1997, entendeu que a nova lei violava a Constituição polonesa, já que o direito à vida nela previsto protegeria o nascituro desde a concepção³⁹. Ressaltou que a proteção do direito à vida até poderia ser limitada ou mesmo afastada em algumas circunstâncias excepcionais, mas considerou que a interrupção da gravidez por motivos sociais não seria uma dessas circunstâncias.

V. DOIS CASOS EMBLEMÁTICOS DE ATIVISMO JUDICIAL

Como se pode observar, as mudanças de perspectivas sobre o aborto, de maneira geral, ocorreram no âmbito legislativo, através da deliberação de representantes populares ou através de referendos ou plebiscitos. Não obstante, ainda que a alteração tenha vindo através de lei, na grande maioria dos casos, as cortes constitucionais foram chamadas a analisar a validade da legislação sobre a interrupção da gravidez em confrontação com os princípios constitucionais, observando-se, assim, uma mudança do debate político para o debate jurídico, um deslocamento do parlamento para as cortes. De fato, analisando os casos citados, constata-se que o judiciário chancelou a legislação mais permissiva em diversos países, tais como Espanha (1985), África do Sul (2004), Portugal (2006) e México (2008). Porém, em outros casos, a Corte Constitucional adotou uma postura mais ativista e declarou a escolha legislativa incompatível com os preceitos constitucionais, seja revendo sua posição a respeito da interpretação constitucional sobre um ato normativo não permissivo (EUA, Canadá, Colômbia), seja se posicionando contra uma nova decisão legislativa mais permissiva

³⁸ Comitê DH, *Mellet v. Irlanda*, Comunicação n. 2.324/2013, de 17.11.2016.

³⁹ Tribunal Constitucional da Polônia, Decisão k 26/96, de 28.05.1997.

(Alemanha, Polônia). Estados Unidos e Alemanha representam, assim, os casos mais emblemáticos de ativismo judicial sobre o assunto aborto, apesar de a solução encontrada pelas cortes constitucionais em cada um desses países ter sido diametralmente oposta⁴⁰. Assim sendo, deixamos para analisá-los de forma mais detida neste momento.

Nos **Estados Unidos**, a Suprema Corte norte-americana, no famoso precedente *Roe v. Wade* (1973)⁴¹, reconheceu o aborto como um direito decorrente do direito à privacidade⁴², reconhecido este desde o caso *Griswold v. Connecticut* (1965)⁴³ como direito fundamental decorrente da cláusula do devido processo legal prevista na 14ª Emenda da Constituição norte-americana⁴⁴. Dessa forma, com base no teste do escrutínio estrito⁴⁵,

⁴⁰ Para uma análise comparativa, v. NIJSTEN, Machteld. *Abortion and constitutional Law: a comparative European-American Study*. European University Institute: Florence, 1990.

⁴¹ Suprema Corte dos EUA, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

⁴² A mais famosa crítica à época foi feita por John Hart Ely. Para o autor, o direito à realização do aborto e o direito de privacidade não seriam verdadeiros direitos constitucionais, já que não estariam previstos de forma expressa na Constituição norte-americana (ELY, John Hart. *The wages of the crying wolf: a comment on Roe v. Wade*. *Yale Law Journal*, vol. 82, p. 920-939, 1973). Mais de trinta anos depois, de forma bastante controversa e conservadora, Brad Jacob defendeu a mesma tese de inexistência de direitos não expressos de forma semelhante a Ely (JACOB, Brad. *Griswold and the defense of traditional marriage*. *North Dakota Law Review*, vol. 83, p. 1199-1225, 2007).

⁴³ Suprema Corte dos EUA, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965. Neste precedente, a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei estadual que proibia o uso e a distribuição de contraceptivos.

⁴⁴ Apesar de o direito de privacidade não ser expresso no texto da Constituição norte-americana, o seu *fundamento legal* vem sendo a cláusula do devido processo legal, tal como estabelecido em importantes casos da Suprema Corte, por exemplo, *Roe v. Wade* (1973), sobre o direito à realização do aborto, *Lawrence v. Texas* (2003), sobre o direito de ter relações homoafetivas, e *Obergefell v. Hodges* (2015), sobre o direito de se casar com pessoas do mesmo sexo. Contudo, em *Griswold*, o voto prevalente do justice William O. Douglas foi no sentido de o direito de privacidade ser retirado das “penumbras” e “emanações” de outras normas constitucionais, como a Primeira, Terceira, Quarta e Décima Quinta Emendas constitucionais (segundo Erwin Chemerinsky e Michele Goodwin essa miscelânea de fundamentos seria esquizofrênica e ridícula, sendo que o verdadeiro fundamento para a privacidade repousaria no devido processo legal, v. CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. *Abortion: a woman’s private choice*. *Texas Law Review*, vol. 95, p. 1189-1247, 2017, p. 1201).

⁴⁵ Segundo o voto do justice Harry Blackmun, “[w]here certain ‘fundamental rights’ are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a ‘compelling state interest’, (*Kramer v. Union Free School District* [1969]; *Shapiro v. Thompson*, [1969], *Sherbert v. Verner*, [1963]), and that legislative enactments must be narrowly drawn to express only the legitimate state interests at stake (*Griswold v. Connecticut* [1965]; *Aptheker v. Secretary of State* [1964]; *Cantwell v. Connecticut* [1940]).” Importante dizer que a Suprema Corte norte-americana emprega três graus de aferição da constitucionalidade dos atos do poder público: (i) o controle de base racional (*rational basis*), (ii) o controle intermediário (*intermediate test*) e (iii) escrutínio estrito (*strict scrutiny*). A origem de tal graduação é atribuída à nota de rodapé n. 4 do voto do justice Harlan Stone no precedente *United States v. Carolene Products* (1938), em que se fixou a necessidade de, em determinados casos, haver um controle mais rigoroso que o de ampla deferência do teste de base racional que estava sendo aplicado ao caso concreto. Neste precedente, todavia, não se estabeleceu uma divisão trinária da forma de controle, mas apenas expressou um possível projeto em que houvesse não só um controle fraco, mas também um controle mais forte para questões mais sensíveis, tais como direitos de

a Corte fixou a impossibilidade da haver a criminalização ou a proibição do aborto antes do segundo trimestre de gravidez, momento em que o feto tornar-se-ia viável fora do útero materno⁴⁶. Nesse julgado, a Suprema Corte adotou o critério trimestral, estabelecendo uma graduação na regulação estatal do aborto. Assim, no primeiro trimestre, haveria ampla possibilidade de a mulher realizar a interrupção da gravidez sem qualquer restrição do Estado, podendo existir uma regulação estatal tal como ocorreria com outros procedimentos médicos. No segundo semestre, o aborto ainda não poderia ser proibido, mas o Estado poderia estabelecer uma regulação do aborto que razoavelmente estivesse relacionada com a proteção da saúde da mulher. Por fim, no terceiro trimestre da gravidez, o Estado poderia regular amplamente o aborto, inclusive proibindo-o, salvo se a interrupção da gravidez fosse necessária para preservar a vida ou a saúde da mãe.

A ideia central de existência de um direito ao aborto por conta da proteção da privacidade da mulher perdura na Suprema Corte até os dias atuais, apesar de a Corte ter feito algumas ressalvas e esclarecimentos posteriores. Primeiro, no precedente *Poelker v. Doe* (1977)⁴⁷, entendeu ser possível que um Município recusasse o fornecimento de hospitais públicos ou financiados pelo Estado para a realização de abortos não terapêuticos. Segundo, no caso *Webster v. Reproductive Health Services* (1989)⁴⁸, a Suprema Corte afirmou que o direito à privacidade inclui a decisão a respeito da realização do aborto sem interferência do Estado, mas não inclui o dever de o Estado prestar serviços ou destinar recursos para a realização do serviço médico. Assim, uma lei que proibisse o uso de funcionários públicos, bens públicos ou recursos públicos

minorias. A ideia de um escrutínio mais rígido, contudo, somente aparece de forma clara anos mais tarde em *Skinner v. Oklahoma* (1942) e *Korematsu v. U.S.* (1944). À medida que escrutínio estrito ganhou a reputação de “estrito na teoria e fatal de fato” (GUNTHER, Gerald. *The Supreme Court, 1971 Term. Foreword: In search of evolving doctrine on a changing court: a model for a newer equal protection.* *Harvard Law Review*, vol. 86, n. 1, p. 1-48, 1972), a revisão bifurcada foi revista pela Suprema Corte, que estabeleceu uma forma de controle menos rigorosa que o escrutínio estrito para lidar com novos tipos de reivindicações, mas não tão deferente como o controle de base racional (controle intermediário). Surge, a partir daí, o controle gradual trinário de constitucionalidade.

⁴⁶ Em *Roe v. Wade*, a Suprema corte se recusou a fixar o marco do início da vida, apesar de rejeitar o argumento de que o feto teria o status de pessoa humana e de que haveria um interesse convincente (compelling interest) que determinaria o dever do Estado em proteger o vida potencial antes de ser considerada viável. O critério da viabilidade, contudo, foi submetido a sucessivas críticas, principalmente no que se refere à possibilidade de o desenvolvimento médico científico permitir a viabilidade de o feto prosseguir seu desenvolvimento fora do útero materno já nos estágios iniciais da gravidez (v. BECK, Randy. *Gonzales, Casey and the viability rule.* *Northwestern University Law Review*, vol. 103, p. 249-280, 2009).

⁴⁷ Suprema Corte dos EUA, *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519, 1977.

⁴⁸ Suprema Corte dos EUA, *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 1989.

para realização de abortos não violaria a Constituição nem as decisões da própria Suprema Corte⁴⁹. Terceiro, no precedente *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992)⁵⁰, a Suprema Corte afirmou mais uma vez que a escolha a respeito da interrupção da gestação pertenceria àquelas escolhas centrais do indivíduo protegidas pela 14ª Emenda. Todavia, nesse precedente, a Corte reviu o critério trimestral e a utilização do teste do escrutínio estrito, adotando um novo e mais brando⁵¹ critério de aferição de constitucionalidade da lei, o critério do “encargo indevido” (*undue burden*). Nesse sentido, a Suprema Corte reconheceu a possibilidade de o Estado estabelecer uma regulamentação da interrupção da gestação antes da viabilidade fetal⁵², desde que não tivesse “o propósito ou o efeito” de impor um encargo indevido sobre o direito de escolha da mulher, tentando impedi-la ou impedindo-a de dar a última palavra a respeito da realização do aborto⁵³. Quarto, no precedente *Gonzales v. Carhart* (2007)⁵⁴, a Suprema Corte adotou o critério do “encargo indevido” com viés para teste de base racional (*rational basis test*), afirmando que a lei regulamentadora para ser válida deve apenas ser racionalmente adequada a proteger algum interesse legítimo da sociedade. Ressaltou a Corte, ainda, que as considerações sobre a segurança de procedimentos médico, incluindo o equilíbrio de riscos, demandam evidências médicas e científicas, estando, portanto, dentro da discricionariedade legislativa. Antes de 2007, então, um lei somente seria

⁴⁹ Neste precedente, havia a expectativa de que houvesse uma mudança de posição da Suprema Corte a respeito da permissão do aborto. Contudo, apesar de a Corte manter sua posição em relação à realização do aborto, reconheceu a validade de uma lei do Estado de Missouri que: (i) declarava, no preâmbulo, que a vida humana começaria com a concepção e de que as proteções das “crianças não nascidas” (unborn child) abrangeria a vida, a saúde e bem-estar; (ii) proibiu o uso de fundos ou instalações do governo em condutas de encorajamento ou aconselhamento do aborto, salvo em casos de risco para a vida da mãe; (iii) determinou que a realização do aborto após a vigésima semana de gravidez fosse precedida de teste para garantir que a inviabilidade fetal.

⁵⁰ Suprema Corte dos EUA, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992.

⁵¹ BORGMANN, Caitlin. Winter count: taking stock of abortion rights after Casey and Carhart. *Fordham Urban Law Journal*, vol. 31, p. 675-716, 2004, p. 682.

⁵² A Corte, mais uma vez, reafirmou que a viabilidade é o marco para estabelecer a divisão entre o momento em que o Estado não poderia proibir o aborto e o momento em que a proibição poderia ocorrer, salvo se houvesse necessidade de proteger a vida ou a saúde da mãe.

⁵³ Neste precedente, o critério ficou estabelecido de forma bastante vaga, não ficando claro como a Corte poderia determinar que uma lei estabeleceria um encargo ou obstáculo indevido. Na tentativa em dar maior clareza, Kathleen Sullivan afirmou que, pelo encargo indevido, a lei reguladora poderia “informar”, “encorajar” ou “influenciar” a escolha da mulher, mas não poderia “impedir” ou “interferir” na escolha, colocando um obstáculo substancial em seu trajeto (SULLIVAN, Kathleen. *The Supreme Court*, 1991 Term - Foreword: The justices of rules and standards. *Harvard Law Review*, vol. 106, n. 1, p. 22, 1992, p. 33).

⁵⁴ Suprema Corte dos EUA, *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, 2007.

considerada válida se regulasse o aborto para promover, de forma estrita (*narrowly tailored*), interesses relevantes como a saúde da mulher e a proteção de um feto viável⁵⁵; enquanto que, após 2007, a lei poderia ser considerada válida se houvesse a demonstração racional de que a regulamentação seria adequada à proteção de algum interesse legítimo. Quinto, no precedente *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016)⁵⁶, a Suprema Corte reafirmou o critério do encargo indevido previsto em *Casey* e derrubou uma lei do Texas que exigia que clínicas que realizavam o aborto cumprissem as mesmas exigências feitas a centros de cirurgia médica. A opinião da maioria, em voto escrito pelo *justice* Stephen Breyer, foi no sentido de se estabelecer um contorno mais claro para o critério do encargo indevido que aquele formulado em *Casey*, com base no custo-benefício da lei restritiva. Segundo a Breyer, “[t]he rule announced in *Casey*, however, requires that courts consider the burdens a law imposes on abortion access together with the benefits those laws confer”⁵⁷. Além disso, a Corte afastou a aplicação do teste da base racional (*rational basis test*), ao argumento de que seria equivocado equiparar o controle judicial aplicável à regulamentação de uma liberdade pessoal constitucionalmente protegida com o controle menos rigoroso aplicável, geralmente, à análise de uma legislação econômica.

Na **Alemanha**, o caminho percorrido pelo Tribunal Constitucional foi inverso ao da Suprema Corte norte-americana, embora a postura seja igualmente ativista. Em junho de 1974, foi editada uma lei que descriminalizava o aborto realizado por um médico e com consentimento da mulher nas doze primeiras semanas de gestação. A lei, contudo, exigia que a grávida tivesse se consultado antes junto à uma repartição pública de aconselhamento ou tivesse se consultado social e medicinalmente junto a um médico⁵⁸. No entanto, o Tribunal Constitucional Federal, no *Caso Aborto I* (1975)⁵⁹, declarou inconstitucional a referida lei, sustentando que o dever do estado em proteger a vida intrauterina derivaria da Lei Fundamental, sobretudo das normas de proteção da vida e da

⁵⁵ NOVAK, John; ROTUNDA, Ronald. *Constitutional Law*. 8ª ed. St. Paul: West Publishing, 2010, p. 1033.

⁵⁶ Suprema Corte dos EUA, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. __, 2016.

⁵⁷ Vale mencionar que Breyer faz parte de um grupo de autores que reconhecem a importância de uma análise econômica do direito e defendem o critério do custo-benefício na interpretação jurídica. Para uma análise do julgado, v. GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. *The difference a whole woman makes: protection for the abortion right after Whole Woman's Health*. *Yale Law Journal Forum*, v. 126, 2016. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/forum/the-difference-a-whole-woman-makes>> Acesso em 15.05.2017.

⁵⁸ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 266.

⁵⁹ BverfGE (Tribunal Constitucional Federal) 39, 1, *Schwangerschaftsabbruch I (Aborto I)*, de 25.02.1975.

dignidade humana. Segundo a Corte, seria de pouca importância que o titular da dignidade não tivesse consciência, sendo que as potenciais capacidades inerentes ao ser humano seriam suficientes para fundamentar a existência e proteção da dignidade do nascituro. Afirmou, ainda, que o dever do Estado em dar proteção à vida em formação existiria em face de terceiros e, inclusive, em face da própria mãe⁶⁰. Neste precedente, então, o Tribunal reconheceu que os direitos fundamentais, além de seu caráter originário de direitos de resistência contra a intervenção estatal (*Abwehrrecht*), possuiriam também um caráter de proteção em face de agressões provenientes de particulares, ou seja, um caráter de dever de tutela estatal (*staatliche Schutzpflicht*). Além disso, segundo a Corte, o legislador seria obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento (*mandado de criminalização*), se a proteção exigida pela Constituição não puder ser alcançada de outra maneira.

Com a reunificação da Alemanha após o fim da Guerra Fria, houve a edição de nova lei, em julho de 1992 (*Lei de Ajuda Familiar e à Gestante*), mais uma vez autorizando a interrupção voluntária da gravidez nas doze primeiras semanas de gestação, desde que a intervenção fosse realizada por médico e houvesse aconselhamento prévio por órgão criado para esse fim ou por ente legalmente autorizado. A lei tinha a pretensão de estabelecer um regramento definitivo sobre o tema em toda a Alemanha “pós muro de Berlim”, já que, na Alemanha Ocidental, havia a proibição da interrupção voluntária da gravidez desde o caso *Aborto I*, enquanto, na Alemanha Oriental, havia a permissão da interrupção até as doze primeiras semanas de gravidez por conta de um simples requerimento da mulher⁶¹.

Analisando a nova lei, no caso *Aborto II* (1993)⁶², o Tribunal Constitucional Federal, mais uma vez, entendeu que o Estado alemão teria o dever de proteger a vida e a dignidade do nascituro, sendo que a interrupção da gestação deveria ser considerada antijurídica em toda a sua duração, salvo em casos excepcionais em que ficasse desmonstrado um grau elevado de sacrifício de valores vitais

⁶⁰ Nas palavras do Tribunal Constitucional Federal Alemão: “Se o embrião fosse apenas uma parte do organismo materno, então também o aborto permaneceria na área privada da conformação da vida, na qual é proibida a penetração do legislador. Como, porém, o nascituro é um ser humano independente, que está sob proteção constitucional, o aborto passa a ter uma dimensão social, que o torna acessível para e carente da regulamentação pelo Estado” (v. SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Op. cit., p. 269).

⁶¹ A reunificação da Alemanha ocorreu em 03 de outubro de 1990, no entanto, o Contrato Estatal de Reunificação permitiu a ultraeficácia das duas legislações até o final de 1992.

⁶² BverfGE (Tribunal Constitucional Federal) 88, 203, Schwangerschaftsabbruch II (Aborto II), de 28.05.1993.

do indivíduo⁶³. Nesse mesmo julgado, o Tribunal entendeu que, apesar da existência do dever constitucional de proteção à vida em toda a sua duração e de o aborto ser um “não-direito”, seria tarefa do legislador determinar a forma de proteção mais adequada para o bem jurídico, não obstante haver a possibilidade de intervenção judicial sempre que a medida não for proporcional ao dever de proteção constitucional (*proibição de proteção insuficiente*). Seguindo o raciocínio, o Tribunal reconheceu a existência de uma margem de ação do legislador, bem como a possibilidade de haver um regramento protetivo que não se utilizasse exclusivamente do direito penal e da criminalização ampla e irrestrita, senão de outras formas proporcionais para a proteção da vida do nascituro. Em conclusão, a Corte afirmou que a ilicitude do aborto deveria permanecer, mas a punibilidade poderia ser excepcionada, principalmente, nos casos em que a gestação e a maternidade acarretassem “situações conflitantes sérias e, dadas certas circunstâncias, até ameaçadoras da vidas”. Ressaltou, nesse contexto, que seria dever do Estado em apoiar e ajudar a mulher através de aconselhamentos e auxílios, buscando, sempre que possível, convencê-la de não prosseguir com a interrupção da gestação. Considerando o dever de tutela para a vida humana intrauterina consignado, o Tribunal Constitucional estabeleceu também alguns parâmetros que deveriam ser observados pelo legislador na regulamentação da interrupção da gestação, principalmente em relação a forma de se demonstrar a existência de um estado geral de necessidade⁶⁴.

VI. CONCLUSÃO

Analisando o estudo comparativo acima e o panorama mundial das últimas décadas, algumas conclusões podem ser registradas. Em primeiro lugar (i), pode-se dizer que, desde a década de 60, existe uma tendência

⁶³ Nas palavras do Tribunal, “as posições de direito fundamental da mulher têm por consequência que, em situações excepcionais, seja permitida - quando não ordenada - a não imposição de um tal dever jurídico. É tarefa do legislador determinar concretamente tais elementos típico- normativos de exceção (causas excludentes da ilicitude) segundo o critério da inexigibilidade (Unzumutbarkeit). Para tanto, devem estar presentes gravames que signifiquem um tal grau de sacrifício de valores vitais próprios, que isso não possa mais ser (racionalmente) esperado da mulher” (v. SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Op. Cit., p. 276).

⁶⁴ Em resposta à decisão do Tribunal Constitucional, o legislador alemão editou, em 1995, nova lei que buscou regulamentar a interrupção da gravidez. Segundo a nova lei, a mulher que desejar fazer a interrupção da gestação nas doze primeiras semanas da gravidez não pode ser responsabilizada criminalmente se realizar um procedimento de aconselhamento dissuasivo prévio para auxílio na tomada da decisão e aguardar o intervalo de três dias para reflexão.

a ser dada uma proteção mais destacada para os direitos individuais da mulher sem, contudo, ignorar a necessidade de se estabelecer proteção razoável para à vida do nascituro. Em segundo lugar (ii), também há uma tendência em retirada da questão do aborto da seara penal para a seara da saúde pública, o que representa um incremento ao direito de liberdade da mulher ao mesmo tempo em que assegura uma proteção mais adequada para o direito à vida digna tanto da mãe quanto do nascituro⁶⁵. Por fim, em terceiro lugar (iii), na grande maioria dos países mencionados, as cortes foram instadas a se manifestar a respeito da constitucionalidade da medida adotada pelo legislador, o que demonstra que houve também sobre a questão do aborto um processo global de judicialização tal como vem ocorrendo com outras matérias⁶⁶.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Randy. Gonzales, Casey and the viability rule. *Northwestern University Law Review*, vol. 103, p. 249-280, 2009.

BORGMANN, Caitlin. Winter count: taking stock of abortion rights after Casey and Carhart. *Fordham Urban Law Journal*, vol. 31, p. 675-716, 2004.

CALT, Shannon. A., B. & C. v. Ireland: "Europe's Roe v. Wade"? *Lewis & Clark Law Review*, vol. 14, n. 3, p. 1189-1232, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁶⁵ Esta constatação também vem ocorrendo no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por exemplo, (i) o Plano de Ação da Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento (1994), (ii) a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995), (iii) a Recomendação Geral n. 24/1999 e a Recomendação n. 33/2015 do Comitê da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), (iv) o Consenso de Montevidéu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013) e (v) a Observação Geral n. 22/2016 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabeleceram, todos, que a questão do aborto deveria ser tratada pelos os países que prezam pela proteção e promoção dos direitos humanos como uma questão de saúde pública e não como uma questão criminal (esta observação também é encontrada em: COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. *Human rights dynamics of abortion law reform*. Op. cit.; KOMMERS, Donald. *Autonomy, Dignity and abortion*. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon [eds.], *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 441-458; SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. *Revista de Direito Administrativo [RDA]*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, 2005).

⁶⁶ Sobre o processo global de judicialização, v. GINSBURG, Tom. *The global spread of constitutional review*. In: Keith Whittington, Daniel Kelemen e Gregory Caldeira (eds.). *The oxford handbook of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008, p. 81-98; HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004; VALLINDER, Torbjörn; TATE, Neal (ed.). *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University, 1995.

- CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. Abortion: a woman's private choice. *Texas Law Review*, vol. 95, p. 1189-1247, 2017.
- COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. A decade of international change in abortion law: 1967-1977. *American Journal of Public Health*, vol. 68, n. 7, p. 637-644, 1978.
- _____. Human rights and abortion laws. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, vol. 65, n. 1, p. 81-89, 1999.
- _____. Human rights dynamics of abortion law reform. *Human Rights Quarterly*, vol. 25, p. 01-59, 2003.
- COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard; BLISS, Laura. International developments in abortion law from 1988 to 1998. *American Journal of Public Health*, vol. 89, n. 4, p. 579-589, 1999.
- CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8a ed. Salvador: Juspodvim, 2014.
- ELY, John Hart. The wages of the crying woof: a coment on Roe v. Wade. *Yale Law Jornal*, vol. 82, p. 920-939, 1973.
- GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: Keith Whittington, Daniel Kelemen e Gregory Caldeira (eds.). *The Oxford handbook of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008, p. 81-98.
- GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. The difference a Whole Woman Makes: Protection for the abortion right after Whole Woman's Health. *Yale Law School, Public Law Research Paper n. 578, Yale Law Journal Forum*, v. 126, 2016. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/forum/the-difference-a-whole-woman-makes>>
- GUNTHER, Gerald. The Supreme Court, 1971 Term. Foreword: In search of evolving doctrine on a changing court: a model for a newer equal protection. *Harvard Law Review*, vol. 86, n. 1, p. 1-48, 1972.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- KOMMERS, Donald. Autonomy, dignity and abortion. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, p. 441-458, 2011.
- JACOB, Brad. Griswold and the defense of traditional marriage. *North Dakota Law Review*, vol. 83, p. 1199-1225, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NIJSTEN, Machteld. *Abortion and constitutional law: a comparative european-american study*. Florence: European University Institute, 1990.
- NOVAK, John; ROTUNDA, Ronald. *Constitucional law*. 8ª ed. St. Paul: West Publishing, 2010.

- PAREKH, Bhikhu. Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory. Basingstoke and London: Macmillan, 2000.
- PAÚL, Álvaro. Controversial conceptions: the unborn and the American Convention on Human Rights. *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 9, p. 209-247, 2012.
- PUPPINCK, Gregor. Abortion and the European Convention on Human Rights. *Irish Journal of Legal Studies*, vol. 3, p. 142-193, 2013.
- RONCHI, Paolo. A, B and C v. Ireland: Europe's Roe v. Wade Still Has to Wait. *Oxford Student Legal Studies Paper n. 14*, out. 2011.
- RUBIO-MARÍN, Ruth. Abortion in Portugal: new trends in european constitutionalism. In: Rebecca Cook, Joanna Erdman e Bernard Dickens (eds.), *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, p. 36-55, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 43-82, jan. 2005.
- SULLIVAN, Kathleen. The Supreme Court, 1991 Term - Foreword: The justices of rules and standards. *Harvard Law Review*, vol. 106, n. 1, p. 22, 1992.
- SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- UNDURRAGA, Veronica; COOK, Rebecca. constitutional incorporation of international and comparative human rights law: The Colombian Constitutional Court decision C-355/2006. In: Susan Williams (ed.), *Constituting equality: gender equality and comparative constitutional law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- VALLINDER, Torbjörn; TATE, Neal (ed.). *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University, 1995.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARBITRAGEM EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Felipe Moutinho Cordeiro¹

Resumo: Pesquisa empírica e crítica sobre meios alternativos para composição de contenda tributárias em virtude da análise da importância do tributo para sustento das atividades estatais e garantais sociais de primeira geração, bem como, limites procedimentais e estatísticas judiciais, sobre volume de demanda e créditos envolvidos, visam, possibilitar e colaborar com projetos de lei complementar e federal que tramitam sobre a questão, bem como em especial dinamizar a arrecadação tributária, ressaltando contudo, os desafios e especialidade que seria a arbitragem em matéria tributária, a fim de colaborar com a instituição de tão importante sistema alternativo de resolução de conflito

Palavras-chave: Arbitragem, meios alternativos de solução de conflitos, arbitragem pública, arbitragem tributária, conflitos administrativos e tributos

Abstract: Empirical and critical research on alternative means for tax strife composition due to the analysis of the importance of the tax to support the state and first-generation social garantais activities, as well as procedural limits and judicial statistics on demand volume and credits involved, are intended to facilitate and collaborate with complementary and federal bills that pass on the issue, and in particular boost tax collection, emphasizing however, the challenges and expertise that would be arbitration tax matters, in order to collaborate with the institution so important alternative system of conflict resolution.

Keywords: Arbitration, alternative dispute resolution media, public arbitration tax arbitration, administrative conflicts and taxes

¹ Doutorando, em Direito Privado pela UCES, Pós-Graduação em Direito Processual pela Universidade Federal Fluminense, Advogado e Arbitro da 8^a Câmara Arbitral do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

Cumprindo inicialmente destacar que o presente trabalho, conforme será mais a diante discutido, visa, explorar a temática envolvendo a arbitragem e correlação dessa aplicação em demandas tributárias, com base nos 50 anos do CTN, e sob o prisma de suas reiteradas alterações.

O CTN, trata como estipulado em seu artigo 1, com fundamento na EC18 de 1965 e artigo 5 alínea 'b' da CF de 1988, de normas gerais de direito tributário aplicáveis a União, Estados, Distritos Federais e Municípios.

Desde sua criação, o CTN passou por 3 constituições a de 1967, 1969 e 1988, sendo esta última a que trouxe mais alterações aos seus textos, a fim de adequá-lo a tal ordenamento hierarquicamente superior.

Da mesma forma que o CTN, permite, e estatui procedimentos, formas, ritos e estruturas tributárias, a CF de 1988 lhe deu sustentáculo em alguns pontos e o aquilatou em outros.

Seguindo esse influxo e no ano de seus 50 anos, visamos, destacar o que pode ser considerado, alterado ou incorporado pelo CTN ou caminho o qual ainda não seguiu.

Qual seja, como será demonstrado a seguir, a taxa de litígio tributário só aumenta, traduz, mais de 50%² das demandas ativas no Brasil, temos praticamente 0,5³ processos por pessoa, bem como mais de 3 Trilhões de Reais⁴, em juízo sem recuperação.

Por outro lado, 2016, além de ter sido o ano do aniversário do CTN, também foi o ano em que entrou em vigência o NCPD, o qual incorporou novas formas de solução de conflitos dando maior envergadura a auto composição e conciliação.

Nessa esteira, arbitragem lei federal 9.307 de 1996, sofreu recente alteração pela lei federal 13.129 de 2015, ampliando a competência arbitral para matérias envolvendo administração pública direta e indireta como será exposto.

² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 12 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/governanca-diferenciada-das-execucoes-fiscais>> acessado em 15 de maio de 2016.

³ Idem nota supra.

⁴ G1 Notícias Economias. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/01/com-atividade-fraca-arrecadacao-tem-pior-desempenho-em-5-anos-em-2015.html>> acesso em 02 maio 2016.

Nesse mesmo influxo, tramitam, projetos de lei ordinária e complementar a fim de permitir a arbitragem tributárias, projetos que como resultado irão alterar o CTN e ou aquilatar a lei arbitral 9.307 de 1996.

Portanto, 2016, é um ano de reflexão, não só pelos 50 anos do CTN, mas também, pelo que pode vir a ser incorporado ao seu texto, de acordo com a mais moderna necessidade social.

Entretanto, tal necessidade e contemporaneidade da legislação arbitral e arbitral em matéria tributária, deve observar parâmetros de quais tributos e circunstancias deve ser aplicada, de que maneira e julgado através de qual órgão e qual membro.

Discutir, a formação de tribunais arbitrais federais, com agentes políticos em seu comando a fim de dar maior credibilidade e eficiência, como ocorre em juizados especiais cíveis ao possuir conciliadores e juizes leigos, restringir competência atos e consequências é de suma valia.

Pois depois da vida a propriedade é bem maior, concomitantemente com as garantais de primeira geração, saúde, segurança e educação, essas três últimas sustentadas pelo tributo o qual atinge a propriedade caso não é adimplido e pode resultar em ilícito tributário afetando a liberdade, não podendo entretanto ser julgado por membro que não tenha o crivo da seleção publica concursada e qualificação exigida aos magistrados e outros membros do judiciário.

Nesse tópico a própria natureza compulsória do direito tributário, dado seu elevado objetivo de financiar, direitos constitucionais de primeira geração da população, evidencia uma extrema importância e identificar mecanismos que possam vir a dinamizar tanto a arrecadação como de via reflexa, estruturar a economia e desafogar o judiciário.

E portanto, ao considerar a arbitragem em matéria tributária, como meio, de dinamização a arrecadação e forma de desafogamento dos tribunais, evidencia-se o conflito entre conceitos, existentes ao se correlacionar matérias tributárias com juízo arbitral.

Matéria de extrema relevância, pelo conflito entre a compulsoriedade de uma clausula arbitral a qual por natureza e essência é facultativa, bem como conceito de direito privado que detém em relação a natureza pública do Direito Tributário.

Ademais, os impactos em termos quantitativos no campo prático, os resultados financeiros de tal sistema, e sua abrangência, a forma de sua estruturação e mecanismos de tomadas de decisões em matéria arbitral se fazem sensíveis a serem tratados por fazerem parte de tal sistema.

Analogia as cláusulas compulsórias, a natureza dos próprios tributos em si e da base constitucional e legal tanto das normas tributárias quanto do rito adequado, se fazem necessárias, identificar quais tributos especificamente, devem ser tratados e conceituados.

Ou seja, diferentemente do impacto privado da cláusula arbitral e recentes modificações que tal legislação arbitral vem sofrendo, devemos, torna-la multidisciplinar e permitir através de uma adequação e sintonia fina aplica-la as relações privadas.

Uma escoreita pontuação de competência e forma de aplicação do Direito Arbitral em matéria tributária, seus reflexos benéficos a economia e a arrecadação, bem como preservação de garantias constitucionais e delineamento do agente político por trás da aplicação das normas arbitrais se fazem necessárias para ampliação de tal instituto arbitral em matéria tributária.

E assim, de forma pontual identificar a necessidade, cabimento e fundamentos para estrutura de um sistema arbitral no ramo do Direito Tributário, cinge-se necessário.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Cumpramos inicialmente destacar que o presente trabalho, conforme será mais a diante discutido, visa, explorar a temática envolvendo a arbitragem e correlação dessa aplicação em demandas tributárias, com fim de dinamizar o procedimento tributário com base no princípio da celeridade, previsto pela constituição no artigo 5 inciso LXXVIII.

Nessa linha, importante ressaltar o relevo da temática, pois em tese, a lei federal 9.307 de 96, em tese veda a abrangência da arbitragem as questões tributárias, conforme estabelece seu artigo primeiro⁵, parte final que somente direitos disponíveis poderiam em tese fazer parte da arbitragem.

⁵ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Entretanto, o artigo 171 do CTN lei federal 5.172 de 1966, verificamos assim, que o intuito e objetivo do CTN foi dinamizar a arrecadação tributária sob o prisma da efetividade aquilatado com o inciso LXXVIII do artigo 5 da CF de 1988, adicionado pela EC 45 de 2005.

Ou seja, gravitacionalmente, temos o CTN que vetores e estimula de forma indireta a arbitragem, temos o interesse público em arrecadar a fim de sustentar os gastos públicos necessários a educação saúde e segurança, conseqüentemente sustentar a dignidade da pessoa humana esculpida no inciso III do artigo 1º da CF.

Contudo, tais legislações se intermeio, possuem hierarquia entre si e vetores de interesse público, celeridade e orquestração constitucional hierarquicamente superior mais contudo normativa mais recente entre si.

Entretanto, a natureza de todo tributo é financiar uma redistribuição de riquezas (políticas de redistribuição de bolsas etc.) ou custear melhores estruturas coletivas, ou seja tem um interesse maior.

A necessidade de remédios, saúde e segurança, é emergencial, tanto que em situações especifica, permite dispensa de licitação dada a urgência.

Fato que este, como ocorre com doenças graves onde remédios caríssimos são custeados pelo governo, inclusive conforme precedentes da 13ª Câmara de Direito Público nos autos do AG 990100921622 SP junto ao TJSP.

Importante, entretanto, ressaltar que a dispensa ocorre quando, mesmo existindo concorrentes, a urgência pé tamanha que a Administração pública dispensa licitação, diferente da ilegitimidade onde inexiste concorrência, conforme determina artigo 17 da lei federal 8.666 de 1993, na forma da ressalva do artigo 37 inciso XXI da CF de 1988.

Ainda, desde a saída do estágio absolutista, e caminho pela fase do Estado Social e do Constitucionalismo moderno, a exaltação do papel do estado, como figura protetiva de direitos de primeira geração (dignidade humana e vida), bem como, segunda geração, como liberdade e direitos sociais a educação, saúde e segurança, temos a necessidade de tributos para sustento de tais pilares sociais.

Ou seja, desde a fase contratualista de Locke, na qual, com a crise do Estado Liberal, o qual resguardava direitos de primeira geração conforme referido, o Estrado Social, se viu necessário a surgir, em virtude do crescimento do regime

capitalista e concentração de poder e de riqueza, unido a revolução industrial e relativização dos indivíduos, percebendo que uma participação popular em decisões, direitos básicos de segunda geração como educação, saúde e segurança, também eram necessários para se sustentar o estado e, portanto a nação como um todo.

E, portanto, passou-se a exaltação a vida através da proteção pelo estado aos ideais liberais de Rosseau⁶ ao tratar do “contrato social” e melhor forma de organização do estado a fim de sustentar direitos “sociais” a saúde, segurança e educação fornecidos pelo Estado.

Ou seja, o direito tributário, sustenta e é diretamente ligado as mais tradicionais garantias sociais e constitucionais vigentes, especialmente direito a educação, vida e saúde, pois a medida que o estado amplia sua envergadura social, deve compensar de forma fiscal, com arrecadação, recriação ou dinamização de arrecadação tributária.

Para deixar bem pontuado a importante missão do Direito Tributário, temos a visão de sua autonomia em detrimento aos demais ramos do direito dada sua capacidade de fiscalização, instituição e arrecadação de tributos, conforme ensinado por Paulo de Barros Carvalho⁷.

Ainda no que tange o posicionamento de Hugo de Brito Machado⁸, temos a relação de que se ocupa o direito Tributário, deixando claro se tratar das relações entre fisco e pessoas sujeitas a imposições tributarias de qualquer espécie e ou conforme dito por Luciano Amaro⁹, sendo direito tributário a disciplina jurídica dos tributos, que abrange todo conjunto de normas e princípios, concomitantemente com a conceituação de Paulo de Barros Carvalho¹⁰ citada anteriormente.

Por fim, o conceito geral, dado ao Direito Tributário, é de Sabbag¹¹, o qual afirmar “ser conjunto de normas que regula o comportamento das pessoas de levar dinheiro aos cofres públicos”, a qual pode ser completada, com a explicação do fim de tal “translado” de pecúnia, ou seja, conjunto de normas que regula o

⁶ ROUSSEAU, Jean Jaques, O contrato social, Trad. Antonio de Pauda Danesi. 3. Ed. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p.19-20.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 16 ed., p.15.

⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 29 Edição, São Paulo, p. 49

⁹ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, 14ª. Ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 2.

¹⁰ Idem nota 7.

¹¹ SABBAG, Eduardo, Manual de direito Tributário, 4 Edição, São Paulo, 2016, p.34.

comportamento tributáveis de pessoas que resulta na arrecadação tributária na qual é a forma das pessoas levarem ao fisco pecúnia com fim de sustentar o estado de direito em especial garantias coletivas constitucionais sendo elas de primeira, segunda e ou terceira geração.¹²

A sociedade moderna, está diante, de uma situação de crise econômica, onde o aumento de tributo, não só sustentaria um aumento de arrecadação, pelo contrário, recordes de baixa arrecadação são batidos reiteradamente¹³, o que conduz a conclusão que melhorar a forma com que os tributos são cobrados e fiscalizados, se evidencia caminho mais eficiente para uma justa e eficiente arrecadação.

Uma das formas de dinamizar a arrecadação é com a arbitragem, especialmente em demandas de tributos líquidos e certos como IPVA e IPTU, bem como de valores como de custas e afins, os quais em algumas vezes estão abaixo do teto estipulado para execuções fiscais, como será demonstrado a seguir, mas contudo, podem ser objeto de arbitragem.

Outro benefício direto é a interrupção da prescrição e realização de audiência e sentença de forma dinâmica com impugnações preliminares já apresentadas e eventuais ante uma forte possibilidade de amigável solução.

E portanto, qualquer forma de dinamizar seu recebimento, dar maior efetividade a seus pagamentos, são de extrema relevância no cenário brasileiro, dado o historio de inadimplência e mais de 50% dos procedimentos serem tributários como a diante tratado.

Entretanto, sem prejuízo de projetos de lei que tratem da matéria de arbitragem, bem como recente alterações ao Código de Processo Civil, introduzem a possibilidade de um método auxiliar para dinamizar as cobranças tributárias, especialmente as de menor monta não judicializadas e ou desonerar a justiça comum de milhares de demandas.

Porque não dinamizar essa arrecadação, pois uma vez existindo o fato gerar, estando dentro dos limites prescricionais, o tributo deve ser recolhido

¹² Doutrinariamente em direito constitucional as garantias são divididas em primeira, segunda e terceira geração, contudo podemos ter de outras gerações como de quarta e afins, que vem sendo conceituados pela doutrina, que estarão abarcadas pelo conceito aqui formulado.

¹³ Jornal O Globo, 15 de janeiro de 2016 Disponível em <Em janeiro do corrente ano, foi noticiada a baixa arrecadação como sendo com penhor desempenho em 5 anos, um recuo de R\$ 1,22 Trilhões de Reais, disponível em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/01/com-atividade-fraca-arrecadacao-tem-pior-desempenho-em-5-anos-em-2015.html>>Acessado em 11 abr 2016.

incontestavelmente, para que abrir um processo judicial com alto custo dos agentes políticos (Juizes, Promotores, Procuradores e afins, tratados em capitulo próprio.), se podemos dinamizar esse procedimento através da arbitragem.

Uma vez introduzido o tema, importante enfrentar a realidade brasileira, onde a União seguindo pesquisas¹⁴ não tem conseguido recuperar nem 2% do valor cobrado judicial de pessoas e empresas que deixam de adimplir seus encargos tributários.

O tempo médio de duração de um procedimento judicial tributário é de 10 anos, em 2014 se acumulavam mais de 1,38 Trilhão em dívidas tributárias.

Seguindo esses dados, a administração pública não tem êxito em 3 de cada 4 processos, bem como segundo levantamento do CNJ¹⁵ o maior índice de congestionamento do judiciário são as execuções fiscais com taxa de 91%. Nesse ponto, segundo o CNJ, 50%¹⁶ dos processos em curso no Judiciário segundo relatório de 2014, eram execuções fiscais com alta taxa de congestionamento, ou paralisação.

Ainda em virtude da recente crise, que já vinha apresentado sinais desde 2015, onde os impostos já vinham em aumento para tentar melhorar a arrecadação como resultado tivemos, um desempenho em queda o pior em 5 anos, com prejuízo ou queda na arrecadação e R\$ 1,22 trilhões de reais¹⁷, uma queda de 5,6% em relação ao ano anterior.

Fazendo uma correlação simples e moderna, a balança comercial do Brasil em 2015 com déficits nas contas públicas de centena de bilhões¹⁸, se configurou

¹⁴ Entrevista realizada por Barbara Pombo, na qual entrevistou a Jurista Priscila Faricelli, na qual tratou dos dados empíricos buscados em sua fonte, bem como, colaborou com presente trabalho a fim de sintetizar as informações aqui distribuídas e a busca com análise de dados estatísticos muitas vezes esquecidos em obras jurídicas puras. UOL Notícias, 12 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://googleweblight.com/?lite_url=http://jota.uol.com.br/luz-fim-tunel-arbitragem-e-transacao-tributaria&ei=RiNSeSBS&lc=p tBR&s=1&m=61&host=www.google.com.br&ts=1457730928&sig=APY536zpTHTk13UUIspO1yjfZWzPxj40gg> acessado em 15 de maio de 2016.

¹⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 12 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoria/cnj/governanca-diferenciada-das-execucoes-fiscais>> acessado em 15 de maio de 2016.

¹⁶ Tais dados foram obtidos fruto do, programa coordenado pela V.Exa. Sra. Dra. juíza Soníria Rocha Campos D'Assunção, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), o Programa visa auxiliar os juizes a implantar medidas de organização e gestão estratégica dos processos de execução fiscal, estimulando a utilização da prática Conciliação Fiscal Integrada, do Programa Conciliar é uma Atitude, da Vara de Execução Fiscal do DF, premiada pelo CNJ, e a sua adaptação às realidades locais, para a redução do acervo processual da Vara, com a consequente recuperação do crédito Público.

¹⁷ G1 Notícias Economias. Disponível em .: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/01/com-atividade-fraca-arrecadacao-tem-pior-desempenho-em-5-anos-em-2015.html>> acesso em 02 maio 2016.

¹⁸ G1 Notícias Economias. Disponível em.: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/10/rombo-contas>>

uma das maiores crises brasileiras, quando temos judicium lizado a favor do Brasil trilhões de reais, que retirariam em tese o Brasil da crise¹⁹.

Como resultado, alguns tributos possuem descontos de até 85% para que possam ser recebidos conforme se verifica por notícia recentemente vinculada em 28 de setembro de 2015²⁰, porque tais propostas não poderiam ser negociadas em mesa de conciliação, tendo o contribuinte ciência que não poderá recorrer infinitamente, estar coberto pela toga da prescrição ou limitações regulamentares de recolhimento de impostos.

Ainda, o limite mínimo para que seja distribuída uma execução fiscal, segundo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em sua portaria número 75 de 22 de março de 2012, no seu artigo 1º, incisos I e II, estipula limites mínimos para inscrição na dívida ativa de débitos consolidados (agrupados ou seja se somados forem superiores serão inscritos) inferiores a R\$ 1.000,00, bem como, veda ajuizamento de execuções cujo valores serão inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)²¹.

O resultado de tal portaria, é o aguardo de consolidação de débitos para alcance dos limites supra determinados pela referida portaria, o que acaba por acarretar em muitos casos prescrição ou esvaziamento patrimonial, bem como planejamento fiscal por parte do contribuinte.

A arbitragem nesses casos melhoraria o custo para cobrança permitindo inexistirem limites para cada procedimento e início de medidas coercitivas de forma imediata e privada contra o administrando, sustentando assim as políticas de saúde e segurança emergenciais para nação.

Nesse ponto, o problema não é o processo em si, mas seu tempo, limites e taxa de êxito em virtude de planejamentos e teses que furtam da administração pública direito líquido e certo, prejudicando o próprio contribuinte, pois se um lado é tributado do outro é tutelado pela saúde e por caros remédios e sistemas de interesse comum.

[publicas-pode-atingir-r-110-bilhoes-em-2015-diz-tesouro.html](#)> acesso em 02 maio 2016.

¹⁹ “(...)Rombo nas contas públicas pode superar R\$ 110 bilhões, diz Tesouro ‘Pedaladas’ que podem ser abatidas na meta de 2015 somam R\$ 50 bi. Governo admitiu na terça risco de rombo de R\$ 62,8 bi sem as pedaladas. (...)”

²⁰ G1 Notícias Economias. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2015/09/projeto-define-desconto-de-ate-85-para-dividas-com-tributos-como-ipva.html>> acesso em 02 maio 2016.

²¹ Brasil, Ministério da Fazenda Nacional, <<http://fazenda.gov.br/ acesso-a-informacao/institucional/legislacao/2012/portaria75>> acesso em 02 maio 2016.

Já ficou assente, a correlação entre o CTN a CF e a legislação vigente sobre arbitragem a qual limita a aplicação da arbitragem na administração pública, a qual contudo, em tese, tem embasamento constitucional e no próprio CTN.

Nesse sentido o CTN prevê formas de negociação e relativização da formalidade que embasa a cobrança de um crédito já constituído e por sua vez se já constituído, não tem variáveis possíveis para impugnações a não ser que tenha como objetivo delongar seu adimplemento.

Já a Constituição com a emenda constitucional de 2005, tatuou o interesse da celeridade.

No artigo 1 desde 1988, temos o direito a saúde, e dignidade humana, saúde sustentada com tributos ou seja pular do estado e portanto, dar dinamicidade a seu recolhimento é ato de interesse coletivo e protetivo a dignidade humana e saúde.

Ponderando sob esses vetores a prevalência constitucional que interpretação portanto, constitucional do artigo 171 do CTN, sob o prisma do artigo 1 e 5 da CF, deixam claro a possibilidade da arbitragem tributaria.

Tal fato, encontra obstáculo na parte final do artigo 1 da lei federal 9.307 de 96, entretanto, a fim de colocar uma pá de cal na temática existe projetos de lei em tramitação desde 2006 os PL 5.082 e 469 de 2009, junto a Câmara dos Deputados.

Em síntese uma eventual legalização da arbitragem em matéria tributária portanto, iria permitir a judicialização de créditos antes não judicializados, e a convalidação de lançamentos e procedimentos tributários administrativos impugnáveis pelo contribuinte, sendo de fato constituído e partindo direta para indubitável pagamento ou compensação.

Dessa forma, enfrentar no presente trabalho a forma de constituição lançamento e benefícios de um juízo arbitral em matéria tributária é de grande valia.

1.1. DIREITO TRIBUTÁRIO E COMPETENCIA ARBITRAL

O direito tributária tem sua exege, na manutenção da sociedade, desde Ulpiano (Conhecido como fundador do Direito Público, em sua obra As regras de Ulpiano, onde esteio regras de gestão pública ainda no império Romano como

prefeito que foi), ter estruturado a divisão de direito público e privado bem como atualmente vivermos diante e perante.

Tal conceito e base de formação, é a cervical do CTN que visa antes de tudo e conforme artigo 5º inciso XV alínea 'b' da CF, estabelecer as normas gerais de direito tributário aplicáveis a União, Estados e Distrito Federal e aos Municípios.

E assim, em tal estrutura normativa que completa no corrente ano, 50 anos de criação, mesmo após diversas evoluções, ainda não incorporou sistemas alternativos de solução de conflitos e ou formas de dinamizar arrecadação dos tributos que institui.

Analisar o sistema tributário, em sua forma lato, é tarefa árdua, denota aprofundamento em questões filosóficas e jurídicas para entendimento da sua concepção, pois o sistema tributário se estrutura como conjunto de elementos relacionados entre si formando um todo unitário²² perante a uma determinada referência²³, ou seja, são parametrizados por fatos sociais tributários.

Ou seja, uma necessidade pública acaba por estruturar a necessidade de criação o exequibilidade de um tributo, dá a afirmação de Paulo Barros Carvalho²⁴, no que concerne reconhecer a complexidade do Direito Tributária a convergência de seus subsistemas com subsistemas como de processo civil, constitucional e correlação filosófica.

Temos assim um sistema tributário complexo, com objetivos e fundamentos constitucionais supremos, pois regulam e sustentam a sociedade e serviços públicos essenciais, tanto que assim são tratadas pelo artigo 37²⁵(inserido pela emenda constitucional 19 de 1998) em seu inciso XXII²⁶ da Constituição Federal da república que trata a administração tributária como "atividades essenciais ao funcionamento do Estado", disposição esta inerida pela Emenda Constitucional número 42 de 2003.

²² SANTI Eurico Marcos Diniz Santi, Lançamento Tributário p.48

²³ CARVALHO, Paulo de Barros, Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência. P.40

²⁴ Idem nota supra p.17.

²⁵ A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

²⁶ XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Tanto é verdade, que no artigo 24²⁷, inciso I²⁸ da Constituição Federal, fica resguardada a competência tributária da União dos Estados e do Distrito Federal, de forma Concorrente em matéria de Direito Tributário, financeiro e econômico, dentre outras hipóteses.²⁹

E tamanha é a relevância e importância dos tributos, que a Constituição Federal em seu artigo 34³⁰, V³¹ alínea 'b'³², permite a intervenção da União nos Estados e Distrito Federal, em se tratando de hipótese de não repasse aos Municípios de receitas tributárias fixadas pela Constituição.

Ou seja a magnitude do direito Tributário e seus sistemas, vai além da cobrança e execução dos tributos e sim regula inclusive a relação entre estados municípios e a União, possibilitando inclusive intervenção deste último em hipóteses específicas.

Nesse diapasão, os vetores que sustentam o direito arbitral, são das relações finalistas do direito tributário, ou seja, após a constituição do tributo e para sua constituição na relação administração x indivíduo.

Seria em tese, muito mais eficiente, dinamizar as formas de cobranças e exigências dos créditos tributários com fim especial de permitir uma maior arrecadação e dinamização social.

E sob esses aspectos, sustenta projetos de lei e trabalhos em matéria arbitral tributária, que a abrangência da arbitragem possibilitaria e dinamizaria a arrecadação, diminuiria a judicialização e daria maior vigência ao inciso LXXVIII da constituição federal introduzido em 2004 pela Emenda Constitucional número 45.

E assim sendo, prevalece o princípio da legalidade o qual, não só trata da constituição e matéria tributária em si, mas também abarca a necessidade de ordenamento específico para que se trate de matéria em voga, qual seja arbitragem em matéria tributária, conforme explicitado no artigo 150 I da CF em matéria tributária e replicado pelo inciso II do artigo 5 também da CF.

²⁷ Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre

²⁸ Direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico

²⁹ Existe também competência concorrente no inciso I para Direito Penitenciário e urbanístico, além de orçamento, juntas comerciais, custas etc. ao longo dos incisos do artigo 24 da CF, entretanto nosso estudo foca nas matérias econômicas e tributárias.

³⁰ A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para

³¹ Reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

³² Deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

2. CABIMENTO DA ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO

O direito tributário, tem papel pacificador e estabilizador na sociedade, pois ele organiza normas que conceituam tributos, suas obrigações extinções e vencimentos, penalidades e procedimentos de cobrança e ou impugnação.

Contudo a própria essência do direito tributária é compulsória, ou seja cabe a pagar independente da vontade.

Pois tem como objetivo custear saúde, educação e infraestrutura comum dos cidadãos, como “condômino” de um “condomínio” (sociedade).

Portanto, por sua natureza, já é compulsória, e praticando ato de venda de serviço, venda de produtos industrializados ou auferindo renda, independente da vontade e utilização dos serviços públicos, deverá recolher tributos.

No caso de imposto de renda, pode abater pagamentos ‘x’, ou ‘y’, bem como pode-se instituir formas específicas e fixas de cobrança de impostos de serviços.

E sendo assim, nada mais correlato, do que entender que a compulsoriedade de uma clausula arbitral, não obstante ir de encontro com o conceito privado do instituto, permite na esfera pública sua instituição atrelado ao fato de se tratar de matéria tributária e diferida de outras como cível e afins, na relação entre particulares.

Na relação entre particulares podemos ter, relação de consumo contrato e afins, que por sua natureza são bilaterais e ou vedam contrato de adesão,

Nesse ponto, distanciado os dois liames privados e públicos, onde a compulsoriedade do direito tributário o caracteriza, pela sua natureza mantenedora de serviços essenciais para sustento da dignidade humana e politicas publicas básicas.

Nesse esteio e pilar, que se colocaria a arbitragem, sob situações pontuais, onde inexistente contestação ao ato, apenas, necessidade de célere cobrança.

Nesse sentido temos portaria da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em sua portaria número 75 de 22 de março de 2012, no seu artigo 1º, incisos I e II, estipula limites mínimos para inscrição na dívida ativa de débitos consolidados.³³

³³ (agrupados ou seja se somados forem superiores serão inscritos) inferiores a R\$ 1.000,00, bem como, veda ajuizamento de execuções cujo valores serão inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)

Ou seja, um imposto como IPTU, IPVA e ISS quando presumido por lei estadual, como é o caso do estado do Rio de Janeiro, temos que inexistem hipóteses de inadimplência qualquer via impugnativa licita, ou seja serão medidas protelatórias que so alcançarão a prescrição e nada mais.

Colocar um ponto final em tais postergações em demandas de pequena monta, além de diminuir o asseio do judiciário, de igual modo, gera maior receita para o estado, pois como demonstrado preambularmente em capítulos iniciais mais das metade das demandas no judiciário são de natureza tributária, além de terem uma monta em valor de 1,38 trilhões de reais impactante no PIB³⁴

E assim como já explicitado, temos que a matéria tributária arbitral, sofreu severa colaboração da lei federal 13.129 de 2015, a qual alterou a lei de arbitragem lei federal 9.307 de 1996, possibilitando a administração pública na arbitragem.

Ainda a lei 13.105 de 2015, o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, §3º³⁵, deu maior relevância a matéria de conciliação e métodos consensuais para solução de lícitos, norma que se aplica pelo princípio da especialidade as matérias tributárias.

A referida norma, prevê a exigência de aponte de interesse em conciliação, conforme determinado pelo artigo 319 §3º³⁶ também do Novo Código de Processo Civil.

De igual modo, adicionar ao rito da execução de sentenças arbitrais limitações para impugnações em via de exceção e embargos de execução é de suma importância a fim de evitar, o manejo de tais medidas, como forma protelatória do cumprimento da sentença e mutação de procedimento executivo em ordinário.

Todavia, devemos, abrir espaço para destacar a importância do papel, de um sistema de julgadores, públicos e ou sistemas como inseridos pela EMERJ, ao controlar a seleção de juizes leigos, impedindo assim, uma total ingerência pelos arbitros que venham a decidir sob matérias tributária.

³⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em.: <Vide <http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/governanca-diferenciada-das-execucoes-fiscais>> Acesso em 15 de junho de 2016

³⁵ § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

³⁶ § 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

Temos que a inspiração do trabalho de Acesso a Justiça³⁷ de Bryant Garth e Mauro Cappeletti, se baseou ao referir sob a figura do juizado especial com os Tribunais de Vizinhança Holandeses, onde os vizinhos se julgavam em organização de fato leiga juridicamente.

Entretanto, diferente de decisão de convecções condominiais e ou de baixo relevo social, o direito tributário adentra em direitos de propriedade, bens e valores e até em hipótese de violação de suas normas na liberdade do indivíduo de forma compulsória.

Ainda a arrecadação tributária não deve nem pode ser relativizada, pois se dirige ao adimplemento de direitos de primeira geração, e manutenção de saúde, educação e segurança.

E nesse sentido, um modelo muito relevante, de que em matéria tributária as Escolas de Magistratura Federais, possam selecionar e organizar Arbitro, quer dentre seu quadro de magistrados e ou alunos em curso preparatório, garantindo assim o crivo da alta seleção publica inerente a todo e qualquer concurso público no Brasil.

E assim, teríamos, juízes arbitrais, diferentes das relações privadas.

Lado outro no que tange a competência em si, seria tributos, com liquidez e abaixo das limitações executivas impostas por portarias, leis e afins que acabam deixando de serem executadas ou cobrado³⁸, conforme já tratado e adiante especificado.

2.1 PRECEDENTES LEGAIS TRIBUTÁRIOS ARBITRAIS

Por se tratar de tema ainda em discussão o atual. precedente tributário no que tange matéria arbitral é o projeto de lei 5.082/2009 e³⁹ de Lei complementar 49/2009 que trata da matéria e tenta legalizar tal pratica.

Como existem dois projetos um de legislação complementar e outro ordinária, importante, individualizar o conceito de cada qual, ou seja a lei complementar, tem natureza especifica ou seja, seu instituto remonta as leis orgânicas

³⁷ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

³⁸ Vide nota 21.

³⁹ Iremos a diante tratar da diferença entre lei complementar e ordinária em matéria tributária especificamente com tónus arbitram.

preconizadas na constituição de 1891 e 1934, que visavam a complementação da constituição, ainda que sem quórum qualificado ou âmbito de validade constitucionalmente definido.

Já a constituição de 1988, determinou casos específicos para utilização de lei complementar, sendo em tese “residual” a competência da lei ordinária.

E sendo assim, em matéria tributária, existem hipóteses calaras para a edição de lei complementar, sendo elas inclusive o Direito Tributário e Financeiro, conforme elencado no artigo 163, I da CF.

Ainda a própria natureza da norma tributaria e do próprio CTN são de lei complementar, entretanto na sua promulgação fora editado como lei ordinária por ter sido aprovado e promulgado antes da constituição federal de 1967, mas são temos reservados a lei complementar, conforme tratado pelo constituição de 1967 pelo artigo 19 §1º, de 1968 pelo artigo 18, §1º e de 1988 pelo artigo 146, III, na linha dos ensinamentos do jurista Ricardo Lodi Ribeiro⁴⁰

Todavia, conforme artigo 146, III e 163, I ambos da CF, em se tratando de matéria tributária seu trado se deve a legislação complementar, e portanto, qualquer alteração no CTN, em matéria tributária deve seguir essa regra daí a existência de um projeto de lei complementar, já para alteração da lei federal de arbitragem a necessidade de um projeto de lei federal em tramite.

Entretanto o artigo 171⁴¹ do CTN, trata da especificação da modalidade de extinção do credito tributário, atrela a “lei” a força para facultar condições especificas para transação e ou extinção de tais créditos.

Já no artigo 172⁴² também do CTN, fica esposado autorizações transacionais por lei a administração pública e portanto vetores a serem seguidos pela lei modelo da arbitragem tributaria.

Le-se que de acordo com o supra referido, lei complementar deve aumentar a envergadura da capacidade transacional tributaria para matérias arbitrais, bem

⁴⁰ RIBEIRO, Ricardo Lodi, “A função da lei complementar tributária “Revista Âmbito Jurídico Disponível em.: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2250 Acesso em 11 de julho de 2016

⁴¹ Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

⁴² Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

como por outro lado lei federal deve dar envergadura tributaria a arbitragem pública já possibilitada pela lei 13.129 de 2005.

Daí a necessidade e função do projeto de lei em tramite para regulamentar a instituição plena da arbitragem no brasil que a partir daí incorporará as regras de executividade de sentença arbitral como tratado pelo NCPC em seu artigo 3, §1º⁴³, 42⁴⁴ e 189⁴⁵, IV⁴⁶.

Por outro lado a legislação especifica lei federal 9.307 de 96 em seu artigo 1º⁴⁷, proíbe a arbitragem tributária, motivo pelo qual e comungado com a exigência de dispositivo legal imposta pelos artigos⁴⁸ 171 e 172 do CTN como referido, sustentam a necessidade de especifica disposição legal para instituição da Arbitragem.

Entretanto, dado o influxo dos projetos em tramitação e impactos já relatados, bem como grande discussão a respeito, objeto de estudo de outros juristas como relatado pela Jornalista Barbara Pombo em entrevista com a advogada Priscila Faricelli de Mendonça.⁴⁹

Toda essa discussão tanto no meio social, legal e doutrinário, resultou em recentes ajustes a lei 9.307 de 96, a qual acabou sofrendo sensíveis alterações pela lei 13.129 de 2015, onde ficou permitida a administração pública direta e indireta utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Para tanto, se restringiu a direitos patrimoniais disponíveis, bem como, sob o princípio da publicidade, tudo previsto no artigo 1º⁵⁰§1º e 2º, §3º⁵¹ ambos da lei 9.307 de 96, já com nova redação.

Contudo o direito tributário, possui fontes ou seja aquilo que origina,

⁴³ § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

⁴⁴ Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

⁴⁵ Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

⁴⁶ IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

⁴⁷ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

⁴⁸ Referidos em notas supra.

⁴⁹ Artigo publicado em 06 de fevereiro de 2015, disponível para acesso em.: <http://jota.uol.com.br/luz-fim-tunel-arbitragem-e-transacao-tributaria>

⁵⁰ § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

⁵¹ § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

produz, convergente com o conceito de Ruy Barbosa Nogueira⁵², ao identificar e quantificar Fontes Reais e Fontes Formais do Direito Tributário, conforme podemos observar:

“(...) As fontes reais se constituem dos suportes fáticos das imposições tributárias, sendo a subjacência sobre que incide a tributação, (...) As fontes reais ou materiais são também denominadas em doutrina pressupostos (...)”

Já na esfera mundial, temos a arbitragem mesmo em matérias de direito pública com extremo relevo, e especialmente nas américas.

Como órgãos existem a ICC, ICDR e LCIA, no que tange as câmaras de direito Comercial e nas relações com IED⁵³ temos a ICSID e UNCITRAL, tendo como base legal a Convenção de Washington, na qual diga-se o Brasil não aderiu.

Por outro lado, Arbitragem Comercial tem como legislação a conhecida Convenção de Nova York e estão abarcadas pelos Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos APPI'S' e pelos Centro Internacionais para Resolução de Disputas Relativas a Investimentos CIRDI.

No Brasil a arbitragem teve início em 1996, na Argentina em 1981, no Canadá em 1985 e no Chile em 1978 a convenção de Nova York, foi promulgada em 1958 tendo sido aderida pelo Brasil somente em 2002, já pela Argentina em 1981, pelo Canadá em 1986, pela Colômbia existe legislação revisada desde 79 quando aderiu a Convenção de Nova York, bem como Chile legislação desde 1978 com aderência a convenção de Nova York em 1975.

O Chile, possui uma legislação de direito público no que concerne a arbitragem desde 1978, já sua arbitragem de direito privado data de 2004, tendo desde 1975 aderido à Convenção de Nova York.

A matéria é de vanguarda, ainda cinge-se de julgados e judicialização da matéria, mas a relevância da arbitragem e seu reconhecimento como forma de composição amigável de conflitos ainda é matéria de relevo nos tribunais.

⁵² Nogueira, Ruy Barbosa, Curso de Direito Tributário. 1995, 14ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, página 125.

⁵³ Investimento Estrangeiro Direto

2.2 JURISDIÇÃO TRIBUTARIA ARBITRAL

Como dito, tributos de envergadura como IPVA, IPTU e ISS, estaria abarcados pela nova legislação arbitral, como se tratam de tributos concorrentes onde existe competência não só da união e exigência como caso do ISS (conforme LC 116/03) de legislação complementar que tem forma de aprovação pro maioria absoluta, em detrimento da maioria simples que abarca legislação federal comum.

Daí a necessidade de uma legislação complementar, uma federal e as competentes estaduais de acordo com preceito do artigo 146, II da CF, a fim de permitir uma adequação das instancias municipais e estatais a fim de viabilizar a execução de medidas tributárias em matéria arbitral.

Teríamos assim, um sistema onde se observa a competência legal de cada ente, Município, Estado ou União, com base em legislação específica de acordo e respeito a jurisdição aplicável e em atino com os princípios tributários basilares, como legalidade, vedação de confisco entre outros, esculpidos no artigo 150 da CF.

Daí, a jurisdição tributaria ser restrita a determinadas hipóteses específicas, tributos e sob um rito e competência pré determinada, se dividindo na jurisdição federal, municipal e estadual, respectivamente com a base legal para cada uma.

Ainda, abarcaria os Investimentos Estrageiros Diretos, tendo como regra, a arbitragem, protegendo assim os escorreito recolhimento de impostos, dinamizando incongruência e ajustando eventuais problemáticas de forma pontua célere para ambas as partes.

Como resultado de tais medidas valores não recuperados seria dinamizados e tratados, bem como relações de investimento estrangeiro estariam mais dinâmicas e adequados a modelos como utilizado pela arbitragem internacional nos Estados Unidos por Exemplo.⁵⁴

E exercida, como já dito, de forma diferenciada da "jurisdição arbitral tradicional", a qual se pauta e espelha em modelos como o tribunal de vizinhança Holandês⁵⁵, fato que não pode ser plenamente aplicado em matéria tributaria.

Um porque lida com arrecadação com fim de sustentar saúde, educação

⁵⁴ País em que é possível a arbitragem impositiva em se tratando de IED (Investimento estrangeiro direto), o que resulta em maior segurança jurídica e resultados.

⁵⁵ Idem nota 37.

segurança dentre outras garantias sociais, Dois, porque em violação dessa compulsória obrigação tributário o indivíduo pode ter interferência estatal em sua propriedade (bens e valores) e responder por eventuais violações tendo sua liberdade relativizada (hipóteses de ilícito tributário).

Assim, como proposta para esbarrada aplicação em matéria tributária, a jurisdição dos magistrados e ou determinados modelos como aplicados pelo Tribunal de Justiça Estadual do Rio de Janeiro, o qual por intermédio de sua Escola da Magistratura, estipulou certame próprio para seleção dos chamados “juizes leigos”, com exigências, remuneração e estrutura de trabalho e treinamento próprios, escolhido dentre os advogados que compõe curso preparatório para carreira de magistratura.

Importando esse sistema, teríamos, a possibilidade de dinamizar a atuação da Escola da Magistratura Federal, na preparação de candidatos para carreira da Magistratura Federal, bem como, selecionar dentre seus mais preparados alunos, Árbitros Tributários Federais, mediante certame público de alta qualificação, para competências de baixa complexidade e pontuais, já formando o caráter de futuros magistrados ou inserir no treinamento de magistrados aprovados período probatório nos juízos arbitrais federais.

A mesma regra de aquilamento da seleção de árbitros e tratamento diferenciado para arbitro em matérias tributárias, serviria assim para proteger o patrimônio, liberdade e demais direitos que gravitam na orbitar tributaria de forma direta e indireta.

CONCLUSÃO

A queda na arrecadação tributária⁵⁶, mais de 50% das demandas ativas como sendo de matéria tributarias, limites para valores serem cobrados⁵⁷, sem serem restituídos aos cofres públicos, evidenciam como demonstrado a necessidade de aquilamento das medidas de recuperação e créditos tributários e necessidade de enquadramento a tendência mundial.

Evidente assim, a necessidade de aquilamento da ordem arbitral tributaria, que se iniciou com alteração trazida pela lei federal 13.105 de 2015, que ampliou

⁵⁶ Próxima de R\$ 1,22 Trilhões

⁵⁷ Mais de 1,35 Trilhões de Reais

a envergadura da arbitragem no ordenamento processual civil, e a lei federal 13.129 de 2015, que alterou a lei federal 9.307 de 1996, permitindo a inclusão da administração pública como parte na arbitragem.

Ademais, o modelo arbitral de “direito público” evidencia-se uma forma contemporânea de democratização jurisdicional e permite, o desafogamento dos tribunais, evidenciando, evolução necessária para o direito brasileira, já introduzida em nossa legislação como já dito.

Sendo assim, dinamizar a forma de arrecadação, por meio de um sistema eficiente e estruturado de forma a garantir a gerencia por agentes políticos, ritos específico e cláusulas arbitrais compulsória para tributos específicos, permite uma eficiente implementação de tal sistema a fim de possibilitar a evolução tributária e arbitral pretendida.

Incontroverso, ser o sistema arbitral, subsidiário ao sistema jurisdicional ordinário, o qual a cada dia vem sofrendo com asoerobamento processual, no qual mais da metade dos processos como referido, são de natureza tributária.

Um sistema justo e eficaz, bem como suplementar ao sistema jurisdicional ordinário, nitidamente, ira resultar em maior celeridade, e atuação do poder judiciário em matérias de primeira geração constitucional, além, de beneficiar a sociedade como um todo, por criar uma forma dinâmica de arrecadação, com escopo de sustentar projetos de saúde, educação e segurança, base de toda e qualquer sociedade e um dos empregos dos tributos.

Portanto, seria possível através de parâmetros pré-definidos em determinados tributos nos quais a impugnação pela sua existência sejam mais limitadas, a instituição da arbitragem tributária, respeitadas a forma de inserção legislativa de tal sistema, bem como, indicado de forma específica o agente político incumbido de representar tal sistema arbitral, tudo a fim de dar maior validade e constitucionalidade a tal sistema, que resultara ao menos em tese, em uma evolução e dinamização da arrecadação tributária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aristoteles (1781). *Metafísica*, Espanha, Copyright 2013, por loeditoral, Kindlebook..
- Arendt, Hannah, *As Origens do Totalitarismo*, 1979, primeira edição 1951, Editora Documentário, Rio de Janeiro, página 5.
- Barbosa, Rui, "Sinto Vergonha de mim" acessado em 30 de novembro de 2012 às 5:21 horas, disponível em: http://www.kazfilmes.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1341:ruibarbosa-sinto-vergonha-de-mimq-e-historia&catid=76&Itemid=50.
- Barbosa, Rui.(1899) *A Imprensa*, vol. XXVI, tomo IV, Brasil, La Imprensa,
- Bedaque, J. R. S. (2010) *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros.
- Bodo&Bernhard, (2012) *Direitos Fundamentais*, Saraiva, São Paulo, 2012, página 37, primeira Edição
- Bodart, B.. V. (2011). *Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro*. In: *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa*. Org. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, Forense.
- Bobbio, Norberto, "Dicionário de Política", 4ª ed., t. 1, Brasília, Edunb, 1992.
- Campos, B.(1967). *El derecho Constitucional Del Poder*, Buenos Aires, Ediar.
- Carvalho, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 16 ed., página.15.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais*
- Cavaleri, Sergio Cavaleri Filho, (2008) *Programa de Sociologia Jurídica*, Forense, Rio de Janeiro, 11ª Edição.
- Capeletti, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988
- Dinamarco, C.R.(2009). *Instrumentalidade do processo*, 14ª Edição, São Paulo, Brasil, Revista dos Tribunais.
- Gasparini, D. (2007). *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed, Rio de Janeiro, Forense.P64
- Junior, Nelson Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007,
- Kelsen Hans. *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.p. 355
- Kant, I. (1781). *Crítica da Razão Pura*, Brasil, Copyright2011, por la editorial Grupo de distribución Acropolis.
- Kant, (1965) *Crítica de la faculte de juger*, Paris, Vrin, p.49-50.
- Kaufmann,(2000) Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Madrid: Marcial Pons.

- Liebman, Enrico Tullio, *Processo de Execução*, Saraiva, São Paulo, 1980,
- Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 1.
- Machado, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 29 Edição, São Paulo, página 49
- Miranda, (1967) Pontes, *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo I, 2. ed., 1974, RT, São Paulo, página 68.
- Nietzsche, F.W.(1888). *O Anticristo*, Brasil, Copyright 2012, por la editorial Ciberfil Literatura Digital.
- Newton, Isaac,(1687) *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, Editora, Service commun de ladocumentacion de l'Université de Stransbourg, página 5.
- Negri, Antonio,(1992) *Le pouvoirconstituant*, Press Universitaires de France, 1992, Paris, página 192.
- Pieroth,B.(2012). *Direitos Fundamentais*, 1ª Edição, São Paulo, Saraiva.
- Posner, R.A.(2007). *Problemas em filsofca do Direito*, 1ª Edição, São Paulo, Martins Fontes.
- Platão, (1871). *LasLeyes*, Tomo 9, Madrid, Copyright 1872 por loEditorail Medina y Navarro
- Kelsen,(2003) Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Trad. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Rousseau, Jean Jaques, *O contrato social*, Trad.Antonio de PaudaDanesi. 3. Ed. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p.19-20.
- Renelo, Aldo, referencia realizada nos autos do parecer como relator do Projeto de Lei nº1876/99, no que tange o novo código florestal brasileiro, referindo conceituação de Bonifacio as páginas 10 e 11.
- Reale, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 322
- Savigny S.K.V. (1840). *System des heutigenromischenRechts*, Aalen, Scientia.
- Sabbag, Eduardo, *Manual de direito Tributário*, 4 Edição, São Paulo, 2016, Página 34.
- Santos, Boaventura de Sousa Santos,(2011) *Para uma Revolução Democrática da Justiça*, Editora, Cortez, 3ª Edição, São Paulo, 2011.
- Sandel, *Justiça, o que é fazer a coisa certa*, 4ª Edição, Civilização Brasileira, São Paulo, 2011.
- Sobral, Pinto – *Porque defendo os Comunistas*, Editora Universidade Católica de Minas Gerais, Editora Comunicação, 1979.
- Savigny S.K.V. (1840). *System des heutigenromischenRechts*, Aalen, Scientia.
- Scuro, PedorScuro Neto (2009), *Sociologia Geral e Jurídica*, Saraiva, 6ª Edição.
- Tocqueville, Aléxis, (1952)*L'ancien régime et la révolution*, Paris, Gallimard, página 250.
- Hellinger, Bert, *Conflito e Paz uma resposta*, Editora Cultrix, São Paulo, 1ª Edição, 2005.

A INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS DIREITOS SOCIAIS: A SUBJETIVAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS À LUZ DAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM

Fernanda Barreto Alves¹

Rafael Meireles Saldanha²

“Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “sem-direitos”. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados)”.

(Norberto Bobbio, 1990)

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo analisar a intervenção judicial nos direitos prestacionais, ou seja, se existe a possibilidade do indivíduo exigir do Estado

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.

a satisfação de uma obrigação prestacional prevista na Constituição (que chamaremos de subjetivação ao direito à prestação).

Inicialmente, analisamos os direitos sociais prestacionais à luz das Declarações de Direitos do Homem. Em um segundo momento, buscar-se-á observar a evolução dos direitos fundamentais utilizando a doutrina de Robert Alexy.

Por fim, pretende-se examinar se a ausência de uma prestação prevista na constituição pode gerar um direito subjetivo ao indivíduo de exigí-la judicialmente e se essa intervenção judicial fere o princípio da separação dos poderes, e conseqüentemente o processo democrático.

AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM

O surgimento dos direitos fundamentais advém da história política da Inglaterra, Estados Unidos e França. No decorrer da evolução dos direitos fundamentais vários antecedentes da declaração de direitos foram elaborados até a sua positivação e posterior constitucionalização³.

Na Inglaterra foram criados cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta em 1215, que tinha como finalidade garantir alguns privilégios aos nobres ingleses. Em seguida, no século XVII, foram criados outros documentos, como: *a Petition of Rights* em 1628, *o Habeas Corpus Amendment Act* em 1679 e *o Bill of Rights* em 1688.

A Teoria do Direito Natural dos séculos XVI e XVII teve grande influência na origem dos direitos fundamentais, conceituando-os como direitos inalienáveis, inatos, inerentes à pessoa humana. Nos séculos XVII e XVIII, o jusnaturalismo chegou ao seu ponto culminante de desenvolvimento, atingido seu ápice no Iluminismo. Ressalta-se a contribuição da obra de John Locke, que reconheceu os direitos naturais e inalienáveis do homem com uma eficácia oponível aos que possuíam o poder⁴.

Entretanto, o Direito Natural tornou-se insuficiente, pois era necessário o reconhecimento por meio de normas jurídicas de Direito Positivo. Dessa maneira,

³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44.

⁴ *Ibidem*, p. 45.

os direitos fundamentais foram primeiramente adotados em enunciados explícitos nas declarações de direitos e posteriormente positivados, mediante sua constitucionalização.

Norberto Bobbio⁵ leciona que esta insuficiência do jusnaturalismo ocorre pelo fato de que somente após o reconhecimento desses direitos fundamentais por normas jurídicas positivas é que estes passam a ter força normativa:

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência.

No sentido moderno, as cartas e estatutos não são declarações de direitos, pois seus textos não possuíam força coercitiva, apenas condicionavam a formação de regras de mais ampla proteção dos direitos fundamentais.

A primeira declaração de direitos fundamentais foi a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia*, em 1776. Este documento estruturava um governo democrático com um sistema de limitação de poderes. Guilherme Peña de Moraes ressalta que esta declaração é uma prova da influência jusnaturalista⁶ nos direitos fundamentais, como se pode concluir com a leitura do art. 1º da declaração:

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, tem direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, provar nem despojar sua posteridade(...)

A Assembleia Constituinte francesa aprovou, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A declaração proclamou os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias liberais que se encontram nas constituições atuais. Podemos observar também uma tendência jusnaturalista em seu texto⁷:

Os representantes do Povo Francês constituídos em Assembleia Nacional (...) resolvem expor em uma declaração solene os direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem (...)

Bobbio⁸ destaca que, em relação ao conteúdo das declarações, tanto a norte-americana quanto a francesa tiveram grande influência no direito

⁵ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p.51.

⁶ MORAES, Guilherme Peña de. Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997, p. 47.

⁷ Ibidem, 53.

⁸ BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 50.

natural, no entanto, a declaração francesa faz referência à “vontade geral” como titular do poder legislativo. Além disso, o art. 2º os define como imprescritíveis, determinando que não haja limitação temporal a esses direitos:

Com relação ao conteúdo dos dois textos, apesar das diferenças muitas vezes assinaladas — a mais evidente das quais é a referência da declaração francesa à “vontade geral” como titular do poder legislativo (art. 6º), de nítida derivação rousseauísta não se pode deixar de reconhecer que ambos têm sua origem comum na tradição do direito natural, a qual, em minha opinião, é bem mais determinante, mesmo na declaração francesa, do que a tradição do autor do Contrato social. O ponto de partida comum é a afirmação de que o homem tem direitos naturais que, enquanto naturais, são anteriores à instituição do poder civil e, por conseguinte, devem ser reconhecidos, respeitados e protegidos por esse poder. O art. 2º os define como “imprescritíveis”, querendo com isso dizer que — à diferença dos direitos surgidos historicamente e reconhecidos pelas leis civis — não foram perdidos nem mesmo pelos povos que não os exerceram durante um longo período de tempo, ab imemorabili. O primeiro crítico severo da Revolução Francesa, Edmund Burke, afirmará — tão logo chegam à Inglaterra as notícias da sublevação parisiense — a célebre tese da prescrição histórica, segundo a qual os direitos dos ingleses recebem sua força não do fato de serem naturais, mas de se terem afirmado através de um hábito de liberdade, desconhecido pela maior parte dos demais povos. Ao contrário da teoria da prescrição histórica, a tese da imprescritibilidade tem — consciente e intencionalmente — um valor revolucionário.

Dessa forma, a declaração francesa tem um caráter universalista pelo fato de que os direitos fundamentais são imprescritíveis e não possuem limitação espacial, sendo válidos para toda humanidade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948. Logo no seu preâmbulo é reconhecida a dignidade da pessoa humana como base para a liberdade, justiça e paz. Entretanto, Bobbio alerta sobre a importância, sobretudo, de como serão garantidos os direitos fundamentais de modo que os mesmos não sejam violados:

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. De resto, quando a Assembléia Geral da

ONU, em sua última sessão, acolheu a proposta de que a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, decidida na sessão do ano anterior, fosse realizada em Teerã na primavera de 1968, fazia votos de que a conferência assinalasse “um notável passo à frente na ação empreendida no sentido de encorajar e ampliar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais”? Entende-se que a exigência do respeito” aos direitos humanos e às liberdades fundamentais nasce da convicção, partilhada universalmente, de que eles possuem fundamento: o problema do fundamento é ineludível⁹.

Bobbio entende que um modo que pode ser factualmente comprovado na história, e que dá justificativa aos valores, é aquele apoiado no consenso. E este consenso geral como fundamento dos valores do direito ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Dessa forma, esses valores passaram a ser universais e compartilhados entre a maioria:

Mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como — em certo sentido — resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar. Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, por tanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade¹⁰.

O autor estabelece importante crítica ao jusnaturalismo presente no artigo 1º da declaração, que estabelece que “*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”. Para Bobbio, a liberdade e igualdade não são um dado de fato e sim um ideal a perseguir:

Ainda que a hipótese do estado de natureza tenha sido abandonada, as primeiras palavras com as quais se abre a Declaração Universal dos Direitos do Homem conservam um claro eco de tal hipótese: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” O que é uma maneira diferente de dizer que os homens são livres e iguais por natureza. E como não recordar as primeiras célebres palavras com que se inicia o Contrato social de Rousseau, ou seja: “O homem nasceu livre e por toda a

⁹ Ibidem, p. 17.

¹⁰ Ibidem, p. 17.

parte encontra-se a ferros”? A Declaração conserva apenas um eco porque os homens, de fato, não nascem nem livres nem iguais. São livres e iguais com relação a um nascimento ou natureza ideais, que era precisamente a que tinham em mente os jusnaturalistas quando falavam em estado de natureza. A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser¹¹.

A percepção dos direitos como fundamentais foi fruto da evolução da própria sociedade. Para Bobbio, estes direitos são derivados de um homem cuja natureza é circunstancial, histórica e mutável. A Declaração Universal representa a consciência que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais frutos de conquistas sociais ao longo da história. Na próxima seção examinaremos como se deram essas conquistas, analisando a teoria das gerações (ou dimensões¹²) dos direitos fundamentais.

AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, cumpre examinar a Teoria do Status de Jellinek que nos permite compreender a posição jurídica das dimensões dos direitos fundamentais. Esta teoria ensina que estes direitos garantem aos indivíduos determinadas posições jurídicas, denominada *status*, em face do Estado¹³.

O *status negativus* refere-se à esfera de liberdade, nos quais as ações são livres porque não são proibidas. O *status positivus* atribui ao indivíduo capacidades jurídicas para exigir do Estado prestações positivas. O *status passivus* é aquele em que o indivíduo está sujeito à posição de cumprir obrigações impostas pelo Estado. Enquanto que o *status activus* confere ao indivíduo competências para participar do Estado, como exemplo, por meio dos direitos políticos.

Robert Alexy¹⁴, embora reconheça a relevância da teoria de Jellinek para

¹¹ *Ibidem*, p. 18.

¹² O termo geração é mais conhecido e usual, contudo a doutrina tem caminhado para o entendimento que a nomenclatura mais correta seria dimensão. A teoria das gerações está ligada ao surgimento dos direitos fundamentais, de forma que cada geração não substitui a anterior e sim a complementa, por isso a ideia de dimensão seria mais adequada. Ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 40.

¹³ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica. 2003, p. 135.

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 262.

o estudo dos direitos fundamentais, ressalta as deficiências desta teoria que necessitam ser superadas:

Sua debilidade reside no fato de que nem sempre são claras as relações entre as posições elementares e os status nem as que se dão entre as diferentes posições elementares nem sempre são claras. Contudo, esta debilidade pode ser superada se fundamenta a teoria do status sobre uma teoria das posições jurídicas fundamentais.

Para Alexy, os direitos fundamentais, no primeiro momento, buscam proteger o indivíduo do Estado, sendo direitos de defesa do cidadão. Exigem, portanto, uma ação negativa do Estado (abstenções), ou seja, limitam o poder do Estado.

Conforme argumenta Alexy:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado¹⁵.

Já no segundo momento, os direitos fundamentais passam a exigir do Estado uma ação positiva para que haja a promoção da dignidade da pessoa humana. O referido autor então classifica essa faceta dos direitos fundamentais como direito à prestação Estatal.

O autor prossegue:

Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem aos status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação¹⁶.

¹⁵ *Ibidem*, p. 433.

¹⁶ *Ibidem*, p. 433.

Os direitos fundamentais, ditos de primeira dimensão, têm como fator histórico a origem das chamadas revoluções liberais, ocorridas no final do século XVIII, que buscavam o fim do Absolutismo. Um dos objetivos da burguesia na Revolução Francesa era limitar o poder estatal, exigindo um limite na atuação do Estado garantindo precipuamente a liberdade dos indivíduos. É, portanto, na classificação de Robert Alexy um direito de defesa, que objetiva a abstenção do Estado.

Os direitos fundamentais de primeira geração, também conhecidos como as liberdades públicas, ou direitos de defesa, têm como exemplos mais importantes o direito à liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, liberdade de reunião e direito à propriedade privada.

A segunda geração dos direitos fundamentais está ligada à igualdade material, pois a igualdade formal - que garante a igualdade de tratamento - já havia sido conquistada na primeira geração. Esta igualdade material busca uma atuação estatal que promova a igualdade, de forma a reduzir as desigualdades sociais existentes. São chamados, portanto, de direitos sociais. Seu fator histórico preponderante foi a Revolução Industrial, com a luta do proletariado por direitos sociais, já que a liberdade sem igualdade não teria serventia. Para Alexy, esta geração consagra os direitos a prestações, que exigem uma ação positiva do Estado.

Os direitos fundamentais de terceira geração estão ligados à fraternidade, ou à solidariedade. São direitos transindividuais, alguns coletivos outros difusos, sendo uma categoria heterogênea. São marcados pelas mudanças na conjuntura mundial nas relações econômicas e sociais, como a noção do direito das gerações futuras a um meio ambiente preservado.

Nesse sentido, Norberto Bobbio também entende que os direitos de primeira dimensão exigem um “não-agir” do Estado, enquanto que os direitos de segunda dimensão demandam uma ação positiva estatal:

Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie¹⁷.

Além disso, o autor ressalta que a igualdade tratada no artigo 1º da Declaração Universal de Direitos do Homem assegura aos indivíduos uma “igual liberdade”, objetivando com isso excluir as discriminações entre homens:

Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais, onde por “igualdade” se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. Esse tipo de igualdade é o que aparece enunciado, por exemplo, no art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que “todos os homens nascem iguais em liberdade e direitos”, afirmação cujo significado é que todos os homens nascem iguais na liberdade, no duplo sentido da expressão: “os homens têm igual direito à liberdade”, “os homens têm direito a uma igual liberdade”. São todas formulações do mesmo princípio, segundo o qual deve ser excluída toda discriminação fundada em diferenças específicas entre homem e homem, entre grupos e grupos, como se lê no art. 3º da Constituição italiana, o qual, depois de ter dito que os homens têm “igual dignidade social” — acrescenta, especificando e precisando, que são iguais diante da lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condições pessoais ou sociais. O mesmo princípio é ainda mais explícito no art. 2º, I, da Declaração Universal, no qual se diz que “cabe a cada indivíduo todos os direitos e todas as liberdades enunciadas na presente Declaração, sem nenhuma distinção por razões de cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, por origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou outra consideração”¹⁸.

Entretanto, não basta que os direitos fundamentais sejam adotados mediante documentos escritos, é necessários que sejam efetivos e desfrutados pela sociedade. José Afonso da Silva¹⁹ distingue eficácia social de eficácia jurídica da

¹⁷ BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 9.

¹⁸ Ibidem, p. 34.

¹⁹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 65-66.

norma. A primeira se refere a sua aplicação no plano dos fatos (efetividade), já a segunda se relaciona com a capacidade de aplicabilidade jurídica (exigibilidade):

A eficácia social da norma significa a sua efetiva obediência e aplicação no plano dos fatos, correspondendo ao que tecnicamente se chama efetividade. Já a eficácia jurídica designa a qualidade de produzi, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nele indicados; nesse sentido a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade, ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

As normas constitucionais, quanto à eficácia jurídica, podem ser divididas em: eficácia plena; de eficácia contida e de eficácia limitada²⁰. As normas de eficácia plena são dotadas de aplicabilidade direta, imediata. As normas de eficácia contida possuem aplicabilidade direta e imediata, mas pode ter o seu alcance restringido em razão da existência na própria norma de uma cláusula expressa de redutibilidade ou em razão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Enquanto não materializado o fator de restrição, a norma tem eficácia plena. E por último, as normas de eficácia limitada são aquelas que necessitam de regulamentação para se tornarem aplicáveis.

Os direitos à prestação impõem uma ação positiva estatal, o que dificulta a aplicabilidade imediata destas normas. Bobbio²¹ alerta sobre a diferença de se proclamar os direitos fundamentais e de fato desfrutá-los efetivamente:

Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos "sem-direitos". Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados).

²⁰ Ibidem, p. 91 e ss.

²¹ BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 11.

A Constituição brasileira possui o caráter de vinculação dos direitos fundamentais por meio da força normativa dos princípios constitucionais. É nesse panorama que este artigo se insere, buscando a analisar se o didadão possui direito de exigir do Estado uma prestação. Dentre os argumentos contrários à intervenção judicial²², pode-se ressaltar que alguns direitos sociais estão previstos em normas de eficácia limitada e essas normas teriam apenas uma eficácia negativa, ou seja, podem apenas invalidar a legislação infraconstitucional contrária, mas não poderiam ser aplicadas diretamente ao caso concreto, não sendo, portanto, capazes de direitos subjetivos.

Além disso, outro argumento nesse sentido seria que a intervenção do Judiciário é contrária à democracia, já que os poderes Legislativo e Executivo são eleitos pelo povo periodicamente para definir as prioridades na implementação dos direitos sociais, pois estes requerem um custo, e o orçamento público é limitado. A intervenção judicial seria, então, uma afronta ao princípio da separação dos poderes²³.

Dentre os argumentos favoráveis, cabe ressaltar que apesar do Judiciário não possuir a função de definir as prioridades na implementação das políticas públicas, também não pode escusar-se de apreciar qualquer lesão a um direito, conforme defendido por Luís Roberto Barroso²⁴.

Na próxima seção será analisada a possibilidade de subjetivação dos direitos prestacionais, utilizando-se, para tanto, a teoria de sopesamento de princípios desenvolvida por Robert Alexy.

A SUBJETIVAÇÃO DO DIREITO À PRESTAÇÃO

Os direitos sociais, ou direitos às prestações estatais, segundo Robert Alexy²⁵,

²² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário No Estado Social de Direito*. (In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. Org. José Eduardo Faria). São Paulo: Malheiros, 1998.

²³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. *Revista de Direito do Estado*. Para, Renovar, n. 3, julho/setembro, 17-54, 2006.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

²⁵ Cumpre ressaltar que a escolha de Robert Alexy como o autor base nesta seção se deu precisamente pela sua concepção de Direito em recorrer a um meta-critério para solução de conflitos entre duas regras constitucionais, fundado na regra de precedência entre os princípios, levando-se em consideração as situações concretas dos casos. Observa-se que a relação elaborada pelo autor entre regras e princípios se mostra adequada a responder a complexidade do Estado contemporâneo.

são aqueles que efetivam a liberdade dos indivíduos. O autor sustenta em sua obra, que a fundamentação do direito à prestação remonta as origens do modelo de Estado Clássico contratualista:

Sua fundamentação no âmbito do modelo de Estado clássico contratualista, que nos últimos tempos tem experimentado um vigoroso renascimento, é praticamente inevitável. A ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva. Que essa ideia tem “assento na realidade” não é, portanto, uma simples construção hipotética, é algo que é possível perceber por meio do fato de que, onde o Estado deixa de ter iniciativa ou força para a satisfação do direito a proteção, não raramente formam-se organizações privadas de proteção, com o intuito de fazer valer direitos individuais.²⁶

A problemática gira em torno de a Constituição ter conferido aos poderes Legislativo e Executivo a competência para estabelecer as prioridades nas prestações, já que são eleitos para esse fim. O Poder Judiciário não poderia entrar no mérito do ato sob pena de violar o princípio da separação dos poderes.

Contudo, Alexy argumenta que a ausência de uma prestação prevista na constituição, ainda que por norma programática, pode gerar um direito subjetivo ao indivíduo de exigi-la. Sendo assim, mesmo quando um direito à prestação é assegurado em nível de princípio e não em uma norma de eficácia plena, existe a possibilidade de, no caso concreto, gerar a obrigatoriedade da prestação:

Se às normas que conferem um direito prima facie é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização – que ocorre por meio de sopesamentos-, garantem direitos definitivos. Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. Natureza de princípio e exigibilidade perfeita são, portanto, compatíveis. Isso vale tanto para os direitos de defesa quanto para os direitos a prestações.²⁷

Ainda que nem todo direito social seja um direito subjetivo, o artigo 5º, § 1º da CRFB consagrou princípio da máxima efetividade: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Este artigo habilita

²⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 455.

²⁷ Ibidem, p. 446.

todos os direitos sociais candidatos a se tornarem um direito subjetivo, analisado o caso concreto. Para Alexy, as normas definidoras de direitos sociais possuem natureza de princípio:

Não é totalmente excluída a possibilidade de se atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais, por meio de interpretação, direitos morais até então não reconhecidamente de nível constitucional, e também no fato de que toda norma objetiva que seja vantajosa para um sujeito de direito é, em princípio, uma candidata a uma subjetivação.

Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestação são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental a tem um direito em face do Estado (s) a que o Estado realize a ação positiva h, então, o Estado tem, em relação a a, o dever de realizar h. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito. Isso é assim em razão do direito constitucional positivo, por força do art. 19, §4º, 1, da Constituição alemã. Essa exigibilidade, caracterizada por Wolff como “perfeita”, é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um caráter prima facie, ou seja, natureza de princípios(...)

(...) Se se deixa de lado, em um primeiro momento, a cláusula “em princípio”, que sugere uma vinculação mais ampla, então, no que diz respeito à vinculação do legislador, dessas duas citações decorrem duas proposições: (1) o Estado tem que adotar ao menos uma medida efetiva; e (2) caso há apenas uma medida efetiva, o Estado tem que adota - lá.”(...)²⁸

Dessa maneira, se seguirmos a teoria de Alexy, fica claro que o indivíduo pode recorrer, em determinadas situações, ao Judiciário para exigir do Estado um direito à prestação consagrado na Constituição. Nesse sentido, sua teoria se mostra de essencial importância para conceituar as constituições contemporâneas, pois neste sistema constitucional não se admite a colisão direta de regras, uma vez que estas possuem idêntica hierarquia. Entretanto, entre princípios se admite a colisão no caso concreto.

Neste ponto, Alexy se aproxima de um conceito de princípio muito próximo ao de Dworkin, pois para ambos os princípios possuem diferentes graus dependendo de cada situação apresentada.

²⁸ Ibidem, p. 445-446.

Para Alexy, os princípios determinam que alguma coisa seja concretizada no maior grau possível, dentre as possibilidades reais e jurídicas existentes. Por isso, o autor classifica os princípios como norma de otimização (*Optimierungsgebot*). A diferença entre regra e princípio reside na qualidade especial que os princípios possuem:

*O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são 'mandatos de otimização', que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das condições reais como das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos. Em sentido diverso, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio*²⁹.

Alexy salienta que no caso de colisões de princípios, estas devem ser solucionadas a partir de uma metodologia própria. Muito embora um princípio deva ceder ao outro, isto não significa que este deva ser declarado inválido, e sim que um precedeu ao outro nesta circunstância. O princípio que deve prevalecer é aquele que possui maior peso no caso concreto. Já as regras não permitem este tipo de dimensão baseada em peso:

*As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos dois princípios tem de ceder ao outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio afastado nem que o princípio afastado tenha de introduzir uma cláusula de exceção. O que sucede em verdade é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira diversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão de peso.*³⁰

²⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 86.

³⁰ Ibidem, p. 89

O autor desenvolve seu argumento de que toda norma é assentada em um princípio, portanto, quando ocorrem os casos de colisão entre regras constitucionais, é possível que se estabeleça uma ponderação entre os princípios que envolvem o caso concreto. Da obrigação de otimização dos princípios percebe-se que, no caso de colisão entre eles, quanto maior o grau de descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

No Brasil, seguindo essa mesma linha de entendimento se encontra Barroso³¹, que classifica o direito social como normas constitucionais definidoras de direitos. Dessa forma, estas normas criam para seus beneficiários situações de eficácia imediata, que devem ser materializadas por prestações positivas pelo Estado e, caso não sejam satisfeitas, surge a possibilidade de o cidadão postular seu cumprimento pela via judicial.

O autor salienta ainda que, embora existam os direitos subjetivos, a sua previsão está em normas de natureza programática. Dessa forma, a pronta verificação de seu cumprimento é complexa e se depara com limites de caráter econômico e político.

Ingo Sarlet³² também ressalta a característica programática das normas definidoras de direitos sociais, contudo, avalia também que o cunho programático deste tipo de norma constitucional não impede que delas se retirem direitos subjetivos, inclusive os de natureza prestacional.

Assim, ratifica-se a subjetividade do direito à prestação, ou seja, o poder de ação de exigir a satisfação de um benefício. Contudo, como salientado por Barroso, é de uma natureza complexa a verificação do cumprimento ou não deste direito social.

Alexy traz um fundamental avanço para a teoria constitucional na medida em que recorre a um meta-critério para solucionar o problema de colisões entre regras e princípios. Neste modelo de Direito, Alexy classifica as normas constitucionais em três níveis: procedimentos, regras e princípios, por meio dos quais busca racionalizar a prática jurídica dentro do Estado Constitucional de Direito:

É, onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Op.Cit., p 39.

³² SARLET, Ingo. A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde. In Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 99-116, 2012.

e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados. A resposta a estas perguntas é de grande significado teórico e prático. Dela, no mínimo, depende a decisão sobre o caráter científico da jurisprudência. Ela tem um grande peso para o problema da legitimidade da regularização dos conflitos sociais através das sentenças judiciais. Pois se os julgamentos têm como base julgamentos de valor e esses julgamentos de valor não são racionalmente fundamentados, então, no mínimo, em muitos casos as convicções normativas, respectivamente as decisões de um grupo profissional formam a base para essa regularização de conflitos, uma base que não pode nem tem mais nenhuma justificação³³.

Nesta passagem da obra de Alexy, observamos sua preocupação com os limites da intervenção judicial, salientando ainda sua apreensão com uma exagerada valoração na metodologia da interpretação jurídica. Para o autor, o caráter científico da jurisprudência possui grande importância para legitimar racionalmente as decisões.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se, neste artigo, demonstrar que os limites da intervenção judicial para satisfação de direitos prestacionais se relacionam diretamente com os conceitos de democracia, pois a intervenção judicial deve se dar de forma que respeite o princípio de separação de poderes.

Nesse sentido, esta qualificação de regras e princípios de Robert Alexy se mostra muito importante para atender às complexidades do Estado Contemporâneo, pois em um sistema onde só existissem regras os juízes não poderiam atender as peculiaridades do caso concreto.

Por outro lado, um sistema apenas de princípios levaria ao subjetivismo completo, o que acarretaria uma afronta à democracia representativa, pois os juízes se afastariam da vontade do legislador.

³³ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 20.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008
- _____. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de Direito do Estado. Para, Renovar, n. 3, julho/setembro, 17-54, 2006.
- BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica. 2003
- BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário No Estado Social de Direito. (In Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. Org. José Eduardo Faria). São Paulo: Malheiros, 1998.
- MORAES, Guilherme Peña de. Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde. In Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 99-116, 2012.
- SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARCAS NÃO VISUAIS: A PROTEÇÃO DE MARCAS NÃO VISUAIS NO BRASIL

José Roberto de Almeida Junior¹

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar os tipos de marcas não visuais e avaliar a proteção desse conceito no sistema brasileiro. Para o melhor entendimento do tema, são indicados os principais tipos de marcas não tradicionais com foco no grupo chamado de marcas não visuais. O presente estudo, então, dedica-se a indicar as formas de proteção no Brasil com ênfase na questão do possível registro desses sinais e repressão à concorrência desleal.

Palavras-chave: Propriedade industrial, marcas, marcas não tradicionais, marcas não visuais

Abstract: This article aims to analyze the types of non visible trademarks and to evaluate the protection of these new concepts in the Brazilian system. For better understanding of the subject, it is indicated the main species of non traditional trademarks with focus on the group called non-visible marks. The study is devoted to indicate the forms of protection in Brazil with emphasis on the question of the possibility of registration and repression of unfair competition.

Keywords: Industrial property, trademarks, non-traditional trademarks, non-visible trademarks

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento do comércio e a agilidade de informações, produtos e serviços pela rede mundial de computadores, podemos perceber um

¹ Advogado, Mestrando em Direito pela UERJ na linha Empresa e Atividades Econômicas, Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio, Bacharel em Direito pela FND/UFRJ. Associado ao escritório Tauil & Chequer Advogados associado ao Mayer Brown LLP.

grande aumento na concorrência entre as empresas, resultando na sofisticação de seus produtos e serviços em busca de um diferencial, algo que seus concorrentes não ofereçam, com o intuito de atrair a atenção do consumidor. Tal desenvolvimento não deu ensejo apenas à criação de novos produtos e serviços, mas, também, a transformações nas suas formas de identificação.

As mais recentes formas são as denominadas marcas não convencionais, ou marcas não tradicionais, que podem ser divididas em dois grandes grupos. O primeiro irá se referir às marcas não convencionais visuais, ou seja, aquelas que se manifestam principalmente pelo sentido da visão. O outro grupo será formado pelas marcas não visuais, objeto do presente trabalho, que são aquelas que se manifestam principalmente por meio dos demais sentidos. Essa categoria se subdivide em marca olfativa, gustativa, tátil e sonora. Apesar de cada uma possuir determinadas características, será observado que no Brasil elas padecem do mesmo problema, qual seja, enquadrar-se na qualidade de sinal visualmente perceptível, que é exigido para fins de registro perante o órgão competente, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI.

Quando finda a exposição das marcas não visuais, e como elas são tratadas em outras jurisdições, o objeto do trabalho se concentrará na proteção dos referidos sinais no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, pela possibilidade de registro e em seguida será comentada a proteção por meio da repressão à concorrência desleal.

1 DAS MARCAS NÃO VISUAIS

1.1 As marcas não convencionais

Para fins didáticos, dividi-se as marcas não convencionais em dois grandes grupos, marcas visuais e marcas não visuais, sendo certo que o segundo grupo é o objeto desse estudo.

Com efeito, esta divisão se espelha na feita pela própria Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI quando do estudo da matéria, pelo seu *Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications*, em particular o SCT 16/2 de 01 de setembro de 2006 (WIPO, 2006).

Por oportuno, esclarece-se que as marcas não convencionais são as seguintes: Tridimensionais; Cores; Expressões de propaganda; Títulos de filmes e livros; Hologramas; Animadas ou multimídias; Gestuais; e De posição. Em cada caso, há um debate rico de como proteger tais sinais, se devem ou não ser protegidos com a concessão de direitos de exclusividade e a viabilidade de seu registro nos órgãos competentes. Não obstante, o presente artigo terá como foco as marcas olfativas, gustativas, táteis e sonoras, conhecidas como marcas não visuais.

1.2 MARCAS NÃO CONVENCIONAIS NÃO VISUAIS

1.2.1 Marcas olfativas

A marca olfativa é o aroma ou essência que possui um serviço ou produto capaz de identificá-lo e individualizá-lo dos produtos ou serviços de seus iguais ou semelhantes.

Para se averiguar se determinado cheiro possui cunho distintivo que o possibilite exercer a função de uma marca, a doutrina australiana nos trás os seguintes requisitos (AIPPI, 2004):

- o cheiro não deve ser uma característica inerente do próprio produto, como por exemplo, o aroma do próprio perfume que se deseja identificar ou o cheiro de borracha para pneus;
- o cheiro não deve ser usado para disfarçar ou mascarar o odor real e desagradável do produto, utilizado desta forma com propósito funcional e não de identificação da origem do produto, como por exemplo, o cheiro de limão para alvejante ou detergente;
- o cheiro não deve ser comumente utilizado no ramo de atividade em que o produto está inserido, como por exemplo, aromas herbais para xampu ou sabonete.

Apesar do que possa aparecer em um primeiro olhar, a marca olfativa não está muito longe de nossa realidade, pelo contrário. Mesmo que uma pessoa vendasse os olhos antes de entrar em uma loja da *Mr. Cat*, é de se presumir que ela irá reconhecer que o serviço ali prestado é a venda de sapatos, e identificaria, então, a origem do serviço. Em outra hipótese, uma criança ao receber uma

sandália Melissa, apenas pelo cheiro seria capaz de reconhecer o produto que ganhou. Assim, percebe-se que a função da marca está presente, pois pelo cheiro seria possível distinguir determinado serviço ou produto.

Essa capacidade do sinal olfativo exercer o papel de marca não é tão discutível em comparação a capacidade de se efetuar um registro deste tipo de sinal. Ao questionário da OMPI, apenas 28% dos escritórios de marca afirmaram ser possível o registro de sinais olfativos em seus respectivos países (WIPO, 2006).

Em tese, a marca olfativa poderia ser representada com uma simples descrição do odor, e suplementada com uma amostra do aroma.

Com esse pensamento, foi registrada nos Estados Unidos a primeira marca olfativa em 1991, que consistia no registro de uma fragrância para linhas de costura e bordado, com a descrição de que se tratava de uma fragrância altamente impactante, fresca e floral, lembrando flores da pluméria².

Outros registros seguiram esta mesma linha como, por exemplo, o de cheiro de grama fresca para uma marca de bolas de tênis³ e o cheiro de uva para identificar lubrificantes para automóveis, aviões e embarcações⁴.

Contudo, a partir do caso Sieckman⁵, foi criado um novo padrão para registro de marcas, não só olfativas, mas de todas as não visuais. O tribunal de Justiça europeu decretou que um sinal não visual pode ser registrado como marca, desde que possa ser objeto de uma representação gráfica “clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva” (RONNING, 2004). Verifica-se, desde logo, a dificuldade de enquadrar uma marca de aroma nos requisitos acima transcritos.

Assim, a jurisprudência, principalmente em países europeus, tem sido no sentido de restringir a concessão de marcas olfativas, por entender que estas não possuem, até o momento, métodos satisfatórios de representação gráfica. No sítio do *European Union Intellectual Property Office* (EUIPO), das sete entradas encontradas, apenas uma se tornou registro, que agora já se encontra extinto.

² Estados Unidos. Reg. n.º 737758429

³ União Européia. Reg. n. 000428870 – Já extinto.

⁴ Estados Unidos. Reg. n. 2568512.

⁵ Neste caso o Tribunal de Justiça Europeu avaliou a possibilidade de registro de uma marca olfativa depositada por Sieckman que continha em sua descrição uma fórmula química.

Para Sandra Leis (2004), a situação no Brasil é clara: “não se permite o registro de marcas olfativas”, o que não quer dizer, necessariamente, que os sinais olfativos estão isentos de proteção no país. Outros meios poderiam assegurar o direito de exclusivo como a repressão à concorrência desleal, como se verá adiante.

Alguns países europeus, para contornar o problema de registro da marca olfativa, vêm buscando a proteção por meio da fórmula que origina o cheiro, o que não parece ser uma solução satisfatória, uma vez que, findo o prazo de proteção legal, o aroma, então em domínio público, poderia, em tese, ser usado por terceiros sem necessidade de autorização.

1.2.2 Marcas gustativas

Comprovar o efetivo uso de sinal gustativo como marca se revela uma tarefa difícil. Debbie Ronning (2004) sentencia simplesmente que os sinais gustativos, como norma geral, não funcionam bem como marcas, afinal, “It would probably not be considered hygienic if it is necessary to taste goods when considering if you want to by them or not”.

Para a autora, seria pouco provável não relacionar o gosto como uma função aplicada ao produto.

Admitindo-se a função de marca, passa-se para o próximo problema. A possibilidade de registro. Tal como no caso anterior, os requisitos elaborados no caso Sieckman, praticamente impossibilitam o registro de uma marca gustativa nos dias de hoje.

A tese acima foi comprovada em 2006, quando o escritório de marcas americano - USPTO⁶ - julgou o pedido de registro de uma marca que consistia no sabor laranja para remédios antidepressivos. De acordo com a decisão, o sabor laranja foi considerado uma característica funcional do produto, utilizado com a finalidade de torná-lo palatável. Além disso, o mencionado sabor é encontrado em outros medicamentos, não sendo possível, portanto, diferenciar a origem dos remédios antidepressivos da depositante de outros disponíveis no mercado.

Dessa forma, o pedido de registro foi rejeitado, com a observação de

⁶ United States Patent and Trademark Office

que ainda não está claro como o gosto poderia funcionar como marca já que o consumidor não tem acesso ao sabor do produto antes de comprá-lo (BUCKNELL, 2006).

Contudo, apesar das adversidades, é possível encontrar alguns registros desse tipo de marca. Como exemplo, o gosto de alcaçuz aplicado a papéis e outros materiais impressos, concedido pelo escritório de marcas do BENELUX.

No Brasil, os sinais gustativos não são considerados como marca e o assunto carece de maior discussão.

1.2.3 Marcas táteis

Para que uma marca possa ser reconhecida como tátil, um produto ou embalagem deve ser capaz de se fazer distinto de outros iguais ou semelhantes por meio de uma superfície ou textura reconhecíveis (WIPO, 2006). Também neste caso a maior discussão o cenário mundial se dá sobre a forma de se registrar. Diferentes países adotam diferentes critérios para a representação do sinal tátil (WIPO, 2007).

Na União Européia, a maioria dos países adotam os critérios desenvolvidos no caso Sieckman, ou seja, a representação deve ser clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva (WIPO, 2007).

Já nos Estados Unidos, foi permitido o registro de uma marca somente com a descrição abaixo⁷:

The mark consists of a velvet textured covering on the surface of a bottle of wine. The dotted line in the drawing is not a feature of the mark but is intended to show the location of the mark on a typical container for the goods; the dark/lower part of the container drawing shows the mark. The stippling in the drawing is not a feature of the mark, but a representation of how one type of velvet covering may appear in visual form. The mark is a sensory, touch mark⁸.

⁷ Estados Unidos. Reg. nº 3155702

⁸ Tradução livre: A marca consiste numa textura aveludada que cobre a superfície de uma garrafa de vinho. A linha pontilhada no desenho não faz parte da marca, mas tem como objetivo mostrar a localização da marca em um recipiente típico para esse produto; a parte inferior e escura do desenho da garrafa mostra a marca. O pontilhado no desenho não é parte da marca, mas uma representação de como um tipo de revestimento aveludado pode ser graficamente demonstrado. A marca é uma marca tátil.

Apesar dos exemplos acima, o tema segue controverso. A OMPI, em seu estudo para áreas de convergência no âmbito das marcas não convencionais, chegou à conclusão de que não é possível identificar uma tendência entre países no que diz respeito à representação de marcas táteis e de texturas. Enquanto alguns países reconhecem esse tipo de marca baseando-se unicamente na descrição da marca pretendida, outros não acreditam que uma simples descrição possa representar adequadamente suas características (WIPO, 2008).

No Brasil, onde ainda se discute a amplitude do critério de percepção visual, e onde até marcas visuais ainda não são contempladas, o debate sobre marcas táteis parece estar distante. O empresário que quiser buscar registro de seu sinal tátil distintivo terá que usar de sua criatividade, como em outros casos, e criar uma versão ou em forma figurativa, ou em forma tridimensional.

1.2.4 Marcas sonoras

Diariamente nos deparamos com sinais sonoros. Ao escutar em uma casa um som semelhante a "PLIM PLIM", o serviço que está sendo prestado e qual é sua origem serão identificados pela maioria da população. Outrossim, ao escutarmos o som característico do *Nokia Tune* – também conhecido como *Grande Valse* em aparelhos mais antigos da Nokia – poderíamos identificar o produto que está sendo usado, assim como sua origem⁹.

Assim como em todos os demais casos, o sinal sonoro deve ser capaz de identificar e distinguir um serviço ou produto entre seus iguais ou semelhantes, tornado-se hábil a realizar as demais funções de uma marca. Tais sinais podem ser musicais ou não. No caso de serem musicais podem ser tirados de um conjunto de partituras já existentes, ou serem especialmente encomendados e criados para determinada marca. Sons não-musicais também podem ser criados ou simplesmente reproduções de sons da natureza como, por exemplo, o som de uma cachoeira ou o coaxar de um sapo (WIPO, 2006).

Para a OMPI (2006),

although it may not be ruled out that sounds can be inherently distinctive in respect of goods and services, it may be more common for them to

⁹ Para ouvir o som acessar <http://en.wikipedia.org/wiki/Nokia_tune>

become distinctive through use and to be used in conjunction with other types of trademarks, such as word or device marks¹⁰.

Uma vez ultrapassada a possibilidade de efetivo uso de sinal sonoro como marca, o que se confronta atualmente é a viabilidade e forma de registro desses sinais.

De acordo com o questionário realizado pela organização, 50% dos escritórios que o responderam afirmaram aceitar sons musicais, enquanto 38% disseram aceitar sons não-musicais para registro de marcas (WIPO, 2006).

Dos países que aceitam sinais sonoros, as marcas musicais e a notação musical como forma de representação gráfica são unanimidades. Isso, provavelmente, deve-se ao fato de as notas musicais serem mundialmente conhecidas. Da mesma forma que uma pessoa deve dominar a língua na qual a marca nominativa está representada para poder lê-la, basta que uma pessoa tenha domínio sobre teoria musical para ser capaz de ler e compreender uma partitura, traduzindo-a na marca sonora correspondente.

Como exemplo, uma marca foi assim registrada na Noruega:



Figura: Nota musical.

Sendo acompanhada ainda da seguinte descrição:

The mark is a sequence of notes 5 tones, with a special intonation on the sound before the last, The jingle is composed in C Major, the tempo is about 113 beats per minute and was composed in 4/4 time. The logo is played by

Staccato (Volume mezzo forte) on a synthesizer¹¹.

¹⁰ Ainda que não se possa descartar que sons podem ser inerentemente distintivos, provavelmente o mais comum é que se tornem distintivos pelo uso e por serem usados juntamente com outros tipos de marcas, como nominativas, entre outras.

¹¹ A marca é uma sequência de notas de cinco tons, com uma entonação especial no som antes do último. O jingle é composto em C maior, o tempo é de cerca de 113 batidas por minuto e foi composto em tempo 4/4. O logo é tocado em estacato (volume mezzo forte) em um sintetizador.

Nesse contexto, verifica-se que a simples descrição do som também possui um papel muito importante no registro de uma marca sonora. Na Inglaterra foi concedida uma marca para identificar tintas e vernizes com a seguinte descrição: “The mark consists of the sound of a dog barking¹²”

Em alguns países como os Estados Unidos, pioneiros no registro de marcas sonoras¹³, podemos encontrar descrições muito mais complicadas do que a acima exposta. Este é o caso do registro nº 75326989¹⁴ que possui a seguinte descrição:

The mark consists of the sound of the famous Tarzan yell. The mark is a yell consisting of a series of approximately ten sounds, alternating between the chest and falsetto registers of the voice, as follow - 1) a semi-long sound in the chest register, 2) a short sound up an interval of one octave plus a fifth from the preceding sound, 3) a short sound down a Major 3rd from the preceding sound, 4) a short sound up a Major 3rd from the preceding sound, 5) a long sound down one octave plus a Major 3rd from the preceding sound, 6) a short sound up one octave from the preceding sound, 7) a short sound up a Major 3rd from the preceding sound, 8) a short sound down a Major 3rd from the preceding sound, 9) a short sound up a Major 3rd from the preceding sound, 10) a long sound down an octave plus a fifth from the preceding sound¹⁵.

A descrição de uma marca por uma onomatopéia ainda é discutida. O Tribunal Europeu de Justiça decidiu no caso Shield Mark vs. Joost Kist (processo nº C-283/01) indeferir o pedido de registro para a onomatopéia do canto de um galo – “kukelekuuuu” – pois não foi demonstrada a devida clareza¹⁶.

¹² A marca consiste no som de um cachorro latindo.

¹³ A primeira marca sonora dos EUA foi registrada no ano de 1950 em nome da National Broadcasting Company (NBC), sob o nº 0523616 – marca consistente em três badaladas de sino.

¹⁴ Para ouvir, acessar <http://www.copat.de/markenformen/mne_soundmarks.htm>. Acesso em 18 abr. 2017.

¹⁵ Disponível em <<http://www.uspto.gov>> (A marca consiste no som do famoso grito do Tarzan. A marca é um grito consistente em uma série de aproximadamente dez sons, alternando entre timbres graves e agudos da voz, de acordo com o seguinte – 1) um som semi-longo grave, 2) um som curto acima de um intervalo de uma oitava mais uma quinta, a partir do som precedente, 3) um som curto abaixo de uma terceira maior, a partir do som precedente, 4) um som curto acima de uma terceira maior, a partir do som precedente, 5) um som longo abaixo de oitava mais uma terceira maior, a partir do som precedente, 6) um som curto acima de uma oitava a partir do som precedente, 7) um som curto acima de uma terceira maior, a partir do som precedente, 8) um som curto abaixo de uma terceira maior, a partir do som precedente, 9) um som curto acima de uma terceira maior, a partir do som precedente, 10) um som longo abaixo de uma oitava mais uma quinta a partir do som precedente).

¹⁶ Ponderou-se que um cidadão espanhol, português, italiano ou inglês não entenderia *kukeleku* como sendo a imitação do som do canto de um galo.

Outra forma de apresentação da marca sonora seria por meio de um espectrograma, que serve como complementação para representação de marcas não musicais, ou até mesmo uma alternativa à descrição verbal.

A vantagem dessa representação gráfica é que o mesmo aparelho que realizou seu registro poderá fazer o processo inverso, reproduzindo o som a partir do espectrograma.

Um famoso exemplo é o rugido de leão da Metro-Gold-Mayer Lion Corp (MGM), registrado no até então Escritório de Harmonização do Mercado Interno¹⁷ sob o nº 5170113.

No registro, foi apresentado o seguinte espectrograma:

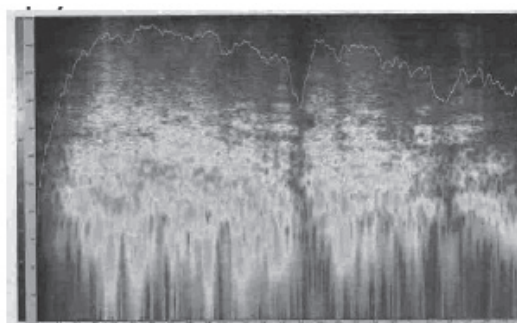


Figura : Espectrograma MGM.

Verifica-se ainda no registro a descrição do som acima representado:

The sound mark is a sound of a lion roar having a duration of approximately 2.5 seconds. It is composed of two successive roars (0 to around 1.4s and 1.4 to 2.6), the second one having a slightly lower amplitude. The sound is non-harmonic, has fast (>15Hz) non-periodic amplitude envelope modulation (perception of sound roughness) and has dominant frequency content in the low and low-medium range (approximate -6dB range: 40 to 400 Hz for both roars with a peak at 170 Hz for the first one and a peak at 130 Hz for the second one). The perceived dominant frequency range (related to the spectral centroid) of the first roar increases until around 0.35s and decreases afterwards. In the second

¹⁷ Também conhecido por sua sigla em inglês, OHIM, teve seu nome alterado no início de 2016 para European Union Intellectual Property Office – EUIPO.

*roar, it increases until around 1.7s, decreases until around 2.2s, increases again until around 2.3s and decreases afterwards*¹⁸.

Além das formas de apresentação demonstradas, ainda há a possibilidade de o próprio som ser enviado ao escritório, usualmente em formato digital. Nesse sentido, a marca da MGM acima destacada também foi apresentada em áudio que pode ser ouvido no sítio da EUIPO. Curiosamente, a mesma marca da MGM foi registrada nos Estados Unidos com apenas a seguinte descrição: *The mark comprises a lion roaring*¹⁹.

Para os brasileiros, o registro de uma marca sonora no país, tal como descrito nos casos acima, é praticamente impossível, pois não há estrutura nem previsão no INPI pra tanto.

Dessa forma, para proteger seu sinal sonoro, a Rede Globo obteve seu registro nos Estados Unidos sob nº 3016937. A marca é lá descrita como: "The mark is a sound mark consisting of two musical chimes that approximate the sound "plim plim"²⁰.

Em uma tentativa para garantir também a proteção no Brasil, a Globo obteve o registro para a marca nominativa "PLIM PLIM"²¹.

No entanto, é de se presumir que essa forma de registro não corresponde com a realidade, pois não reflete como de fato a marca é usada. De toda forma, o registro se torna válido, pois demonstra o intuito das empresas nacionais em registrar seus sinais sonoros.

2 DA PROTEÇÃO DAS MARCAS NÃO VISUAIS NO BRASIL

2.1 Possibilidade de registro no Brasil

Antes de começarmos a abordagem do tema, cabe destacar as palavras

¹⁸ A marca sonora é o som do rugido de um leão, com a duração de aproximadamente 2,5 segundos. Ele é composto de dois rugidos sucessivos (0 até 1,4s e 1,4s a 2,6), tendo o segundo uma amplitude ligeiramente mais baixa. O som não é harmônico, tem modulação de rápida amplitude (>15Hz) não periódica (percepção de ruidez) e tem conteúdo de frequência dominante na baixa e média-baixa extensão (aproximando -6dB extensão: 40 a 400 Hz, para ambos os rugidos, com pico de 170 Hz para o primeiro e pico de 130 Hz para o segundo). A extensão da frequência dominante (relativa ao espectro) do primeiro rugido aumenta até 0.35s e diminui em seguida. No segundo rugido, ela aumenta até 1.7s, diminui até 2.2s, aumenta de novo até 2.3s e diminui em seguida.

¹⁹ Estados Unidos Reg. nº. 1395550. (A marca consiste em um leão rugindo).

²⁰ A marca é uma marca sonora composta por duas melodias que se aproximam do som "plim plim".

²¹ Brasil. Reg. nº 811501710.

de José Antônio Correa (2004):

A interpretação de que o legislador optou por privilegiar apenas um dos canais sensoriais humanos, se prevalecente, estaria longe de ser feliz, porque insensível à dinâmica do mundo das marcas, influenciada pelas constantes inovações tecnológicas que têm repercussão direta sobre o comportamento dos industriais, comerciantes e prestadores de serviço.

Como visto neste trabalho, o regime do registro de marca no direito brasileiro acolhe, no artigo 122 da LPI, o sinal distintivo “visualmente perceptível” que não compreenda nas proibições legais.

Nesse sentido, a maioria da doutrina entende que o legislador adotou como critério conceder registro apenas às marcas diretamente percebidas pela visão, o que englobaria, seguramente, as marcas convencionais, deixando de lado as marcas não visuais.

No entanto, para José Antonio Correa (2004), ex-presidente da ABPI e autor de diversos artigos na área, a questão não é tão simples assim. Apesar da aparente opção pelos sinais visuais, segundo Correa, a lei de propriedade industrial, “obliquamente, dispõe de mecanismos que abrem uma janela para os demais sentidos do homem”. Com efeito, o autor

afirma que “o direito brasileiro tem amplo espaço para as marcas plurissensoriais”.

Em seu artigo, após uma análise da *escrita*, que, como se sabe, é posterior à *fala*, conclui que:

Toda marca consistente em palavra parte, portanto, e necessariamente, de uma emissão sonora que, na realidade, constitui seu segmento principal: o aspecto visual é secundário, porque o som precede a representação gráfica, na história de qualquer povo [...] o grau de estabilidade documental da escrita não é tão alto como, ingenuamente, se pensa, não servindo de fundamento para se arredarem outros sistemas de notação gráfica, que é o argumento habitualmente aduzido por quem resiste à tutela jurídica de marcas não apreendidas preferencialmente pelo sentido da visão.

Da conclusão, depreende-se, portanto, que o registro de uma marca que consista em palavra é, na verdade, um registro de sinal que, em sua origem, é sonoro, representado por meio de um sistema gráfico de sinais – o alfabeto,

no caso do idioma português. Desse modo, a exigência legal de “visualmente perceptível” teria como finalidade permitir a fixação da marca para a documentação, uma vez que não haveria como tutelar a pura *transdição*.

Nesse sentido, toma-se a liberdade para incluir um exemplo que evidencia o caráter meramente representativo da forma do sinal que se pretende registrar. Trata-se da análise fonética realizada pelo INPI. Ora, esse tipo de análise, evidencia a tese aqui demonstrada.

Ao se deparar com o sinal “PHÍZQUIZ”, por exemplo, uma vez já existindo um registro prévio, identificando serviços afins, para o sinal “FYSYCS”, é de se esperar que o INPI não conceda o registro ao termo posterior com base na anterioridade impeditiva, embora os sinais não possuam nem se quer uma letra em comum e possuam número de letras e sílabas diferentes. Neste caso, verifica-se que o conflito entre os sinais se dá, exclusivamente, pelo som que representam, ou seja, pela proximidade fonética, já que são visualmente distintos.

Logo, segundo Correa (2004), só faria sentido “em uma interpretação teleológica e sistemática da norma”, entender a expressão “perceptibilidade visual” como “possibilidade de representação visual”. Assim, faz-se uma comparação entre o direito das marcas e direito do autor:

Nem a representação gráfica de uma marca, nem um exemplar de uma obra artística, é a “obra” em si, mas uma manifestação dela, de outro modo, bastaria destruir uma placa exibindo um logotipo ou danificar um CD para eliminar uma marca ou uma peça musical. O que existe é o fenômeno semiológico da replicabilidade, em que a ocorrência traz as características essenciais do tipo, mas é dele independente.

Correa (2004) continua com seus ensinamentos ao afirmar que a percepção da realidade, que nos vem por meio de nossos sensores, são todos mutuamente traduzíveis:

O que se fala pode ser fixado por escrito e apreendido pela vista; o que se canta, igualmente, através de um sistema de notação musical, apreendido pela vista; o que se tange pode ser traduzido por sistemas de escrita especial (Braille, por exemplo); o que é apreendido pelo olfato se traduz em palavras e influencia o gosto; o que se gosta é descritível, também em palavras e é sentido pelo olfato.

Conclui-se que a marca é potencialmente plurissensorial e que a percepção

visual é apenas um canal comum, por assim dizer, objetivo, que representa a marca, permitindo a tutela do Direito.

Em uma última análise, o autor afirma que o que se ampara é o conceito, que, por sua vez, é expresso em sistemas inteligíveis à sociedade, como o idioma, a notação musical e os gráficos. Para corroborar sua tese, Correa faz o seguinte comentário:

Não fosse autorizada esta interpretação, e não haveria sentido em a própria Lei de Propriedade Industrial, em seu artigo 124, inciso VII, proibir o registro não só da cor isolada, mas de sua denominação: o que veda é o conteúdo, expresso quer linguisticamente, quer plasticamente. A mesma lei, em seu artigo 124, inciso XV, proíbe não só o registro não autorizado de obra protegida por direito autoral, como, também, o seu título, ou seja, a expressão lingüística que remete ao conteúdo. A doutrina brasileira, tradicionalmente abraçada pelo INPI nas próprias diretrizes que orientam a análise de colidência, reconhece, além disso, o que se convencionou denominar “colidência ideológica”, corroborando que o objeto da proteção é o tipo semiótico, não a representação.

Para ilustrar, o autor cita os casos Safeskin vs. Safederm e Sentir-se Bem vs. Bem Estar²². No primeiro caso o INPI entendeu, dentre outros argumentos, que o termo *skin* era sinônimo do termo *derm* de modo que o conteúdo era o mesmo. Já no segundo caso, a autarquia sentenciou que os dois termos colidiam ideologicamente, portanto, não estavam aptos a conviver no mercado, apesar de possuírem uma manifestação visual distinta.

Dessa forma, entende Correa que o que deveria ser discutido não é se são passíveis de proteção outros sinais que não visuais, mas sim como se proteger esses sinais na prática.

Neste momento, o autor passa a exemplificar as variadas formas que uma marca não convencional pode ser registrada – o que já foi amplamente demonstrado neste estudo – para, ao final, concluir:

Em um mundo em rápida mutação, sacudido por inovações tecnológicas incessantes que redesenham nossos hábitos a todo instante, fechar as portas a marcas chamadas ‘não tradicionais’, incluindo aquelas consistentes em sons, seria um grave erro, suscetível de travar ou, pelo menos, dificultar a verve criativa do homem.

²² Decisão publicada na RPI 1.427, de 28/4/1998, nos autos do processo 818312114

Embora não se divirja da conclusão apresentada, importante notar que há outros modos de se preservar e incentivar a criatividade do homem por outros meios que não a concessão de direitos de exclusividade, como, por exemplo, o combate aos atos de concorrência desleal.

2.2 Repressão à concorrência desleal

Há muito existe a orientação no direito brasileiro de que a proteção à propriedade industrial encontra suas raízes e fundamentos no princípio geral de repressão à concorrência desleal. As leis particulares, como a lei de marcas, por exemplo, seriam apenas manifestações específicas deste princípio (LEONARDOS, 1998).

Para Luiz Leonardos (1998) “a concorrência desleal, portanto, constitui a suma de toda a propriedade industrial, deduzindo-se, do artigo 10 *bis* da Convenção de Paris, os princípios da repressão à concorrência desleal”.

No Brasil, não são raras as decisões referentes à proteção ao *trade dress*²³ com base na repressão à concorrência desleal (VIEIRA, 2006). Portanto, da mesma maneira que ocorre com o *trade dress*, uma marca não convencional com distinguibilidade inerente, porém não registrada, ou com distinguibilidade adquirida através do seu uso contínuo no mercado, também poderá se valer da proteção conferida pelas normas gerais contra atos de concorrência desleal.

Gama Cerqueira (1946), ao observar a ‘recíproca influência’ e a ‘íntima relação’ existentes entre a propriedade industrial e a concorrência desleal, assim conclui:

A repressão da concorrência desleal confunde-se com a propriedade industrial sob o ponto de vista dos princípios em se baseiam. Ou melhor dito, a repressão da concorrência desleal constitui o princípio básico da propriedade industrial, ao mesmo tempo em que esta constitui a concretização daquele princípio, na legislação positiva.

Embora o inciso XXIX do art. 5º da Constituição, que trata da propriedade industrial, não mencione a concorrência desleal, pode ser entendido que a repressão a esta última está compreendida no referido artigo 170, o qual, ao

²³ Também chamado de conjunto-imagem, geralmente se refere às características da aparência visual de um produto ou sua embalagem (ou mesmo o desenho de um prédio) que pode ter caráter distintivo e indica a origem do produto aos consumidores.

estabelecer os princípios gerais da ordem econômica, elenca a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Por seu turno, a Lei de Propriedade Industrial - LPI, já em seu artigo 2º, estabelece que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial efetua-se mediante a repressão à concorrência desleal.

Além do referido artigo, os artigos 195²⁴ e 209²⁵ da LPI regulam a disciplina específica dos tipos penais e atos desleais. Trata-se da concorrência desleal *stricto sensu*, ou seja, de manifestações específicas da concorrência desleal, que serão

²⁴ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

²⁵ Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

de grande importância para se delimitar uma proteção advinda desse instituto, particularmente ao estudo, delimitar uma proteção contra o uso não autorizado de sinais distintivos, supostamente, não registráveis.

O primeiro Tratado Internacional sobre propriedade industrial – a Convenção de Paris – não trazia, em sua versão original de 1883, uma norma específica sobre a repressão à concorrência desleal.

Dessa forma, o artigo 10 *bis*, o dispositivo que trata sobre a concorrência desleal foi introduzido na Revisão de Bruxelas de 1900, e atualmente possui a seguinte redação:

(1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.

(2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

(3) Deverão proibir-se particularmente:

1º. Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

2º. As falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

3º. As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

Assim, o conceito de ato de concorrência desleal compreenderia qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial e comercial, conceito que cada Estado-membro deverá interpretar conforme seus parâmetros.

2.3.1 Da repressão à Concorrência Desleal na imitação de marcas não visuais

Para o presente estudo, dar-se-á foco ao exposto no item 1) do supracitado

artigo da Convenção, pois como será visto, em tais atos poderia ser enquadrado a reprodução ou imitação de marca não visual alheia.

Na expressão de Ascensão (1997), a essência dos atos suscetíveis de estabelecer confusão “está em um concorrente se enfeitar com penas alheias de maneira a fazer-se passar por outro, ou levar a uma confusão no respeitante ao estabelecimento ou aos produtos ou serviços”. Dessa forma, não há uma pré-definição do que seriam esses atos, podendo ser qualquer ato que gere confusão.

Nas palavras de Bodenhausen: “Para os países que não proíbem por legislação específica o uso de marcas ou idênticos ou similares, entende-se que essa proteção decorre da hipótese ora em análise” (BODENHAUSEN, 1969 apud JABUR, 2007).

Nesse sentido, pode ser feita uma analogia com o assunto dessa pesquisa. Se a concorrência desleal serviria como base da proteção para marcas em países que não regulam o seu uso por legislação específica, essa mesma concorrência desleal também deveria servir como base para a proteção de marcas não convencionais em países que não possuam legislação suficientemente abrangente para incluí-las nas formas regulares de proteção marcária.

Portanto, diante do cenário brasileiro, no qual o registro de marcas não visuais se encontra afastado pelo atual entendimento do INPI, percebe-se na repressão à concorrência desleal o alicerce jurídico para preservar os direitos do empreendedor que aposta no uso de sinais não visuais para identificar seu negócio e produtos.

CONCLUSÃO

Com a expansão do comércio internacional e o crescente desenvolvimento tecnológico, o mercado tornou-se um espaço cada vez mais competitivo para as empresas que, para superar seus concorrentes, começaram a investir em novas formas de divulgação e apresentação dos seus produtos e serviços.

Aos poucos, a marca foi ganhando novas dimensões na economia global, deixando de ser apenas um sinal de distinção entre produtos e serviços de origem diferentes, para tornar-se o símbolo de uma tribo ou o sinônimo de um estilo de vida, como é o caso de marcas como a Nike ou a Harley-Davidson. Hoje,

pode-se dizer que, dentre os ativos tangíveis e intangíveis de uma empresa, a marca é um dos mais importantes.

Assim, a fim de tornar seus produtos e serviços mais atraentes ao consumidor contemporâneo cada vez mais exigente, novas formas de apresentação da marca começaram a ser criadas, como é o caso das marcas sonoras e das marcas olfativas - as chamadas marcas não convencionais, especificamente, não visuais.

A tendência mundial é conceituar marca como qualquer sinal distintivo capaz de identificar um produto ou serviço. Nesse sentido, verificou-se o exemplo da OMPI que alterou o seu conceito de marca, retirando o termo “sinal visível”.

Apesar desses tipos de marcas já serem usados no mercado internacional desde há longa data – a primeira marca sonora foi registrada em 1950 nos Estados Unidos – o debate sobre o tema é ainda objeto de bastante discussão. Com efeito, a preocupação com sua proteção legal começou a ser discutida amplamente apenas nas últimas décadas.

No caso do Brasil, a legislação, apesar de recente, prevê uma definição considerada como limitada do sinal passível de registro. De acordo com o art. 122 da Lei de Propriedade Industrial, só pode ser registrado como marca o signo visualmente perceptível, o que, para a maioria da doutrina, e o próprio INPI, inviabilizaria o registro das marcas não visuais.

Desse modo, as marcas não visuais são percebidas com receio pelos juristas brasileiros, sendo certo que são poucos os que defendem a possibilidade de registro destes sinais frente à legislação atual.

Ainda assim, o ordenamento brasileiro dispõe de meios alternativos de proteção de uma marca não visual, em especial por meio das normas contra atos de concorrência desleal, que oferecem mecanismos hábeis aos seus usuários.

Por todo o exposto, conclui-se que, como dito, há no atual ordenamento jurídico brasileiro proteção à marca não visual com certas limitações. Portanto, para efetiva proteção deste novo, mas não tão novo, tipo de marca, depender-se-á da atuação e criatividade do profissional que deverá lidar com os limites aqui expostos para poder fazer valer os direitos do empreendedor.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal? In: ASCENSÃO, José de Oliveira et al. Concorrência Desleal. Coimbra: Livr. Almedia, 1997. p. 22-23
- ASSOCIATION INTERNACIONALE POUR LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUALE. Question 181: Conditions for registration and the scope of protection of non-conventional trademarks. Zurique, jun. 2004. Relatório da Austrália. Disponível em <<http://www.aippi.org>> Acesso em 05 nov. de 2009.
- BUCKNELL, Duncan. Pharmaceutical taste trade marks: a bitter pill to swallow. Victoria, 2006. Disponível em <<http://www.mondaq.com>>. Acesso em 16 de nov. de 2015.
- CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946, v. 1.
- CORREA, José Antônio B. L. Faria. A dimensão plurissensorial das marcas: a proteção da marca sonora na lei brasileira. Revista da ABPI. Rio de Janeiro, n° 69, p. 17-20, mar/abr 2004.
- JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.). Pressupostos do ato de concorrência desleal. [S.l.: s.n.]. In: JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.) et.al. Criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal. São Paulo, Saraiva, 2007. p. 337-86.
- LEIS, Sandra. Marcas olfativas não são registráveis. Internet, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em <<http://www.dannemann.com.br>>. Acesso em 15 nov. 2009.
- LEONARDOS, Luiz. A proteção de marcas não registradas no Brasil e no MERCOSUL. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n° 34, p. 32-35, mai /jun 1998.
- RONNING, Debbie. Taste, smell and sound: future trademarks. [S.l.: s.n.]. Les nouvelles v. 39, n. 1, p. 16-21, mar. 2004.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Methods of representation and description of new types of marks. Genebra, 29 mar. 2007. Disponível em <http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=10983>. Acesso em 2 nov. 2009.
- _____. New types of marks. Genebra, 1 set. 2006. Disponível em <http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=10983>. Acesso em 31 out. 2009.
- _____. Representation of Non-Traditional Marks: Areas of Convergence. Genebra, 15 out. 2008. Disponível em <http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=15325> Acesso em 01 nov. 2009.
- SPECTROGRAM. Wikipedia. Disponível em <<http://en.wikipedia.org>> Acesso em 19 nov. 2009.
- VIEIRA, Simone de Freitas. A proteção jurídica do 'trade dress' na Justiça. Valor Online. São Paulo, 29 set 2006. Disponível em <www.valoronline.com.br> Acesso em 17 jun. 2008.

UM COMBATE MAL-AJAMBRADO À CORRUPÇÃO

José-Ricardo Pereira Lira - Advogado. Sócio do escritório Lobo & Ibeas Advogados.

COLABORADOR OU DELATOR?

Sempre que há conflito armado em determinado país, os comentaristas de plantão se dividem em duas correntes. Os defensores do *status quo* qualificam seus opositores como terroristas. Os simpatizantes do grupo que luta pelo poder referem-se aos integrantes do movimento como guerrilheiros. São todos combatentes. Porém, dependendo do narrador, teremos um guerrilheiro ou um terrorista.

Segundo alguns, o mesmo ocorreria no âmbito da colaboração – ou delação – premiada. Dependendo de quem trata do assunto, o criminoso será um colaborador ou um delator. Os que veem o novo regime legal com restrição optariam pela expressão “delação premiada”, que remeteria ao dedo-durismo condenado nos bancos escolares. Já os que dão por legítimo o procedimento prefeririam “colaboração premiada”, justo para evitar a carga pejorativa que recai sobre um dedo-duro, ou “delator”. “Colaborador” soaria mais suave.

Obviamente, essa polêmica, que se desenrola no campo da semântica, sem consequências práticas, não chega a ser importante, mas pareceu válido aqui mencioná-la, a título de curiosidade.

UM NOVO RAMO DO DIREITO EMPRESARIAL

No aspecto jurídico, onde abundam efeitos concretos, trava-se um debate ainda embrionário sobre o novo instituto, com as atenções centradas em sua face criminal. Poderia o Judiciário entrar no mérito do acordo de colaboração

premiada firmado pelo Ministério Público com o criminoso? Poderia o relator do processo judicial homologar, em caráter definitivo, o acordo de delação premiada, ou a decisão dependeria de convalidação pelo respectivo órgão colegiado? Em que circunstância a delação ou colaboração premiada, uma vez homologada pelo relator, pode ser revista pelo colegiado, ao fundamento da ilegalidade de suas cláusulas?

Atinentes ao processo penal, essas são questões cruciais para a sedimentação do procedimento. E, talvez por isso, já estejam em estágio avançado de reflexão, nos debates travados no STF. Aliás, há poucos dias, um de seus julgados, ainda pendente de publicação, conferiu ao relator o poder de homologar, monocraticamente, um acordo de colaboração premiada. Resta saber se a decisão será fonte de formação de uma esperada jurisprudência pacífica. O tempo melhor dirá.

O certo, por ora, é que o estudo da política brasileira de combate à corrupção, em perspectiva ampliada, revela uma longa jornada a transcorrer, na busca de uma legislação orgânica, que proporcione segurança jurídica às diferentes partes enredadas com o infamante crime. E o caminho rumo à estabilidade do sistema passa por outro instrumento, muito em voga, mas extremamente mal regulado e ainda pouco discutido nos Tribunais, a saber: o “acordo de leniência”, que cuida da responsabilidade civil e administrativa das empresas envolvidas em atos de corrupção.

Para iluminar o caos que impera na área, imagine-se um ato de corrupção relacionado a uma fraude licitatória. Pois uma única ocorrência dessa natureza atrai um arsenal legislativo, com múltiplas regras sobre ressarcimento de danos e imposição de multas milionárias e bilionárias, entre outras penalidades, como a decretação da inidoneidade da empresa para contratar com o poder público.

Segundo a legislação, ou mesmo com base em interpretações ousadas da legislação, estão legitimados a manusear essas poderosas regras, de forma independente, órgãos como MPF, AGU, TCU, CGU, CADE, para falar apenas da esfera federal, além das estatais lesadas, entre outras autoridades, inclusive estaduais e municipais.

Na verdade, um mesmo fato pode suscitar a incidência da Lei de Improbidade Administrativa, da Lei Orgânica do TCU, da Lei de Licitações e Contratos, ou da Lei

de Defesa da Concorrência, sabendo-se que o CADE considera que toda licitação é um mercado relevante, a desafiar sua atuação sempre que concernir a cartel. *Last but not least*, teríamos a recente Lei Anticorrupção.

Nesse cenário multifacetado, o problema maior que se apresenta é o da empresa que faz acordo de leniência com o MP. Mesmo homologado no Supremo Tribunal Federal, tal acordo não afastará as penalidades que lhe podem ser aplicadas pela CGU, ou pelo CADE, segundo suas respectivas legislações. Da mesma forma, acordos firmados com a CGU ou com o CADE não impediriam a ação do MP contra a empresa envolvida na corrupção, relativamente ao mesmo fato julgado pelos diferentes órgãos.

Assim, por exemplo, a Lei Anticorrupção confere à CGU a competência para aplicar penalidades nos casos que especifica. Idem quanto ao TCU e o Ministério Público de Contas. Igualmente, quanto ao CADE, que age sem subordinação ao membro do MPF com assento no Conselho. Já no tocante ao Ministério Público... Bem, essa é outra história. Tudo dependerá da aceitação, ou não, de um arrojado processo hermenêutico, que se socorre da analogia para reputar derogado um preceito legal que expressamente proíbe que o MP celebre acordos do gênero. Veremos a peculiar questão logo adiante.

COMO LIDAR COM O EMARANHADO

Realizou-se, dia desses, o julgamento no TCU de um cartel submetido à Operação Lava Jato. As empresas estavam todas amarradas a delações premiadas de seus dirigentes e a provas complementares que tornavam indubitosa a ocorrência dos crimes. Parte das empresas cartelizadas havia celebrado acordo de leniência com o Ministério Público Federal, contemplando ressarcimento à estatal lesada e o cumprimento de penalidades mitigadas. As remanescentes não contavam com o escudo de um acordo dessa natureza.

O TCU, avaliando o caso e o conteúdo do acordo de leniência, decretou a inidoneidade de todas as empresas do cartel. Com relação às que não tinham firmado acordo, aplicou a pena máxima, de cinco anos de proibição de contratar com o poder público. Quanto às demais, a pena – também de impedimento a contratações governamentais – compreendeu período inferior, justamente por terem celebrado o acordo de leniência com o MPF.

Curioso notar que, por ocasião do julgamento, o relator ponderou não fazer grande diferença impor uma pena de inidoneidade de cinco ou de dois anos a empresas que dependem, para a sua sobrevivência, da prestação de serviços ao poder público. Equiparou as hipóteses à pena de morte da pessoa jurídica, diferindo, uma da outra, apenas no *modus operandi* da execução. Parte das empresas seria morta com rajadas de metralhadora; cada uma das outras, por um tiro de revólver calibre vinte e dois.

Metáfora afora, o relator reconheceu a dificuldade em que se encontrava, eis que a Lei Orgânica do TCU não prevê acordo de leniência, possuindo, ao revés, regra expressa no sentido de que, comprovada a fraude à licitação, o Tribunal de Contas deverá decretar a inidoneidade da empresa.

Recorrendo, então, ao que seria uma tendência do direito brasileiro, o Tribunal concluiu que as empresas que firmaram o tal acordo teriam suas penas suspensas, devendo promover, em certo prazo, um “recall” (sic), consistente na subscrição de um termo aditivo a seus acordos com o MPF, para incluir no respectivo instrumento o valor arbitrado pelo TCU para ressarcimento de danos, com renúncia ao direito de recorrer a juízo contra os termos do aditivo. E concluiu: uma vez paga a indenização, a pena administrativa seria redimida.

Significa dizer que as empresas celebraram acordo de leniência com o MPF, mas o acordo não resolveu a situação junto ao TCU. Afinal, não fosse a interpretação benevolente que conferiu à sua legislação, o Tribunal teria decretado a inidoneidade das empresas, com ou sem acordo com o Ministério Público Federal.

Mas não é só. O próprio acordo com o MPF foi celebrado para garantir o ressarcimento dos cofres públicos e afastar penalidades previstas na Lei de Improbidade. Todavia, essa lei contém norma explícita que veda a transação, o acordo ou a conciliação nas respectivas ações de competência do Ministério Público.

Para lidar com essa realidade, o aludido acordo foi firmado a partir de uma engenhosa interpretação da lei que instituiu a colaboração premiada. A tese é a seguinte: se a lei da delação premiada permite que, em acordo com uma pessoa física, o MP renuncie a seu direito de processar criminalmente o indivíduo, em troca de informações valiosas, não seria razoável concluir-se pela vedação à possibilidade de o MP realizar acordo com a pessoa jurídica

envolvida, para reduzir sua penalidade, também em troca de informações úteis. Com essa construção, reputou-se tacitamente derogada a proibição à transação estabelecida na Lei de Improbidade Administrativa.

Eis a regra da Lei de Improbidade Administrativa que teria sido derogada pela Lei da Delação Premiada: "*art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º. É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.*"

Sintetizando, o TCU liberou algumas das empresas cartelizadas da declaração de inidoneidade, desde que assinassem termo aditivo ao tal acordo com o MPF, firmado com base na revogação tácita do citado § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa. E, para tanto, desconsiderou o teor do art. 46 de sua Lei Orgânica, que assim estabelece: "*Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.*"

Há mais. O acordo com o MP também não impede que a CGU decrete a inidoneidade das empresas do cartel, exija perdas e danos e imponha multas e outras penalidades com fundamento na Lei Anticorrupção. Adicionalmente, o acordo com o MP não constitui óbice a que o CADE também aplique penalidades e deveres ressarcitórios previstos em sua legislação específica.

De outro lado, nenhum desses acordos impediria que as empresas lesadas ajuizassem ações de perdas e danos, observando-se que os órgãos aqui mencionados não procedem a uma efetiva liquidação de danos, recorrendo, em regra, ao arbitramento da indenização, donde surge outra perplexidade: se o pagamento da indenização é pressuposto para o acordo (e essa regra está expressa na Lei Anticorrupção), o que ocorrerá com ditos acordos se a empresa lesada, ao liquidar o dano, em concreto e minuciosamente, apontar quantia maior. Os acordos perderiam efeitos?

Por fim, pensemos nos minoritários das empresas envolvidas, quer das sociedades de economia mista prejudicadas, quer daquelas signatárias dos acordos de leniência. Segundo a legislação, nenhum dos citados acordos obstará o ajuizamento de ações indenizatórias pelos lesados, ou por associações de classe pertinentes, podendo-se pleitear, em ação civil pública, até eventuais danos morais coletivos.

Em suma, só há um jeito de lidar com esse emaranhado de leis, multas e legitimados a pleitos indenizatórios e punitivos: reescrevendo a legislação, para conferir-lhe organicidade, de forma a preservar a função social das empresas, que geram empregos, tributos e circulação de riquezas, a ninguém interessando a quebra dessas organizações, ainda que se deva exigir o efetivo afastamento dos sócios e dirigentes envolvidos em atos de corrupção.

O segredo da solução do imbróglio talvez esteja na escolha do órgão que celebrará o superacordo oponível aos demais. Afinal, parece impróprio pretender que todos assinem o instrumento. E, pela leitura dos jornais, contendem no momento pelo superpoder o MP e a CGU.

Trata-se, evidentemente, de uma luta política, que precisará ser enfrentada. De fato, o equacionamento jurídico do assunto não demanda grandes elaborações. Bastaria, entre outros ajustes pontuais, a revogação expressa do § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa e, bem assim, a alteração do art. 30 da Lei Anticorrupção, onde poderia ser definida a autoridade que concentraria os poderes para celebrar o acordo de leniência de efeitos plúrimos.

Atualmente, esse artigo tem a seguinte redação:

“Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011.”

A Medida Provisória 703, de 2015 sugeriu a seguinte alteração para esse dispositivo:

*“Art. 30. **Ressalvada a hipótese de acordo de leniência que expressamente as inclua**, a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:*

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 1992;

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 1993, ou por outras normas

de licitações e contratos da administração pública, inclusive no que se refere ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 2011; e

III - infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529, de 2011.”

Nesse caso, a Medida Provisória – que merece um escrito à parte – optou pela concentração do poder na CGU. Poderia tê-lo feito no MP. Como disse, é uma questão de política legislativa.

Essas, e muitas outras reflexões, precisam ser feitas. Um exemplo final: por que a legislação só admite acordo com a primeira empresa que procura a autoridade capaz de assinar a leniência? E se o MP ou a CGU ou o CADE acreditar que deve fazer o acordo com a segunda que chegar? Não teriam esses órgãos, como tutores do interesse público, legitimidade para decidir entre fazer ou não fazer o acordo?

NOTA SOBRE A OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE CONTROLADORAS, CONTROLADAS E COLIGADAS

A Lei Anticorrupção cria responsabilidade solidária entre a empresa beneficiária do ato de corrupção e suas controladoras, controladas e coligadas. Regime análogo – mas diferente – já existia na Lei do CADE.

Como se sabe, a propósito, a Lei Anticorrupção instituiu entre nós a responsabilidade civil e administrativa objetiva da pessoa jurídica, que passou a responder pela prática do ato de ilícito de um indivíduo (sócio, dirigente, empregado ou terceiro) sempre que se beneficie de seus efeitos, independentemente de culpa ou dolo da pessoa jurídica. Pois além da responsabilidade objetiva, a Lei estabeleceu, também, a referida responsabilidade solidária.

Essa solidariedade legal, porém, dá origem a uma série de dúvidas que comprometem, agora também sob esse outro ângulo, a segurança jurídica de quem precisa recorrer ao sistema anticorrupção brasileiro. Eis algumas das indagações geradas pelo novel diploma legal:

- primeira: a responsabilidade solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico pode ser afastada no acordo de leniência. Em caso afirmativo, o que ocorrerá se o acordo for rescindido por inadimplemento, já tendo as responsáveis solidárias sido alienadas a terceiros de boa fé?

- segunda: se a própria empresa beneficiária do ato de corrupção for alienada a um terceiro, este – como o novo controlador – assumirá a condição de devedor solidário da dívida ainda pendente de pagamento? E o antigo controlador, remanescerá como devedor solidário, ou será substituído pelo novo controlador?

- terceira: qual a *ratio* da inclusão, entre os coobrigados, da coligada da empresa beneficiária da corrupção? Observe-se que, para os fins da lei sob análise, “*diz-se coligada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com 10% (dez por cento) ou mais do capital da outra, sem controlá-la*”, conforme art. 1.099 do Código Civil, aplicável à espécie por força do art. 46 da Lei nº 11.941, de 2009. Ora, definitivamente, não parece justo com o controlador dessa empresa - inteiramente estranho ao grupo da beneficiária da corrupção - que sua controlada seja responsabilizada por ato de um minoritário, que nenhuma ingerência tem em sua gestão, por definição da própria lei, ao utilizar a expressão “*sem controlá-la*”.

Há diversas outras perplexidades promovidas pela Lei Anticorrupção, ao tratar, por exemplo, de consórcio de empresas ou de incorporações societárias, entre tantas outras, as quais devem ser reservadas para comentários em uma futura oportunidade.

CONCLUSÃO

Urge a revisão de toda a legislação de combate à corrupção no direito brasileiro, para que se lhe dê a necessária organicidade, hoje inexistente. A medida deve ser adotada como forma de garantir a função social da empresa.

O SERVIÇO PÚBLICO DE COMBATE AO INCÊNDIO E AS TAXAS

*Leonardo de Medeiros Fernandes, Bacharel em Direito pela UFPE.
Advogado da Petrobras Distribuidora S.A. em Brasília. Professor*

Resumo: Os órgãos da Segurança Pública dos Estados-membros devem ser mantidos pelas receitas públicas de impostos entre outras dotações não tributárias, porque constituem serviços universais e gerais, isto é, indivisíveis e inespecíficos, beneficiando e protegendo a comunidade em geral. A partir dessa tese, o Supremo Tribunal Federal, em 24/05/2017, no recurso extraordinário RE 643.247, julgou a *inconstitucionalidade da taxa de combate a sinistros, instituída por lei municipal*. Indiscutivelmente, a *atividade ampla de prevenção e combate a incêndios* decorrente de um *poder de polícia geral* empreendida pelos Corpos de Bombeiros Militares, órgãos da Segurança Pública dos Estados-membros, devem ser financiados pelas receitas de *impostos estaduais*. Mas legítima é a taxa estadual quando seu fato gerador é a *atividade especial de fiscalização e controle* decorrente de um *poder de polícia específico* levado a cabo pelo órgão castrense, porque configura um serviço público indivisível e específico. Diante da declaração de inconstitucionalidade da exação e na linha da jurisprudência do STF e STJ, surge o direito à devolução do crédito pelo pagamento indevido perante as Fazendas Públicas Municipais e Estaduais.

Palavras-chave: Direito. Tributário. Taxa. Imposto. Poder de Polícia. Serviço público. Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

O eg. STF, em 24/maio/2017, julgou o recurso extraordinário RE 643.247, na sistemática da repercussão geral (tema 16), em que se discutiu a

constitucionalidade de taxa de combate a sinistros, instituída por lei municipal. Em seguida deliberou fixar a tese referente à repercussão geral (ata de julgamento publicada no DJe em 04/agosto/2017):

“O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.08.2017”.

A decisão, ao que tudo indica, trará implicações nas receitas públicas arrecadadas pelo Poder Público e, bem assim, sob o patrimônio das pessoas que sofrem (ou sofreram) a fiscalização decorrente do exercício do poder de polícia, possibilitando inclusive, a par dessa declaração de inconstitucionalidade, manejar as respectivas ações de repetição de indébito (REsp 1351329/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/12/2016, DJe 19/04/2017).

1. A ORIGEM DA DISCUSSÃO

O eg. STF possuía entendimento jurisprudencial sumulado no sentido de que considerar *legítima* a instituição pelos Estados-membros da taxa de “serviço contra fogo” sintomaticamente denominada “taxa de bombeiros”, *in verbis*

STF 549. A taxa de bombeiros do Estado de Pernambuco é constitucional, revogada a Súmula nº 274¹.

A tese foi fixada, em sessão plenária, aos 03/dezembro/1969, tendo como referência legislativa a CR/1967, art. 19, inciso II, e, no caso concreto, o Código Tributário de Pernambuco (artigos. 786 a 790):

Art. 19. Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios arrecadar:

II - taxas pelo exercício regular do poder de polícia ou pela utilização de serviços públicos de sua atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

¹ STF 274. É inconstitucional a taxa de serviço contra fogo cobrada pelo Estado de Pernambuco.

Entre os precedentes invocados, cita-se o *recurso ordinário em mandado de segurança* RMS 16.163/PE, com acórdão de relatoria do Ministro Eloy da Rocha. Amparado em parecer assinado pelo então Ministro o Professor Aliomar Baleeiro, aquele Tribunal Pleno decidiu, aos 03/abril/1969, pela *constitucionalidade* e legitimidade da taxa para serviços contra incêndio exigíveis de proprietários de imóveis e de estabelecimentos que têm o serviço à sua disposição, ao fundamento de que:

“Quem paga a taxa recebeu o serviço ou vantagem; goza da segurança decorrente de ter o serviço à sua disposição, ou, enfim, provocou uma despesa do poder público. A casa de negócio, a fábrica ou o proprietário podem não invocar nunca o socorro dos bombeiros, mas a existência duma corporação disciplinada e treinada para extinguir incêndios dotada de veículos e equipamentos adequados e mantida permanentemente de prontidão...”

Esse entendimento veio a ser mantido até a égide da CR/1988, que repetiu aquela fórmula constitucional², fundamentando várias leis estaduais ainda em vigor, reconhecida assim no âmbito do STF e do STJ:

TRIBUTÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA PELA UTILIZAÇÃO POTENCIAL DO SERVIÇO DE EXTINÇÃO DE INCÊNDIOS. LEIS ESTADUAIS 6.763/75 E 14.938/2003. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A taxa de segurança pública, devida pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios, instituída pela Lei mineira 6.763/75, com a redação dada pela Lei Estadual 14.938/2003, restou considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por envolver atividade estatal que se traduz em prestação de utilidade específica e divisível, cujos beneficiários são suscetíveis de referência individual (RE 206777/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 25.02.1999, DJ 30.04.1999; e RE-AgR 473611/MG, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 03.08.2007). 2. Recurso ordinário desprovido. (STJ, RMS 21.219/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

Por anos, várias pessoas contribuíram com o tributo estadual “*taxa de serviço contra fogo*” ou “*taxa de bombeiros*” instituída, por lei, em benefício de corporações do Corpo de Bombeiros Militar, que se inserem, na estrutura administrativa dos Estados-Membros, por força de norma constitucional:

² CR/1988, Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: 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;

CR, Art. 144... § 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Esse ano de 2017, o eg. STF foi instado a se pronunciar, sobre a validade de *lei municipal* do Estado de São Paulo que instituiu a similar “*taxa de combate a sinistros*”.

Com efeito, formalmente, essas exações instituídas pelo Poder Edifício são inconstitucionais por adentrarem na órbita de competência dos Estados-membros *ex vi* § 6º do art. 144 da CR/1988.

Sucede que o eg. STF foi além da análise do aspecto formal, no controle difuso, e, analisando a matéria tributária, também considerou a referida exação municipal inconstitucional, ao entendimento de que os **serviços de prevenção e combate** ao fogo levado a cabo pelos *órgãos de segurança pública estaduais* deveriam ser financiados exclusivamente pela receita dos impostos e não taxas. Razão assiste ao eg. STF. Explicamos melhor.

Da leitura do Enunciado 549 (de 1969) extrai-se que ele “revoga” o Enunciado 274 (de 1963) da Súmula do STF; este continha tese diametralmente oposta àquele, ou seja, decidia-se pela *inconstitucionalidade* dessa exação, *in verbis*

STF 274. É inconstitucional a taxa de serviço contra fogo cobrada pelo Estado de Pernambuco.

O Enunciado 274 foi firmado em sessão plenária, aos 13/dezembro/1963, sob a égide da CR/1946, anterior, portanto, à reforma tributária da Emenda Constitucional 18/1965. Invocou-se, naquele momento, o precedente no recurso RE 48.879 que, amparado em outras decisões do próprio STF (v.g. RMS 9.468), decidiu que “*o serviço de incêndio participa da natureza dos encargos de ordem geral da administração pública*”.

Nesse ano de 2017, o eg. STF foi instado a se pronunciar, no recurso extraordinário RE 643.247/SP, na sistemática da repercussão geral (tema 16), sobre a validade de *lei municipal* que instituiu a similar taxa de “*combate a sinistros*”. Ao que parece, o STF trilha agora o “caminho de volta” ao entendimento consubstanciado, naquele ano de 1963, no Enunciado 274 da Súmula da sua jurisprudência dominante. Mas a questão não é simples.

2. AFINAL: TAXAS OU IMPOSTOS?

As taxas de serviços públicos (e aí se insere os do exercício do poder de polícia) remuneram serviços públicos singulares e especiais, isto é, divisíveis e específicos (*uti singuli*), nos termos do CTN, artigo 79, incisos II e III, a exemplo da *taxa de controle e fiscalização ambiental* instituída pela Lei Federal nº 10.165/2000 e declarada constitucional pelo STF (RE 416.601/SC, Relator Ministro Carlos Velloso, 10/08/2005) e a taxa municipal de coleta de lixo domiciliar igualmente legítima (Enunciado 19 da Súmula Vinculante do STF³).

Os serviços públicos que constituem serviço universal e geral (*uti universi*), isto é, indivisíveis e inespecíficos, por exemplo, relacionados à segurança pública, devem ser financiados pelas receitas de *impostos*, porque, o benefício se dilui por toda a coletividade, consoante se extrai do próprio CTN/1966:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Diz-se por isso tributos de fato gerador vinculado à uma prestação estatal os que gozam dessa *referibilidade* em relação ao Estado, daí as taxas serem tributos contraprestacionais ou retributivos, porque remuneram essas atividades. Por outro lado, tributos como os impostos, que não possuem vinculação alguma, não exigem essa referibilidade, são simples tributos contributivos ou prestacionais.

Por essa razão, a CR/1988 veda a coincidência dos fatos geradores e bases de cálculo entre taxas e impostos⁴, porque são exações que, por natureza, jamais poderão se confundir, estando essa distinção consagrada em nível constitucional.

Por isso, a verificação da existência de especificidade e divisibilidade do tributo não ser realizada pelo eg. STJ⁵, uma vez as leis impositivas reproduzem o disposto na Lei Maior, cabendo à Suprema Corte o seu exame:

*Art. 145... § 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.*⁶

³ STF-v 19. A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da CR/1988.

⁴ Vedação essa extensível às contribuições de melhoria, malgrado o silêncio da legislação. Essa restrição, a partir da CR/1988, não se estende aos empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

⁵ Nesse sentido, conferir: AgRg no Ag 1370930/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 16/02/2012, DJe 28/02/2012.

⁶ Idem: CTN/1966, Art. 77, Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Esse foi, inclusive, o fundamento para a fixação da tese de inconstitucionalidade da taxa de “*iluminação pública*” (Enunciado 41 da Súmula Vinculante do STF⁷)⁸.

Como constatamos nos recentes arestos, esse fundamento vem sendo invocado pelo Pretório Excelso em situações análogas⁹, especificamente sobre serviços de segurança pública:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA PARA EVENTOS. SERVIÇO PÚBLICO GERAL E INDIVISÍVEL. REMUNERAÇÃO MEDIANTE IMPOSTO. DECISÃO RECORRIDA COMA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a atividade de segurança pública é serviço público geral e indivisível. Logo, deve ser remunerada mediante imposto. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25, Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (RE 964541 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 24/03/2017, processo eletrônico DJe-089 divulg 28-04-2017 public 02-05-2017).

DIREITO TRIBUTÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA PARA EVENTOS. SERVIÇO PÚBLICO GERAL E INDIVISÍVEL. REMUNERAÇÃO MEDIANTE IMPOSTO. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 03.6.2015. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a atividade de segurança pública é serviço público geral e indivisível, logo deve ser remunerada mediante imposto. Isto é, viola o art. 145, II, do Texto Constitucional a exigência de taxa para sua fruição. Precedentes. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 931872 AgR, Relator(a): Min.

⁷ “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”. Conversão do Enunciado 670 da Súmula do STF; publicação no DJe nº 55 de 20/março/2015.

⁸ Posteriormente, o Congresso Nacional reagindo ao entendimento do eg. STF editou a Emenda Constitucional 39/2002 que acrescentou o artigo 149-A: “Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III”.

⁹ Outros precedentes: ADI 1942, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2015, acórdão eletrônico DJe-027 divulg 12-02-2016 public 15-02-2016; RE 269374 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02/08/2011, DJe-160 DIVULG 19-08-2011 PUBLIC 22-08-2011.

Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 05/04/2016, acórdão eletrônico DJe-076 divulg 19-04-2016 public 20-04-2016).

TRIBUTÁRIO. 1. LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL: AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. 2. TAXA DE SEGURANÇA OSTENSIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA: SERVIÇO DE EXTINÇÃO DE INCÊNDIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO RE 643.247. QUESTÃO SUSCETÍVEL DE REPRODUZIR-SE EM MÚLTIPLOS FEITOS. ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUANTO A ESSE ASPECTO, DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. NO MAIS, AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 583268 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, acórdão eletrônico DJe-198 divulg 01-10-2015 public 02-10-2015).

Os órgãos de segurança pública da estrutura dos Estados-membros, tanto na vertente repressiva (Polícia Civil), quanto preventiva (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar), portanto, devem ser mantidos pelas receitas públicas de ICMS, IPVA e ITCMD, entre outras dotações não tributárias.

No caso sob exame, o resultado do julgamento do RE 643.247/SP ficou ementado na versão 866 do Informativo da Jurisprudência do eg. STF (grifei):

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 16 da repercussão geral, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutiu a constitucionalidade de taxa de combate a sinistros instituída por lei municipal. Na espécie, o tribunal de origem assentou a inconstitucionalidade da taxa, por considerar o serviço público por ela financiado de competência estadual. De acordo com o acórdão recorrido, houve inadequação do custeio, por meio de taxa, em face da ausência de especificidade e divisibilidade do serviço (vide Informativo 855). Prevaleceu o voto do ministro Marco Aurélio (relator). O relator inicialmente citou a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.942 MC/PA (DJ de 22.10.1999), no sentido de que, em face do art. 144, "caput", V e § 5º (1), da Constituição Federal, sendo a segurança pública dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado somente pode ser sustentada por impostos, e não por taxa. Consignou que a prevenção e o combate a incêndios se fazem mediante

a atuação da polícia retratada no corpo de bombeiros, sendo atividade essencial do Estado e, por isso, remunerada por meio de impostos. Desse modo, entendeu ser inconcebível que, a pretexto de prevenir sinistro relativo a incêndio, venha o Município a substituir-se ao Estado, com a criação de tributo sob o rótulo de taxa. O ministro reforçou que a atividade precípua do Estado é viabilizada mediante arrecadação de impostos. Por sua vez, a taxa decorre do exercício do poder de polícia ou da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à disposição. Assim, no âmbito da segurança pública, no tocante à preservação e ao combate a incêndios, nem mesmo o Estado poderia instituir validamente taxa. Em suma, considerou que a manutenção do corpo de bombeiros, que é um órgão estadual, e não municipal, é feita estritamente por impostos, e não por taxas. Vencidos os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que deram provimento ao recurso... (RE 643247/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24.05.2017).

Em seguida, a Corte deliberou, à unanimidade, fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior: “A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim” (ata de julgamento publicada no DJe em 04/agosto/2017).

Em cotejo, invocamos o precedente, na composição do Suprema Corte há época da consolidação do Enunciado 274, que bem delinea a tese aqui defendida:

TAXA DE BOMBEIROS. RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA. PROVIMENTO. CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, ART. 786. O imposto único não exclui, de modo absoluto, a incidência de taxas remuneratórias de serviço público. O serviço de incêndio participa da natureza dos encargos de ordem geral da administração pública, a que incumbe presta-lo ou pô-lo a disposição, não apenas de determinado número ou classe de estabelecimentos comerciais ou industriais, mas, sim, a toda a população de uma localidade, onde se instale a capital do estado ou seus Municípios. A taxa de bombeiros é, sem dúvida, tributo destinado ao custeio de serviço de exclusivo interesse público, como o é o da defesa nacional, o do ensino primário, o de polícia, etc., serviços estes que devem ser custeados por impostos. (RE 48879, Relator(a): Min. Ribeiro da Costa, Segunda Turma, julgado em 06/08/1963, DJ 10-10-1963, PP-03419, ementa Vol-00557-01, PP-00376).

Questão bem diversa, porém, e que entendemos legítima a exação, é quando o fato gerador da taxa estadual é a *atividade especial de fiscalização e controle* e a correspondente expedição de alvarás, por exemplo, autorizando a regularidade de empreendimentos, sindicando as saídas de emergência, a eficiência de extintores de incêndio, etc., porque é um serviço público decorrente de um *poder de polícia específico* levado a cabo pelo Corpo de Bombeiros.

Trata-se ali de um *serviço específico e divisível (uti singuli)*, que se destaca daquela *atividade ampla de prevenção e combate a incêndios* decorrente de um *poder de polícia geral* próprio do órgão castrense e, portanto, *serviço público inespecífico e indivisível (uti universi)*, esse sim objeto da novel jurisprudência do eg. STF.

Situação idêntica ocorre com a vigente *taxa federal*, instituída pela Lei nº 10.826/2003, e cujo fato gerador é a emissão do *porte de arma de fogo*. Essa autorização é dada ou pelo Exército Brasileiro¹⁰ ou pelo Departamento da Polícia Federal¹¹ em idêntico exercício de *poder de polícia especial, atividade especial, específica e divisível*.

E veja-se que ele é legitimamente exercido pelos órgãos das Forças Armadas (art. 142) e da Segurança Pública da União (art. 144, inciso I), ambos, igualmente mantidos pelas receitas tributárias dos impostos para realização das suas *atividades amplas, respectivamente, de defesa da Pátria e dos Poderes constituídos, preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio*. Esse raciocínio, portanto, aplica-se integralmente ao caso das Corporações de Bombeiros Militares.

Ainda sobre o tema, acresça-se que a jurisprudência do eg. STJ, seguindo orientação da Suprema Corte, firmou-se no sentido de ser legítima a cobrança da taxa de fiscalização e funcionamento quando notório o exercício do poder de polícia pelo aparato administrativo do ente público, de modo que é dispensável a comprovação do exercício efetivo de fiscalização (REsp 936.487/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010). Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. EFETIVO EXERCÍCIO

¹⁰ Art. 27. Caberá ao Comando do Exército autorizar, excepcionalmente, a aquisição de armas de fogo de uso restrito.

¹¹ Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm.

DE PODER DE POLÍCIA. AUSÊNCIA EVENTUAL DE FISCALIZAÇÃO PRESENCIAL. IRRELEVÂNCIA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. 1. A incidência de taxa pelo exercício de poder de polícia pressupõe ao menos (1) competência para fiscalizar a atividade e (2) a existência de órgão ou aparato aptos a exercer a fiscalização. 2. O exercício do poder de polícia não é necessariamente presencial, pois pode ocorrer a partir de local remoto, com o auxílio de instrumentos e técnicas que permitam à administração examinar a conduta do agente fiscalizado (cf., por semelhança, o RE 416.601, rel. min. Carlos Velloso, Pleno, DJ de 30.09.2005). Matéria debatida no RE 588.332-RG (rel. min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 16.06.2010. Cf. Informativo STF 591/STF). 3. Dizer que a incidência do tributo prescinde de “fiscalização porta a porta” (in loco) não implica reconhecer que o Estado pode permanecer inerte no seu dever de adequar a atividade pública e a privada às balizas estabelecidas pelo sistema jurídico. Pelo contrário, apenas reforça sua responsabilidade e a de seus agentes. 4. Peculiaridades do caso. Necessidade de abertura de instrução probatória. Súmula 279/STF. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 361009 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-217 divulg 11-11-2010 publicação 12-11-2010 ementa Vol-02430-01 PP-00087)

3. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO?

No RE 643.247/SP, o eg. STF decidiu pela falta de higidez constitucional da *lei municipal* da “taxa contra fogo” por invadir competência reservada aos Estados-membros. Quanto a elas, o direito a repetir o indébito é inegável; mas, quanto a impossibilidade de taxa estadual, nessas hipóteses, embora a Corte Constitucional não tenha analisado *in casu* lei estadual alguma, entendemos possível, na linha dos fundamentos invocados, no próprio *decisum*, provocar a devolução desses créditos.

Ao que nos parece, essas “taxas” municipais e estaduais que têm fato gerador a *atividade ampla de prevenção e combate a incêndios* exigidas dos contribuintes, nos últimos 05 (cinco) anos, poderão, a partir desse *decisum* da Corte Constitucional, ser repetidas conforme dispõe o artigo 167 do CTN/1966. E porque configuram tributos sujeitos a lançamento de ofício, o prazo prescricional quinquenal para pleitear a repetição tributária é contado da extinção do crédito tributário, do efetivo pagamento da exação (arts. 168, inciso I, e 156, inciso I, CTN/1966).

Mas, se suas obrigações tributárias estejam constituídas e pendentes de lançamento, poderão ser manejadas as ações administrativas ou judiciais cabíveis para obstar a constituição do crédito respetivo, atentando-se que prescreve em 02 (dois) anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição. Esse prazo é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública (art. 167, CTN/1966).

A propósito, de acordo com o eg. STJ, há interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pleito de repetição de indébito pelo recolhimento de tributo tido por inconstitucional (AgRg no REsp 1537841/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 28/09/2015).

Quanto ao tema o eg. STJ decidiu, na sistemática dos recursos repetitivos, que trânsito em julgado da declaração do STF relativa à inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo (controle concentrado) ou a publicação de resolução do Senado Federal que suspenda a execução da lei (controle difuso) não têm influência na contagem do prazo prescricional referente aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício ou por homologação:

REPETITIVO. PRESCRIÇÃO. TAXA. ILUMINAÇÃO. O trânsito em julgado da declaração do STF relativa à inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo (controle concentrado) ou a publicação de resolução do Senado Federal que suspenda a execução da lei (declaração da inconstitucionalidade em controle difuso) não têm influência na contagem do prazo prescricional referente aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício ou por homologação. Desse modo, visto que só em 4/4/2000 os recorrentes ajuizaram a ação pleiteando a repetição de indébito da taxa de iluminação pública (lei municipal declarada inconstitucional) referente aos exercícios de 1990 a 1994, inequivocamente houve a prescrição, pois transcorrido o prazo prescricional quinquenal entre o pagamento do tributo e a propositura da ação (...). (REsp 1.110.578-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12/05/2010).

Mais recentemente, perante o eg. STJ, buscou-se repetir crédito de contribuição especial cuja lei foi declarada inconstitucional, mesmo não tendo o serviço público sido utilizado, conforme se infere do julgado¹², *in verbis*

¹² Apontamos ainda outros precedentes sobre casos idênticos onde se determinou a repetição de indébito baseada na declaração de inconstitucionalidade do tributo, *verbi gratia* AgRg no AREsp 209.380/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 15.5.2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.280.082/MG, Rel.

Como representativo da citada jurisprudência, transcreve-se parte do já referido AgRg no AREsp 209.380/MG (Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 15.5.2013): “diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da cobrança compulsória de contribuição para custeio de serviços de saúde, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 64/2002, há de se reconhecer o direito de repetição das parcelas indevidamente recolhidas, independentemente da disponibilidade e do uso dos serviços por parte dos servidores” (...) (REsp 1351329/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/12/2016, DJe 19/04/2017).

Nessa hipótese, da decisão final que reconhece o direito do contribuinte ao crédito, a Fazenda Pública deverá observar, como regra geral, a sistemática dos precatórios delineada no artigo 100 da CR/1988. É reconhecido, entretanto, ao contribuinte beneficiário do indébito o direito de, ao invés de receber por precatório, optar pela *compensação tributária*¹³, modalidade de extinção do crédito tributário, desde que, nos autos da execução fiscal que se pretenda aproveitar, seja juntada a certidão do trânsito em julgado daquela sentença (artigos 170 e 170-A, ambos do CTN/1966).

Ocorrido o trânsito em julgado da decisão que determinou a repetição do indébito, é facultado ao contribuinte manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou mediante compensação, uma vez que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação (Enunciado 461 do STJ; EREsp 502.618/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, julgado em 08/06/2005, DJ 01/07/2005).

Ademais, trata-se de exigência legal, porque o CTN/1966, a partir da reforma de 2001, determinou ser *vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial* (art. 156, inciso II, art. 170-A, ambos do CTN/1966). Isso ante a evidente necessidade de se assegurar a indisponibilidade do patrimônio público. Por essa razão, há muito, a jurisprudência afasta a

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 5.2.2013; AgRg no REsp 1.302.649/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17.9.2012; REsp 1.167.786/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28.6.2010.

¹³ STJ 213. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária. STJ 460. É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte.

possibilidade de *liminares* – tutelas provisórias¹⁴ – para manejar a compensação de créditos tributários, porque tal medida precária – em procedimento de caráter essencialmente satisfativo – não se presta para afirmação da suficiência, certeza e liquidez dos créditos lançados.

Sobre o tema, o eg. STJ consolidou sua jurisprudência:

O julgamento exarado no Recurso Especial Repetitivo 1.167.039/DF, no sentido de que a compensação tributária deve aguardar o trânsito em julgado da decisão judicial, nos termos do art. 170-A do CTN, ainda que se trate de tributo declarado inconstitucional, não fez qualquer ressalva ou diferenciação quanto à espécie de exação objeto da declaração de inconstitucionalidade. (AgRg no REsp 1286900/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 25/09/2015).

O disposto no art. 170-A do CTN, que exige o trânsito em julgado para fins de compensação de crédito tributário, somente se aplica às demandas ajuizadas após a vigência da LC 104/2001, a qual acrescentou o referido artigo ao CTN. Precedentes citados: REsp 1.266.798-CE, Segunda Turma, DJe 25/4/2012; e AgRg nos EDcl no REsp 1.100.424-PR, Segunda Turma, DJe 27/4/2011. (AgRg no REsp 1.240.038-PR, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 8/4/2014).

A restituição desses créditos vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar (art. 167, parágrafo único, CTN/1966; Enunciado 188 do STJ¹⁵).

O eg. STJ consolidou o entendimento de que a *taxa de juros de mora incidente, na repetição de indébito de tributos estaduais, deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices seja de juros ou atualização monetária, porque o seu cálculo abrange, além dos juros, a inflação do período* (Enunciado 523 do STJ; REsp 1.111.175-SP, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 10/06/2009).

¹⁴ Anote-se que se legitima ao contribuinte o manejo de mandado de segurança para ver declarado o seu direito à compensação tributária, desde que preenchidos os requisitos da Lei nº 12.016/2009, que, no mesmo sentido, dispõe que não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários (art. 7º, § 2º). Doutra banda, o juiz que julgar a ação mandamental não poderá determinar a convalidação do procedimento compensatório, tendo em vista a necessidade de dilação probatória e por ser essa tarefa reservada à Autoridade Administrativa competente. Nesse sentido: STJ 212. A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória

¹⁵ STJ 188. Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

TAXA SELIC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Na repetição de indébito, os juros SELIC são contados a partir da data da entrada em vigor da lei que determinou sua incidência no campo tributário (art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95). A taxa SELIC reflete, basicamente, as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário e se decompõe de taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado, não podendo ser aplicada cumulativamente com outros índices de reajustamento, tais como UFIR, IPC e INPC. (REsp 210.821-PR, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 3/8/1999).

Quanto à correção monetária, na repetição de indébito tributário, ela incidirá a partir do pagamento indevido (Enunciado 166 do STJ). Decidindo o eg. STJ que esse tema classifica-se como matéria de ordem pública e integra o pedido de forma implícita. Por isso, não caracteriza julgamento *extra* ou *ultra petita* sua inclusão *ex officio* no *decisum* feita pelo juiz ou tribunal; pois, nessa hipótese, conforme precedentes, é prescindível aplicar o princípio da congruência (REsp 1.112.524-DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1º/09/2010).

CONCLUSÃO

Os órgãos da Segurança Pública, na estrutura orgânica dos Estados-membros, tanto na vertente repressiva (Polícia Civil), quanto preventiva (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar) devem ser mantidos pelas receitas públicas de ICMS, IPVA e ITCMD, entre outras dotações não tributárias.

Isto posto, *atividade ampla de prevenção e combate a incêndios* decorrente de um *poder de polícia geral* empreendida pelos Corpos de Bombeiros Militares, órgãos da Segurança Pública dos Estados-membros, devem ser financiados pelas receitas de *impostos estaduais*, porque constituem serviços universais e gerais, isto é, indivisíveis e inespecíficos (*uti universi*), beneficiando e protegendo a comunidade em geral.

Mas legítima é a taxa estadual cujo fato gerador é uma *atividade especial de fiscalização e controle* decorrente de um *poder de polícia específico* levado a cabo pelo órgão castrense, porque configura um serviço público indivisível e específico (*uti singuli*).

E, diante do *decisum*, no recurso extraordinário RE 643.247 (repercussão geral – tema 16), entendemos existente o interesse de agir na ação de devolução de pagamento indevido perante as Fazendas Públicas Municipais e Estaduais.

Configurada assim, na linha da jurisprudência do STF e STJ, a possibilidade jurídica do pedido de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pleito de repetição de indébito pelo recolhimento de tributo tido por inconstitucional, acrescentando-se ao crédito os juros moratórios, a partir do trânsito em julgado da decisão judicial, e a devida correção monetária, a partir do pagamento indevido.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei Federal nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10165.htm

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm

BRASIL. Lei nº 5.172/1966, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciados das súmulas da jurisprudência dominante e precedentes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciados das súmulas da jurisprudência dominante e precedentes. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>

DIREITO AUTORAL NO CINEMA¹

Lucas Mello Caldeira

INTRODUÇÃO

O trabalho a seguir pretende compreender, diante do surgimento de novas mídias de reprodução (*streaming, v.o.d., Netflix, Now, sites de download, etc.*), quem, na criação da obra cinematográfica, deve ser reconhecido como autor. Buscando tal resultado, faz-se necessário entender os conceitos de autoria, bem como os de coautoria, obra coletiva e direitos conexos. Esses conceitos serão analisados, pois, diante da complexidade da obra cinematográfica e da grande quantidade de profissionais que tal obra exige, é fundamental adotar tais conceitos como ferramentas para diferenciar o profissional que tem sua autoria reconhecida, e o profissional cujo labor não enseja autoria, mas sim direito conexo sobre a obra. Por mais importante que seja sua participação.

O uso dessas ferramentas se faz necessário, uma vez que, observando-se o progresso histórico do cinema, é possível perceber como a importância dos membros de uma equipe de filmagem e seus investidores oscilaram ao longo da referida história cinematográfica. História essa que será estudada nesse trabalho, dada a sua importância para compreender a mobilização de profissionais do ramo a disputar, por meio do poder judiciário, pelo reconhecimento de existência de autoria nas obras em que operou.

Em seguida, será pesquisado, nessa monografia, a forma pela qual os profissionais necessários para a confecção de um filme são contratados, e, como esses contratos refletem a complexidade de interesses envolvidos na produção — que vão desde a viabilização financeira até a publicidade do

¹ Labor fruto da monografia orientada pelo Prof. Dr. Pedro Marcos Nunes Barbosa na PUC-Rio.

filme — influenciando e dessa forma determinando o grau de importância de cada membro atuante na criação do filme e de sua exibição nos mais diversos suportes de reprodução da obra cinematográfica, podendo chegar a se irradiar internacionalmente.

CAPÍTULO 1 - DIREITOS AUTORAIS NO CINEMA

1.1. O Direito do Autor

Pode-se afirmar que o Direito de Autor² é o ramo do direito privado que atua sobre as relações jurídicas³ provenientes da criação e da utilização econômica de obras intelectuais⁴ estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.

As relações regidas por esse direito nascem com a criação da obra, surgindo a partir do próprio ato criador, direitos pertinentes ao seu aspecto existencial⁵ e, de outro lado, com sua comunicação ao público, os direitos patrimoniais.

As obras protegidas são aquelas destinadas à sensibilização ou à transmissão de conhecimentos, as obras que se inscrevem na literatura (escrito, poema, romance, conto), nas artes (pintura, escultura, projeto de arquitetura, filme cinematográfico, fotografia) ou nas ciências (relato, tese, descrição de pesquisa, demonstração escrita, bula medicinal).

² A palavra 'direito' foi usada no singular, dando o indicativo de que o autor, criador da obra intelectual, é o detentor de um direito unitário. Todavia, o direito de autor, segundo a doutrina dominante, é de pluralidade, com um direito moral – com diversos atributos – e um direito patrimonial – com a independência de formas de utilização. Razão pela qual a palavra direito deve ser empregada no plural – DIREITOS (Pimenta, 2004. p. 8).

³ A existência desses direitos está em consonância com o artigo 27-2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicado pelas Nações Unidas em 1948, que diz:

Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

No Brasil, o Direito de Autor é garantido pelos art.5º, incisos XXVII e XXVIII da Constituição Brasileira (CRFB/88) e regulada pela Lei 9610/98 (Declaração Universal de Direitos Humanos, Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>).

⁴ Na atualidade, vige a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, como reguladora dos direitos autorais. Os princípios Constitucionais de Direitos Autorais estão contidos no art. 5º, XXVII e XVIII, letras 'a' e 'b', que como já demonstramos é objeto central deste estudo, que analisaremos à frente os princípios (Pimenta, 2004, p. 115).

⁵ São direitos morais do autor: o direito ao inédito, o direito de ter seu nome sempre vinculado à obra, o direito de se opor a quaisquer modificações que nela se pretendam introduzir, e a outras disposições expressamente previstas na lei especial (Abrão, 2002, p. 16).

Na regulamentação dos direitos sobre a obra intelectual, o objetivo básico é proteger o autor e possibilitar-lhe, de um lado, a defesa da paternidade e da integridade de sua criação e, de outro, a fruição dos proventos econômicos, resultantes de sua utilização, dentro da linha dos mecanismos de tutela dos direitos individuais. Por isso é que se relaciona mais a interesses da personalidade (caráter subjetivista e privatista do Direito de Autor) (Bittar, 2008, p. 4-5).

Dentre os direitos patrimoniais, os de maior relevância para seu autor são a de fruir e dispor de sua obra, conforme Aponta Eliane Y. Abrão:

São direitos patrimoniais de autor aqueles inerentes aos atos de fruir e de dispor publicamente da obra do modo que convier a seu titular, observados os preceitos de ordem pública. Dentre os direitos patrimoniais de autor, o mais importante é o direito de reprodução. Por reprodução deve-se entender cópias idênticas de qualquer obra fixada em suporte tal que se lhe permita a extração de exemplares (...).

Em todos a regra é uma só: nenhuma obra do espírito pode ser utilizada publicamente por terceiro sem o prévio e expreso consentimento do titular do direito: o próprio autor, seu herdeiro ou seu sucessor (cessionário ou licenciado) (Abrão, 2002, p. 16).

Para dar continuidade a esse trabalho, trabalhar-se-á mais minuciosamente o direito de autor.

1.1.1. Autoria e Titularidade

Autor é o criador da obra protegida e titular dos direitos. A criação gera um vínculo indissolúvel⁶ entre autor e obra, enquanto a titularidade pode ser adquirida por terceiros em virtude de contrato (inter-vivos) ou em função de sucessão (mortis-causa). A titularidade autoral, condição, pois, que o criador pessoa física detém, originariamente, decorrente da criação *ipso facto*, pode ser transferida a terceiros por vontade dele, ou resultar do fato de sua morte.

⁶ Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou. Lei 5.988/73: Art. 21. O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu. O Glossário da OMPI fixa que o titular do direito de autor “é a pessoa a quem pertence o direito de autor sobre uma obra”. Destes temos o titular originário e o titular secundário. O originário é o autor da obra; e o secundário é aquele que adquire do autor o exercício dos direitos autorais patrimoniais (cônjuge, herdeiros, legatários e cessionários) (Pimenta, 2004, p. 346).

1.2. Condições para se Obter Proteção Autoral

Há algumas características necessárias à obra para alcançar proteção autorial. A obra criativa, para fins de proteção jurídica, precisa ser exteriorizada⁷ e original. A exteriorização é condição mínima para se pretender a incidência da proteção, uma vez que ideias ou simples abstrações não encontram respaldo jurídico. Torna-se, então, fundamental a sua inserção em algum suporte, para que seja possível a concretização de sua proteção.

Cumpra, além disso, ser original, ou seja, ser integrada de componentes organizados de tal forma a não se confundir com outra obra já existente. Há que ser diferente de outras já materializadas.

'Original', porém, é um dos atributos necessários a uma criação para que possa ser trazida ao campo de proteção do direito autorial. Antes de ser original, a criação tem que ser nova, ou seja, não pode ser uma mesma e exata criação já existente, protegida ou em domínio público; mas mesmo nova, é preciso de algo mais.

Alguns autores e decisões vão buscar essa quelque chose no aspecto individual e resultante da contribuição do autor (daí, subjetivo) que caracteriza a criação em face de qualquer outra.

Outros mais atentos (que valorizam mais) à criação como objeto de fruição social, preferem buscar esse algo além da mezinha novidade na contribuição que se faz à cultura, ou conhecimento, o público (Barbosa, 2013, p. 14).

A questão da originalidade, apesar da definição desenvolvida por Denis Borges Barbosa, é muito discutida entre os doutrinadores⁸.

Bittar considera, no entanto, que esta novidade deve ser relativa não se exigindo novidade absoluta, "Basta a existência, pois, de contornos próprios,

⁷ Com efeito, enquanto na mente do autor, não se pode cogitar da proteção legal da obra, que somente passa ao mundo físico quando plasmada na forma possível.

A obra (*corpus mysticum*) deve ser incluída em um suporte material (*corpus mechanicum*), salvo nos casos em que oral é a comunicação, quando se identifica e se exaure, no mesmo ato, a criação (aula, conferência, palestra, discurso, dança, mímica e outras) (Bittar, 2008, p. 23).

⁸ A conceituação de originalidade demandou boas doses de discussões, e mais, ainda, de tinta, de doutrinadores e magistrados, dada a ausência de conceituação legal. Mas não se conseguiu sair do campo da subjetividade. O original presta-se tanto ao conceito de novidade – o que em matéria de criações do espírito é tão relativo quanto contingente –, como ao conceito de matriz, e é nesta última que se encaixam as convenções internacionais mormente as direcionadas pelo sistema da obra publicada (Abrão, 2002, p. 95-96).

quanto à expressão e à composição, para que a forma literária, artística ou científica ingresse no circuito protetor do Direito de Autor” (Bittar, 2008, p. 23).

Leonardo Machado complementa que o trabalho do autor não deve ser cópia de outro trabalho, mas que:

De maneira alguma significa que existe uma originalidade absoluta e que as criações não sejam baseadas em ideias e fatos da cultura popular. Não significa, também, que o trabalho deve ser uma obra fantástica, uma vez que deve apenas satisfazer uma pequena e insignificante parcela de criatividade (Pontes, 2012, p. 93-94).

Deve-se ter em mente, conforme Allan Rocha ressalva, que “Ao mesmo tempo não pode ser a obra uma mera replicação de outra preexistente, pois configuraria uma usurpação de autoria, um plágio” (Souza, 2010, p. 145).

1.3. Obra originária

Não se pode confundir com obra originária como podemos observar no art. 5º, VIII, alínea “f”, é a criação primordial, da qual decorrem outras obras sejam elas adaptadas, traduzidas, etc. da originária⁹. É aquela que pode ser transformada em outras de gênero diferente, tal como um livro que dá origem a um filme.

Diferencia a Eliane Y. Abrão da seguinte forma:

Originária é aquela que pôde ser transformada em outras de gênero diferente, como o livro que deu origem ao filme.

A obra que dá origem a uma série de outras obras semelhantes, inaugurando uma tendência, retira das demais a igual condição de serem originais, no sentido de novas? Não, porque o que realmente distingue uma obra de outra é a sua identidade, a sua individualidade, o resultado criativo da combinação de diferentes elementos comuns (Abrão, 2002, p. 95-96).

Uma vez compreendido o fundamental a respeito da autoria, será abordada agora, a coautoria.

⁹ Originário será a obra da qual se elaboram derivações – construções subsidiárias, como traduções, adaptações da expressão de um romance a uma peça teatral. Derivações Art. 5º Para os efeitos da Lei considera-se: VIII – obra: f) originária – criação primígena; g) derivada – a que, constituindo criação autônoma, resulta da adaptação de obra originária; (...) (Barbosa, 2013, p. 14).

1.4. A Obra em Coautoria e suas Diferentes Modalidades

Obra em coautoria é a criação que resulta do trabalho intelectual de mais de um autor¹⁰, concomitante ou sucessivamente, em partes divisíveis ou comuns, ou em partes indissociáveis¹¹ (art. 5º, VIII, *a* da Lei de Direito Autoral)¹².

Conforme aponta Eliana Y. Abrão, “tanto quanto o autor, a lei considera o coautor aquele, ou aqueles, em cujo nome civil, completo ou abreviado, pseudônimo ou sinal convencional, a obra for publicamente utilizada”¹³.

A obra realizada em coautoria pode contar com uma divisibilidade absoluta¹⁴, resultando da fusão de contribuições individuais, como é o caso de uma antologia de contos ou poemas.

O conceito de obra coletiva é alvo de infundável debate por conta das primeiras leis a codificá-lo¹⁵.

1.5. Obra Cinematográfica

Uma das mais específicas e peculiares das obras coletivas é a cinematográfica,

¹⁰ Mas a criação pode ser resultante do trabalho intelectual de mais de um autor (autoria plúrima), vale dizer, advir de esforços criativos de mais de uma pessoa.

Além disso, o trabalho intelectual de cada elaborador pode, ou não, ser desenvolvido conjuntamente, mantendo, ou não, independência entre si. E mais: o resultado desses esforços pode, ou não, reunir-se em um só momento, ou, ainda, fundir-se, ou não, em uma só forma final.

Ora, desses diferentes fatores apontados, surgem tipos vários de obras intelectuais: obra em colaboração (com independência, ou com fusão das contribuições individuais) e obra coletiva (com fusão entre todas as colaborações em obra final resultante, podendo, no entanto, conforme exista autonomia em relação ao conjunto, ser destacada essa ou aquela criação: música em filme, letra em música, ilustração em livro) (Bittar, 2008, p. 36).

¹¹ Havendo autoria e contribuição plúrima nesta, pode-se ter o fenômeno da soma de aportes num só objeto (o que, genericamente, se diria coautoria) ou a transformação das contribuições num objeto autônomo, diverso da simples soma das partes – quando dos insumos se tem um efeito sinérgico (Barbosa, 2010, p. 242-245).

¹² A definição de obra em coautoria na lei brasileira é mais vaga ainda do que a francesa, tendo o legislador brasileiro apenas repetido o princípio geral de que será coautor aquele cuja obra seja indicada por seu nome ou sinal, (...) (Pontes, 2012, p. 41).

¹³ Tanto quanto o autor, a lei considera o co-autor aquele, ou aqueles, em cujo nome civil, completo ou abreviado, pseudônimo ou sinal convencional, a obra for publicamente utilizada. Na obra divisível, ou composta, como por exemplo, uma canção cuja letra é feita por um autor e a música por outro, cada autor pode fazer livre uso de sua obra desde que destacável da obra comum, e mantidas intactas suas qualidades originais nas utilizações individuais. A Lei veda apenas, a utilização quando prejudicial à exploração da obra comum (§ 2º art 15) (Abrão, 2002, p. 95-96).

¹⁴ Exemplos óbvios de obra plúrima, mas coletiva, são a criação audiovisual, publicitária, o site na internet, os jornais – e, frequentemente, a obra arquitetônica (Barbosa, 2010, p. 242-245).

¹⁵ Os possíveis conflitos sobre a conceituação de obra coletiva existem em função das duas legislações em sua codificação (italiana e francesa). A primeira lei que veio a se referir às obras coletivas foi a italiana, de 1941, com a denominação genérica de ‘opera coletiva’ (Pontes, 2012, p. 113).

que faz parte das obras audiovisuais. As obras audiovisuais são definidas pelo artigo 5º, VIII, “i” da lei 9.610 de 1998¹⁶:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:(...)

VIII - obra: (...)

i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação;

Mais especificamente, a obra cinematográfica é definida pelo artigo 1º da Medida Provisória 2.228-1 de 2001:

Art. 1º Para fins desta Medida Provisória entende-se como:

I - obra audiovisual: produto da fixação ou transmissão de imagens, com ou sem som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão;

II - obra cinematográfica: obra audiovisual cuja matriz original de captação é uma película com emulsão fotossensível ou matriz de captação digital, cuja destinação e exibição seja prioritariamente e inicialmente o mercado de salas de exibição;

III - obra videofonográfica: obra audiovisual cuja matriz original de captação é um meio magnético com capacidade de armazenamento de informações que se traduzem em imagens em movimento, com ou sem som;

A obra cinematográfica¹⁷ é diferenciada em razão de sua finalidade, pois se destina “prioritariamente e inicialmente” ao mercado de salas de exibição. Este

¹⁶ Extraí-se, pois, da definição de obra audiovisual, que qualquer sucessão animada de imagens ou de sons de imagens, fixadas em suporte mecânico e destinadas ao público, por qualquer veículo a alcança-lo, trata-se de uma obra audiovisual (Abrão, 2002, p. 104).

¹⁷ Mas, a mais específica de todas as disciplinas é a obra cinematográfica, que conta com regime peculiar, seja quanto aos titulares, quanto ao alcance dos direitos, ou quanto à respectiva utilização, esta submetida a extensa regulamentação administrativa, inclusive quanto ao registro e à comercialização, pelo CONCINE (Conselho Nacional do Cinema).

De início, há que alertar para a adoção da nomenclatura genérica ‘obra audiovisual’, da qual é parte a cinematográfica (art. 7º, VI), devendo-se anotar que, na terminologia legal, a obra de projeção em tela (art. 5º, inc. VIII, alínea i) pode ser produzida por pessoa física ou jurídica, que toma a respectiva iniciativa, a coordenação e a responsabilidade da feita da obra (Bittar, 2008, p. 77).

é o elemento central que distingue as obras cinematográficas das demais obras audiovisuais, embora continue sendo juridicamente, uma obra cinematográfica, mesmo que transposta para outro suporte, ou seja veiculada por outras mídias, como a TV.

Allan Rocha de Sousa lembra, no entanto, outro tipo de dificuldade:

A complexidade do processo de produção de um filme, com inúmeras contribuições criativas e técnicas, aportes jurídicos, econômicos e administrativos, traz também a dificuldade de definir se são estas obras coletivas, obras coletivas mistas, em colaboração, de autoria singular e até em co-autoria (Souza, 2010, p. 154).

Apesar dos esforços dos doutrinadores, grande é a dificuldade em achar uma definição precisa para a obra cinematográfica no âmbito do direito em coautoria.

1.6. A Configuração da Coautoria no Cinema

Os Direitos de Autor de obra audiovisual são protegidos pela Lei 9610/98¹⁸, que reconhece como coautores¹⁹ da obra audiovisual o autor do assunto ou

¹⁸ Art. 15. A co-autoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.

§ 1º Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.

§ 2º Ao co-autor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, porém, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração da obra comum.

Art. 16. São co-autores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou litero-musical e o diretor.

Parágrafo único. Consideram-se co-autores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra audiovisual.

Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

§ 1º Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.

§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.

§ 3º O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução.

Lei 9.610 de 09 de fevereiro de 1998

¹⁹ As distinções entre as tarefas de mero auxílio intelectual das tarefas de criações diretivas corroboram a fundamentação de o privilégio da coautoria ser delimitado dentro do audiovisual. Nem todos os que participam das tarefas criativas são agentes criativos diretivos, como efetiva inserção de sua personalidade integral. A originalidade e a genialidade insitas à criação das obras formadoras da audiovisual são dirigidas. Portanto, os parâmetros de liberdade do ato de criação são mais restritos. Retrata-se como ato máximo da efetiva personalidade criativa aquele exercício exercido pelo diretor cinematográfico. Ele, como um maestro, rege a equipe e harmoniza o conjunto de contribuições por sua concepção pessoal artística (Crivelli, 2008, p. 170).

argumento literário, musical e o diretor²⁰. Como titular de direito patrimonial e moral sobre a obra audiovisual, cabe exclusivamente ao diretor²¹ o exercício do direito existencial sobre a obra audiovisual. Serão considerados coautores, também os desenhistas e diretores de desenhos animados²².

Muito embora nossa legislação já garanta ao diretor a qualidade de autor²³, ainda não foi regulamentada a remuneração ou recolhimentos relativos aos direitos autorais dos diretores pela comunicação ao público da obra audiovisual. Hoje somente os compositores e intérpretes das obras musicais ou literomusicais recebem pela comunicação ao público de suas obras, incluindo pela execução das obras musicais que tenham sido sincronizadas em obras audiovisuais. Os roteiristas, apesar de reconhecidos como coautores, como os diretores, também não são remunerados.

A comunicação ao público consiste na exibição em vários suportes: através das emissoras de TV, retransmissão (TVs a cabo, streaming) ou mesmo uso secundário, como: hotéis, voos comerciais, restaurantes, etc.

Entre estes coautores, alguns poderão ser destacáveis e terem mesmo alguma autonomia com relação à sua obra independentemente do filme beneficiando-se inclusive de aferição de proveitos próprios com a exploração de suas obras, como é o caso do roteirista e do compositor da música original²⁴.

²⁰ Diferentemente do que vigorava até a lei anterior, o produtor não é mais co-autor legal da obra cinematográfica. Mas pode vir a sê-lo, por convenção, e em duas hipóteses: quando toma a iniciativa do empreendimento, organizando-o, interferindo nos aspectos criativos da obra, ou por cessão dos direitos patrimoniais dos co-autores, roteirista e diretor. O que a nova redação da lei buscou foi excluir o produtor dos direitos e obrigações inerentes à autoria quando do empreendimento só participasse financeiramente (Abrão, 2002, p. 104).

²¹ Os legisladores de 1973 e 1998, ambos reconhecem a importância do autor do assunto (que pode ser o próprio roteirista) ou autores do argumento literário, musical ou lítero-musical e diretor, diferenciando-se a LDA/98 pela exclusão do produtor da lista de coautores. A função do produtor foi adequadamente colocada no plano da responsabilidade econômico-administrativa da produção (Crivelli, 2008, p. 169).

²² No desenho animado, além do roteirista e do diretor, a lei considera co-autores também os desenhistas, o que equivale dizer que a obra audiovisual de desenho animado só poderia ser exibida publicamente se contar com autorização de cada um dos artistas, pessoas físicas autoras dos desenhos (Abrão, 2002, p. 104).

²³ A coautoria da obra audiovisual cinematográfica é fundamentada pelo determinismo diretivo do ato de criação dos argumentistas, e, sobretudo, do diretor. Os criadores diretivos têm maior liberdade artística. São eles que direta ou indiretamente guiam o trabalho, tanto dos cooperadores criativos como dos técnicos (...) (Crivelli, 2008, p. 170).

²⁴ A obra em co-autoria indivisível não se trata de obra maior, mas de obra única, onde as contribuições não existem sem as demais. A lei sugere que a obra em co-autoria indivisível caracteriza pela dependência das contribuições individuais entre si que se fundem numa criação autônoma (ex. a atuação de atores em uma obra audiovisual, programa de computador criado por contribuições individuais de diversos autores etc.) (Pimenta, 2004, p. 341).

A produção de um filme reúne um grande número de participantes. As participações que são consideradas relevantes do ponto de vista artístico e também jurídico variam de acordo com as legislações nacionais dependendo de arbitramento e interpretação jurídica estando sujeitas a ampliação e restrição.

A simples participação em uma obra não garante ou implica necessariamente em erigir-se à condição de coautoria nem estão previstas como remuneradas pela exibição do filme a não ser em disposição em contrário²⁵. Além das supracitadas, outras funções são consideradas expressivas para o resultado final – envolvendo uma expressão pessoal –, como o diretor de fotografia, o elenco, montagem, cenografia, figurinos, o técnico de som incluindo a mixagem. Apesar disso não serão erigidas à condição de coautores.

Há casos particulares que poderão ser eventual e excepcionalmente considerados, como, por exemplo, membros do elenco que participaram de obras que alcançaram uma extensa carreira de exibição inclusive internacional.

Além destas há várias funções técnicas das quais são exemplos os maquinistas, eletricitistas, costureiras, cabeleireiros, motoristas, cozinheiros também não reconhecidas como coautores²⁶.

1.6.1. Todos Devem Ser Coautores

Há quem considere que o justo seria que todos que concorram para a confecção de uma obra cinematográfica deveriam ser reconhecidos como coautores.

Como é afirmado na obra “Colección de Propiedad Intelectual: Obras Originales de Autoría Plural”:

Si tenemos en cuenta – y la industria cinematográfica lo hace, oscars y goyas mediante – las distintas funciones creativas que, más allá de la artesanía y de la técnica, concurren en la obra cinematográfica, colaborando en ella, también habrían de ser considerados coautores de

²⁵ El párrafo indicado aporta um matiz, uma sutileza discutible, que es la siguiente: los guionistas, los músicos y los realizadores son coautores por definición y siempre, por malos que sean y sin que hayan de probar su condición de tales. Las restantes personas antes citadas, por el contrario, solo podrán serlo si participan em la película mediante uma actividad de creación intelectual, participación creativa que tendrían que probar, a lo que parece y por curioso que ello resulte (Valdés, 2012, p 107-108).

²⁶ Ficam, no entanto, apartadas do regime autoral, as participações puramente técnicas na realização do filme, enquanto, ao revés, em sua composição, inúmeras atividades auxiliares geram direitos autônomos, como as autorias do cenário (screen play), da montagem (editing), dos diálogos e da música (Bittar, 2008, p. 77).

la misma los fotógrafos, los montadores, los intérpretes, los directores artísticos, los creadores de los escenarios y de los vestuários, los maquilladores y los generadores de efectos especiales cuando menos, a pesar de lo cual ninguna referencia hay, a los mismos, en el artículo 87 de la Ley de propiedad intelectual, a diferencia, por cierto, de cuanto sucede en el artículo 3º de La Ley del cine de 1966, que, aun sin referirse expresamente a ellos, podría darles cabida en su párrafo final, párrafo que, como se recordará, dice que también podrán gozar de la condición de coautores de la obra cinematográfica las personas naturales que – aun no siendo guionistas, músicos ni directores – participen en la realización de la película ‘mediante una actividad de creación intelectual’ (Valdés, 2012, p. 107-108).

Por outro lado, há uma corrente doutrinária que entenda que tais funções como as do diretor de fotografia, atores e afins não podem ser considerados autores por sua participação ser condicionada apenas a seguirem ordens dos já definidos coautores. Entende nesse sentido o doutrinador Leonardo Machado Pontes:

2.9.1 Critério I: a pessoa responsável pela composição do trabalho e seu direto desenvolvimento é o autor, ao contrário da pessoa que simplesmente segue ordens para executar o trabalho (Pontes, 2012, p. 88).

Continua, ainda, Leonardo Machado Pontes, apresentando o artigo que fundamenta seu entendimento:

Nossa lei, no § 1º do art. 15 estabelece que: “não se considera coautor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra [...] revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio (supra, item 2.5.1 e ss).

Esse artigo somente pode ser lido sob a luz do critério retro, isto é, a pessoa responsável pela composição do trabalho e seu direto desenvolvimento é o autor, ao contrário da pessoa que simplesmente segue ordens para executar o trabalho (Pontes, 2012, p. 89).

Interessante ressaltar que há diferentes interpretações em cada país no que se refere a quais integrantes na criação de uma obra audiovisual devem ser vistos como sendo titulares de direito autoral sobre a obra²⁷.

²⁷ Nos Estados Unidos, o caso *Andrien, Ginsburg* nos faz saber que a corte julgou que um pintor que dá forma concreta ao conceito do cliente, mas que não tenha, sob qualquer forma, “modificado intelectualmente ou aprimorado mecanicamente o conceito, mas que apenas tenha arranjado o mesmo em uma forma que poderia ser fotografada como parte do processo”, não é o autor do quadro.

Nas França, as cortes igualmente distinguem entre *auteur* (autor) e *simples exécutants* (simples executantes), aqueles que cumprem a ordem do autor. Seguem a mesma lógica americana. Por exemplo, se um escultor executa a ordem de (X) sob as regras de sua própria arte e não como um simples modulador, o escultor será

CAPÍTULO 2 - CRIAÇÃO, PRODUÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE UM FILME

2.1. Como se Faz um Filme e Contratos

A confecção de um filme é composta de várias etapas. Como aponta Allan Rocha de Souza, "A produção de uma obra audiovisual é atividade complexa, pois demanda integração de criações diversas em uma obra final diversa, exige organização jurídico-administrativa (...)" (Souza, 2010, p. 151). E essa organização exige um conhecimento vasto sobre o funcionamento do cinema sob a perspectiva jurídica²⁸.

Diante das inúmeras contribuições criativas e técnicas e a complexidade do processo de produção de um filme, faz-se necessária uma organização administrativa, financeira e jurídica da atividade, que assegure a estrutura funcional para a execução da obra cinematográfica.

A realização de direitos, em cinematografia, perfaz-se, na área da criação, pelo sistema contratual, ou por trabalho assalariado, prevendo-se, no primeiro, muitas vezes, cláusulas próprias sobre direitos autorais (Souza, 2010, p. 154).

O ponto de partida da produção de um filme poderá ser um produtor que reúne uma equipe²⁹ em função de uma ideia e passará a ser o detentor da

autor. Se ele executa as ordens como um mero modulador, sem aprimorar a obra sob qualquer aspecto, será um executante.

A Lei de Direito de Autor chinesa, promulgada em 7 de setembro de 1990, em seu art. 51, determina que banquan (copyright) e zhuzuquan (droit d'auteur) são termos sinônimos, usados na China. O interessante em relação à legislação chinesa é que aquele Estado teve de escolher entre adotar o sistema do copyright – anglo-saxão – ou o sistema do droit d'auteur – continental.

Este último acabou prevalecendo para os chineses, de modo que o art. 3º da Lei de Direito de Autor determinou criação nos seguintes termos: "[...] não são criações todas as atividades em suporte da criação de outras pessoas, como a conduta organizacional, prover opiniões consultivas ou condições materiais, ou executar outras operações com natureza de auxílio" (Pontes, 2012, p. 88-89).

²⁸ Não importa se você é um novato ou se já é produtor experiente, é necessário ter uma relação sólida com um advogado especializado em indústria do entretenimento que possa assessorá-lo antes que você feche qualquer negócio. A indústria do entretenimento é regida por leis altamente especializadas, e um advogado certificado nessa área não conhece apenas as leis federais e estaduais, mas também está familiarizado com contratos complexos, autorizações, direitos autorais e vários outros documentos necessários para proteger o projeto (Kellison, 2007, p. 108).

²⁹ A relação entre tais profissionais deve ser amparada por instrumentos contratuais específicos, expressos e escritos, buscando sempre a harmonização e o equilíbrio dos interesses das partes, contendo a previsão de todas as possibilidades de decorrências contratuais detalhadas.

Existem campos distintos dentro do universo da contratação nos quais os limites e fronteiras ora tocam os parâmetros legais, ou os interesses particulares dos envolvidos. As partes poderão negociar livremente os aspectos que não contrariarem os limites mínimos e máximos estabelecidos pelos textos legais. A titularidade no contrato de produção de obra audiovisual cinematográfica é regulada de forma integrada pela legislação

titularidade da obra final ou de um diretor que a partir de uma ideia decide realizar a obra e passa a alavancar recursos de formas diversas para a sua viabilização, somando aos direitos morais da obra os direitos de titularidade. Tradicionalmente, no Brasil, quando o diretor acumula sua função precípua com a de produtor do filme, classifica-se como “produção independente” (Caldeira, 2016).

A “ideia” de um filme pode estar materializada neste primeiro momento, de formas diferentes. Pode resumir-se a algumas páginas escritas num texto original ou basear-se³⁰ num livro, numa notícia de jornal, numa peça teatral, uma canção, uma ópera, enfim, em qualquer narrativa independentemente do suporte.

A esta altura, faz-se necessária a obtenção dos direitos de filmagem e exploração comercial da obra – um simples trabalho de roteirização poderá ser considerado uma contrafação sujeita a sanção. Passa então a ser desenvolvido um argumento apresentando o enredo completo do filme, de preferência já com indicação de sequências.

O primeiro passo para a produção é a aquisição contratual da história sobre a qual o filme será desenvolvido. Apenas a partir da obtenção dos direitos de filmagem e exploração comercial da obra é que as próximas etapas são juridicamente possíveis (Souza, 2010, p. 149).

Direitos podem ser adquiridos por qualquer pessoa, física ou jurídica, um dos componentes da equipe do filme ou não, ligado à produção do filme ou não.

Assim, quando o filme resulta de outra obra existente, firma-se contrato de adaptação com o autor, remunerando-se o titular. O adaptador, por sua vez, também por via contratual, realiza a sua atividade, assim como o diretor, o roteirista, os atores, os músicos e outros criadores – até por meio de trabalho assalariado – e à existência de previsão expressa, o pagamento dos direitos autorais segue as disposições referidas. Podem, no entanto, as partes estipular condições próprias, respeitadas as regras

internacional – Lei n.9.610, de 19 de fevereiro de 1998 - , complementada pela Convenção de Berna e, ainda, pela Convenção Universal de Paris e pela Convenção de Roma, na medida da utilização de tipos diversos de obras intelectuais , como a literária, a musical (fonogramas) , e regulados, respectivamente , pelas Convenções mencionadas (Bittar, 2008, p. 58).

³⁰ A realização de direitos, em cinematografia, perfaz-se, na área da criação, pelo sistema contratual, ou por trabalho assalariado, prevendo-se, no primeiro, muitas vezes, cláusulas próprias sobre direitos autorais. Assim, quando o filme resulta de outra obra existente, firma-se contrato de adaptação com o autor, remunerando-se o titular. O adaptador, por sua vez, também por via contratual, realiza a sua atividade, assim como o diretor, o roteirista, os atores, os músicos e outros criadores – e até por meio de trabalho assalariado – e à existência de previsão expressa, o pagamento dos direitos autorais segue as disposições referidas. Podem, no entanto, as partes estipular condições próprias, respeitadas as regras da legislação autoral (em especial, definidas nos arts. 81 a 86) (Bittar, 2008, p. 78).

da legislação autoral (em especial, definidas nos arts. 81 a 86) (Bittar, 2008, p. 78).

Passa então a ser desenvolvido um argumento apresentando o enredo completo do filme, de preferência já com indicação de sequências. O argumento serve então de base para a elaboração de um roteiro que é um texto onde se apresenta o filme que deve ser rodado de forma completa. Além de ser dividido em sequências, deverá conter o perfil e demais indicações dos personagens, dos diálogos, cenários de cada sequência e, em certos casos, poderá ser “decupado”, ou seja, poderá apresentar inclusive o detalhamento de cada plano a ser filmado e dos movimentos de câmera.

A partir do argumento cinematográfico faz-se o desenvolvimento da história com descrição dos personagens, desenvolvimento de diálogos e inclusão das sequências. Este é o trabalho dos roteiristas, desenvolverem o argumento cinematográfico ao ponto de filmagem, tornando-se, de fato, um roteiro para a filmagem. (...) Há também, em alguns casos, a figura específica do dialoguista, como pessoa responsável por desenvolver os diálogos dos personagens (Souza, 2010, p. 149).

O roteiro é um texto onde se apresenta o filme que deve ser rodado de forma completa. Além de ser dividido em sequências, deverá conter o perfil e demais indicações dos personagens, dos diálogos, cenários de cada sequência e, em certos casos, poderá ser “decupado”, ou seja, poderá apresentar inclusive o detalhamento de cada plano a ser filmado e dos movimentos de câmera.

Sobre o contrato do roteirista, afirma Allan Rocha:

Em razão destas especificidades, os contratos com roteiristas devem conter, além dos prazos e valores, também disposições regulamentando os direitos de modificação do roteiro e o reconhecimento dos créditos a serem atribuídos. É igualmente importante a autorização para a filmagem do roteiro e posterior comercialização do filme. É relevante ressaltar que a legislação especial presume o direito de exploração comercial do filme uma vez autorizada sua produção (Souza, 2010, p. 150).

Apesar da importância que tem o roteirista, até os tempos atuais esse é muitas vezes diminuído no meio cinematográfico³¹.

³¹ Cesar Mémolo disse que muitos realizadores não têm a maturidade profissional nem senso crítico para aceitar a colaboração do roteirista, que ele considera fundamental: os realizadores, em sua maioria, acham que basta uma boa idéia para daí nascer um grande filme. Salientou também a importância de outra figura que só agora está surgindo no Brasil: a do produtor executivo. ‘Deste o Cinema Novo, ainda não surgiu o cinema inspirado pelo produtor’.

É importante lembrar que, para que seja resguardado o direito sobre a obra cinematográfica, deve se realizar o registro.

2.2. Registro do Título do Filme

No cinema brasileiro é habitual que se faça um registro do título do filme e do roteiro na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro. Essa iniciativa poderá ser utilizada numa disputa posterior de exclusividade.

O registro da obra, como, aliás, ocorre no conjunto do nosso sistema de direito autoral, não é indispensável para obter a proteção: o titular da obra pode, mas em geral não é obrigado a levar a registro sua criação. A propriedade sobre a obra autoral nasce sobre o ato de criação original, e qualquer evidência desta criação substituirá o registro (Barbosa, 2013, p. 39).

Com o roteiro nas mãos, o diretor³² do filme passa à escolha da equipe: dos intérpretes³³ que irão compor o elenco do filme³⁴, do figurinista, do cenógrafo, do técnico de som direto, do diretor da fotografia, das locações e do equipamento.

Os produtores e roteiristas geralmente vão a reboque do realizador, de quem parte a proposta do filme, e que quase sempre também é o seu próprio produtor.

O roteirista, portanto, em lugar de exercer a sua capacidade de criar boas histórias, fica limitado a fazer trabalhos por encomenda.

O roteirista Leopoldo Serran disse que não é bom impor um roteirista ao diretor, porque quebra a unidade autoral de um filme (Chaves, 1987, p. 39).

³² O contrato de direção se veste de grande importância, visto que é o diretor a pessoa responsável pela integração artística das contribuições individuais e pela feitura do próprio filme. É também o diretor o único habilitado pela lei especial para o exercício dos direitos morais sobre a obra final. Este contrato é revestido de uma peculiaridade que é o direito ao “corte final”, que identifica aquele a quem cabe decidir sobre a versão final do filme após o processo de edição, e reflete o debate sobre a natureza da obra autoral – se coletiva, em colaboração ou de autoria individual –, sobre a relação entre os direitos morais e patrimoniais e a extensão da liberdade contratual. Ainda que extremamente interessante, o seu aprofundamento foge aos objetivos específicos deste trabalho. Ainda assim é importante ressaltar que a conclusão sobre a validade de uma cláusula de corte final que transfira ao produtor, atribua exclusivamente ao diretor ou regulamente o exercício coletivo desta decisão é dependente da decisão sobre a natureza desta obra. A produção de uma obra audiovisual é atividade complexa, pois demanda integração de criações diversas em uma obra final diversa, exige organização jurídico-administrativa (Souza, 2010, p. 151).

³³ A categoria ‘artistas’ é bem ampla, incluindo atores e atrizes que representam os principais papéis e os que representam os menores, convidados especiais, narradores, figurantes, mágicos dublês, malabaristas, assim como figurantes e “pessoas de verdade”. Muitos fazem parte de um sindicato de artistas, embora nem todos os bons atores sejam membros de um sindicato e nem todos os membros de um sindicato sejam bons atores. Contudo, muitos dos atores mais experientes e profissionais fazem parte de sindicatos. Esses sindicatos impõem, regras específicas de condições de trabalho para os artistas (Kellison, 2007, p. 160).

³⁴ Os contratos dos intérpretes devem atender as exigências da Lei 6.533, de 24 de maio de 1978, que regulamenta o exercício da profissão nos espetáculos de diversão. Entre as disposições está a obrigatoriedade de aprovação dos termos contratuais pelo Sindicato da respectiva classe. A legislação estabelece também a obrigatoriedade de inúmeras cláusulas como locais de atuação, folga semanal e ajustes para viagem. Mesmo que contenha cláusula de exclusividade, esta não pode ser compreendida como impedimento do exercício da profissão em atividade diversa da ajustada no contrato de trabalho, funcionalizando o contrato em razão da atividade a ser exercida (Souza, 2010, p. 150).

As cenas filmadas não obedecem necessariamente à ordem cronológica do roteiro (Abrão, 2002, p. 105) e, depois de reveladas em laboratórios especializados, são editadas pelo montador na ordem proposta pelo roteiro, ou numa nova concepção adotada pelo diretor a partir da filmagem³⁵.

Procede-se então à sonorização, colocação da música, que poderá ser original especialmente para o filme ou com compra de direitos de obras já prontas³⁶. Finalmente, procede-se à mixagem e confecção da cópia final em laboratório.

2.3. Direitos Conexos

Quando se estuda o direito sob a perspectiva do ramo cinematográfico, torna-se importante também tratar dos direitos conexos, que Bittar assim define:

Direitos conexos são os direitos reconhecidos, no plano dos de autor, a determinadas categorias que participam da criação ou na produção ou, ainda, na difusão da obra intelectual. São os denominados direitos 'análogos' aos de autor, 'afins', 'vizinhos', ou, ainda 'parautorais', também consagrados universalmente (Bittar, 2008, p. 152).

Nas obras ditas conexas³⁷, considera-se que estas ganham vida própria, autônoma e recriada ao trabalhar sobre outras já existentes e materializadas.

Conforme o artigo 89 da Lei de Direito Autoral, “as normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtos fonográficos e das empresas de radiodifusão”.

Porém, cabe se atentar ao fato que os limites dos direitos conexos são de difícil aferição:

Discute-se a respeito de seu alcance na doutrina, inserindo-se nesse

³⁵ Alguns diretores chamam a atenção para o fato de que o filme renasce a cada etapa da produção, condição necessária para que chegue ao seu destino final com vivacidade e pulsação. O que se filma, dizem, não é mais o que está escrito. E o que sai da sala de montagem não é mais o que foi filmado. A feitura do filme, obra viva e coletiva, é um processo de constante renovação (Marques, 2007, p. 21).

³⁶ Os contratos para inclusão de obra musical ou lítero-musical em obra audiovisual têm por objeto o direito de sincronização musical. Estas obras podem ou não ser elaboradas especificamente para o filme. Se forem criadas especialmente para o filme devem conter ainda o prazo, a remuneração e, se for conveniente, os direitos de modificação (Souza, 2010, p. 150).

³⁷ Outrossim, os direitos conexos em filmes (inclusive publicitários) ficam sujeitos às normas específicas (art. 89 e segs.) e às leis especiais citadas (prevalecendo, quanto a artistas, as normas da Lei nº 6.533/78, em especial, a do art. 13, que impede cessão de direitos – sendo devidos estes em cada exibição da obra – e a do art. 14, sobre os dados mínimos do contrato, quando para publicidade o filme) (Bittar, 2008, p. 77).

conceito, ora uns, ora outros auxiliares da produção e da divulgação da obra intelectual. As legislações costumam também incluir, em seu rol, diferentes categorias como titulares de direitos conexos (Bittar, 2008, p. 152).

Apesar disso, algumas criações são reconhecidas pela doutrina como sendo tipicamente protegidas pela conexão³⁸. Nessas incluem-se as interpretações artísticas (elaboração de personagens, papéis); os cantores, músicos, orquestras, arranjadores que apresentam versões variadas de uma determinada composição musical³⁹. É o caso de “Aquarela do Brasil”, composta por Ary Barroso (cantada por Gal Costa, Ney Matogrosso, Frank Sinatra, Erasmo Carlos, Carmen Miranda, entre outros). Zé Carioca, personagem de Walt Disney, em sua primeira aparição, canta e dança no filme “Aquarela do Brasil” – um desenho animado – a música de Ary Barroso. Considera-se também nesse campo, a materialização desses sons em discos, fitas, transmissões e retransmissões de rádio, televisão e equiparados por produtores de fonogramas (Bittar, 2008, p. 155).

2.4. Comercialização: Distribuição e Exibição

Concluído o filme o passo seguinte é sua comercialização, ou seja, sua exibição visando aferição de lucros. O principal responsável será o produtor do filme, atendendo à expectativa de todos os participantes⁴⁰, sejam coautores ou não⁴¹. Com a divulgação do filme o profissional realiza-se: ou através das rendas, ou pelo reconhecimento do seu trabalho, que poderá inclusive gerar novas ofertas

³⁸ Quanto ao direito conexo, um direito deriva de outro (direito de autor), existem diversas nomenclaturas usadas para designar os direitos oriundos do artista, dos intérpretes, dos executantes, produtores de fonogramas e das empresas de radiodifusão, cuja natureza jurídica é a mesma dos direitos de autor. Estes direitos conexos tiveram sua tutela mundial fixa pela Convenção de Roma (reconhecida no Brasil pelo Dec. 57.125/65 – tema que será tratado no livro a seguir) (Pimenta, 2004, p. 17-18).

³⁹ A par dos direitos autorais, o direito vem reconhecendo os chamados direitos conexos (droits voisins, neighboring rights). Na lei autoral, o art 89 dispõe que “as normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtos fonográficos e das empresas de radiodifusão”. A lei ainda precisa que a proteção aos direitos previstos neste artigo deixa intacta e não afeta as garantias asseguradas aos autores das obras literárias, artística se científicas (Barbosa, 2013, p. 11).

⁴⁰ Autores e intérpretes, em virtude da presunção legal do art. 81 da lei 9.610/98, quando autorizam a utilização de suas obras para a confecção de um filme, salvo convenção em contrário, consentem na sua utilização econômica, o que equivale dizer, que não poderão posteriormente negar ao diretor ou ao produtor direitos de comercialização, ou restringi-los. Essas autorizações devem ser escritas, têm caráter de exclusividade e só cessam dez anos após a celebração do contrato. Garante-se, portanto, ao titular do direito patrimonial do filme, uma espécie de “franquia” de direito de autor e de direito conexo pelo período de dez anos, que não pode ser reduzido por contrato pois se trata de um ‘ piso’ legal (Abrão, 2002, p. 106).

⁴¹ Incumbiu o legislador ao produtor a obrigação de mencionar em cada cópia do filme: I – o título da obra audiovisual; II – os nomes ou pseudônimos do diretor e dos demais co-autores; III – o título da obra adaptada e seu autor, se for o caso; IV – os artistas intérpretes; V – o ano da publicação; VI – o seu nome ou marca que o identifique (art. 81, § 2º da Lei 9.610/98) (Abrão, 2002, p. 106).

de trabalho. Neste momento faz-se necessário que todas as exigências legais tenham sido atendidas durante a confecção da obra⁴².

2.4.1. A Distribuidora

Para exibir o filme, o primeiro passo é assinar um contrato com uma distribuidora⁴³. O distribuidor deverá procurar os exibidores, os donos das salas de exibição tradicionais.

É importante recordar que, celebrada a contratação com exibidores e os proprietários de salas de exibição, deve, parte da renda aferida, ser utilizada com o propósito de remunerar os profissionais que trabalharam na criação da obra cinematográfica⁴⁴, lembrando que há uma diferenciação na remuneração daqueles que se configuram como coautores⁴⁵.

Uma vez esgotado este mercado, deverá ser considerada sua exibição em vídeo e DVD. A etapa seguinte será procurar os canais de TV abertos ou fechados, e finalmente os mais recentes sites de *streaming*, como Netflix e Now, e canais *on demand*⁴⁶. Outro fator importante na etapa de distribuição de um filme é a preocupação com a comercialização do mesmo no exterior.

⁴² É o instrumento contratual que permanecerá regulando e harmonizando as relações entre os colaboradores desde as negociações, durante a realização da produção da obra audiovisual e, posteriormente, na industrialização, comercialização e distribuição da película cinematográfica nos suportes ajustados. O produto industrializado entrará no mercado, podendo atingir uma distribuição tal que tornará ilimitada a permanência do filme no tempo e nas telas comerciais ou domésticas de todo o mundo.

O contrato é um instrumento idôneo para estabelecer as relações patrimoniais entre as partes, reconhecendo em seu bojo respeito à vontade dos sujeitos, como também revelando as consequências jurídicas perante as obrigações e as disposições legais (Crivelli, 2008, p. 57).

⁴³ Sobre o produto sob sua responsabilidade não tem o distribuidor qualquer direito autoral, mas apenas direitos de comercialização limitados ao estabelecido contratualmente, como em uma relação empresarial típica.

Os contratos de distribuição cinematográfica têm por objeto exclusivamente a promoção e licenciamento dos direitos sobre o filme, que nada mais é do que o direito de distribuir o filme, não se relacionando, portanto, com o conteúdo de direitos autorais incidente sobre a obra (Souza, 2010, p. 151).

⁴⁴ A remuneração aos artistas intérpretes deverá ser feita pelo diretor ou pelo produtor, conforme o caso, mas a dos direitos de execução pública das obras e fonogramas incluídos nos filmes deverão ser recolhidos pelos donos dos estabelecimentos mencionados no § 3º do art. 68, ou pelas emissoras de TV que as transmitirem (Abrão, 2002, p. 106).

⁴⁵ A remuneração dos co-autores, a par dos proventos referentes à criação, compreende percentual correspondente à utilização econômica da obra, obedecidos os parâmetros legais (art. 84).

⁴⁶ Como forma de garantir que todas as oportunidades sejam exploradas ao máximo é comum o estabelecimento de “janelas” de exploração, que são condições suspensivas impostas ao exibidor como forma de impedir que sua exploração em determinada mídia prejudique a utilização em outra, seguindo uma ordem que se pressupõe ser a mais rentável. Desta forma, por exemplo, o mercado de vídeo só pode ser explorado após um determinado prazo do lançamento da obra em salas de exibição, e a televisão aberta só poderá exibir o filme após determinado tempo de exibição na televisão paga (Souza, 2010, p. 151).

2.5. O Mercado de Salas de Exibição

Note-se que apesar do grande crescimento das mídias alternativas, as salas tradicionais ainda continuam sendo importantes no mercado audiovisual brasileiro.

Em agosto de 2016 o Brasil passou a contar com 3126 salas de cinema quando em 2002 era (sic) apenas 1635 salas em todo o país. 'Ao longo de 2015, a bilheteria das salas cresceu quase 10%. Número de salas, cresceu 9%. Em 2016, o setor segue crescendo e se expandindo', diz Rangel. 'Vamos vender 190 milhões de ingressos em 2016', completa (Lauterjung, Audiovisual injetou R\$ 24,5 bilhões na economia em 2014, aponta Ancine, Acesso em 11 nov. 2016).

É importante recordar que, celebrada a contratação com exibidores e os proprietários de salas de exibição, deve, parte da renda aferida, ser utilizada com o propósito de remunerar os profissionais que trabalharam na criação da obra cinematográfica⁴⁷, lembrando que há uma diferenciação na remuneração daqueles que se configuram como coautores⁴⁸.

Sobre o produto sob sua responsabilidade não tem o distribuidor qualquer direito autoral, mas apenas direitos de comercialização limitados ao estabelecido contratualmente, como em uma relação empresarial típica.

Os contratos de distribuição cinematográfica têm por objeto exclusivamente a promoção e licenciamento dos direitos sobre o filme, que nada mais é do que o direito de distribuir o filme, não se relacionando, portanto, com o conteúdo de direitos autorais incidente sobre a obra⁴⁹.

Com a divulgação do filme o profissional realiza-se: ou através das rendas, ou pelo reconhecimento do seu trabalho. Neste momento faz-se necessário que todas as exigências legais já tenham sido estabelecidas durante a confecção da obra⁵⁰.

⁴⁷ A remuneração aos artistas intérpretes deverá ser feita pelo diretor ou pelo produtor, conforme o caso, mas a dos direitos de execução pública das obras e fonogramas incluídos nos filmes deverão ser recolhidos pelos donos dos estabelecimentos mencionados no § 3º do art. 68, ou pelas emissoras de TV que as transmitirem (Abrão, 2002, p. 106).

⁴⁸ A remuneração dos co-autores, a par dos proventos referentes à criação, compreende percentual correspondente à utilização econômica da obra, obedecidos os parâmetros legais (art. 84).

⁴⁹ Sobre o produto sob sua responsabilidade não tem o distribuidor qualquer direito autoral, mas apenas direitos de comercialização limitados ao estabelecido contratualmente, como em uma relação empresarial típica. Os contratos de distribuição cinematográfica têm por objeto exclusivamente a promoção e licenciamento dos direitos sobre o filme, que nada mais é do que o direito de distribuir o filme, não se relacionando, portanto, com o conteúdo de direitos autorais incidente sobre a obra (Souza, 2010, p. 151).

⁵⁰ É o instrumento contratual que permanecerá regulando e harmonizando as relações entre os colaboradores desde as negociações, durante a realização da produção da obra audiovisual e, posteriormente, na

Autores e intérpretes quando autorizam a utilização de suas obras para a confecção de um filme, salvo convenção em contrário, consentem na sua utilização econômica, o que equivale dizer, que não poderão posteriormente negar ao diretor ou ao produtor direitos de comercialização, ou restringi-los⁵¹.

A indústria audiovisual brasileira vem, a cada dia, aumentando sua arrecadação. Ao captar recursos para a produção das obras, movimentando toda uma linha de produção, podem ser estabelecidos compromissos com os mais diversos fornecedores de produtos e prestadores de serviços que não devem entrar em choque com os contratos assinados com a equipe do filme. Sendo assim, é preciso um grande cuidado na elaboração desses contratos. A notória dificuldade, muitas vezes técnica, de expor, com clareza, em um instrumento, determinado tipo de vontade do contratante, bem como todo o tipo de situação jurídica que possa vir a ocorrer entre duas ou mais partes aumenta-se a probabilidade de ações judiciais e respectivas condenações que podem representar severos abalos no orçamento dos jogadores envolvidos no processo de produção (Galvão, 2010, p. 45).

A título de exemplo, uma das mais respeitadas e requisitadas atrizes da televisão brasileira ajuizou ação contra produtora de determinada obra cinematográfica na qual atuou, ao constatar que foram usadas, sem seu conhecimento, imagens da personagem que interpretava anunciando, em praticamente todas as revistas semanais, internet, televisão e vitrines no Brasil inteiro, os produtos de famosa loja de móveis planejados⁵².

industrialização, comercialização e distribuição da película cinematográfica nos suportes ajustados. O produto industrializado entrará no mercado, podendo atingir uma distribuição tal que tornará ilimitada a permanência do filme no tempo e nas telas comerciais ou domésticas de todo o mundo.

O contrato é um instrumento idôneo para estabelecer as relações patrimoniais entre as partes, reconhecendo em seu bojo respeito à vontade dos sujeitos, como também revelando as consequências jurídicas perante as obrigações e as disposições legais (Crivelli, 2008, p. 57).

⁵¹ Essas autorizações devem ser escritas, têm caráter de exclusividade e só cessam dez anos após a celebração do contrato. Garante-se, portanto, ao titular do direito patrimonial do filme, uma espécie de “franquia” de direito de autor e de direito conexo pelo período de dez anos, que não pode ser reduzido por contrato pois se trata de um ‘piso’ legal (Abrão, 2002, p. 106).

⁵² (...) a atriz ajuizou ação ordinária, com pedido de liminar para que a empresa que fazia uso de suas imagens cessasse e retirasse imediatamente do mercado toda campanha publicitária. Pediu o pagamento de indenização por danos materiais pelo uso não consentido, tomando como base os valores das campanhas realizadas diretamente por ela, bem como o pagamento da multa prevista no contrato, haja vista a infração cometida pela produtora. Requereu ainda a indenização pelos danos morais sofridos, cujo arbitramento deveria levar em conta o seu prestígio e boa fama, sendo o seu parâmetro também baseado na gravidade do dano e na capacidade econômica da vítima, justamente como forma de conferir mais legitimidade às reparações de caráter civil (Galvão, 2010, p. 43).

No caso em tela, não fosse a celebração de acordo entre as partes, teria sido pedido da autora julgado procedente, haja vista interpretação do juiz no sentido de entender não ser “exploração econômica” constante no contrato da autora abrangente a publicidades comerciais de divulgação de produtos como, no processo em questão, móveis prontos⁵³.

2.5.2. A Exibição na Televisão e Novas Mídias

Uma vez esgotado este mercado, deverá ser considerada sua exibição em vídeo e DVD. Para que sejam exploradas todas as oportunidades ao máximo são estabelecidas as chamadas “janelas” de exploração, condições suspensivas determinadas ao exibidor com o propósito de coibir que a exploração da obra em determinada mídia prejudique a utilização em outra, prosseguindo em uma ordem que se assume ser a mais rentável. A etapa seguinte será procurar os canais de TV abertos ou fechados, e finalmente os mais recentes sites de *streaming*, como Netflix e Now, e canais *on demand*⁵⁴.

CAPÍTULO 3 – OS DIREITOS AUTORAIS HOJE

3.1. Quem tem Direitos Sobre a Exibição e Novas Mídias

No momento há uma grande polêmica não só com relação à autoria no cinema como aos direitos de titularidade. Diversas associações e representantes de várias categorias se movimentam para modificar as legislações vigentes que determinam o acesso a rendimentos aferidos sobretudo da exibição.

Como se sabe, atualmente no Brasil muito embora nossa legislação já garanta ao diretor a qualidade de autor⁵⁵, ainda não foi regulamentada a remuneração ou

⁵³ Contudo, o magistrado não aceitou a tese de defesa. Na decisão, foi cuidadosamente analisado o teor do contrato, cuja conclusão foi que, de fato e de direito, não haveria cláusula expressa quanto ao uso das imagens para exploração publicitária (Galvão, 2010, p. 43).

⁵⁴ Como forma de garantir que todas as oportunidades sejam exploradas ao máximo é comum o estabelecimento de “janelas” de exploração, que são condições suspensivas impostas ao exibidor como forma de impedir que sua exploração em determinada mídia prejudique a utilização em outra, seguindo uma ordem que se pressupõe ser a mais rentável. Desta forma, por exemplo, o mercado de vídeo só pode ser explorado após um determinado prazo do lançamento da obra em salas de exibição, e a televisão aberta só poderá exibir o filme após determinado tempo de exibição na televisão paga (Souza, 2010, p. 151).

⁵⁵ A coautoria da obra audiovisual cinematográfica é fundamentada pelo determinismo diretivo do ato de criação dos argumentistas, e, sobretudo, do diretor. Os criadores diretivos têm maior liberdade artística. São

recolhimentos relativos aos direitos autorais dos diretores pela comunicação ao público da obra audiovisual. Somente os compositores e intérpretes das obras musicais ou literomusicais (Bastos, *Os Direitos da Obra do Autor em Face das Atribuições do ECAD*, Acesso em 09 out. 2016). Recebem pela comunicação ao público de suas obras, incluindo pela execução das obras musicais que tenham sido sincronizadas em obras audiovisuais. Os roteiristas, apesar de reconhecidos como coautores, como os diretores, também não são remunerados. Além disso, a impossibilidade de cada autor controlar a utilização de sua obra, em todos os cantos do país e do mundo, fez com que eles se reunissem em organizações internacionais também para recolhimento dos rendimentos aferidos, em torno de interesses comuns. Surgem mundialmente gestores destes direitos.

No Brasil, a mais antiga gestora de direitos autorais é o ECAD, dos músicos. E acaba de ser fundada a DBCA Diretores Brasileiros do Audiovisual que aliou-se aos roteiristas para buscar a isonomia com os músicos.

3.2. O ECAD Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

A única arrecadadora de direitos existente no Brasil é ligada aos músicos – O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)⁵⁶. Trata-se de uma sociedade civil, de natureza privada, constituída para reunir as associações da área musical. Com sede no Rio de Janeiro, foi instituído pela Lei 5.988 de 1973, artigo 115, passando a funcionar quatro anos depois e é mantido pelo atual estatuto do direito autoral: a Lei 9.610/98.

Os músicos, além dos produtores, são os únicos coautores do audiovisual que auferem uma remuneração proveniente de uma percentagem sobre o valor do ingresso – têm direito a 5% recolhido pelo ECAD (Escritório Central

eles que direta ou indiretamente guiam o trabalho, tanto dos cooperadores criativos como dos técnicos (...)
(Crivelli, 2008, p. 170).

⁵⁶ Podemos definir a gestão coletiva como a atividade administrativa que permite aos titulares de direitos autorais e conexos receberem a remuneração pelo uso de suas obras. Ela consiste basicamente nos autores titulares se juntando em associações, delegando a elas a faculdade de praticar em nome deles os atos para a defesa dos seus direitos, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de pessoalmente exercer essa administração. Uma sociedade de gestão coletiva nada mais é do que um ente que atua como mandatário de diversos titulares de direito autorais, com o poder de praticar atos como a autorização prévia pelo uso das obras, e o recolhimento dos usuários dos valores devidos pela utilização das obras protegidas (Francisco; Valente, 2016, p. 113).

de Arrecadação e Distribuição). No caso do audiovisual, quando o músico é contratado para criar a música a ser sincronizada com o filme, assina contrato com o produtor e recebe pelo seu trabalho. Além disso, a trilha musical de um filme pode ser considerada de forma autônoma, sendo negociada com uma gravadora que, por sua vez, vende as mídias aos consumidores. Tanto a música como o filme, quanto mais comercializados e divulgados (inclusive via rádio ou televisão), mais lucro irá gerar para a gravadora, produtores e veículos de divulgação e exibição. Os músicos defendem a participação nesta arrecadação. Cada vez que um filme, série de TV ou novela é exibido os músicos têm seu direito autoral garantido. A reivindicação dos roteiristas e diretores é pela equiparação.

O ECAD Congrega cerca de 10 associações de músicos, autores e compositores empreendendo um processo de unificação da cobrança dos direitos de execução musical. Ou seja, cobram direitos de autor por qualquer tipo de execução pública de música.

O ECAD tem os seguintes objetivos:

- 1. Autorizar a utilização de obras intelectuais, mantidas sobre a sua guarda;*
 - 2. Arrecadar e distribuir os direitos relativos à execução pública das obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão, transmissão por qualquer modalidade e a da exibição audiovisual;*
 - 3. Realizar atividades de assistência social, de estímulo à criação intelectual e outra discriminadas em seu estatuto;*
 - 4. Atuar judicial ou extrajudicialmente, em nome próprio, para a consecução de suas finalidades e defesa dos direitos morais e patrimoniais dos autores e titulares de direitos autorais ligados à música (Bastos, Os Direitos da Obra do Autor em Face das Atribuições do ECAD, Acesso em 09 out. 2016).*
- E compete exclusivamente ao ECAD, as atribuições de arrecadação e a distribuição dos direitos relativos à execução pública.*

3.3. Diretores Brasileiros de Cinema e do Audiovisual

Em setembro de 2015 foi fundada a associação de captação de direitos autorais Diretores Brasileiros de Cinema e do Audiovisual (DBCA). A DBCA é uma Sociedade que tem como objetivo realizar a gestão coletiva de direitos

autorais dos diretores de cinema e do audiovisual brasileiros⁵⁷, com o apoio de seus afiliados e de associações congêneres da América Latina e da Europa, que já realizam a gestão coletiva em seus territórios. Trata-se da única entidade brasileira dedicada exclusivamente ao pagamento de direitos autorais devidos aos realizadores (cineastas, diretores de televisão, minisséries, documentários e filmes de animação), tanto no país como do exterior.

Muitas vezes o controle e a cobrança, de forma individual, pelo uso de obras de sua autoria podem ser difíceis e onerosos para o autor. Um autor sozinho não seria capaz de fiscalizar uma, muito menos centenas de emissoras de TV no mundo inteiro, que poderiam estar utilizando sua obra a cada momento. Por outro lado, seria muito difícil para a emissora de TV contatar cada autor individualmente, a cada vez que utilizasse uma obra⁵⁸.

Se esta obra fosse um filme, a situação seria ainda mais delicada, já que a obra audiovisual é composta por um conjunto de diferentes autores, com diferentes categorias de trabalho criativo (músico, autor do argumento literário e o diretor).

A solução encontrada pelos autores para diminuir a distância entre eles e os usuários de suas obras foi a de se unirem para gerir os seus direitos de forma coletiva. Assim foram criadas as “sociedades de gestão coletiva”, que atuam no mundo inteiro em torno de diferentes repertórios, ou seja, há as que representam e administram direitos de compositores e intérpretes, outras que representam e administram direitos de escritores, e assim por diante⁵⁹.

⁵⁷ As sociedades de autores são associações civis que nascem com a devida inscrição no Livro de Registros de Pessoas Jurídicas. No passado dependiam de autorização governamental para funcionar, mas, após a Constituição de 1988, tal exigência desapareceu sob o fundamento da natureza exclusivamente privada dos direitos geridos. E não se confundam com os sindicatos, que são entidades de natureza mista, para social, dependem de autorizações oficiais para funcionar, e voltadas à defesa de uma determinada categoria profissional de empresas de empregadores, em questões de natureza trabalhista (Abrão, 2002, p. 87).

⁵⁸ Exercer a pessoa física criadora das obras, pessoalmente, todos os atores e cumprir todas as fases de industrialização, comercialização e distribuição, dependendo do tipo de obra, é tarefa talvez possível, mas impensável para a maioria dos autores e artistas. Como os problemas não são isolados e não possuem os autores o dom da ubiquidade, optaram por delegar a função a sociedades de autores e/ou titulares que, além de controlar as autorizações, fiscalizariam seu correto cumprimento, arrecadariam o que de direito, praticariam a defesa dos direitos em juízo e fora dele, buscando as receitas devidas, distribuindo esses direitos (Abrão, 2002, p. 87).

⁵⁹ A principal classificação da legitimação ad causam é a que a divide em legitimação ordinária e legitimação extraordinária. Trata-se de classificação que se baseia na relação entre o legitimado e o objeto litigioso do processo. Há legitimação ordinária quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. “Coincidem as figuras das partes com os polos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial”. Legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio. “A regra geral da legitimidade somente poderia residir na correspondência dos figurantes do processo com os sujeitos da lide.

3.4. Os diretores e seus direitos de remuneração pela reprodução da obra cinematográfica.

Entre seus objetivos prioritários, a DBCA pretende promover institucionalmente a regulamentação da arrecadação e distribuição dos direitos relativos à comunicação ao público da obra audiovisual no marco da Lei 9610/98. Ou seja, tornar explícito na Lei dos Direitos Autorais, que se encontra em fase de revisão, o direito de remuneração aos diretores do audiovisual (Disponível em: <<http://www.diretoresbrasil.org/pt/objetivos>>. Acesso em: 05 nov. 2016).

Quando o espectador entra no cinema, uma porcentagem do valor pago pelo ingresso está intrinsecamente reservada ao músico. Contudo, um filme pode ser feito sem música, podendo ser mudo. Diferentemente da música, um filme não existe sem a direção e o roteiro. Mesmo constando na lei como coautores, diretor e roteirista não são remunerados como o músico.

O filme “Limite”, considerado um clássico, foi criado como um filme mudo e consagrou-se como um dos maiores filmes brasileiros de todos os tempos. Anos depois, o filme supracitado foi apresentado no Palco Ibirapuera, com a trilha sonora ao vivo do norueguês Bugge Wesseltoft acompanhado por Naná, Vasconcelos, Marlui Miranda, Rodolfo Stroeter e Ola Kvernberg. Não se pode ignorar que, caso tal trilha sonora viesse a ser sincronizada com o filme, aí então os músicos que participaram na composição da dita trilha sonora teriam direito sobre a mesma.

Alzira Alves Campos, atriz principal de “Limite”, tentou, pelas vias processuais, ter reconhecido direito autoral sobre a reprodução do filme em fitas cassete e teve negado o seu provimento, reconhecendo-se, pelo STJ, apenas o direito conexo⁶⁰.

Há legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito.

É possível que, nestes casos, o objeto litigioso também lhe diga respeito, quando então o legitimado reunirá as situações jurídicas de legitimado ordinário (defende direito também seu) e extraordinário (defende direito também de outro); é o que acontece, p. ex., com os condôminos, na ação reivindicatória da coisa comum, art. 1.314 do Código Civil. Enfim, na legitimação extraordinária confere-se a alguém o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo.

Há legitimação extraordinária autônoma quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. “O contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário”. É o caso da administradora de consórcio, que é substituta processual do grupo de consórcio (sociedade não personificada), nos termos do art. 3º da Lei n. 11.795/2008 (Junior, Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial, Acesso em: 09 out. 2016).

⁶⁰ DIREITOS CONEXOS AO DIREITO DE AUTOR. RECURSO ESPECIAL. INVOCAÇÃO, POR

Pretende a DBCA, com o apoio da associação de roteiristas, proposta reconhecendo aos diretores e roteiristas seus direitos de remuneração pela reprodução de obra cinematográfica.

CONCLUSÃO

Após estudo sobre os conceitos de Direito Autoral, Coautoria, Obra Coletiva e sua aplicação nas obras audiovisuais, mais especificamente nas obras cinematográficas, surgiram indagações a respeito de quem deve ser reconhecido como autor ou coautor de um filme, e quem deve ser visto apenas como um partícipe na criação da obra.

Além disso, discutindo os direitos, tanto patrimoniais quanto existenciais dos autores, permitiu-se a busca por diferentes métodos de garantir a proteção de tais direitos, porém, em harmonia com formas de pensamentos antigos. Essa situação de constante mutação é essencial para a evolução do direito autoral, principalmente no Brasil, onde, recentemente, estão sendo criados, fundados, órgãos gestores com o propósito de assegurar aos autores seus direitos, através do debate, da mobilização de seus representados, e de projetos para criar novas leis que assegurem seus direitos, tanto em terreno nacional quanto internacional.

Contudo, com o demorado procedimento de aprovação de uma lei, não

ATRIZ, DEVIDAMENTE CONTRATADA PARA A PRODUÇÃO DE OBRA CINEMATOGRÁFICA, DO ARTIGO 7º DA CONVENÇÃO DE ROMA PARA IMPEDIR A COMERCIALIZAÇÃO DA OBRA. INVIABILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. IMPRESCINDIBILIDADE. FATOS OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI 5.988/73. DIREITOS PATRIMONIAIS CONCERNENTES À ATRIZ INTÉRPRETE PELA REGULAR UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DA OBRA CINEMATOGRÁFICA. INEXISTÊNCIA.

1. O ator de filme possui direitos que guardam conexão com o direito de autor, por isso denominados “conexos”, “vizinhos” ou “aparentados”, porém é certo que, no que tange ao pleito recursal, o artigo 7º, da Convenção de Roma não socorre a recorrente, visto que o artigo 1º estabelece que as suas disposições não prejudicam o direito de autor, e o artigo 19º, do mesmo Diploma, ressalva que, uma vez o “artista intérprete” ou executante haja consentido na inclusão da sua execução numa fixação de imagens, ou de imagens e sons, o artigo 7º não será aplicável.

2. O artigo 37 da revogada Lei 5.988/73 estabelece que, salvo pactuação em contrário, no contrato de produção, os direitos patrimoniais sobre obra cinematográfica pertencem ao seu produtor, não havendo falar em retribuição pecuniária pela exploração da obra em benefício dos atores.

3. Por um lado, o artigo 85, I, da Lei 5.988/73 prevê que os “artistas intérpretes” devem ter sua remuneração previamente estabelecida no contrato de produção cinematográfica, não prevendo direito à retribuição pecuniária pela superveniente exploração econômica da obra. Por outro lado, o artigo 94, do mesmo Diploma, não acolhe a tese da recorrente, pois ressalva que as normas relativas ao direito de autor somente ‘aplicam-se, no que couber, aos direitos que lhes são conexos’.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, não provido (STJ, REsp n.º 1.046.603, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, Julgado em 08 mai. 2012).

se pode ignorar que, simultaneamente, com o avanço da tecnologia, surgem novas mídias e novas formas de reprodução dos filmes, tornando, as leis, quando aprovadas, já atrasadas.

No caso das obras cinematográficas, surgem novas e múltiplas formas de atingir o seu público. O cinema está nas salas tradicionais, na televisão, nos sites de *downloads*, os *v.o.d.*, programas de *streaming*, o, *Netflix, Now, Youtube*, etc. e também nas salas de espera nos hotéis, nos aeroportos e na internet, criando, para cada um desses meios, a necessidade de uma atenção especial do ordenamento, exigindo, portanto, uma adaptação ao novo meio de reprodução da obra.

Mais do que isso, atualmente, a tecnologia audiovisual é utilizada com diversos objetivos, além das obras cinematográficas propriamente ditas. Projetos comerciais, institucionais, instrucionais, promocionais, *games*, interativos ou não, são produzidos em grande escala (Francez, 2009, p. 83). A convergência dos meios de comunicação, a liberdade originada pela rede de computadores e pela telefonia móvel e o aumento da capacidade de transporte de dados permitem um acesso em transmissão de obras audiovisuais em proporções antes impensáveis. A produção midiática passa a ser cooperativa, há uma constante reapropriação de conteúdos, integrando agentes que vão das mídias aos consumidores, numa permanente interatividade reconfigurando a relação entre as tecnologias, indústria, mercados, gêneros e públicos num processo de diluição de autorias (Jenkins, 2009, p. 28-30).

O advento da internet e o desenvolvimento de meios digitais e de telefonia móvel, exigem uma nova avaliação quanto à proteção de direitos autorais e às formas de utilização das obras no campo digital (Francez, 2009, p. 137-138), reavaliando inclusive a noção de “desmaterialização do suporte físico”. Além do regime legal brasileiro para o direito autoral ser escasso, a proteção autoral atualmente é territorial, e a internet, por não respeitar fronteiras, fragiliza ainda mais a proteção autoral existente. O autor vê-se prejudicado, pois sua obra é fruto de seu trabalho e da sua criatividade, e também o seu meio de subsistência (Francez, 2009, p. 137).

Por outro lado, em razão do avanço tecnológico, a sociedade está sendo beneficiada com a disseminação do conhecimento, e o direito autoral não pode ser impeditivo ou limitador da cultura.

Com o passar do tempo, o equilíbrio entre esses interesses se torna cada

vez mais difícil (...). Resta a criação, a partir da legislação existente, de novas fórmulas para atualizar sua eficácia, com outras formas de arrecadação dos valores devidos e gestão coletiva dos direitos autorais (Francez, 2009, p. 138).

Portanto, esse trabalho apenas dá início a um debate que já existe e deve persistir no sentido de alcançar o melhor caminho para garantir aos autores da obra cinematográfica a proteção de seus direitos sobre suas obras. Em harmonia com os interesses da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Eliane Y. Direitos de Autor e Direitos Conexos. 1ª ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. 229 p.
- ACENSÃO, José Oliveira. O ECAD e Cobrança de Direitos por Execução de Música Integrada em Obras Audiovisuais Transmitidas na Televisão por Assinatura. Revista da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. n. 115. Rio de Janeiro, nov./dev. 2011. p. 53-68.
- AGEL, Henri. Esthétique du Cinéma. Paris: Presses Universitaires de France, 1959. 128 p.
- BARBOSA, Denis Borges. Direito de Autor: Questões fundamentais de direito de autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 984 p.
- _____. Tratado da Propriedade Intelectual: Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1079 p.
- BASTOS, Antonio Junior Silva. Os Direitos da Obra do Autor em Face das Atribuições do ECAD. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/juniorbastos/artigos/os-direitos-da-obra-do-autor-em-face-das-atribuicoes-do-ecad-651>>. Acesso em 09 out. 2016.
- BÁZIN, André et al.. A Política dos Autores. 1ª ed. Lisboa: Sociedade Editorial e Distribuidora, 1976. 391 p.
- BENJAMIN, Walter. A Obra de Arte na Época da suas Técnicas de Reprodução. In: Os Pensadores. São Paulo: Abr. 1980.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. 188 p.
- BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo. Ícone Editora Ltda. 2006.
- BRASIL, Giba Assis. Politizando a Tecnologia e a Feitura do Cinema. Fala apresentada no seminário Além das Redes de Colaboração, Porto Alegre, 2007. XXX p.
- CALDEIRA, Oswaldo. Produção independente. Rio de Janeiro. 2016.
- CARBONI, Guilherme C. Direito de Autor na Multimídia. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. 208 p.

- CAVALCANTI, Alberto. Filme e Realidade. Rio de Janeiro: Artenova S.A., 1976. 272 p.
- CHAVES, Antonio. Cinema, TV, Publicidade Cinematográfica. 1ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1987. 328 p.
- _____. Nova Lei Brasileira de Direito de autor. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. 181 p.
- COHEN-SÉAT, Gilbert. Essai sur les Principes d'une Philosophie du Cinéma. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. 235 p.
- Confédération Internationale des Sciéetés d'Auteurs et Compositeurs. Who We Are. Disponível em: <<http://www.cisac.org/Who-We-Are>>. Acesso em: 09 out. 2016
- COOK, Bruce. The War Between The Writers and Directors Part I: the Writers. American Film. Nº IV, nº 7, p. 26. 1979. traduzido em CALDEIRA, Oswaldo. Roteiro, Filme e Autor. Rio de Janeiro. 1982. p. 18-20. Tese (Mestrado em Comunicação) – Coordenação de Pós-Graduação da Escola de Comunicação da UFRJ.
- COSTA, Flávia Cesarino. Primeiro Cinema. In: MASCARELLO, Fernando. História do Cinema Mundial. Campinas: Papirus, 2006.
- CRIVELLI, Ivana Có. Direitos Autorais na Obra Cinematográfica. 1ª ed. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2008. 249 p.
- Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.
- Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adi-lei-direitos-autorais-voto-fux.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.
- Disponível em: <<http://www.diretoresbrasil.org/pt/objetivos>>. Acesso em: 05 nov. 2016.
- FOUCALT, Michael. O que é o autor?. In: Manoel Barros da Motta (Org.). Ditos e escritos III – Estética: Literatura e Pintura, Música e Cinema. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- FRANCEZ, Andréa et al.. Manual do Direito do Entretenimento: Guia de Produção Cultural. 1ª ed. São Paulo: Editora Senac, 2009. 212 p.
- FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.
- GALVÃO, Helder. Interpretação de Contratos em Obras Audiovisuais Cinematográficas. Revista da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. n. 105. Rio de Janeiro, mar./abr. 2010. p. 43-47.
- GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à Internet: Direitos Autorais na Era Digital. Rio de Janeiro: Record, 1997.
- JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário Básico de Filosofia. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

- JENKINS, Henry. *Cultura da Convergência*. 2ª ed. São Paulo: Editora Aleph, 2009. p. 28-30. Disponível em: <http://www.editoraaleph.com.br/site/media/catalog/product/f/i/file_1.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.
- JUNIOR, Fredie Diddier. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/fonte-normativa-da-legitimacao-extraordinaria-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-legitimacao-extraordinaria-de-origem-negocial/>>. Acesso em: 09 out. 2016.
- KELLISON, Catherine. *Produção e Direção para TV e Vídeo: uma Abordagem Prática*. Tradução de Natalie Gerhardt. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. 419 p.
- LAUTERJUNG, Fernando. Audiovisual injetou R\$ 24,5 bilhões na economia em 2014, aponta Ancine. Disponível em: <http://convergecom.com.br/teletime/07/10/2016/estudos-da-ancine-apontam-que-o-mercado-audiovisual-brasileiro-segue-crescendo/?noticiario=TL&__akacao=3740270&__akcnt=2ba2d240&__akvkey=4b5a&utm_source=akna&utm_medium=email&utm_campaign=TELA+VIVA+News+-+07%2F10%2F2016+23%3A37>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- MANEVY, Alfredo. *Nouvelle Vague In: MASCARELLO, Fernando. História do Cinema Mundial*. Campinas: Papirus, 2006.
- MARQUES, Aída. *Ideias em movimento: produzindo e realizando filmes no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.
- MERMELSTEIN, André. Roteiristas Buscam Protagonismo e Participação nos Direitos de Exibição. Disponível em: <<http://convergecom.com.br/telaviva/12/02/2016/roteiristas-buscam-protagonismo-e-participacao-nos-direitos-de-exibicao/?noticiario=TL>>. Acesso em: 09 out. 2016.
- MORAES, Márcilio. *Direitos Autorais dos Autores-Roteiristas*. Disponível em: <<http://revistadecinema.uol.com.br/2013/11/direitos-autorais-dos-autores-roteiristas/>>. Acesso em: 16 set. 2016.
- MORATO, Antonio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 194 p.
- PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais: Um Século de Proteção Autoral no Brasil – 1898-1998*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 433 p.
- PONTES, Leonardo Machado. *Direito de Autor: A Teoria da Dicotomia entre a Ideia e a Expressão*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. 389 p.
- PUDOVKIN, Vsevolod. *Argumento e Realização*. Lisboa: Arcádia Limitada, 1961. 267 p.
- _____. *O Ator no Cinema*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria – Editora da Casa do Estudante do Brasil, 1956. 156 p.
- ROBERTSON, Carol. *The Little Book of Movie Law*. 1ª ed. Chicago: ABA Publishing, 1948. 447 p.

- SILVA, Caio Mário da. Instituições de Direito Civil. vol. III – Contratos. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. 595 p.
- SOUZA, Allan Rocha de. Direitos culturais no Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012. 194 p.
- _____. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso. Rio de Janeiro. 2010. 266 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Disponível em: <http://www.nedac.com.br/pdf/TESE_allanrocha_VERSAO%20FINAL.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2016.
- STF, REsp n.º 1.046.603, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, Julgado em 08 mai. 2012
- Supremo valida Lei dos Direitos Autorais que modifica atuação do Ecad. IstoÉ. Disponível em: <<http://istoe.com.br/supremo-valida-lei-dos-diretos-autorais-que-modifica-atuacao-do-ecad/>>. Acesso em: 28 out. 2016.
- VAIDHYANATHAN, Siva. Copyrights and Copywrongs: the Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity. 1ª ed. New York: New York University, 2001. 243 p.
- VALDÉS, Caridad et al. Colección de Propiedad Intelectual: Obras Originales de Autoría Plural. 1ª ed. Madrid: Editora Reus, 2012. 190 p.
- VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Mídia e Propriedade Intelectual: A Crônica de um Modelo em Transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 348 p.
- WOLLEN, Peter. Cantando na Chuva. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1995. 92 p.
- _____. Signos e Significação do Cinema. Lisboa: Livros Horizonte Ltda., 1984. 174 p.
- XAVIER, Ismail. D. W. Griffith. 1ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984. 100 p.

AS DUAS FACES DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Marcelo Leonardo Tavares¹ e Ricardo José Leite Sousa²

Resumo: O presente trabalho pretende discutir o princípio da solidariedade como um dos pilares da proteção previdenciária. O objetivo é analisar como a solidariedade embasa os direitos fundamentais prestacionais, em especial os direitos previdenciários, com uma avaliação sob a ótica tanto da solidariedade comutativa, quanto da solidariedade distributiva. Com essa análise, pretende-se demonstrar que a solidariedade distributiva deve ser aplicada de forma subsidiária e, apenas, em sistemas de previdência dotados de universalidade, objetivando a proteção de benefícios mínimos. Do contrário, propiciar-se-ia a ocorrência da solidariedade invertida, em que a parcela mais pobre da população é chamada a contribuir para a manutenção de vantagens de grupo com melhores condições financeiras. Propõe-se uma pesquisa qualitativa, valendo-se do método dedutivo de análise de conteúdo, a fim de se construir uma rede analítica de conceitos que permita demonstrar a hipótese proposta. Em primeiro momento, procede-se ao estudo do princípio da solidariedade, como fundamento da proteção previdenciária. Em seguida, opera-se a análise dos dois principais modelos de previdência pública: o sistema de Bismark e o sistema de Beveridge. Finalmente, discute-se de que forma o princípio da solidariedade é aplicado à Previdência Social brasileira, analisando-se, ainda, o problema da solidariedade invertida.

Palavras – Chave: Comutatividade; Distributividade; Previdência; Distributividade.

Abstract: This paper aims to discuss the solidarity principle as one of the pillars of social security protection. The goal is to analyze how solidarity underlies the fundamental rights, especially the social security rights, with an evaluation from the perspective of both the commutative solidarity, as the distributive solidarity. With this analysis, the study intends to demonstrate that distributive

¹ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Université Panthéon/Assas (Paris II). Juiz Federal.

² Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

solidarity should be applied on a subsidiary basis, and only in social security systems with more universal characteristic, aiming at the protection of minimum benefits, in a way to avoid the occurrence of inverted solidarity, when the poorest part of the population is called to contribute to the maintenance of advantages of a group with better financial conditions. It is proposed a qualitative research, taking advantage of the deductive method of content analysis, in order to build a network of analytical concepts which demonstrates the proposed hypothesis. At first, the study indicates the principle of solidarity as a pillar of social security protection. Then, proceeds the analysis of the two principle public social security models: Bismark's system and Beveridge's system. At last, it discusses the way solidarity principles is applied to Brazilian social security and analyses the problem of reverse social solidarity.

Keywords: Commutativity; Distributivity; Social Security, Solidarity.

INTRODUÇÃO

Os valores morais da liberdade, da igualdade e da solidariedade embasam o princípio da dignidade da pessoa humana (DELPÉRIÉ, p. 151-152) e legitimam ordens constitucionais e os direitos fundamentais.³

Alguns teóricos liberais afirmam que os direitos humanos são direitos da liberdade, basicamente reduzindo a este valor a própria dignidade da pessoa (TORRES, 1999, p. 255). Mesmo sem concordar com a exclusividade da liberdade como valor informador dos direitos, há de ser reconhecida a íntima relação entre ela e a dignidade como pressuposto para a autonomia dos indivíduos.

Deve-se apenas observar que é sob o viés da liberdade social, do homem em comunidade, que se pode justificar a limitação do espaço de autonomia necessária ao convívio pacífico entre as pessoas. De acordo com esse pensamento, é correto admitir a contenção da liberdade individual por regras gerais dotadas de razoabilidade, que sirvam de benefício para a liberdade de todos.⁴

³ A afirmação segue a linha de raciocínio de DWORKIN, que caracteriza os princípios como exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade. (p. 72).

⁴ O filósofo Isaiah BERLIN, comentando a liberdade como direito de abstenção do Estado e de terceiros, denominou-a de “liberdade de” ou negativa; para diferenciá-la da definição de “liberdade para”, que consiste na capacidade de exercício da liberdade, também chamada de liberdade positiva, que pressupõe a presença de condições para o exercício da autonomia de vontade. A “liberdade para” é uma liberdade de participação e atuação do indivíduo, principalmente nas decisões políticas da sociedade. Mas também se pode fazer uma leitura dessa modalidade de liberdade vinculando-a à necessidade da presença de meios materiais, físicos, para o exercício da liberdade. Nessa compreensão, o Estado deve prover mecanismos contra a pobreza, através de prestações sociais mínimas, para permitir que as pessoas possam exercer a autonomia privada - a miséria, a doença e a ignorância aprisionam o homem a uma existência indigna e retiram dele a possibilidade de ser livre (p. 139-140).

A igualdade também é um valor caro às teorias de legitimação dos direitos fundamentais. Nas Constituições de modelo social, a isonomia assume contornos de igualdade de chances ou oportunidades, em que um dos objetivos da organização estatal é o de proporcionar condições materiais mínimas de acesso aos meios necessários para que as pessoas possam exercer sua autonomia. A igualdade vinculada à dignidade da pessoa não exige do Estado distribuição de bens de forma a tornar todos iguais, mas sim que este assegure condições mínimas que afastem as pessoas de uma existência degradante. A igualdade de oportunidades pressupõe, como valor, não a igualdade simétrica, mas a inexistência da desigualdade aviltante.

Ao lado desses dois valores – liberdade e igualdade – a solidariedade passa a merecer destaque no século XX, como fundamento dos direitos metaindividuais e dos direitos sociais prestacionais, nos quais se incluem os direitos previdenciários.

O presente estudo dedica-se ao princípio da solidariedade e sua aplicação ao sistema básico de previdência brasileiro, explorando sua potencialidade e os aspectos de comutatividade e de distributividade de vantagens no seguro social.

1 - O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA

A solidariedade, como valor moral, pode ser classificada em dois tipos: a comutativa e a distributiva.

Na concepção de solidariedade comutativa, destaca-se o favorecimento ao sentimento de pertencimento da pessoa a um grupo determinado de iguais, bem como a avaliação de que se deve proteger o outro para que haja proteção de si mesmo em caso de necessidade. A análise feita pelo indivíduo na solidariedade comutativa é a de que não se deve desproteger, para não ser desprotegido.⁵ O critério de justiça apoia-se, portanto, na possibilidade de troca. Para que o sujeito possa se considerar detentor de direitos, é necessário que compreenda que os demais sujeitos da coletividade também o são.

A valorização coletiva decorrente da solidariedade comutativa permite ao sujeito reconhecer o próximo da mesma forma como vê a si mesmo, ou

⁵ É a regra moral de não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito.

seja, também como sendo digno de consideração, alcançando-se, assim, a estima social. A referida valorização atinge não só os indivíduos, mas também os grupamentos de sujeitos, que passam a demonstrar orgulho por suas características próprias, que são o espelho dos valores de seus integrantes individuais ou dos grupos.

Na solidariedade comutativa, portanto, os indivíduos se propõem a partilhar valores e objetivos comuns. Assim, há uma relação de simetria, seja dentro do grupo, seja intergrupos.⁶

Referindo-se a esta modalidade de solidariedade, afirma Maria Celina BODIN DE MORAES:

“Subjacente à ideia de reciprocidade está a da comunidade de iguais que, porém, sob o império da igualdade formal, é de ser entendida, tanto fática como juridicamente, em sentido determinado: faticamente, ressaltando que as desigualdades nunca são tão relevantes assim; em sentido jurídico, menosprezando as desigualdades de fato para que os homens possam considerar-se (embora não o sejam realmente) como iguais. Comunidade de iguais e igualdade de interesses, contudo, ainda referenciados a valores exclusivamente individuais, caros a indivíduos em reais condições de igualdade e enquanto encerrados em sua individualidade. A única regra de justiça (comutativa), neste ambiente, permanece sendo a da igualdade perante a lei.” (p. 5)

Por outro lado, a solidariedade distributiva não está baseada em sentimento de pertencimento a um grupo ou no critério de troca de proteção, mas sim no de entrega ao outro de meios suficientes para garantir sua dignidade. Seu fundamento moral está vinculado na proteção do outro pelo que ele é,

⁶ Como defende Axel HONNETH:

“Por um lado, é preciso deixar claro que caráter deve demonstrar uma forma de reconhecimento que realça em todos os outros membros da comunidade jurídica a mesma propriedade de autonomia individual; já se aprendeu do jovem Hegel que um tal tipo de respeito universalista não deve ser mais concebido como uma atitude ligada às emoções, mas somente como uma operação de entendimento puramente cognitiva, que coloca barreiras quase internas às sensações afetivas; nesse sentido, será preciso explicar como se constitui um tipo de respeito que, se de uma parte deve ter-se desligado dos sentimentos de simpatia e afeição, de outra tem de poder dirigir, porém, o comportamento individual.

Por outro lado, é preciso responder à questão que pode significar que todos os sujeitos se reconheçam reciprocamente em sua imputabilidade moral, sob as condições das relações jurídicas modernas; uma tal propriedade, que todos os sujeitos devem partilhar, não pode estar referida a capacidades humanas definidas, de uma vez por todas, em sua extensão ou em seu conteúdo; pelo contrário, mostrar-se-á que resulta da indeterminação fundamental do que constitui o status de uma pessoa imputável uma abertura estrutural do direito moderno para ampliações e precisões gradativas.” (p. 182).

digno de atenção e respeito, e tem por objetivo a redução de desigualdade entre as pessoas.

A solidariedade distributiva, vinculada a direitos fundamentais, distingue-se da caridade por ser esta uma ação facultativa, muitas vezes movida com base religiosa, enquanto aquela envolve ação gerenciada.

Além disso, enquanto a solidariedade comutativa pressupõe a igualdade pelo menos relativa, a solidariedade distributiva parte de uma realidade fática diversa, a da existência de uma desigualdade em nível que justifique a atuação em favor dos menos favorecidos, independentemente da possibilidade de invocação de reciprocidade.

A solidariedade distributiva encerra a regra de proteger sem esperar semelhante tratamento por direito. A Constituição de 1988 faz alusão à solidariedade distributiva ao elevá-la a fundamento da República, ao lado da busca pela redução de desigualdade social (art. 3º, I e III). Da mesma forma, é essa modalidade de solidariedade que se encontra vinculada à dignidade da pessoa humana e aos valores da liberdade real e da igualdade de chances referidos no início do texto.

Como será visto adiante, em matéria de previdência social pública, aplicam-se atualmente os dois tipos de solidariedade, sendo a comutativa prioritária em relação à distributiva.

2. OS DOIS PRINCIPAIS MODELOS DE PREVIDÊNCIA PÚBLICA: O SISTEMA DE BISMARCK E O SISTEMA DE BEVERIDGE

Jean-Jacques DUPEYROUX divide a evolução da previdência social em dois grandes blocos: a época clássica e a época moderna, intermediadas por um período de transição.⁷

⁷ A fase de transição é composta pela evolução previdenciária ocorrida em três países: na União Soviética, nos Estados Unidos após a Grande Depressão, e na Nova Zelândia.

O sistema soviético de proteção se inicia em 1918, com a utilização do termo “proteção social” como ação completa em favor dos trabalhadores (saúde pública gratuita e seguro).

O *Social Security Act* americano, de 1935, introduziu o termo “seguro social” na linguagem jurídica e agrupou diversas medidas de seguro e de assistência social, com proteção mais ampla do que a da concepção de Bismarck (trabalhadores, mães de família, cegos), inovando pelo enfrentamento do problema “em bloco”, mediante medidas coordenadas, complementadas por prevenção em saúde e política contra o desemprego. Com uma concepção de previdência que procurava libertar o homem da necessidade (*freedom from want*), a legislação

Na época clássica, a preocupação dos sistemas previdenciários era a atenuação do rigor da condição laboral e o objetivo era a proteção do trabalhador: aparecem o seguro de acidente do trabalho e das doenças profissionais, a aposentadoria por idade e a indenização pelos encargos de família. Posteriormente, no que se considera a época moderna da previdência, a expressão “seguro social” passou a ser aplicada ao conjunto da população e ocorre a generalização da proteção.

No que se refere a esse primeiro período, em 1883, na Alemanha, foi instituído o seguro-doença obrigatório para os trabalhadores da indústria, sob a tríplice contribuição do Estado, dos trabalhadores e das empresas. O projeto foi de autoria do Chanceler do *Reich* Otto Von Bismark.

Seguiram-se as criações de seguro contra acidente do trabalho em 1884 e de seguro de invalidez e velhice em 1889. A proteção destinava-se aos trabalhadores por categoria profissional, de forma obrigatória, com quotização de valor fixo (pretendia substituir a remuneração, pelo menos proporcionalmente) e não fundada em álea caracterizadora do seguro comum.

O modelo de previdência instituído por Bismark estava baseado na proteção de grupos determinados, com objetivo de mantê-los com renda semelhante à que receberiam se estivessem em atividade. Apesar da quotização estatal e das empresas, a proteção social abrangia somente alguns trabalhadores e não toda a população.

A época moderna inicia-se com uma verdadeira revolução na concepção previdenciária trazida pelo plano do inglês William Beveridge (*Social Insurance and Allied Services*).

Baseado na busca da garantia da dignidade da pessoa, o Plano institucionalizou um seguro público obrigatório, caracterizado pela generalidade (pretendia proteger toda a população em regime universal e único) e uniformidade, com prestações-padrão e baseado em política de pleno emprego. O sistema deu tratamento integrado à proteção social, com a conseqüente unificação do risco e a simplificação de procedimentos burocráticos.

dos Estados Unidos teve o mérito de relacionar a proteção previdenciária com suas conseqüências econômicas. Na Nova Zelândia, em 1938, aplicou-se uma política pública que tinha a pretensão de eliminar radicalmente a indigência. O seguro deixa de ser uma proteção de trabalhadores, e cada cidadão passa a ter direito, em face da coletividade, a uma parcela alimentar, se em estado de indigência. O custeio dessa prestação era feito sobre a remuneração (DUPEYROUX, p. 50-52).

Esses dois modelos são adotados ainda hoje, com algumas variações, pela maioria dos sistemas de previdência social públicos de países na Europa. São também a base da proteção social no Brasil.

As características da concepção bismarkiana, também denominada de sistema laborista ou segurista, são: função comutativa da previdência; proteção direcionada a trabalhadores; prestações que pretendem assegurar o rendimento obtido na atividade, com acréscimo de prestações de compensação; financiamento por quotização, com participação dos empregadores, e estrutura de gestão institucional, com base nas associações de mútua (DAS NEVES, p. 178). O segundo modelo previdenciário tem, por limitação, a proteção somente de determinados grupos, mas, em virtude disso, tem maior capacidade de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, desde que administrado com eficiência.

A concepção beveridgiana, conhecida como universalista ou omnigarantista, pretende proteger o conjunto de cidadãos, alargando a cobertura pessoal, abstraindo o estatuto profissional de cada um. Atinge-se o máximo alcance da redistribuição de renda, conferindo, a cada pessoa, o direito a um mínimo de proteção (proteção básica). O financiamento é prioritariamente público, com a previsão de transferência de receitas fiscais para a manutenção do equilíbrio financeiro, com gestão pelo serviço público estatal. Além disso, o Plano Beveridge propõe-se a criar um sistema nacional de saúde, universal.⁸

O Brasil não ficou à margem da evolução da proteção social ocorrida no mundo. Inicialmente adotou o modelo de Bismark, a partir de década de 1920, para depois atenuá-lo, no que se refere ao Regime Geral e a contar dos anos 1960, pela influência das ideias de William Beveridge.

Considera-se o marco inicial da Previdência Social no Brasil a edição da Lei Eloy

⁸ Para Sérgio Pinto MARTINS:

“O Plano Beveridge tinha por objetivos (a) unificar os seguros sociais existentes; (b) estabelecer o princípio da universalidade, para que a proteção se estendesse a todos os cidadãos e não apenas aos trabalhadores; (c) igualdade de proteção; (d) tríplex forma de custeio, porém com predominância do custeio estatal.” O Plano Beveridge tinha cinco pilares: (a) necessidade; (b) doença; (c) ignorância; (d) carência (desamparo); (e) desemprego. Era universal e uniforme. Visava ser aplicado a todas as pessoas e não apenas a quem tivesse contrato de trabalho, pois o sistema de então não atingia quem trabalhava por conta própria. (...) Tinha por objeto abolir o estado de necessidade. Objetivava proporcionar garantia de renda às pessoas, atacando a indigência. (...) Os princípios fundamentais do sistema eram: horizontalidade das taxas de benefícios de subsistência, horizontalidade das taxas de contribuição, unificação da responsabilidade administrativa, adequação dos benefícios, racionalização e classificação.” (p. 5-6).

Chaves, Decreto Legislativo nº 4.682, de 24/01/1923, que determinou a criação de Caixas de Aposentadoria e Pensão para os empregados das empresas ferroviárias.⁹

A década de 30 daquele século foi caracterizada pela unificação das Caixas de Aposentadoria e Pensão em Institutos Públicos de Aposentadoria e Pensão (IAPs). Até então, a previdência era mantida para determinados segurados urbanos apenas, com modelo de proteção que procurava manter, na inatividade, o mesmo padrão de vida do trabalhador.

Em 1960, a Lei nº 3.807 padronizou as regras jurídicas aplicáveis a todos os Institutos de Aposentadoria, que vieram a ser institucionalmente unificados em 21 de novembro de 1966, através do Decreto-Lei nº 72, que criou o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS).

A partir desse momento, o inicial modelo de Bismark foi atenuado com a aplicação de alguns princípios do Plano Beveridge, como a busca pela maior abrangência de proteção entre os trabalhadores e a fixação de limites para pagamento de benefícios.

A Constituição Federal de 1988 reestruturou a previdência, a assistência social e a saúde, unificando esses conceitos sob a definição de “seguridade social” e instituiu o princípio da universalidade de proteção, alargando o nível de proteção na população brasileira. Além disso, retirou-se da Previdência, com a extinção do INAMPS, a proteção à saúde vinculada ao grupo de segurados da previdência, criando-se o Sistema Único de Saúde (SUS).

⁹ Afirma Marcelo Leonardo TAVARES:

“Em nosso país, as primeiras manifestações de preocupação com a necessidade de implantação de seguro social deram-se através das Santas Casas de Misericórdia, como a de Santos (1543), montepios e sociedades beneficentes, todos de cunho mutualista e particular. Também se registra a instituição do Montepio para a Guarda Pessoal de D. João VI (1808). Em 1835, foi criado o Montepio Geral dos Servidores do Estado (Mongeral), primeira entidade privada a funcionar no país.

O Código Comercial, de 1850, dispôs, no art. 79, que os empregadores deveriam manter o pagamento dos salários dos empregados por três meses, no caso de ocorrência de acidentes imprevistos e inculpados.

A Constituição de 1824 trouxe a norma do art. 179, XXXI, sobre os socorros públicos.

A Carta de 1891 aludiu, pela primeira vez, à expressão ‘aposentadoria’ para funcionários públicos, totalmente custeada pela nação.

Em 1919, a Lei nº 3.724 instituiu o seguro obrigatório de acidente do trabalho, bem como uma indenização a ser paga pelos empregadores, nesses casos.” (2014, p. 54-68).

3 – A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

O Regime Geral de Previdência Social brasileiro (RGPS), apesar de bastante influenciado a partir de década de 1960 pelo Relatório Beveridge, ainda mantém as características estruturais da concepção de Bismark. O sistema não é universal, em que pese permitir a filiação do segurado facultativo, seu objetivo é a proteção de trabalhadores e o custeio é feito por quotização de contribuições sociais específicas.

Tratando-se de um regime que funciona em modelo econômico de repartição simples,¹⁰ há naturalmente aplicação do princípio da solidariedade, que se apresenta sob a dupla visão, da comutatividade e da distributividade.

O regime previdenciário brasileiro observa, em primeiro plano, a solidariedade comutativa entre os participantes do plano de seguro, tendo em vista a obrigação de proteção recíproca inerente ao modelo. Trabalhadores do momento mantêm o pagamento dos benefícios atuais dos inativos, na expectativa de que sejam protegidos da mesma forma no futuro, naquilo que se denomina de “pacto entre gerações”.

Destacando o papel da comutatividade, observa-se que o cálculo dos benefícios considera a média aritmética dos valores sobre os quais incidiu contribuição, garantindo ao trabalhador proventos que guardam relação com o montante de arrecadação durante o período de atividade, com algumas atenuações.¹¹ O padrão de financiamento coletivizado do RGPS é de quotização dos participantes, com temperamentos.

Ocorre que, em determinadas situações, alguns trabalhadores e seus dependentes podem ter acesso a benefícios sem que tenha havido contribuição mínima para o sistema.¹² Como as contribuições exclusivamente previdenciárias (art. 195, I, “a” e II, da CRFB/88) não são suficientes para arcar com as despesas,

¹⁰ No regime de Repartição Simples (pay as you go system), os contribuintes do momento sustentam o pagamento dos benefícios do momento (regime financeiro de caixa) em relação a todo o grupo protegido e baseado na expectativa coletiva de reposição populacional regular no mercado de trabalho.

¹¹ Como exemplo de atenuação, é possível que uma pessoa contribua por muitos anos para o sistema e não venha a receber benefício algum, por ter falecido antes da aposentadoria, sem deixar beneficiários.

¹² Imagine-se o caso de um empregado que venha a falecer no primeiro dia de filiação ao RGPS e deixe viúva e filhos menores. Pode haver pagamento do benefício, mesmo por anos, sem a suficiente base de contribuição individual.

cabe à sociedade a manutenção dessas prestações, a fim de que se impeça que um trabalhador inativo ou sua família caiam em situação de miséria. Nesse caso, de forma subsidiária, será aplicada a solidariedade sob a ótica da distributividade.

O art. 195, da Constituição, que prevê que a seguridade social seja financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, deve ser adequadamente interpretado. A sociedade financia a previdência social de forma direta através das contribuições sociais dos trabalhadores, que se cotizam, em sistema de solidariedade comutativa, para a proteção dos inativos e pensionistas.

Não sendo suficientes as contribuições específicas, e para que não falte renda ao trabalhador e sua família em situação de risco, aplica-se subsidiariamente o princípio da solidariedade na versão distributiva, pois serão utilizados ingressos públicos da responsabilidade daqueles que não participam do sistema. Essa é a forma indireta de financiamento da seguridade pela sociedade.

Uma das vantagens do temperamento no modelo de Bismark pelo Relatório Beveridge foi potencializar a aplicação do princípio da solidariedade distributiva, repartindo-se pela sociedade o ônus de arcar com a subsistência daqueles que estejam impossibilitados de trabalhar e não teriam como ser sustentados apenas pela comutatividade do sistema.

De fato, no Brasil, até a década de 1960, a não universalização dos segurados e dos benefícios, e seu financiamento mutualista, revelavam que a repartição do risco era permeada por um caráter de proteção de grupo.

Com a introdução do princípio da solidariedade distributiva no sistema, houve um salto qualitativo no seguro social brasileiro, fazendo com que toda a sociedade viesse a participar dela, garantindo o pagamento de prestações mesmo sem sustentação financeira suficiente pela arrecadação das quotas do grupo.

A Constituição de 1988 consolidou o movimento, ao evidenciar a preocupação com a erradicação da miséria e ao explicitar o objetivo de redução da desigualdade social. Com ela, a aplicação da solidariedade distributiva passou a proteger de forma mais abrangente os trabalhadores contra os riscos sociais, e não apenas a prever o pagamento de indenização parcial, que recompusesse a perda da capacidade de trabalho do segurado.

Com isso, o princípio da solidariedade foi elevado a um novo patamar no Direito

Previdenciário, com o aperfeiçoamento do seguro social para um modelo de segurança social, a exigir atuação efetiva do Estado na proteção de seus cidadãos.

Observando-se a solidariedade do ponto de vista da justiça distributiva (ARISTOTELES, p. 20), os que possuem melhores condições são chamados a atuar em favor dos que não teriam condições suficientes de subsistência, mediante o gerenciamento do Estado, de forma subsidiária. Todos os segurados podem receber pelo menos benefícios em valor não inferior ao do salário mínimo.

As mudanças implementadas no Regime Geral a partir dos anos 1960 e principalmente com o advento da Constituição de 1988 contribuíram para o adensamento da proteção e a diminuição da desigualdade social.

4 – O PROBLEMA DA SOLIDARIEDADE INVERTIDA

A aplicação do princípio da solidariedade na versão distributiva deve ser feita com parcimônia na Previdência Social, sob pena de se favorecer a solidariedade social invertida,¹³ na qual a sociedade, em especial seus integrantes mais desfavorecidos, são exigidos injustamente na carga tributária para garantir vantagens para parcela da população de maior renda.

A situação é especialmente grave nos sistemas de previdência em que: (i) não exista patamar máximo de renda de cobertura, ou nos quais este patamar seja muito elevado, e (ii) sejam criados para a proteção de grupos específicos.

No que se refere ao primeiro aspecto, a oneração indireta da sociedade para atender à cobertura de direitos sociais prestacionais somente deve ocorrer para a garantia de proteção mínima às pessoas, em cumprimento ao objetivo republicano de redução das desigualdades sociais.

Se um sistema previdenciário mantém o pagamento de benefícios em altos valores, não se justifica a chamada social subsidiária visando a solidariedade

¹³ O termo foi cunhado, em sua aplicação previdenciária, por Marcelo Leonardo TAVARES ao tratar da cobertura do sistema deficitário dos servidores públicos:

“Como os servidores não vertem contribuições substanciais para a formação de um fundo suficiente para a manutenção de aposentadorias e pensões calculadas com base no valor da última remuneração, o Estado acaba por cobrir o déficit com ingressos públicos decorrentes de arrecadação, na maior parte, de receitas tributárias que oneram toda a sociedade, inclusive os mais pobres.

É a chamada solidariedade invertida – na qual uma parcela mais rica da sociedade recebe auxílio da mais pobre.” (2003, p. 267).

distributiva. De outra forma, a solidariedade não será garantia de justiça, mas de injustiça social.

Quanto ao segundo ponto, a solidariedade distributiva aplicada aos sistemas de previdência tem relação com o grau de universalização da proteção. Quanto mais abrangente for o grupo de segurados, maior justificativa social terá atuação subsidiária da sociedade. Impor ônus financeiro a todo o corpo social, em particular os mais pobres, para dar vantagens previdenciárias a grupos específicos, pode indicar a criação e manutenção de privilégios sociais.

Pode-se afirmar então que a solidariedade distributiva deve ser aplicada de forma subsidiária na Previdência Social, e mesmo assim com menor influência em sistemas de previdência direcionados e grupos específicos e que paguem benefícios de valor elevado. O aspecto distributivo da solidariedade terá maior incidência nos regimes dotados de universalidade de cobertura e que mantenham o pagamento de benefícios em valores mais baixos.

A utilização desmedida da solidariedade distributiva em sistemas previdenciários que protejam grupos específicos com cobertura de benefícios em elevados montantes não se justifica por critério de justiça, pois ensejaria a oneração indevida da sociedade.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.105, em que foi discutida a constitucionalidade de imposição de contribuição dos servidores inativos e pensionistas, teve sensibilidade quanto à questão, ao destacar que a constitucionalidade da imposição tributária baseava-se também no princípio da solidariedade do sistema previdenciário dos Regimes Próprios (BRASIL, 2005, s.p.).

Para o STF, como o sistema previdenciário dos servidores protege grupo específico e paga benefícios em valores mais elevados, deveria prevalecer a aplicação da solidariedade comutativa, e não a distributiva, exigindo-se que os beneficiários do sistema, incluindo os inativos e pensionistas, fossem os primeiros a serem chamados a socorrê-lo na insuficiência financeira.

Se o sistema previdenciário dos servidores não arrecada suficientemente para cobrir suas obrigações, primeiro deve-se exigir incremento de contribuição dos participantes, antes de se onerar a sociedade em sua carga tributária genérica.

Exigir que a sociedade subsidie o sistema antes de equilibrá-lo internamente implica agravar a situação das pessoas mais pobres em favor daqueles com

maior renda. Neste caso, a solução de justiça exige a aplicação da solidariedade comutativa no grupo, que deve buscar a composição financeira e o equilíbrio do sistema, primeiro entre os participantes, os maiores interessados na manutenção da capacidade econômica do regime.

Não fosse assim, a consequência de afastar a imposição tributária dos inativos do serviço público seria fazer incidir a solidariedade invertida.

A solução a ser dada pelo Supremo Tribunal Federal talvez fosse outra se a insuficiência financeira ocorresse no Regime Geral. Como a abrangência de proteção desse sistema é maior e a cobertura dos benefícios é limitada a um valor máximo, a Corte poderia fazer incidir o princípio da solidariedade distributiva, do que decorreria o reconhecimento de imunidade dos aposentados em pagar contribuição (art. 195, II), chamando-se a sociedade a subsidiá-lo.

Juridicamente, o princípio da solidariedade, aplicado à Previdência Social, possui duplo fundamento constitucional, um sob viés da comutatividade e outro na acepção da distributividade.

No que se refere à solidariedade comutativa, incide o dispositivo do art. 40, da Constituição, aliado ao do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, que convoca os próprios membros do grupo protegido a arcar com a sustentabilidade do sistema.

Como visto antes, a comutatividade deve prevalecer em regimes de seguro de grupos específicos que mantenham prestações de elevado valor.

A solidariedade distributiva vincula-se aos objetivos constitucionais de garantir uma sociedade solidária e de redução da desigualdade (art. 3º, I e III, da CRFB/88) e possibilita a oneração da sociedade com gasto de proteção previdenciária a fim de proteger grupo mais abrangente para pagamento de benefícios de baixo valor.

Portanto, em relação à Previdência, a influência da solidariedade distributiva no Regime Geral é muito mais marcante do que nos Regimes Próprios dos servidores públicos exatamente, exatamente porque os benefícios são oferecidos a um número de segurados bastante representativo na população brasileira (princípio da universalidade) e o valor das aposentadorias e pensões submete-se a um limite máximo inferior ao da remuneração do funcionalismo (princípios da uniformidade e da necessidade).

Da mesma forma, o raciocínio de aplicação da solidariedade comutativa e da solidariedade distributiva pode ser estendido a outros direitos sociais prestacionais.

Como a cobertura de direitos ligados à saúde, à assistência social e à educação está fundada mais estreitamente nos princípios de uniformidade e de necessidade, além de não haver relação direta comutativa entre participantes, como ocorre na Previdência, incide de forma direta a solidariedade na versão distributiva, o que permite que a sociedade seja chamada para dar sustentação ao sistema através de obrigações tributárias indiretas.

A compreensão da potencialidade do princípio da solidariedade é, pois, fundamental para a solução de diversas questões jurídicas que envolvam a Previdência Social e também outros direitos sociais a prestações, propiciando um caminho hermenêutico garantidor de maior justiça social na aplicação de dispositivos vinculados aos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi verificado que o valor da solidariedade serve de fundamento aos direitos fundamentais prestacionais, em especial aos direitos previdenciários, ao lado da liberdade real e da igualdade de chances.

Foi dado destaque a dois aspectos da solidariedade que respaldam os modelos de proteção social aplicados no Brasil: o da solidariedade comutativa e o da solidariedade distributiva.

A concepção de solidariedade vinculada à justiça comutativa baseia-se na ideia de igualdade e na avaliação de pertencimento a grupo, o que gera a proteção recíproca. Nela, os indivíduos se propõem a partilhar valores em determinada comunidade, orientada por objetivos comuns, em relação de simetria.

A solidariedade distributiva, por outro lado, não implica pertencimento a grupo e tem por objetivo a redução de desigualdade entre as pessoas. Enquanto a solidariedade comutativa pressupõe a igualdade pelo menos relativa, a solidariedade distributiva parte de uma realidade fática diversa, a da existência de uma desigualdade em nível que justifique a atuação em favor dos menos favorecidos.

As previsões constitucionais da construção de uma sociedade solidária e da redução de desigualdade social como fundamentos da República (art. 3º, I e III)

referem-se à solidariedade distributiva, com estreita vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais, em especial os de natureza social prestacional.

Por outro lado, a menção constitucional à solidariedade presente no art. 40, ao lado do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial embasa a incidência da solidariedade comutativa nos regimes previdenciários públicos.

O Brasil adota o modelo previdenciário bismarkiano, baseado em solidariedade comutativa entre gerações de trabalhadores e que funciona em regime financeiro de repartição simples. O sistema de seguro é temperado por princípios do Relatório Beveridge, que propõe uma proteção previdenciária com caráter de universalidade e mediante pagamento de benefícios com limitação de valor.

A influência do modelo inglês de previdência no Brasil teve por consequência potencializar a aplicação do princípio da solidariedade distributiva, repartindo-se pela sociedade o ônus de arcar com a subsistência daqueles segurados que estão impossibilitados de trabalhar e não teriam como ser sustentados apenas mediante a comutatividade do sistema.

Na previdência social pública brasileira, aplicam-se os dois tipos de solidariedade.

Observa-se, em primeiro plano, a incidência da solidariedade comutativa entre os participantes do plano de seguro, tendo em vista a obrigação de proteção recíproca inerente ao modelo. Subsidiariamente, aplica-se a solidariedade distributiva.

A solidariedade distributiva deve atuar primordialmente em sistemas de previdência com característica mais universal e para a proteção de benefícios mínimos, não se justificando em princípio, por critérios de justiça, sua utilização em favor da proteção de grupos muito específicos e que mantenham pagamento de benefícios em valores elevados de renda.

De outra forma, ocorreria a solidariedade invertida, em que a parcela mais pobre da população é chamada a contribuir para a manutenção de vantagens de um grupo com melhores condições financeiras.

Portanto, quanto mais abrangente for a proteção previdenciária e mais limitado for o valor dos benefícios, mais apto estará o sistema de seguro para a aplicação da solidariedade distributiva.

O mesmo raciocínio serve de critério para a aplicação do princípio a outros direitos sociais, como é o caso da saúde, da assistência social e da educação. Em relação a esses três direitos sociais, por exemplo, destacam-se as características de necessidade e de uniformidade nas prestações. Além disso, como não há relação direta de autossustentação de grupo, não se aplica a solidariedade comutativa, incidindo diretamente a solidariedade na aceção distributiva.

A compreensão dos dois aspectos da solidariedade e de sua incidência nos direitos prestacionais possibilita uma conformação mais segura dos direitos fundamentais, sob o critério da justiça social, ao mesmo tempo em que evita a oneração indevida da sociedade em arcar com obrigações ensejadoras de proteção indevida da qual possa resultar privilégios injustificáveis.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4.ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991.

BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaio sobre a Liberdade*. Brasília: UnB, 1981.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da Solidariedade. Disponível em: < <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 16 nov 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov 2014.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 4.682/1923. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4682.htm>. Acesso em: 24.12.2014.

BRASIL. Lei nº 3.807/1960. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 24.12.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, número 3105. Relator: Cezar Peluso, Diário da Justiça de 18 de fevereiro de 2005. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=363310&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203105>>. Acesso em 18.12.2014.

DAS NEVES, Ilídio. *Direito da Segurança Social: Princípios Fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DELPÉRÉE, Francis. "O Direito à Dignidade Humana". In: BARROS, Sérgio Resende de, ZILVETI, Fernando Aurelio (Org.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo: Dialética, 1999.

DUPÉYROUX, Jean-Jacques. Droit de la Sécurité Sociale. 15^a. Ed. Paria: Dalloz, 2005.

DWORKIN, Ronald. Los Derechos em Serio. Barcelona: Ariel, 1984.

HONNETH, Axel. A Luta por Reconhecimento – A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 30^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 15^a. Edição. Niteroi: Impetus, 2014.

_____. Previdência e Assistência Social – legitimação e fundamentação constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 267.

TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In: (Org.) Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SULLE RECENTI RIFORME IN TEMA DI MOTIVAZIONE IN BRASILE E IN ITALIA: UNA BREVE ANALISI

*Naiara Posenato**

La motivazione dei provvedimenti decisorii in materia civile è questione d'innegabile attualità e di specifico interesse nella comparazione fra gli ordinamenti brasiliano e italiano.

La disciplina della motivazione interessa per il dibattito giuridico italiano nell'ambito delle più generali riflessioni che da diversi anni si fanno sull'elevato carico di lavoro che grava sulla Corte Suprema di Cassazione e sul suo arretrato e pertanto, da ultimo, sull'efficienza processuale e sulla durata ragionevole del processo¹.

* Ricercatrice confermata presso l'Università degli Studi di Milano, abilitata alle funzioni di professore di seconda fascia (ASN-2012). Professoressa di Sistemi Giuridici Comparati e di Tutela Comparata dei Diritti presso la stessa Università.

¹ A tale proposito viene spesso ricordato il 23 aprile 1999, data in cui si è tenuta forse la più nota Assemblea generale della Corte Suprema di Cassazione, quando si è discusso in merito alla posizione della Corte suprema e dei suoi poteri nell'ordinamento e sono state avanzate diverse proposte poi oggetto di dibattito in diverse altre sedi e in interventi legislativi. Secondo i dati statistici ufficiali, tra gennaio e dicembre 2016 sono pervenuti alla Corte di cassazione 29.693 nuovi ricorsi (materia civile), e definiti con la pubblicazione del provvedimento nello stesso anno, 27.375 ricorsi. La pendenza residua è di 106.862 procedimenti, di cui 77.544 processi "a rischio Pinto" (procedimenti che non sono stati risolti entro i termini previsti dalla Legge del 24 marzo 2001, n. 89 e per i quali i soggetti interessati potrebbero richiedere allo Stato un risarcimento per irragionevole durata). La durata media in Corte per i procedimenti definiti nel periodo gennaio-dicembre 2016 è di 40,7 mesi (3 anni, 4 mesi e 7 giorni). Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio di statistica, La Cassazione civile. Annuario statistico 2016 (disponibile alla pagina web http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/LaCassazioneCivile_AnnuarioStatistico2016.pdf)

Una lucida ricostruzione storica della nascita della Corte di cassazione unitaria in Italia, nonché chiarimenti sulla sua organizzazione, sul suo funzionamento e sulle possibili ragioni dell'attuale crisi è rinvenibile in Carbone, V., Prolusione, in AA.VV., *Le corti supreme. Atti del Convegno* (Perugia, 5-6 maggio 2000), Milano, Giuffrè, 2001, p. 11 ss.

Allo stesso modo, in Brasile, la tematica dell'eccessivo carico delle corti e della durata del processo non è di certo sconosciuta, tanto da essere stata introdotta nell'attuale Costituzione federale del 1988 (specificatamente con la Riforma Costituzionale n. 45 del 2004) la garanzia fondamentale ad un processo celere (art. 5, LXXVIII, della CF)². Inoltre, la necessità della ragionevole durata dei processi ha portato, unitamente ad altri fattori, al riconoscimento del valore di precedente a certe tipologie di decisioni giudiziali, fenomeno che assume contorni sempre più rilevanti, tanto da essere stata eretta come una caratteristica "sistemica" dello stesso³. Infine, e per quanto più ci interessa in questa sede, il nuovo Codice di procedura civile (Legge del 16 marzo 2015, n. 13.105) ha portato importanti innovazioni in tema di motivazione delle decisioni giudiziali in generale.

L'interesse a comparare i due ordinamenti per quanto riguarda la questione della motivazione è dato anche dal fatto che le discipline italiane e brasiliane potrebbero essere intese, ma a nostro avviso soltanto in seguito ad una lettura superficiale delle norme, come orientate in senso opposto.

Infatti le riforme, intese in senso ampio, del processo civile italiano, che per questo tema risalgono soprattutto al 2009, insistono sulla necessità che la motivazione sia al più possibile sintetica. Il nuovo orientamento legislativo brasiliano in materia, derivante soprattutto dalla citata recente riforma del processo civile, potrebbe invece portare a ritenere obbligatoria una motivazione sempre più elaborata e dunque estesa, tanto che inizialmente vi erano non poche perplessità sul rischio che questa riforma portasse ad un peggioramento dell'efficienza processuale in Brasile proprio in termini di ragionevole durata dei processi. In realtà, e grazie soprattutto alla dottrina e all'applicazione delle corti e, in particolare, delle corti superiori, si evince che lo scopo delle discipline giuridiche italiana e brasiliana sulla motivazione delle sentenze civili è del tutto simile. Non si tratta di semplicemente abbreviare o ampliare il fondamento delle decisioni, ma di incidere sulla motivazione al fine di renderla chiara, di rafforzare

² "Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (...)"

³ Ciò nel senso della collocazione dell'ordinamento brasiliano tra il sistema (o modello) europeo di civil law, in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, e quello anglosassone di common law, nel quale la soggezione del giudice ha come parametro il diritto, inteso come comprendente il formante giurisprudenziale. La letteratura sul tema in Brasile è oramai così abbondante da sconsigliare una ricostruzione, seppur sommaria, in questa sede.

il ruolo nomofilattico delle corti supreme e la loro giurisprudenza e, con ciò, cercare di apportare un contributo all'efficienza del sistema giudiziale e di ridurre la durata dei processi.

Diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti⁴, nel sistema giuridico italiano non è dato al giudice selezionare, discrezionalmente, quali controversie decidere, ciò nemmeno nell'esercizio delle funzioni di legittimità spettante alla Corte suprema di Cassazione (art. 111, 7° comma, Cost.)⁵. Ma se da una parte è vero che ogni questione giuridica merita una risposta, in linea con la necessità di tutela dei diritti cui deve far fronte ogni democrazia, non va dimenticata l'altra funzione essenziale di guida e di indirizzo dello sviluppo della giurisprudenza, assegnata alla C.S.C. italiana dall'art. 65 dell'Ordinamento Giudiziario (r.d. 30.1.1941, n. 12)⁶, finalizzata a promuovere l'uniforme interpretazione della legge e la prevedibilità delle decisioni e, da ultimo, l'uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge.

⁴ È noto che la selezione preliminare dei casi da conoscere (c.d. docket control) non costituisce una novità per le tradizioni giuridiche di common law, che storicamente prevedono, per l'accesso ai rispettivi tribunali supremi, strumenti che possono assumere, come in Inghilterra, la forma di "Permission to appeal to the House of Lords/Supreme Court" oppure, negli Stati Uniti, di "Writ of certiorari" e delle doctrines of justiciability, con connotazione comunque fortemente discrezionale. In Francia, secondo la Procedure d'admission du pourvoi ex art. 1014 del Code de procédure civile (Loi organique n. 2001-593 du 25 juin 2001), il vaglio d'ammissione dei ricorsi in cassazione si attua sostanzialmente mediante un allègement de la formation juridictionnelle (tre giudici al posto di cinque – formation restreinte) e di un allègement des formes procédurales (la decisione di non ammissione non dev'essere motivata). La procedura di ricorso in revisione avanti al Bundesgerichtshof tedesco (§ 542 ss. Zivilprozessordnung – ZPO, secondo la versione in vigore dal 2002) stabilisce che la revisione (1) può essere ammessa dal tribunale dell'impugnazione o dal tribunale delle revisioni e (2) deve essere ammessa se la controversia ha un'importanza fondamentale, oppure se la decisione del tribunale di revisione è necessaria ai fini dell'evoluzione del diritto o della garanzia dell'uniformità della giurisprudenza. In Spagna, il criterio prescelto per l'impugnazione è quello della "summa gravaminis": le sentenze di merito sono impugnabili dinanzi al Tribunal Supremo, in materia civile, soltanto quando hanno ad oggetto la tutela di diritti fondamentali, quando il valore della causa eccede 150.000 euro o quando la decisione del ricorso presenta un "interés casacional" (che sussiste quando la sentenza impugnata si opponga ad una giurisprudenza consolidata del Tribunal Supremo o riguardi questioni sulle quali esiste un contrasto di giurisprudenza presso i giudici di merito o applichi una norma vigente da meno di cinque anni). Per un'ampia ed efficace sintesi dei sistemi di selezione preliminare dei ricorsi alle corti di vertice in Europa si veda, fra gli altri, la relazione elaborata dall'Ufficio del Massimario della Corte S. di Cassazione, Le corti Supreme in Europa: le regole per l'accesso, Roma, giugno 2008, disponibile alla pagina web http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Corti_Supreme_08.pdf

⁵ "Costituzione della Repubblica Italiana. Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. (...) Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge (...)."

⁶ "Ordinamento giudiziario. Art. 65. Attribuzioni della corte suprema di cassazione.

La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. (...)"

Una fondamentale garanzia prevista dalla Costituzione italiana è quella che stabilisce che tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati (art. 111, 6° comma)⁷, ciò affinché si possa conoscere e comprendere le ragioni della decisione. Lo scopo stesso della motivazione, nell'ordinamento italiano, porta all'ulteriore necessità che tale motivazione sia comprensibile e chiara. Non si tratta, come ha giustamente evidenziato la dottrina, di rendere del tutto assimilabili le motivazioni dei provvedimenti giurisdizionali al pubblico generico, obiettivo invero irrealistico dato che il linguaggio giuridico, in virtù del proprio tecnicismo, non è facilmente decodificabile da chi non ha nozioni giuridiche appropriate⁸. Si tratta invece di preferire un ragionamento di tipo lineare, un lessico non inutilmente tecnico, burocratico o barocco, e senz'altro di limitare al necessario la lunghezza della decisione giudiziale e, in particolare, della motivazione. E ciò senza voler negare, anzi, al fine di rafforzare, la c.d. funzione extraprocessuale della motivazione (particolarmente importante dove questa è oggetto di garanzia costituzionale, come in Italia e in Brasile), volta a garantire, da una parte, il possibile controllo esterno diffuso e, dall'altra, a legittimare la stessa attività giurisdizionale in una società democratica⁹.

Il legislatore di riforma del processo civile, con la Legge 18 giugno 2009, n. 69, ha introdotto modifiche significative in tema di redazione delle sentenze al fine di ridurre l'ampiezza delle motivazioni, escludendo l'obbligatorietà dell'esposizione dello svolgimento del processo, se non strettamente necessaria alla soluzione in diritto (art. 132, co. 2, n. 4, c.p.c.)¹⁰; si insiste, inoltre, sulla necessità che la

⁷ “Costituzione della Repubblica Italiana. Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. (...)Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.(...)”.

⁸ Gambaro, A., *Il Linguaggio e lo stile delle Corti supreme: la motivazione*. Roma 16 giugno 2016 Corte di Cassazione, p. 4. (Disponibile alla pagina web ...)

⁹ Secondo la migliore dottrina, le funzioni della motivazione si dividono in endoprocessuale, finalizzata a consentire alle parti di verificare la correttezza della pronuncia ed eventualmente censurarla mediante il sistema delle impugnazioni o, nel caso della corte superiore di cassazione (e anche di revisione), quella di assicurare l'esatta interpretazione della legge; ed extraprocessuale, diretta a garantire a tutti i soggetti dell'ordinamento il controllo esterno e diffuso dell'esercizio del potere giurisdizionale in un'ottica di trasparenza. Si veda Taruffo, M., voce Motivazione (motivazione della sentenza civile – controllo della), in *Enciclopedia giuridica, Aggiornamento*, vol. III, Milano, p. 772 ss.; dello stesso autore *A motivação da sentença civil, Introdução à Edição brasileira, tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos*, São Paulo, Marial Pons, 2015, special. p. 24 ss.

¹⁰ “Codice di procedura civile. Articolo 132 - Contenuto della sentenza

La sentenza è pronunciata “In nome del popolo italiano” e reca l'intestazione “Repubblica Italiana”.

Essa deve contenere:

- 1) l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata;
- 2) l'indicazione delle parti e dei loro difensori;
- 3) le conclusioni del pubblico ministero e quelle delle parti;
- 4) la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione;
- 5) il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice. (...)” (grassetto aggiunto)

motivazione sia il più possibile sintetica, dovendo essa esplicitarsi nella “concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione”. Va evidenziato soprattutto che con lo stesso provvedimento legislativo è stato modificato l’art. 118 delle Disposizioni per l’attuazione del c.p.c., ridefinendo la motivazione della sentenza, individuata da tale norma, nella “succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa”, e delle “ragioni giuridiche della decisione”, anche con “riferimento a precedenti conformi” (art. 118 disp. att. c.p.c.)¹¹.

Nonostante i dubbi giustamente espressi da autorevole dottrina in merito a suddette riforme¹², il principio di sinteticità degli atti processuali in generale e della sentenza in particolare, a cui fanno riferimento le norme novellate, non è semplicemente sinonimo di brevità, come ha ben evidenziato la Relazione presentata dal Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali costituito presso il Ministero e coordinato dal Capo del Dipartimento per gli Affari di Giustizia. Essa va intesa come una modalità di scrittura volta soprattutto a ottenere maggior chiarezza degli atti e razionalità espositiva, anche in vista della necessaria comprensione che della giustizia deve aver il cittadino¹³.

In seguito alle riforme processuali, la Corte Suprema di Cassazione, in seno ad un movimento di profondo rinnovamento diretto a favorire lo svolgimento della propria funzione di orientamento della giurisprudenza nell’ordinamento, mediante il *Provvedimento sulla motivazione semplificata di sentenze e di*

¹¹ “Art. 118 disp. att. c.p.c. (Motivazione della sentenza)

La motivazione della sentenza di cui all’articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi.

Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto nell’articolo 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione.

In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici.

La scelta dell’estensore della sentenza prevista nell’articolo 276 ultimo comma del codice è fatta dal presidente tra i componenti il collegio che hanno espresso voto conforme alla decisione.”

¹² Cfr. Taruffo, M., Addio alla motivazione?, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.1, 2014, p. 375 ss.

¹³ In tale Documento, infatti, viene chiarito che “L’espressione “sinteticità e chiarezza” è divenuta così un’endiadi, in cui la prima è quasi sempre premessa alla seconda: ma è importante puntualizzare che la chiarezza dev’essere considerata il fine, mentre la sinteticità soltanto il mezzo per raggiungere quel fine.” Cfr. Relazione a cura del Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali (decreti ministeriali 9 febbraio 2016, 28 luglio 2016, 19 ottobre 2016), 1° dicembre 2016, p. 3. (Disponibile alla pagina web http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=2701)

ordinanze decisorie civili, del 22 marzo 2011¹⁴ e, soprattutto, con il Decreto n. 136 del 14 settembre 2016, *La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica* (c.d. "Decreto Canzio", dal nominativo dell'attuale Primo Presidente)¹⁵, ha invitato i magistrati ad adottare "tecniche più snelle di redazione motivazionale" per le decisioni che non hanno valenza nomofilattica¹⁶.

In particolare quest'ultimo Decreto si fonda sulla distinzione fra le tecniche motivazionali da adottare per le sentenze che hanno valenza sul piano della tutela dello *ius constitutionis*, e cioè che riguardino questioni di diritto di particolare rilevanza e/o che siano dettate nell'interesse generale dell'unità della giurisprudenza, e quelle che invece sono prevalentemente orientate alla tutela di diritti individuali, o dello *ius litigatoris*. Per tutti i provvedimenti adottati dalla Corte si invita all'osservanza dei canoni di chiarezza, stretta funzionalità dell'*iter* argomentativo alla decisione, assenza di motivazione subordinata, di *obiter dicta* e di ogni enunciazione che vada oltre ciò che è indispensabile alla decisione, puntualità dei richiami ai precedenti della giurisprudenza di legittimità. Diversamente, la tecnica di redazione dei provvedimenti che *non* hanno valenza nomofilattica va improntata a requisiti più stringenti di sintesi e, a seconda del grado di complessità della questione, si prevede l'esposizione estremamente concisa dei fatti della causa e dei motivi della decisione¹⁷. Naturalmente una motivazione più complessa va riservata, oltre che alle sentenze che svolgono funzione nomofilattica, anche alle questioni che meritano una trattazione diffusa, perché controverse o nuove. Non è strettamente necessario invece "diffondersi in dotte digressioni quando la questione è conforme alla giurisprudenza prevalente di legittimità"¹⁸.

L'adozione di una scala di motivazioni, adattabile alla complessità delle questioni poste, è la scelta che pare in procinto di essere adottata anche dalla

¹⁴ Disponibile alla pagina web http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20110322_Provvedimento_motivazione_semplicata.pdf

¹⁵ Disponibile alla pagina web http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Provvedimento_motivazione_provvedimenti_civili_136.pdf

¹⁶ Per una sintesi degli ultimissimi interventi di riforma in tema di processo civile di cassazione si veda Canzio, G., *La riforma del giudizio civile di cassazione. Una introduzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 marzo 2017 (disponibile alla pagina web https://www.penalecontemporaneo.it/upload/CANZIO_2017b.pdf).

¹⁷ "(...) 1. l'esposizione dei fatti di causa deve essere estremamente concisa e funzionale solo a rendere comprensibili le ragioni della decisione, e può anzi essere totalmente assente, quando i fatti di causa emergono dalle ragioni della decisione; 2. l'esposizione dei motivi del ricorso, pur talora necessaria, deve essere omessa quando la censura possa risultare dal medesimo tenore della risposta della Corte; (...)" Cfr. Corte Suprema di Cassazione, *La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica*, p. 2.

¹⁸ Così Grasso, G., *Il linguaggio della giurisprudenza: I. - Le parole dei giudici: chiarezza, sinteticità e giustizia - Parte V*, in *Il Foro Italiano*, vol. 141, f. 11, p. 357 ss.

Cour de Cassation francese, che proprio in tema di stile della sentenza (e della motivazione) è portatrice di un modello emblematico. È noto a tutti gli addetti del settore lo stile formulare, brevissimo e strettamente consequenziale – quasi fosse una norma giuridica particolareggiata – adottata dalla corte francese¹⁹. Dal 2014 è stata tuttavia istituita la *Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, organo interno che coordina un profondo dibattito su diversi profili fra i quali l'introduzione di meccanismi di selezione delle controversie e la rivisitazione dello stile di redazione delle proprie decisioni, più specificamente, della loro motivazione²⁰. Per la Corte apicale francese, in un'eventuale nuova impostazione delle sentenze il punto centrale da considerare rimane la brevità della motivazione; per fare fronte al correlato rischio della mancanza di chiarezza del provvedimento, si suggerisce non già di apportare una modifica generale allo stile decisorio, ma di selezionare tipologie di sentenze la cui importanza e complessità della controversia sottostante giustifica l'aggiunta di precisazioni supplementari, nell'ambito di una vera *"gradation des arrêts"*²¹. Fra gli elementi che possono venire in rilievo per integrare la motivazione sono indicati, oltre alle considerazioni di natura economica o sociale, anche l'eventuale giurisprudenza precedente della stessa Corte.

Volgendo ora lo sguardo all'ordinamento giuridico brasiliano, l'altro termine di paragone di questa sintetica comparazione, si evidenzia che, come già accennato, il nuovo Codice di procedura civile, entrato in vigore nel 2016, ha apportato delle modifiche alla disciplina della motivazione dei provvedimenti civili, e lo ha fatto soprattutto attraverso l'art. 489, primo paragrafo, che dispone sul contenuto della sentenza. Il dovere di motivazione delle decisioni, oggetto di garanzia costituzionale dal 1988 ex art. 93, IX, CF²², era presente anche nella

¹⁹ La decisione francese, in particolare della *Cour de Cassation*, si presenta come una statuizione corale, formulata sotto forma di un'unica frase, in cui fra il soggetto (la Corte stessa) e il predicato (*rejette le pourvoir* oppure *casse o casse et annule l'arrêt*), viene collocata la sua intera motivazione, per mezzo di frasi secondarie precedute dalla formula *atendu que* oppure semplicemente *que*. Lo schema generale di questo, che viene chiamato anche *jugement à phrase unique*, produce un testo naturalmente conciso, che si estende solitamente per poche pagine, dal linguaggio tecnico e preciso, dal suono impersonale, difficilmente superabile per chiarezza formale.

²⁰ Per una sintesi dei motivi, delle attività svolte e delle proposte presentate si veda il documento *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de Cassation*, Avril 2017, disponibile alla pagina web <https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20sur%20la%20r%C3%A9forme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>

²¹ Sul tema si veda Deumier, P., *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation? Raisons, identification, réalisation*, in *Recueil Dalloz*, n. 35, 2015, p. 2022 ss.

²² "Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

vetusta legislazione processuale (art. 458 CPC 1973)²³. Tuttavia, la norma ora abrogata non conteneva specificazioni sulla sua conformazione, che veniva lasciata dunque al magistrato in virtù del principio del libero convincimento (art. 131 CPC 1973)²⁴.

Tornando alla legislazione ordinaria, l'art. 489, paragrafo primo, del nuovo CPC, nel disciplinare il contenuto della sentenza, elenca una serie di ipotesi in cui la sentenza o la decisione giudiziale deve ritenersi immotivata²⁵. Secondo la disposizione ciò può accadere, *in primis*, quando la decisione o la sentenza: si limita ad indicare, riprodurre o parafrasare un atto normativo senza spiegare il suo rapporto con la lite o con la causa decisa (I). In altre parole, la prima ipotesi di nullità della sentenza per assenza di motivazione è quella in cui è presente nella decisione un mero richiamo alla norma astratta o una sua riformulazione senza maggiori precisazioni sul rapporto concreto del dispositivo con le specificità del caso. L'art. 489, paragrafo primo, n. II, stabilisce poi la nullità della sentenza per mancanza di motivazione quando essa applica concetti giuridici indeterminati, senza spiegare la ragione concreta della loro incidenza sul caso. La tecnica legislativa delle clausole generali e l'utilizzo in generale di concetti indeterminati è ormai sempre più frequente anche in Brasile, come dimostra il Codice civile del 2002, che ha introdotto clausole generali quali la funzione

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)"

²³ "Código de Processo Civil - Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem."

²⁴ "Código de Processo Civil - Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

²⁵ "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."

sociale della proprietà (art. 1.228, §1, CC), la funzione sociale del contratto (art. 421 CC), o la buona fede (art. 422 CC)²⁶. L'invito al magistrato a concretizzare il significato del testo immanente in tali clausole si accompagna, dunque, al dovere di dimostrare nella motivazione l'applicabilità della norma al caso concreto e gli effetti che ne derivano.

Pare rifarsi anche alla necessità che vi sia una struttura giustificativa concreta, nel senso che non venga tralasciata la evidenziazione del rapporto fra norma e circostanze del caso, la terza ipotesi posta dall'art. 489 CPC, che in sostanza rifiuta le motivazioni generiche, meramente formali, che richiamano ragioni che potrebbero giustificare qualsiasi altra decisione (III), o *prêt-à-porter*²⁷. Autorevole dottrina rinviene qui anche la tutela al principio del contraddittorio, mediante la promozione del dialogo fra il magistrato e le parti²⁸.

Senza dubbio è ispirato alla garanzia del contraddittorio l'art. 489, paragrafo primo, n. IV, del CPC brasiliano, forse la disposizione oggetto di maggiori discussioni: essa stabilisce l'inesistenza della motivazione quando non vengono affrontati tutti gli argomenti sollevati nel processo astrattamente in grado di invalidare le conclusioni del magistrato. La disposizione ha generato perplessità, in particolare sul fatto che sia necessario affrontare nella motivazione tutte le eccezioni e difese allegare dalle parti e ha, pertanto, sollevato seri timori di un rischio di appesantimento del contenuto dell'obbligo di motivazione. La lettura più ragionevole della disposizione, tuttavia, oltre ad essere quella prevalsa in alcune prese di posizione delle corti di vertice, pare essere quella secondo la quale debbano essere trattati soltanto gli argomenti che *effettivamente* possono invalidare le conclusioni del magistrato²⁹.

²⁶ Sul tema sia consentito rinviare a Posenato, N., Le clausole generali nel Codice civile brasiliano e il nuovo ruolo della giurisprudenza, in AA.VV., Dez anos. Contributos sui 10 anni del nuovo codice civile brasiliano, a cura di S. Lanni, Collana "Roma e America. Sistema giuridico latinoamericano. Studi", n. 3, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 113 ss.

²⁷ L'espressione è di Conte, F., Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional, Rio de Janeiro, Gramma, 2016, p. 176.

²⁸ Marinoni, L. G.; Arenhart, S. C.; Mitidiero, D., Novo Curso de Processo Civil, Vol. 2 - Tutela dos direitos mediante procedimento comum, 3 ed., São Paulo, RT, 2016, p. 454.

²⁹ “[...] 2. O julgador não está obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pela defesa, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas. [...]” (STJ, HC 318.957/SP, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, decisão del 3.11.2015, DJe 10.11.2015); “[...] O órgão julgador não está obrigado a rebater pormenorizadamente todos os argumentos apresentados pela parte, bastando que motive o julgado com as razões que entendeu suficientes à formação do seu convencimento. [...]” (STF, SS 4.836 AgR-ED, rel. Min. Ricardo Lewandowski (Presidente), Tribunal Pleno, decisão del 7.10.2015, processo eletrônico, DJe-219, publicada il 04.11.2015).

Da ultimo, ma non meno importante, l'art. 489, primo paragrafo, elenca altre due ipotesi di assenza di motivazione: ai sensi dei numeri V e VI, ciò avviene quanto la sentenza o decisione si limita ad invocare un precedente o una *súmula*, senza identificare i loro elementi fondamentali o dimostrare che il caso in esame si conforma a tali elementi (V); ovvero non si adegua ad un principio di *súmula*, alla giurisprudenza o ad un precedente invocato dalla parte, senza dimostrare l'esistenza di differenze rispetto al caso in esame o il superamento dei precedenti (VI).

Va evidenziato al riguardo che la *súmula* presenta alcune similitudini rispetto alla massima giurisprudenziale italiana, ma non si confonde con essa (la massima infatti è forse più vicina al concetto di *ementa*). La *súmula* è un enunciato che, nel diritto brasiliano, esprime e consolida l'orientamento giurisprudenziale maggioritario e costante di un organo giurisdizionale, di secondo grado o superiore, manifestatosi in diversi processi, fondato sull'interpretazione di una norma di legge. Si presenta, in pratica, come una formula generale, astratta e impositiva, in tutto simile ad una norma giuridica dettagliata, essendone l'interpretazione in relazione a una situazione specifica. Il suo scopo originale era quello di assicurare maggiore stabilità alla giurisprudenza, di razionalizzare l'attività giurisdizionale e di agevolare il lavoro degli operatori giuridici. Essa non viene formata alla conclusione di un normale processo di natura giurisdizionale, ma viene creata all'interno dell'organo giudiziale sulla base di procedimenti specifici di approvazione, regolati dai rispettivi regolamenti, e solitamente condivisa dalla maggioranza o dall'unanimità dei magistrati che lo compongono. Tra la *súmula* e la massima, è comune l'assenza di elementi descrittivi della fattispecie concreta, che nel caso brasiliano si deve anzitutto alla particolarità della formazione dell'enunciato; al contempo, diversamente dalla massima *more italico*, la *súmula* riporta sempre un solo principio giuridico e non contiene "l'enunciazione di obiter dicta accanto a (e talvolta in luogo di) quella della ratio (o rationes) decidendi"³⁰.

È necessario poi distinguere altri due concetti che vengono utilizzati dalle disposizioni citate: giurisprudenza e precedente. Sulla prima non è necessario soffermarsi perché, come ordinamento di *civil law*, anche nel sistema brasiliano la

³⁰ Cfr. Chiarloni, S., Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza, in Visintini, G. (a cura di), La giurisprudenza per massime e il valore del precedente: con particolare riguardo alla responsabilità civile. Atti del Convegno promosso dall'Istituto di diritto privato della Facoltà di giurisprudenza in collaborazione con la rivista Contratto e impresa: Genova, 11 e 12 marzo 1988, Padova, 1988, p. 69.

giurisprudenza è il prodotto dell'interpretazione della legge da parte delle corti di giustizia e, di per sé, non dispone di forza vincolante al di fuori dello specifico processo. Soltanto l'eventuale reiterazione della giurisprudenza, che genera uniformità, può portarla a diventare un parametro di controllo dell'attività delle corti di giustizia, da attuare attraverso le corti di vertice.

Per quel concerne invece il precedente l'analisi dell'ordinamento brasiliano è degno di interesse, soprattutto per l'osservatore straniero proveniente da una tradizione continentale, come quello italiano. Il rafforzamento del formante giurisprudenziale in Brasile proprio attraverso il riconoscimento legislativo di un valore precedenziale – cioè generalizzabile – a certe tipologie di decisioni, quasi esclusivamente quelle provenienti dalle corti supreme, ossia dal *Supremo Tribunal Federal* – STF e dal *Superior Tribunal de Justiça* – STJ, è una tendenza che da diversi anni contraddistingue questo ordinamento giuridico. Tralasciando l'esame approfondito di questa importante tematica in questa sede, ci basti evidenziare che l'attuale CPC ha dato seguito e rafforzato questa tendenza, attraverso diverse disposizioni. Essendo poi, il precedente in Brasile (come altrove), costituito dalle sole ragioni giuridiche generalizzabili contenute nella motivazione di una decisione – adottata nello specifico soprattutto dalle corti superiori – nulla di più ragionevole che il legislatore processuale abbia cercato di perfezionare uno stile di sentenza e, in particolare, di motivazione, che permetta la sostenibilità del sistema precedenziale.

Ecco perché l'ultima parte dell'art. 489, primo paragrafo, nelle ipotesi dei nn. V e VI, considerano immotivata la decisione che si limita a ad invocare un precedente o una *súmula*, senza identificare i loro elementi fondamentali o dimostrare che il caso in esame si conforma a tali elementi. Nella seconda ipotesi, è assente di motivazione la decisione che non si adegua ad un principio di *súmula*, a giurisprudenza o ad un precedente invocato dalla parte, senza dimostrare l'esistenza di differenze rispetto al caso in esame o il superamento dei precedenti. L'obiettivo di tali disposizioni pare essere quello di evitare giustamente che nella motivazione si richiamino meramente delle decisioni che possono avere grado di precedenti senza invece riportare la loro *ratio decidendi* (o holding) e senza dimostrare la pertinenza di tale *ratio* con il caso sub analisi.

Quando la decisione si adegua al precedente sussiste dunque l'obbligo di indicare precisamente l'identità o la somiglianza fra gli aspetti fattuali o giuridici dei due casi, e, viceversa, vi è il dovere di riportare le ragioni della propria

decisione nelle controversie in cui l'organo giudiziale intende discostarsi dal precedente, perché dinanzi ad un'ipotesi diversa (*distinguishing*) o perché lo ritiene superato (*overruling*). Quest'ultima ipotesi, naturalmente, è riservata alla stessa Corte che formulato il precedente e, anche se si tratta di superamento parziale, la nuova norma processuale brasiliana (art. 937, § 4° CPC) richiede la motivazione "adeguata e specifica"³¹; inoltre, al fine di tutelare la certezza giuridica e la legittima aspettativa delle parti, il CPC prevede la possibilità di modulare gli effetti del cambiamento anche al fine di riconoscere soltanto efficacia prospettica (*prospective overruling*)³².

Questi obblighi sono, come detto, perfettamente in linea con il rafforzamento del sistema dei precedenti, sia da una prospettiva verticale che orizzontale. Verticalmente, perché favoriscono il processo di identificazione e applicazione del precedente per le corti inferiori che ne sono vincolate³³, ed evitano anche il formarsi di un sistema di standardizzazione per cui il giudice si ritrova ad essere una sorta di "bocca della giurisprudenza"³⁴. Orizzontalmente, la necessità di motivare le ragioni dell'allontanamento di un precedente può aiutare a limitare il problema, frequente anche nelle corti superiori, di contrasti giurisprudenziali.

A partire dagli elementi che abbiamo riportato in questa sede in modo molto sintetico e come si potrebbe pensare in virtù di una lettura affrettata delle norme si potrebbe forse evincere un'inclinazione opposta degli ordinamenti italiano e brasiliano in tema di stile della motivazione delle decisioni e sentenze in materia civile. In realtà l'orientamento dei due ordinamenti è del tutto simile al riguardo: se è vero che le recenti riforme in materia fatte in Italia invitano il magistrato alla sinteticità, essa non va semplicemente identificata con la brevità; inoltre, nel giudizio di cassazione, l'approccio più sintetico è riservato alle sole sentenze che non sono destinate a svolgere una funzione nomofilattica o che non trattano

³¹ "Art. 927. Os juizes e os tribunais observarão: (...)§ 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia."

³² "Art. 927. Os juizes e os tribunais observarão: (...)§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica."

³³ "Saber se o caso é igual ou não, ou aplicar os mesmos critérios do precedente, é tarefa posterior, mas que pode ser facilitada quando a motivação da decisão que forma o precedente auxilia a atuação do intérprete." Così Cambi, E.; Hellman, R. F., Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil, in Revista de Processo, 241, 2015, p. 417.

³⁴ L'espressione è stata utilizzata da Mitidiero, D., Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, in Revista de Processo, 245, 2015, p. 345.

controversie particolarmente complesse o vertono su questioni nuove. In Brasile, invece, la norma che impone diversi contenuti obbligatori alla motivazione, pur potendo comportare il rischio di maggior estensione dei provvedimenti decisori, in realtà è orientata a favorire una maggior concretezza degli stessi e a rafforzare, da ultimo, il sistema dei precedenti giudiziari già operativo nell'ordinamento.

Questi propositi a nostro avviso possono essere letti come un analogo tentativo posto in essere nei due ordinamenti di avvalersi anche della modalità di redazione dei provvedimenti decisori e di stesura della motivazione delle sentenze in funzione dello svolgimento da parte delle corti superiori del proprio ruolo di Corte Suprema.

È noto che il ruolo che le corti superiori sono chiamate oggi a svolgere per garantire l'effettiva tutela dei diritti non è più (solo) quello di organi di controllo dell'attività giudiziaria. Questo ruolo le avvicina sempre di più a quello di organi-guida, di vere *corti supreme*: corti d'interpretazione, che orientano (non soltanto censurano) la magistratura ordinaria, mediante decisioni dotate di autorità generale e di efficacia vincolante³⁵. Per lo svolgimento di questo ruolo di corte autenticamente *suprema* è chiaro che gli organi giudiziari dovranno adottare una logica argomentativa e degli stili comunicativi diversificati e ciò vale anche (e forse soprattutto) in materia di motivazione della sentenza.

³⁵ Sul tema si veda, in dottrina, Taruffo, M., *Le funzioni delle corti supreme. Cenni generali*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011, p. 11 ss.; Mitidiero, D., *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, 3 ed., RT, 2017.

AS PME'S E O ACESSO AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO FORMA DE FOMENTO – UMA ABORDAGEM COMPARATIVA ENTRE O MODELO BRASILEIRO E O PORTUGUÊS

Osvir Guimarães Thomaz¹

1. INTRODUÇÃO

O estudo das PME'S no modelo português e as Micro Empresa - ME e Empresa de Pequenas Porte – EPP no modelo brasileiro, a partir da proteção prevista no ordenamento jurídico, como forma de possibilitar acesso ao mercado dessas sociedades empresárias na busca de fomento de suas economias, é relevante por tratar-se de sociedades que tanto no Brasil quanto em Portugal detém aproximadamente mais de 99 % (noventa e nove por cento) da mão de obra laboral ativa nesses países.

Nesse sentido o trabalho propõe fazer uma abordagem comparativa entre o que previu o ordenamento jurídico luso-brasileiro no intuito de possibilitar um maior acesso ao mercado, fazendo também uma comparação entre os parâmetros estabelecidos para que sejam enquadradas em tais situações.

¹ É Advogado na Guimarães Thomaz Advogados. Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. - UC. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Graduado em Direito pela Universidade Paulista - UNIP - Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. É Personal Professional Coaching com certificação pela Graduate School of Master Coach. Palestrante de Cursos, no Brasil, sobre Gestão Pública. Consultor Sênior da B&B Solução em Gestão Pública. Foi Servidor Público do Ministério da Defesa com experiência de 30 anos na Administração Pública Federal. Especialista em Licitações e Contratos, Atua como Consultor de Gestão Pública em entes públicos das três esferas governamental. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, Administrativo e Financeiro.

Se no modelo brasileiro a proteção teve sua gênese no texto constitucional, na União Européia o olhar sobre a importância dessas sociedades empresárias exsurge a partir de uma proposta do Parlamento Europeu no ano de 1983.

Em momento onde se estabeleceu uma séria crise econômica na Europa e que reflete de forma acintosa em Portugal, um olhar comparativo entre Brasil-Portugal pode sinalizar caminhos de fortalecimento dessas sociedades empresárias de forma que proteja a sua manutenção garantindo empregos e um maior equilíbrio na economia.

Nesse percurso o trabalho irá abordar a previsão do ordenamento jurídico brasileiro desde o texto constitucional às legislações infraconstitucionais que tem corroborado para que seja cada vez mais, oportunizado às Micro Empresa – ME e Empresas de Pequeno Porte, acesso aos mercados das contratações públicas para garantir uma fatia do mercado para tais sociedade.

Dessa forma buscou-se garantir através do ordenamento jurídico que uma parcela do orçamento do Estado seja gasto com contratações para fornecimento de matérias e serviços de forma exclusiva com ME e EPP.

A política governamental adotada trouxe repercussões que levou a rever as políticas tributárias nacionais, a fim de que se pudesse desonerar tais empresas com intuito de colocá-las em igualdade de condições com empresas consideradas de grande porte.

No Brasil, a fim de que se adotasse tais políticas foi implementado o chamado direito de preferência nas contratações, onde figuram na disputa ME e EPP e empresas de Grande Porte, o trabalho irá fazer uma abordagem sobre o direito de preferência e o princípio da isonomia.

Por fim o estudo busca uma reflexão sobre se tais medidas trouxeram efetividade e se resultaram em benefícios relevantes as Micro Empresa e Empresas de Pequeno Porte no Brasil e se essas medidas, uma vez adotadas no regime de contratações de Portugal poderiam ou não ser uma alternativa para aquecer a economia, de forma a motivar os empresários e fomentar a economia portuguesa.

2. A MICRO E PEQUENA EMPRESA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Texto Constitucional Brasileiro de 1988, sofreu uma reforma através da Emenda Constitucional nº 06 de 1995 que fez com que o inciso IX do artigo 170 passasse a figurar com a seguinte redação: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Antes de 1988 a Lei nº 7256, de 27 de Novembro de 1984, já trazia a previsão de tratamento diferenciado para as ME e EPP, tendo sido esta Lei revogada através da Lei nº 9841 de 05 de Outubro de 1999, que teve como finalidade prevê o tratamento diferenciado que o Poder Constituinte Reformador tutelou através da Emenda Constitucional nº 06.

Esta Lei teve sua vigência até 2006, quando passou a vigorar a Lei Complementar nº 123/2006, que institui o Novo Estatuto da Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como diretriz das políticas de ordem economia financeira que as Micro e Pequenas Empresas tivessem tratamento diferenciado.

Desde o primeiro ordenamento que regulamentou a criação do Estatuto da Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte a intenção do legislador foi formatar um ambiente necessário para que pudesse dar crescimento as ME e EPP, para isso o legislador estabeleceu várias ações a fim de que pudesse ser um incremento na atividade econômica dessas empresas.

A constituição ao estabelecer que seja dado tratamento favorecido não estabeleceu, no texto, quais os favorecimentos que deveriam ser feito para as ME e EPP.

Foi então com a Lei Complementar nº 123 que ficou estabelecido o favorecimento em diversas áreas, como administrativa e tributária.

No caso do Brasil o legislador caracteriza a ME e EPP pelo aspecto do faturamento anual das sociedades empresárias.

O artigo 3º da Lei Complementar 123/2006 estabeleceu como critério para enquadramento na condição de Micro Empresa, aquelas cujo ano calendário atingiram um faturamento de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) o equivalente a € \$ 115.599,51 (cento e quinze mil quinhentos e noventa e nove euros e cinquenta e um cents), considerando a cotação oficial de € \$ 1,00 para R\$ 3.11.

Quanto às empresas de pequeno porte o legislador estabeleceu que se enquadram dentro dessa condição as empresas cujo ano calendário, que vai de 01 de Janeiro a 31 de Dezembro, atingiram um faturamento entre R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) o que corresponde a € \$ 1.155.995,12 (um milhão cento e cinquenta e cinco mil, novecentos e noventa e cinco euros e doze cents).

Dessa forma no ordenamento jurídico brasileiro o critério para que seja uma empresa considerada ME ou EPP é único e exclusivamente o faturamento. Não há qualquer distinção de números de funcionários para que se considere que uma empresa encontra-se na condição ME ou EPP.

A Lei Complementar 123, provocou uma nova onda de abertura de Micro e Pequenas Empresas, ora pelo fato de que previu uma política de verdadeira simplificação nos trâmites burocráticos e tributários. Ora porque estabeleceu obrigatoriedade para o Estado no sentido de ser o primeiro a proporcionar oportunidade quando necessita de fazer as contratações públicas.

O Estatuto previu uma vasta quantidade de benefícios a fim de consolidar as Micro e Pequenas Empresas.

Foi estabelecido uma política de acesso ao crédito e uma obrigatoriedade para que o Estado contrate com Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte.

A Confederação Nacional da Indústria – CNI apontava em 2011 que 95% (noventa e cinco por cento) das Indústria Brasileiras estavam na condição de Micro e Pequena Empresa conforme o Instituto Brasileiro de Pesquisas e Estatística – IBGE.

No entanto as ações para fomentar a economia com as ME e EPP ainda se apresentavam um tanto quanto tímidas. O ordenamento jurídico estabelecia um direcionamento para adoção das políticas, contudo, as regras constituíam em uma discricionariedade do Administrador Público, sendo entre alguns entes federativos uma política bem retraída.

A União Federal já em 2007 editou o Decreto nº 6.204, onde regulou no âmbito da União obrigatoriedade de adoção de medidas para que no âmbito do Governo Federal fosse efetivado o tratamento diferenciado.

Dessa forma desde de 2006 as políticas públicas para adoção de medidas que favoreçam os Microempreendedores tem sido a tônica na economia brasileira.

As políticas públicas para Micro e Pequena Empresa tomaram um status de tal magnitude que a Lei nº 12.792 de 28 de março de 2013 criou a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, que tem status de Ministério.

À Secretaria da Micro e Pequena Empresa compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República, especialmente na formulação, coordenação e articulação de políticas e diretrizes para o apoio à microempresa, empresa de pequeno porte e artesanato e de fortalecimento, expansão e formalização de MPE.

Também quanto aos programas de incentivo e promoção de arranjos produtivos locais relacionados às microempresas e empresas de pequeno porte e de promoção do desenvolvimento da produção; programas e ações de qualificação e extensão empresarial voltadas à microempresa, empresa de pequeno porte e artesanato; e programas de promoção da competitividade e inovação voltados à microempresa e empresa de pequeno porte. Na coordenação e supervisão dos Programas de Apoio às Empresas de Pequeno Porte custeados com recursos da União;

A SMPE ficou responsável pela articulação e incentivo à participação da microempresa, empresa de pequeno porte e artesanato nas exportações brasileiras de bens e serviços e sua internacionalização.

A Lei previu que a Secretaria da Micro e Pequena Empresa participará na formulação de políticas voltadas ao microempreendedorismo e ao microcrédito, exercendo suas competências em articulação com os demais órgãos da administração pública federal, em especial com os Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Fazenda, da Ciência, Tecnologia e Inovação e do Trabalho e Emprego.

Diante dessas competências e a partir da técnica conhecida como PES (Planejamento Estratégico Situacional) a SMPE elegeu como problema central, no

diagnóstico da relação do País com seus pequenos negócios, que o crescimento das MPE ainda é insuficiente para atender a demanda de emprego e renda da economia brasileira. Como direcionamento estratégico, a SMPE fixou dois objetivos centrais para sua atuação: 1) aumentar o grau de legalização das MPE's; 2) aumentar a taxa de sobrevivência das MPE's após cinco anos. Para cumprir esses objetivos centrais, quatro focos específicos de ação foram definidos pela SMPE: reduzir o custo para a abertura e baixa de empresas, reduzir o peso das exigências estatais, apoiar o aumento da produção, com redução de custos, e apoiar o aumento da capacidade de vendas e de gestão das MPE's.

As metas da SMPE são:

a) Reduzir a burocracia excessiva e inexplicável sobre as empresas brasileiras, de forma que o Brasil possa melhorar significativamente sua posição no *Doing Business*, estudo do Banco Mundial que compara 183 países em relação ao apoio ao empreendedorismo. Nesse *ranking* o Brasil ocupa hoje a posição 130, em função dos péssimos resultados nos indicadores de tempo de abertura de empresas e do tempo que se gasta para apurar e pagar os impostos; e

b) Aumentar a lucratividade das MPE's, de forma que a participação desse segmento na formação do Produto Interno Bruto brasileiro passe a aumentar, considerando que 99% das empresas brasileiras pertencem a esse segmento e que 53% do trabalho formal deste país estão empregados nas MPE's

Para consolidação dessas políticas a Lei Complementar 147 de Dezembro de 2014, trouxe alterações fundamentais para que definitivamente seja efetivada as políticas públicas em prol das ME e EPP.

Dessa forma o Estado Brasileiro entra na fase de consolidação dessas políticas de forma que se mantenham o crescimento das Micro e Pequenas empresas e, sobretudo, se incentive a busca da formalização dessas empresas extirpando-se de vez com a informalidade desses microempreendedores.

O Estatuto da Micro Empresa e Empresa de Pequeno porte passou a vigor com as alterações realizadas pela Lei Complementar 146 de Dezembro de 2014, que determinou que não seja mais cobrado qualquer taxa para abertura das ME e EPP. Ainda estabeleceu que as políticas que anteriormente estavam condicionadas como faculdade do Administrador Público passassem a ser obrigatórias para contratação de ME e EPP no âmbito da Administração Pública nas três esferas governamentais, União, Estados e Municípios.

As ME e EPP tem recebido uma atenção de forma ampla com fito de que as empresas possam se consolidarem e atingirem a maturidade com o objetivo as levem a alcançarem o estado de grandes empresas.

3. O MODELO DA PME EM PORTUGAL

Fazendo um percurso histórico constata-se que em Portugal, até que se chegasse ao atual estágio das PME's, o processo de evolução das PME's, se deu ainda no início do século passado quando os Decretos nºs 7033 e 7034, de 16.10.1920, instituiu o "casal de família".

Com esses Decretos surge o que se pode entender como a regulação, através do ordenamento jurídico português, das primeiras atividades da agricultura familiar com o fito de natureza comercial em benefício da família, além de atividades Mecânicas com o objetivo de benefício da unidade familiar.

A partir de então foram surgindo no ordenamento jurídico português, de forma incipiente, alguns benefícios garantido a essas pequenas atividades.

Registra-se o que tutelou o art. 32 da Constituição de 1933, nos termos do qual "o Estado favorecerá as atividades econômicas particulares que, em relativa igualdade de custos, forem mais rendosas, sem prejuízo do benefício social atribuído e da proteção devida às pequenas indústrias domésticas".

De certa forma é possível que se tenha, a partir dessas proteções, o nascedouro do que se denomina, hoje, PME.

Fato é que o período revolucionário fez com que todo o arcabouço jurídico que vinha sendo o sustentáculo para as políticas que privilegiavam as pequenas indústrias sofreu uma verdadeira derrocada.

A nova Constituição Portuguesa então conforme Souza FRANCO e Oliveira MARTINS², destaca-se em três fases: do 25 de Abril ao 28 de Setembro (sobretudo medidas de urgência); desta data ao 25 de Novembro (predomínio da ideologia socialista) e a partir de então, há um certo refluxo favorável à liberdade econômica e à economia de mercado, que aliás, encontra alguma inspiração na ação legislativa posterior à entrada em vigor da Constituição e parece corresponder, no essencial modelo inspirador da lei fundamental.

² FRANCO, António L. Souza/MARTINS, Guilherme d'Oliviera. A Constituição económica portuguesa. Ensaio interpretativo, Almedina, Coimbra, 1993. Pag. 136

Apesar da turbulência advinda de um período revolucionário houve um movimento no sentido de proteção as PME, uma vez que o Decreto Lei nº 74/74 de 28 de fevereiro de 1974, estabelece as diretrizes a partir de então de fomento da economia portuguesa.

Nas justificativas do Decreto Lei há a clara disposição de estabelecer incentivos fiscais para o desenvolvimento. Em seu artigo 19 o decreto expressa-se diretamente para as políticas de incentivo as PME estabelecendo o seguinte:

Art. 19.º - 1. As pequenas e médias empresas poderão ainda beneficiar:

a) De subsídios para investimentos em capital fixo, destinados à instalação, ampliação, reorganização ou reconversão das suas unidades;

b) De apoio na obtenção de financiamento adequado às suas necessidades e condições;

c) De compensação parcial de juros de empréstimos de entidades referidas na base XXI da Lei n.º 3/72.

2. O Fundo de Fomento Industrial preparará e submeterá à aprovação do Governo os esquemas e modos de efetivação dos benefícios referidos no número anterior.

3. As importâncias correspondentes às compensações de juros a que se refere a alínea c) do n.º 1 deverão, sempre que possível, ser diretamente entregues pelo Fundo às instituições que tenham concedido os respectivos empréstimos.

Em seguida surge o Decreto Lei nº 217/74 de 25 de maio que previu a criação, no Ministério da Coordenação Econômica, da Comissão de Apoio às PME e a institucionalização de formas permanentes de apoio a estas unidades empresarias.

Esta medida tende a sinalizar o nascedouro de uma política de Estado para o desenvolvimento das PME com a transformação da Comissão de Apoio às PME no Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas Industriais através do Decreto Lei nº 51/75 de 07 de fevereiro.

Até este momento ainda carecia de definição o que viria a ser uma PME, razão pela qual o art. 29 do Decreto-Lei nº 51/75 estabelece no art. 29 o seguinte: Art. 29.º Para os efeitos deste decreto-lei serão consideradas como pequenas e médias empresas as que satisfizerem os requisitos que vierem a ser fixados por despacho conjunto do Ministro da Economia e do Secretário de Estado da Indústria e Energia.

A partir de então foram surgindo vários Despachos que começaram a trazer uma definição do que se constituíam o enquadramento em uma PME.

Registre-se o Despacho 199/77 de 22 de Setembro que assim definiu: 1 - São consideradas pequenas e médias empresas industriais, nos termos e para os efeitos previsto no Decreto-Lei n.º 51/75, de 7 de Fevereiro, todas as empresas que, exercendo atividades predominantemente extrativas ou transformadoras, (...), preencham cumulativamente os seguintes requisitos: 1.1 - Empreguem mais de 5 e não mais de 400 pessoas; 1.2 - Não ultrapassem os 150000 contos de vendas anuais; 1.3 - Não possuam nem sejam possuídas em mais de 50% por outra **empresa** ou não sejam possuídas por acionista, sócio ou conjunto de sócios, que simultaneamente detenham mais de 50% do capital da empresa em causa e de outra empresa, salvo se, em ambos os casos, as empresas envolvidas, tomadas em conjunto, se enquadrem nas condições dos parágrafos 1.1 e 1.2; 2 - Para efeito do disposto no n.º 1, entende-se: 2.1 - Por atividade predominante aquela que represente 50% ou mais da faturação bruta total da empresa no exercício anterior, podendo, todavia, considerar-se o valor médio de faturação dos dois últimos exercícios sempre que a natureza das atividades da empresa o justifique; 2.2 - Por pessoal empregado, além dos trabalhadores permanentes, os trabalhadores eventuais que tenham laborado pelo menos 50% dos dias úteis do ano anterior, bem como os sócios da **empresa** que nela exerçam a sua atividade a tempo completo, devendo essas situações ser comprovadas pela apresentação da folha de férias correspondente ao último mês de exercício transato e ao mês imediatamente anterior ao de apresentação do pedido de apoio; 2.3 - No caso de trabalho em turnos regulares poderá ser atingido o limite de 600 pessoas, mantendo-se o valor de vendas fixado em 1.2; 2.4 - Por vendas anuais a faturação anual bruta da empresa, excluindo o imposto de transações, se a ele houver lugar. 3 - Podem ainda beneficiar do apoio do Instituto: 3.1 - As **empresas** que, em resultado da assistência que lhes tenha sido facultada no âmbito de esquemas de reestruturação, deixem de reunir os **requisitos** que nos termos dos n.os 1 e 2 concorrem para a definição de PME; 3.2 - Os agrupamentos complementares de empresas resultantes de ações coletivas, constituídos de acordo com a legislação em vigor; 3.3 - As empresas com menos de 6 pessoas que entre si estabeleçam acordos de cooperação com vista à realização de finalidades de comum interesse, ou apontem projetos de expansão que venham a preencher os requisitos de PME;

Diferentemente do que ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro que após a Constituição de 1988, ao regulamentar o art. 179, foi criada a Lei nº 8864/94, de onde surge a imposição de um tratamento diferenciado as Micro e Pequenas Empresas, e também do que ocorrera nos EUA, onde o *Small Business* estabeleceu um verdadeiro estatuto com as estratégias para as Micro e Pequenas Empresas, em Portugal não se estabeleceu nenhuma normativa que tivesse a abrangência do que pudesse considerar um Estatuto das PME.

Após a adoção ao Mercado Comum Europeu, surge a necessidade de adoção de uma política uniforme no âmbito da comunidade, o que passou a impor uma maior dificuldade para a PME em Portugal pela flagrante disparidade entre outros países membros da Comunidade.

De acordo com a definição nacional (Despachos Normativos nº 52/87, nº 38/88 e Aviso constante do DR nº 102/93, Série III), são PME as empresas que, cumulativamente, preenchem os seguintes requisitos: Empreguem até 500 trabalhadores (600, no caso de trabalho por turnos regulares); não ultrapassem 11.971.149 euros de vendas anuais; E não possuam nem sejam possuídas em mais de 50% por outra empresa que ultrapasse qualquer dos limites definidos nos pontos anteriores.

De notar que nesta definição são apenas apresentados critérios de classificação de pequenas e médias empresas, não se distinguindo, de entre estas, micro, pequenas e médias empresas.

Contudo, apesar de ser esta a definição em vigor em Portugal, a verdade é que, na prática, na maioria das situações, e designadamente para efeitos de atribuição de incentivos no âmbito do POE, estão a ser considerados os critérios constantes da “definição europeia” (Recomendação da Comissão (2003/361/CE, de 6 de Maio), por motivos que se prendem com a necessidade de harmonização de conceitos no seio da União Europeia.

Entende-se por Micro, Pequena e Média Empresa (PME), segundo a Recomendação da Comissão 2003/361/CE, de 6 de Maio de 2003, aquela que: 1- Categoria N.º Trabalhadores Volume de Negócios Balanço Total Média Empresa < 250 < = 50 Milhões de euros < = 43 Milhões de euros Pequena Empresa < 50 < = 10 Milhões de euros < = 10 Milhões de euros Microempresa < 10 < = 2 Milhões de euros < = 2 Milhões de euros Relativamente ao método de cálculo

dos limiares: Para uma empresa autônoma, os dados financeiros e relativos aos efetivos são baseados unicamente nas contas dessa empresa; Para uma empresa que tenha empresas parceiras ou associadas, os dados financeiros e relativos aos efetivos são baseados nas contas e outros dados da empresa (ou das contas consolidadas quando existam). A estes dados devem agregar-se os dados das empresas parceiras – numa base proporcional à percentagem de participação no capital (ou à percentagem de direitos de voto, se esta for superior) – e 100% dos dados das empresas associadas.

A aplicação desta definição é vinculativa em matéria de aplicação dos fundos estruturais europeus e dos programas comunitários, em especial a todas as candidaturas no âmbito do PRIME entradas a partir de 1 de Janeiro de 2005 e ao 6.º Programa-Quadro de Investigação. A Comissão Europeia recomenda aos Estados-Membros, ao BEI (Banco Europeu de Investimento) e ao FEI (Fundo Europeu de Investimento) que apliquem uma definição comum de Micro, Pequenas e Médias Empresas. No entanto, os Estados-Membros e as duas instituições financeiras não são obrigados a respeitar esta definição.

Recentemente foi proposto uma Agenda 2015-2020 da Comunidade Europeia em relação a Portugal visando auxílio para investimento em várias áreas dentre muitas ficou estabelecido um investimento de nove milhões de euros com fito de investir na PME a fim de reforçar a competitividade das Pequenas e Médias Empresas e promover uma economia eficiente.

O Acordo de Parceria abrange cinco fundos: Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), Fundo Social Europeu (FSE), Fundo de Coesão, Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER) e Fundo Europeu para os Assuntos Marítimos e as Pescas (FEAMP).

As intervenções centram-se, em particular, nas seguintes prioridades: A promoção do empreendedorismo e da inovação empresarial - incluindo o desenvolvimento da “e-economia” e melhorando o acesso das PME a financiamento para os respectivos investimentos e serviços empresariais avançados.

Ultima-se que no caso de Portugal como o do Brasil 99% da força laboral encontram-se dentro das PME, razão pela qual urge uma atenção para estas empresas com fito de fortalecimento da economia e consolidação dessas estruturas.

4. OS INCENTIVOS FISCAIS COMO FORMA DE FOMENTO

A questão dos incentivos fiscais passou a ser uma tônica quase que uníssona na economia global, dessa forma constata-se que tanto no Brasil como em Portugal há políticas voltadas para desoneração da carga tributária com fito de viabilizar o crescimento e trazer incentivo para um dos principais óbices que comprometem a economia que é tirar da informalidades essas empresas.

A informalidade sempre foi justificada pela alta carga tributária de forma que o empreendedor fazia a opção de não regularizar a empresa para fugir da carga tributária.

Entendendo ser esse o principal motivo da falta de regularização adotou-se uma política de desoneração que não somente ameniza a carga tributária como também traz condições para que essas unidade de negócio possam concorrer com as empresas de grande porte.

No caso brasileiro a Lei Complementar 123 de 14 de Dezembro de 2006, ficou denominada como o Estatuto da Micro Empresa. Nesse estatuto criou-se o chamado Simples Nacional, ou seja, um imposto simplificado voltado para as empresas que se enquadre na condição de Micro e Pequena Empresa.

Dessa forma se estabeleceu faixas de tributação onde os impostos foram unificados. Sendo por exemplo no caso de empresas de atividade comercial a depender do faturamento anual de R\$ 180.000,00 a R\$ 3.600.000,00 a alíquota variará de 4% a 11,61%.

Quando se tratar de indústria a variação do imposto único na mesma faixa de faturamento anual irá de 4,5% a 12,11%.

Em se tratando de serviço dentro da mesma faixa de faturamento a carga tributária será de 6% a 17,42% e 4,5 a 16,85% a depender do tipo de serviço.

Nesse sentido houve uma grande busca para regularização por parte do empreendedores pelo fato de também que o novo Estatuto trouxe uma tônica no sentido de dar acesso ao mercado das contratações públicas em condições privilegiadas a essas empresas, questão que será tratada alhures.

5. O ACESSO AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O DIREITO DE PREFERÊNCIA

No caso brasileiro, o novel Estatuto trouxe como obrigatoriedade para todos os entes públicos prevê, nos editais de licitações públicas, o tratamento diferenciado para as Micro Empresa e Empresas de Pequeno Porte.

Essa obrigatoriedade foi estabelecida no art. 47 da Lei que previu o seguinte: Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

No caso do Brasil que se constitui de uma Federação, os Estados são independentes e também os municípios. Sendo a União responsável por todos os órgãos federais.

O Legislador quando trouxe essa obrigatoriedade fez uma abertura para acesso as contratações públicas por parte das ME e EPP.

No Brasil as leis que regem as contratações públicas são leis no âmbito do direito administrativo sendo a Lei nº 8666/93, a Lei nº 10520/02, o Decreto nº 3555/00 e Decreto nº 5450/05.

Estes ordenamentos de forma generalizada traz a obrigatoriedade, para fase de habilitação nos processos licitatórios que as licitantes ofertem o menor preço, que preencham as condições de regularidade fiscal e qualificação técnica.

No intuito de trazer um abrandamento para as exigência de natureza fiscal o legislador, em obediência ao dispositivo constitucional previsto no art. 179 da Constituição de 1988, previu que as empresas consideradas ME e EPP que estejam participando de licitações públicas terão as seguintes prerrogativas: Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

A microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Município não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.

No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

O Legislador ao adotar a política voltada para o desenvolvimento das ME e EPP estabeleceu que o ente público deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Ainda estabeleceu que poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Visando garantir uma parcela do orçamento público que deva ser gasto em despesa de capital e despesa corrente a lei estabeleceu, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Ainda trouxe o legislador a situação de que quando houve contratação por órgão público com empresa que não se enquadrem na condição de ME ou EPP, havendo a subcontratação, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

Por fim o legislador, com intuito de estabelecer política que desenvolva a economia local e regional fixou que, justificadamente, os entes públicos poderão estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Dessa forma, ainda que o melhor preço válido, que no caso deve ser o menor preço ofertado, tenha ganho o certame licitatório, mas o Administrador público justificadamente estabelecer que a contratação com ME ou EPP local ou regional seja mais vantajoso para fomentar a economia local, ampliar as ofertas de emprego e etc, poderá contratar com ME ou EPP com o preço 10% acima do menor preço.

Nesse sentido as ME e EPP brasileiras tem tido um grande crescimento, uma vez que as contratações públicas constituem uma parcela muito alta do orçamento público.

O Estado para manutenção de sua máquina necessita de fazer diversas contratações. Há momentos que é necessário contratar terceirização de serviços, há momentos que é necessário a aquisição de medicamentos, gêneros alimentícios, equipamentos, e manutenções para os prédios públicos.

Assim sendo há um verdadeiro fomento na economia fazendo com que as ME e EPP tenha como um foco também o fornecimento de bens e serviços para as contratações públicas.

Uma vez que há previsão de responsabilização dos gestores públicos por ato de improbidade administrativas por falta de cumprimento para com a Lei de Responsabilidade Fiscal, o inadimplemento por parte dos órgãos estatais é bem próximo de zero, razão pela qual as contratações passam a ser seguras.

Também coopera com as ME e EPP o fato de que uma vez que a efetivação das contratações ocorre após vencido o certame licitatório, as ME e EPP somente farão

investimento para cumprir com o contrato após o mesmo já está concretizado o que reduz o risco do negócio.

É cristalino que o legislador deixou flagrante que a política adota para as contratações públicas busca a trazer uma preferência para contratações com ME e EPP, mesmo nos certames que estejam sendo disputadas por empresas que não se enquadre nessas condições.

Essa preferência, por exemplo, de quando ocorre um empate que se convencionou de empate ficto, que é o que ocorre quando a vencedora da oferta ou lance de menor preço for uma empresa que não se enquadre na condição de ME e EPP, e que a diferença entre o menor preço de uma empresa nessa condição esteja na margem de 10% (dez por cento) para modalidades licitatórias da Lei nº 8666/93, quais sejam Tomada de Preços ou Concorrência e de 5% na modalidade da Lei nº 10.520/02 que é o Pregão seja ela na forma presencial ou eletrônico.

Essa preferência também ficou contemplada com o fato de oportunizar ao ME e EPP uma segunda oportunidade, seja ela pela falta de alguma documentação de natureza fiscal ou para lhe seja dada a oportunidade de cobrir o lance de um licitante vencedor.

Foi concedido também que nos procedimentos licitatórios por item, onde cada item não exceda até R\$ 80.000,00 estes itens sejam disputados apenas por ME e EPP.

Diante do direito de preferência que o legislador estabeleceu para as ME e EPP, resta-nos fazer um enfrentamento entre o direito de preferência versus o princípio da isonomia.

6. O DIREITO DE PREFERÊNCIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A Lei Complementar 123/06, por se tratar de uma natureza tributária, quando adentrou na seara do direito administrativo, ficou em situações que requer uma atenção maior.

A Lei de Licitações Públicas no Brasil Lei nº 8666/93 e a Lei nº 10.520/02 estabelecem que os procedimentos licitatórios deverão ser instaurados com o observância do princípio constitucional da isonomia dentro outros princípios, esta previsão foi tutelada no art. 3º da Lei nº 8666/93 nos seguintes termos: art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da

isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação aos instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Dentro desse princípio basilar é necessário uma análise a fim de que possa saber se o *discrímen* estabelecido pelo legislador é justificável.

In prima facie o fato de estabelecer um direito de preferência para as ME e EPP, deve ser visto em dois momentos: o primeiro quando se tratar de licitações impostas para que sejam realizadas somente como ME e EPP. E num segundo momento quando estas ME e EPP participam de certame com empresas de grande porte e ocorre o chamado empate ficto.

Uma vez que a lei trata de matéria de natureza tributária, a questão da justiça fiscal a fim de que possa ocorrer um fomento é completamente justa e necessária.

A busca de trazer uma tributação mais justa tem como condão igualar as desigualdades existentes entre as ME e EPP, ou seja, por ter uma tributação mais amena a coloca em condições de igualdade para competir com as empresas maiores. Este pareceu ser o sentido dessa política adotada.

Uma vez que as ME e EPP passaram a ter uma carga tributária mais amena o ordenamento jurídico deu a oportunidade de competição em igualdade de condições.

No entanto, o que ficou evidenciando, foi que ao inserir uma norma de direito tributário no campo do direito administrativo, houve uma aplicação equivocada. O legislador passou a conceder privilégios, cujo discriminem não justifica. Não há porque oportunizar um novo lance para cobrir o lance vencedor por uma empresa de grande porte, pois se seria possível ofertar um lance mínimo, abaixo do que foi ofertado pela vencedora do lance, não há motivo para conceder a oportunidade de ofertar novo lance para ME e EPP depois. Uma vez que as condições favoráveis o legislador já havia viabilizado, uma carga tributária mais justa.

Também não é justificável a concessão de oportunidade de apresentar documentação de regularidade fiscal que esteja vencida até cinco dias após, sem que esse direito possa ser estendido a todos os participantes, sejam eles ME, EPP e Empresa de Grande Porte.

Os privilégios fazem com que os empreendedores se acomodem na condição de ME e EPP, na tentativa de não perder aquela condição, quando a melhor opção para a economia era que a empresa crescesse e aumentasse seu status.

A igualdade é um dos valores que alçou uma posição de prestígio nas sociedades ocidentais.

Ao prestigiar a igualdade corrobora-se para a expressão concreta da ideia de justiça, pois o tratamento discriminatório retrata uma das formas mais odiosas de arbitrariedade. Sobremodo, a igualdade é um dos baluartes do ordenamento jurídico nacional, tendo sido encartada no altiplano dos direitos fundamentais prestigiados na Constituição Federal, mais precisamente no caput do art. 5º, por meio do princípio da isonomia, que é a sua expressão jurídica.

Sendo assim, o Estado e a Administração Pública como a parte dele, tem o dever de tratar todos as pessoas que estão sob sua jurisdição com igualdade.

É vetusto que a isonomia não determina que todos sejam tratados em absoluta igualdade.

Nesse sentido, Siqueira de Castro pondera: «E errôneo supor que a regra constitucional da isonomia impede que se estabeleçam desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito. Isto porque o fenômeno da criação legislativa importa inevitavelmente em classificar pessoas, bens e valores segundo toda a sorte de critérios fáticos”³

E adiante: “Aliás, se tudo e todos fossem iguais perante a lei, de modo absoluto chegar-se-ia à conclusão absurda de que a lei não poderia classificar, portanto estabelecer valorações fático-jurídicas, tendo de tratar a tudo e a todos da mesma maneira, o que importaria num tremendo cerceamento do exercício do poder normativo do Estado”⁴

A questão em torno da isonomia redonda em precisar quais são as diferenças toleráveis, haja vista que, como preceitua Llorente, “é próprio do Direito estabelecer diferenças”.

A esse respeito, Aristóteles havia advertido que o princípio isonômico implica tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.⁵ Entretanto, a fórmula

³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 44.

⁴ Obcit p.47-48

⁵ Conforme afirma Aristóteles: “Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade - e de fato é, embora não

aristotélica não está pronta, pois não indica quem são os iguais e quem são os desiguais, bem como qual a medida aceitável da desigualdade a ser instaurada pelo Direito.⁶ Essas questões devem ser respondidas pelo legislador e pelos demais aplicadores do Direito, sempre tomando como norte o princípio da razoabilidade, que veda discriminações arbitrárias.

Sob essas luzes, convém sublinhar que o fato de o legislador ter estabelecido tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte não implica, por si só, ofensa ao princípio da isonomia, isto é, ao direito das demais empresas, que não sejam micro ou de pequeno porte, de serem tratadas com igualdade. Isto porque não há igualdade absoluta. Insista-se que os desiguais devem ser tratados com desigualdade.

E o ponto é que a própria Constituição Federal prescreve, no inc. IX do seu art. 170, que se deve instituir “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Ou seja, a própria Constituição Federal obriga o legislador a criar lei para favorecer as empresas de pequeno porte, partindo do pressuposto de que elas são diferentes das demais empresas e que, portanto, merecem tratamento privilegiado. Trocando-se em miúdos, o legislador, ao privilegiar as microempresas e as empresas de pequeno porte, não ofende, por si só, a isonomia, o direito das demais empresas e pessoas à igualdade. O legislador, ao contrário, atende ao princípio da isonomia, porquanto ele privilegia quem a própria Constituição Federal estabeleceu que merece ser privilegiado.

Entretanto, ao legislador não é permitido criar qualquer tipo de norma, estabelecer privilégios que não sejam razoáveis. O ponto nuclear da questão reside na existência de liame lógico entre o tratamento que favorece às microempresas e às empresas de pequeno porte e a razoabilidade. Ao legislador não foi dada espécie de “carta-branca”, não lhe é dado incorrer no absurdo.

seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si; os defensores dos dois princípios omitem a qualificação das pessoas às quais eles se aplicam, e por isso julgam mal”. (ARISTOTELES. *A política*. Trad. Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 92.)

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello é quem questiona: “A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma; qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.)

Logo, muito embora os privilégios criados pelo legislador às microempresas e às empresas de pequeno porte em tese não sejam de antemão inconstitucionais, por suposta afronta ao princípio da isonomia, é imperativo analisar as respectivas normas, avaliar, caso a caso, em que medida o legislador desigualou, tudo sob a mira da razoabilidade.

Nesse sentido, entende-se que o privilégio concedido as ME e EPP deveria ser somente no campo fiscal, o que possibilitaria a sua participação em igualdade de condições com as empresas de grande porte.

Ao adentrar na esfera das licitações públicas, quando concede o privilégio de dar lance para cobrir uma oferta de empresa que a princípio ofertou melhor preço para administração é desarrazoada tal influência do legislador, uma vez que a ME e EPP já reunião, com uma tributação mais favorecida, as condições de propor uma melhor oferta.

De mais a mais, a Lei Complementar no 123/06, sob a escusa de favorecer as microempresas e as empresas de pequeno porte, acaba subvertendo valores fundamentais do capitalismo moderno, adotando medidas excessivas, que instauram quase que reserva de mercado nas licitações públicas e nos contratos administrativos.

Mais uma vez o legislador confundiu o incentivo com o protecionismo. O paternalismo estatal, historicamente, não estimula; em sentido oposto, incute ideia contrária ao crescimento. Pode passar a ideia de que é melhor ser pequeno, permanecer pequeno ou tornar-se pequeno.

7. CONCLUSÃO

A questão aventada não pode ser considerada a panaceia do crescimento das PME, contudo são caminhos que conduzem um fortalecimento da economia dessas empresas, possibilitando uma oportunidade no mercado onde os riscos são minimizados.

As contratações públicas em função de todo um arcabouço jurídico que responsabiliza os maus gestores, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, tem sido uma excelente oportunidade de acesso ao mercado.

Conforme relato ao longo do trabalho as PME's em Portugal e as ME e EPP constituem em 99% das empresas nesses dois países, razão pela qual são responsáveis pela manutenção do emprego para uma parcela considerada da mão de obra ativa nos dois países.

Dessa forma quanto maior for o fortalecimento através de oportunidade de ter acesso ao mercado das contratações públicas, maior será as chances de consolidação dessas empresas no mercado.

O orçamento público, ainda que seja num momento de crise, contempla uma boa fatia para manutenção da máquina pública, ou seja, ainda que falte orçamento para investimentos, a máquina pública tem que ser mantida, nesse sentido em todas as esferas governamentais uma boa parcela do orçamento é utilizado para as contratações oportunidade ímpar para a garantia de um mercado para essas PME.

A existência de política de desenvolvimento das PME em Portugal e ME e EPP são notórios, contudo na análise feita nos dois modelos percebeu-se que a política de conduzir as ME e EPP, no Brasil um melhor acesso as contratações públicas, desenvolvendo processos licitatórios voltados para ME e EPP, ou até com os embargos necessários a utilização do direito de preferência no curso do certame licitacional, tem sido uma grande oportunidade de crescimento dessas unidades empresarias.

É evidente que seria necessário fazer alguns reparos, no sentido de que os privilégios não sejam desarrazoados, no entanto o fraqueamento das licitações públicas, a possibilidade de que seja determinado subcontratação com ME e EPP. A necessidade de que seja utilizado 25% do orçamento para contratações com ME e EPP. A exigências que nas compras que sejam divisíveis separar até 30% para contratação com ME e EPP são medidas que tem fortalecido a economia brasileira e dado sustentação a manutenção dessas empresas razão pela qual se pode considerar um motivo de êxito na economia brasileira no âmbito dessas microempresas.

É claro que o trabalho não teve a intenção de esgotar o tema, contudo, buscou-se apenas trazer informações do comportamento do Estado nas políticas de fomento para as PME e ME e EPP.

8. REFERÊNCIA

- ARISTÓTELES. A política. Trad. Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.
- ASQUINI, Alberto. “Perfis da Empresa”, tradução com anotações do Professor Fábio Comparato, Revista de Direito Mercantil nº 104, PP. 122 e SS.
- ATALIBA, Geraldo. República e Constituição, 2ª ed, 2ª tiragem atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, São Paulo: Malheiros, 2001
- ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- Curso de Direito Administrativo, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006
- BORGES, José Souto Maior. Lei Complementar Tributária, São Paulo: RT, 1975.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CLARO, João Martins/DUARTE, Jorge/FONSECA, Guilherme Da/FONTES, José. Legislação básica da contratação pública. 1ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- FRANCO, António L. Souza/MARTINS, Guilherme d’Oliviera. A Constituição económica portuguesa. Ensaio interpretativo, Almedina, Coimbra, 1993.
- JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Ed., São Paulo: Dialética, 2005.
- LLORENTE, Francisco Rubio. La forma del poder. Estudios sobre la constitución. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997
- PALMA, AUGUSTA FERREIRA. Das Pequenas e Médias Empresas. Algumas Questões (máxime, no direito de concorrência). ed. Almedina; Coimbra, 2001

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO FATOR DE SUPRESSÃO DO ANTIGO REGIME E IDEÁRIO DA DECLARAÇÃO DE 1789

Paula Zimbrão Pereira¹

Resumo: Trata do contexto da Revolução Francesa, dando especial enfoque ao Princípio da Isonomia. Busca assim, primeiramente, levar uma crítica ao *Ancien Régime* e também aos fatores que proporcionaram sua derrocada. Enfoca, para tanto, à luz da igualdade, os privilégios dos nobres e a situação de descontentamento do povo perante o absolutismo. Apresenta, em seguida, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como a máquina de guerra da Revolução Francesa contra o período monárquico. Lança mão de filósofos como Rousseau na busca dos principais ideários da revolução e da sua eficácia no plano concreto. Estabelece então, uma análise mais minuciosa, à luz dos princípios de igualdade, no que se refere a questão da propriedade, do sufrágio e o estatuto jurídico da mulher. Propõe também, um modelo de crítica a essa revolução a fim de que se estabeleça uma maior percepção sobre a concretude das ideias propostas pela Revolução e pela própria Declaração. Conclui que todas essas ideologias que permearam tal período revolucionário, de fato, favoreceram para alterar o rumo da história, instituindo noções, como a de igualdade, que até então não eram conhecidas ou bem compreendidas.

Palavras-chave: Princípio da Igualdade, Revolução Francesa, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Antigo Regime.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - Unirio. Pesquisadora de Iniciação Científica nesta instituição durante três anos da graduação, em que desenvolveu pesquisa em torno do Princípio da Isonomia e a tradição jurídica do Ocidente e do Brasil. Vencedora do Prêmio de Iniciação Científica na 15ª Jornada de Iniciação Científica da Unirio – 2016.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe, sem o objetivo de esgotar o assunto, analisar o contexto em que há o desenvolvimento das ideias liberais primitivas. Nesse âmbito, frente ao absolutismo, às atitudes arbitrárias violadoras dos mais triviais princípios de Direito e, por outro lado, da valorização do indivíduo em virtude de seu nascimento e classe social, se encontra terreno fértil para o crescimento da ideia de que os homens necessitavam ser tratados de forma igual. Assim, com a superação do *Ancien Régime* através dos movimentos revolucionários do século XVIII, os valores constituídos se desenvolverão em torno da supressão das desigualdades.

Também nesse território, ganharam uma voz corrente e ampla os ideais iluministas, cujo principal objetivo era libertar o indivíduo das algemas que o amarravam, através dos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade de todos os homens. E essa concepção necessariamente implicava na abolição da ordem política e social vigente na maior parte da Europa.

Portanto, o fim do século XVIII foi uma época de crise para os velhos regimes da Europa e seus sistemas econômicos. Tal era a quantidade de agitações políticas que alguns historiadores recentes falam de uma “era da revolução”, em que a Revolução Francesa (1789) foi o exemplo de maior alcance e repercussão.

Desde então, a palavra *revolução* sofreu uma mudança semântica. Agora, o termo indica uma renovação completa das estruturas sociopolíticas e a instauração não apenas de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder dessa estrutura. Os revolucionários agora são os que lutam para induzir o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos.

Em agosto de 1789, a revolução já havia adquirido seu manifesto formal, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Essa carta será o objeto de maior enfoque deste trabalho, pois como justifica um grande historiador da Revolução, Georges Lefebvre (1989), “Proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução”.

Sendo assim, todo este caminho supracitado será percorrido sempre reportando-se ao Princípio da Isonomia, cuja noção que sustenta esta intrinsecamente atrelada ao principal ideário da Revolução Francesa.

2. NOÇÕES DE IGUALDADE

Parafrazeando André Vicente Pires Rosa, qualquer sistema político e jurídico que se preocupa com sua própria legitimidade, deve levar em consideração a ideia de igualdade e as questões daí decorrentes. Por esse motivo é que os estados democráticos voltam atenção especial ao princípio da igualdade e atuam sempre levando em conta a questão da isonomia (ROSA, 2006, p.456).

Entretanto, haverá sempre divergências quanto às concepções acerca do que é igual ou desigual. Assim, o conceito de igualdade que esteve presente nos primórdios do Estado Liberal não necessariamente se constitui o mesmo daquele presente no Estado Social.

Assim, pode-se perceber o quão importante é este conceito como Princípio de Direito, uma vez que guarda uma vasta dependência com o próprio Direito. Isso porque, a igualdade precisa se respaldar no Direito para que seja introduzida e esteja presente na vida social dos homens. E, por sua vez, como supramencionado, o Direito necessita da igualdade para adquirir legitimidade.

Nessa esfera, vem em mente a antiga, mas presente ideia de que “todos são iguais perante a lei”. Essa perspectiva esta intimamente ligada aos movimentos revolucionários do século XVIII. Prova disso, é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, oriunda da Revolução Francesa. Essa já adianta em seu primeiro artigo o que está se tentando aqui expor: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”.

Assim foi que, o princípio em questão, tendo como fundamento principal a proibição aos privilégios e distinções desproporcionais, acabou se chocando com os interesses das classes mais abastadas durante o absolutismo.

É, portanto, nesse sentido que Alexis de Tocqueville destaca “que a Revolução Francesa foi essencialmente uma revolução social e política, ela foi movida por duas paixões: a igualdade e a liberdade” (QUINTANA, 2008, p.4).

Nesse episódio, destaca-se também o abade Emmanuel Joseph de Sieyès, que escreveu ideias em defesa da igualdade entre os representantes dos três Estados.

3. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Nas palavras de Eric Hobsbawm, o mundo na década de 1870 “era ao mesmo tempo menor e muito maior do que o nosso. Era menor geograficamente, porque até mesmo os homens mais bem instruídos e bem informados da época, conheciam somente pedaços do mundo habitado. (...) Ainda assim, a simples dificuldade ou incerteza das comunicações faziam-no praticamente maior do que é hoje” (HOBSBAWM, 2010, p.27,30).

Esse mundo era essencialmente rural, o que faz do problema agrário um problema fundamental no ano de 1789. O ponto crucial desse problema era a relação entre os que cultivavam a terra e os que a possuíam, os que produziam sua riqueza e os que a acumulavam.

Socialmente, a ordem feudal ainda prevalecia, embora nem tanto no âmbito econômico. Isso porque os rendimentos dos nobres e cavaleiros foram ficando defasados em relação ao aumento dos preços e dos gastos. Como forma de reação à essa realidade econômica, a aristocracia explora com cada vez mais intensidade seu único bem econômico e inalienável: os privilégios de status e de nascimento

As monarquias absolutas reinavam em todos os Estados europeus. Eram comandados pelos monarcas instituídos pelo Direito Divino dos Reis. Esse contexto dominado por desigualdades e privilégios foi o nascedouro de uma ideologia considerada revolucionária, o iluminismo. Também escreveu Sieyès a respeito da injustiça reinante:

“Os indivíduos de toga que chegam à nobreza por uma porta que, não se sabe por quê, resolveram fechar às suas costas, querem, por tudo, ser dos Estados Gerais. Eis o que ponderaram: a nobreza não quer nada conosco; nós não queremos nada com o terceiro Estado; se pudéssemos formar uma ordem particular, seria extraordinário; mas não podemos. O que fazer? Só nos resta manter o antigo abuso pelo qual o Terceiro Estado elegia nobres; e, assim, satisfazer-nos nossas pretensões” (SIEYÈS, 1986, p.80)

Esse movimento (o iluminismo) também servirá de base para atacar os velhos regimes da Europa através da Revolução Francesa.

Segundo Tocqueville, parafraseado por Fernando Quintana, a Revolução Francesa:

“aboliu as instituições políticas que durante séculos dominaram a maioria

dos povos europeus por uma ordem social e política que tinha por base a igualdade de condições. A verdade é que a Revolução destruiu tudo o que na antiga sociedade derivava das instituições aristocráticas e feudais, tudo o que a elas se ligava de uma ou de outra maneira, tudo o que delas trazia uma marca por menor que fossem”. (QUINTANA, 2008, p.6)

Durante o Antigo Regime, o poder soberano residia na pessoa do monarca. Entretanto, em 1789, com base nos escritos de Sieyès, é a nação que toma o lugar da soberania.

“Dessa maneira, a Revolução não acaba com a soberania da qual estava investido o monarca absoluto, senão que a restabelece intocável em seu conteúdo, em favor da nação identificada com seus representantes. Ela muda a titularidade de uma soberania cuja concepção continua intocável. (...) A ruptura com o absolutismo se dá em 1789 com as mesmas formas do absolutismo” (GUENIFFEY, 2000, p.58-59).

Assim, o que verdadeiramente aboliu as relações agrárias e feudais em toda Europa foi a Revolução Francesa. Por esse motivo diz-se que a política e a ideologia, não só da Europa, mas do mundo do século XIX foram formadas fundamentalmente por esta Revolução.

O que ocorreu na França foi muito mais fundamental do que o que ocorreu em todo o resto do Europa e do mundo. Portanto, suas consequências também foram bem mais profundas. Isso porque, a revolução se deu no país da Europa mais populoso e poderoso e, diferentemente de todas as precedentes, essa foi uma revolução social de massa e incomensuravelmente mais radical.

É importante também salientar o caráter ecumênico desta, uma vez que, conforme afirma Hobsbawm, “seus exércitos partiram para revolucionar o mundo; suas ideias de fato o revolucionaram” (HOBSBAWM, 2010, p.99). E efetivamente o espírito da revolução foi difundido, não só por toda a Europa, mas também além-mar. Exemplo disso foi que na Conspiração Baiana, o alfaiate insurgente João de Deus, foi preso e executado por pretender que todos os brasileiros se fizessem franceses, para viverem em igualdade e abundância (COMPARATO, 2011, p.147).

Todos esses acontecimentos foram embasados e envolvidos por um juracionalismo que fundamentou o Estado moderno e a sua ordem Jurídica.

“Neste País, a filosofia jurídica e política da razão não constituía apenas uma arte de governo de um pequeno número de funcionários, mas

o modo de pensar das camadas – liberais, cépticas e desiludidas em relação à monarquia – da nobreza de sangue e de toga e da grande burguesia, as quais tentavam precisamente levar a cabo a destruição de um absolutismo demasiado tarde iluminado. A ideologia do iluminismo originou aqui, desde cedo, uma paixão burguesa pela liberdade.” (WIEACKER, 2010, p.312)

4. A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

A Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão foi aprovada pela Assembleia Nacional em 26 de Agosto de 1789. Os revolucionários que a compilaram se julgavam apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros. Daí se extrai o carácter universalista que essa carta assume.

Declarar, segundo Fábio Konder Comparato, “é um vocábulo cognato de esclarecer, de aclarar” (COMPARATO, 2011, p.153). E, justamente, o espírito do século XVIII é marcado pela ideia de que as luzes da razão iluminavam todas as ações humanas e desvendavam os segredos da natureza.

Pode-se observar, portanto, que tal declaração representou, nas palavras de Fabio K. Comparato, o atestado de óbito do *Ancien Régime*. E também, uma máquina de guerra na luta contra seus resquícios.

Seus efeitos, de acordo com Ronaldo Leite Pedrosa, trouxeram à tona um ideal de liberdade, de igualdade e fraternidade, que serviu de parâmetro para diversos outros povos. O que se pode perceber mais adiante, até mesmo na ONU, que abraça a quase totalidade desses artigos, e em nossas Constituições igualmente, em grande parte (PEDROSA, 2006, p.253).

4.1 Análise à luz do Princípio da Isonomia

Os legisladores franceses, na Carta em questão, não se ocuparam em simplesmente recapitular direitos humanos preexistentes. Pelo contrário, objetivou-se criar voluntária e racionalmente condições favoráveis à difusão e implantação desses direitos, recorrendo, para tal, aos filósofos, encarregados de difundir essa verdade.

O intuito era fazer com que a sociedade fosse vista não como algo natural, separada do estado, mas como realizada estatal ou politicamente. Para tanto, apoiando-se numa vontade virtuosa, que procura corrigir uma ordem social corrompida através da formação política da vontade.

Outro aspecto importante é o viés liberal que a Declaração de Oitenta e Nove ostenta. Essa característica provém das atitudes de rebaixamento da aristocracia e da abolição de privilégios, traço típico que guarda a relação da liberdade com a igualdade. Quanto à primeira, adquire também uma caráter econômico (o indivíduo é livre para produzir, buscar lucro e usá-lo a sua vontade). Quanto à igualdade, por sua vez, ela se relaciona com a igualdade formal ou jurídica e não com a igualdade social ou material (que, muitos afirmam, é uma quimera).

Parafraseando os escritos de Norberto Bobbio, o núcleo doutrinário da Declaração encontra-se nos três artigos iniciais.

Artigo primeiro: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. Este refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil.

Em seguida, no artigo 2º: “A finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Neste, a ideia de contrato está implícita na palavra “associação”.

Assim, pode-se estabelecer uma relação entre tais artigos: enquanto o primeiro fala da igualdade nos direitos, o segundo especifica quais são esses direitos, entre os quais, pode-se observar, não aparece mais a igualdade, a qual reaparece no artigo 6º.

Por sua vez, o artigo 6º: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos tem o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e seus talentos”. Aí se consagra a igualdade jurídica, civil ou formal, mas não social ou econômica. Sieyès já afirma que os homens não são iguais em riquezas, em espírito, em força, porém eles são iguais em direitos. Diante da lei, todo homem é igual a outro. Assim, na visão do abade,

não é mais o nascimento, a tradição, o sangue que diferenciam socialmente os homens. Tais critérios foram substituídos por outros: o dinheiro e a propriedade, por exemplo. A partir daí então, criam-se novos possuidores do prestígio social.

Em relação à propriedade, o artigo 17 trata da seguinte forma: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob condição de uma justa e prévia indenização”. Esse dispositivo irá caracterizar historicamente a revolução de 1789, como revolução burguesa, e será a seguir, tratado mais a fundo.

4.1.1 A questão da propriedade

É ponto pacífico, conforme afirma Bobbio, o pensamento de Locke ao dizer que a razão pela qual os homens entram em sociedade é a conservação de suas propriedades, assim como de suas liberdades. Assim, quando o governo viola esses direitos, ele põe-se em estado de guerra contra o seu povo, que retorna à liberdade originária e a resistência (BOBBIO, 1992, p.95).

Na acepção burguesa do termo, o direito à propriedade como sagrado e inviolável, significa que todo homem é livre de usar e abusar da propriedade. O próprio Robespierre, mais tarde (em 1792) diria:

“Qual é o primeiro objetivo da sociedade? É manter os direitos imprescritíveis do homem. Qual é o primeiro desses direitos? O de existir. A primeira lei social é, portanto, aquela que garante a todos os membros da sociedade os meios de existir; todas as outras estão subordinadas a esta; a propriedade só foi instituída para cimentá-la; é, para viver, em primeiro lugar, que se tem propriedades. Não é verdade que a propriedade possa jamais estar em oposição com a subsistência dos homens” (ROBESPIERRE, 1999, p.48).

O mesmo Robespierre pretendia, com suas propostas em relação à propriedade, a constituição de uma sociedade mais igualitária, formada sobretudo, de pequenos proprietários.

Por sua vez, Fabio K. Comparato critica o caráter sagrado da propriedade contido no artigo 17 da Declaração. Ele afirma ser essa ideia um anacronismo, uma vez que sagrada era a propriedade greco-romana, ligada à religião doméstica. Assim, o que ele sustenta é que a propriedade tradicional é sempre imóvel, à imagem das coisas divinas (COMPARATO, 2011, p.164).

4.1.2 A questão do sufrágio

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não toca na questão do sufrágio. Apenas em 1791, a questão foi apontada. Nas palavras de Barnave, a qualidade do eleitor não é senão uma função pública, à qual ninguém tem direito, e que a sociedade dispensa, tão cedo prescreva seu interesse (BARNAVE *apud* BONAVIDES, 2000, p.294).

Rousseau, em sua obra O Contrato Social, afirma que o direito de voto é um direito que ninguém pode tirar dos cidadãos. Nessa mesma linha, seguiram-no Pétion e Robespierre assim como Condorcet e Boissy d'Anglass, todos ardorosamente comprometidos com o igualitarismo revolucionário e contra o sufrágio dos privilegiados, fatores que predominaram durante a monarquia dos reis absolutos, no Antigo Regime (BONAVIDES, 2000, p.295).

Paulo Bonavides salienta o importante discurso de Robespierre, em 4 de setembro de 1789, subindo à tribuna:

“A Constituição estabelece que a soberania reside no povo, em todos os indivíduos do povo. Cada indivíduo tem pois o direito de contribuir para a lei que o obriga e para a administração da coisa pública, que é sua. De outro modo, não seria certo que todos os homens sejam iguais em direito ou que cada homem seja cidadão” (BONAVIDES, 2000, p.295).

Com a queda da monarquia absolutista, no Antigo Regime, suprimiu-se o sufrágio aristocrático (em função de classe social ou raça). A partir de então, transmutou-se o critério, e agora implanta-se o sufrágio censitário (em função da riqueza). Já o sufrágio universal, só foi objeto de disposições oficiais, em 1792, durante o período revolucionário, e adotado depois pela Constituição de 1793, mas nunca levado à prática. Sua aplicação só se dá a 23 de abril de 1848.

4.1.3 Estatuto Jurídico da Mulher

Admitindo-se as palavras de John Gilissen, o princípio da igualdade absoluta do homem e da mulher atualmente é admitido de forma ampla. Consta na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, assim como em numerosas constituições.

Durante o Antigo Regime, a mulher não casada gozava da generalidade dos direitos de que gozava o homem, entretanto, a mulher casada era incapaz,

estando colocada sob a autoridade do marido. Porém, a maior parte das incapacidades desse período foram mantidas.

Sendo assim, “pode-se observar que a Revolução Francesa não foi muito favorável à mulher. A mulher não podia ceder às funções públicas, não tinha o direito de voto, não era elegível, não houve mulheres nas assembleias legislativas” (GILISSEN. 2003, p.605).

Entretanto, a igualdade entre os sexos foi assegurada em matéria de maioridade e sucessões, pondo fim ao privilégio da masculinidade nesse sentido. A mulher solteira também deixou de ser ferida de incapacidade civil, conforme supracitado, podendo obrigar-se validamente sem a necessidade de curador ou tutor.

4.2. Pensamento de Rousseau

Em uma das primeiras páginas do Contrato Social, Rousseau, desde já, menciona e enfatiza o caráter igualitário existente desde a mais antiga de todas as sociedades. Assim, “é a família, pois, o primeiro modelo das sociedades políticas, o chefe é a imagem do pai, o povo a dos filhos, e todos, tendo nascido iguais e livres, só alienam sua liberdade em proveito próprio” (ROUSSEAU, 2003, p.10).

Ao referir-se ao Pacto Social, percebe-se que este nada mais é do que uma alienação total de todos os direitos de cada membro perante o todo. Isso estabelece a condição igualitária de cada um diante dos outros, uma vez que, cada qual dando-se por inteiro, ninguém terá o interesse de promover condição onerosa à outro, pois esta recairá a si próprio também. Assim, o contrato rousseauiano possui três ideias básicas: igualdade de direitos de todos os cidadãos; dever da lei de manter a isonomia entre eles; e, generalidade da lei.

Menciona, também, o fim de qualquer sistema de legislação, qual seja: a liberdade e a igualdade. E acrescenta:

“A respeito da igualdade, não se deve entender por essa palavra que os graus de poder e riqueza sejam absolutamente os mesmos, mas sim que, quanto ao poder, ela esteja acima de qualquer violência e nunca se exerça senão em virtude da classe e das leis, e, quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja assaz opulento para poder comprar o outro, e nenhum assaz pobre para ser obrigado a vender-se. (...) Essa igualdade, dizem,

é uma quimera especulativa que não pode existir na prática. Mas se o abuso é inevitável, segue-se que não se deva pelo menos regulamentá-lo? É exatamente porque a força das coisas tende sempre a destruir a igualdade que a força da legislação deve sempre proprender a mantê-la” (ROUSSEAU, 2003, p. 62-63).

Levando em conta o supracitado, diversos autores se manifestaram a respeito. Dentre eles, Fábio Konder Comparato afirma que a obra de Rousseau foi uma das que mais influenciaram sobre o espírito dos revolucionários de 1789, pelo princípio de que a vontade geral do povo é a única fonte de legitimidade dos governos (COMPARATO, 2011, p. 162).

Por sua vez, Fernando Quintana ao fazer referência a um dos deputados da época, Crénière, enfatiza suas ideias, inspiradas por Rousseau, que consideram a declaração como marco do contrato social, nascedouro dos direitos do homem. Também constitui sinônimo de constituição da vontade geral, que se dá por contribuição de todos resultando na igualdade entre todos. Como complementação, o dizer de Habermas entende que a igualdade e a liberdade não dependem senão da vontade geral (QUINTANA, 2008, p.19).

O poeta alemão Heinrich Heine descreve O Contrato de Rousseau como uma arma ensanguentada que, em mãos de Robespierre, permitiu destruir o Antigo Regime (QUINTANA, 2008, p.79).

Por fim, vale destacar também a visão de Derathé, segundo o qual:

“O Contrato Social, tal como o concebe Rousseau é um sistema de compensações que finalmente favorece o indivíduo. Este, sem dúvidas, abandona direitos absolutos, que goza na medida em que vive de forma solitária e não entra em competição com seus semelhantes. Em contrapartida, recebe em troca um direito limitado, que “a união social” torna irrefutável. É a partir da “ordem social” [tida por Rousseau como “um direito sagrado que se encontra à base de todas as outras”] que o homem pode dispor em paz aquilo que possui e viver livre entre seus semelhantes. Sua liberdade, seus bens, e até sua vida estariam constantemente em perigo, se ele não poderia contar com a proteção do Estado [...] O Estado não o priva então de todos seus direitos, mas lhe assegura o seu exercício nos limites dados pela lei”. (QUINTANA, 2008, p.103)

5. CRÍTICAS À REVOLUÇÃO FRANCESA, SEGUNDO AS GARANTIAS DE

IGUALDADE

A Revolução Francesa, ainda que possuidora de um ideário, representado pela figura da Declaração, se observada na prática, é possível constatar que nem tudo se procedeu conforme o esperado. Isso porque, na análise de seus fatos, diversos autores constataram suas “falhas”.

Conforme afirma Fábio Konder Comparato, a Revolução Francesa se apresentou como a destruidora do Antigo Regime, mas por morte violenta (COMPARATO, 2008, p.144). E essa violência, sob muitos aspectos, contribuiu para a negação dos direitos humanos e da soberania popular, em cujo nome se abriria o movimento revolucionário. Os principais contribuidores desse racionalismo abstrato foram os grandes líderes revolucionários de 1789. Isso porque, a maioria deles estava mais preocupado em defender a pureza das ideias do que a dignidade concreta da pessoa humana.

Assim, em pouco tempo, percebeu-se que o espírito da Revolução era mais a supressão das desigualdades estamentais do que a consagração das liberdades individuais para todos. Esse feito, aliado à supressão da dominação social fundada na propriedade de terra e à abolição das corporações, reduziu a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, isolados em seu egoísmo.

Também Karl Marx, num escrito de sua juventude, enxergou a Revolução como a instauração do regime do individualismo egoísta, em lugar do egoísmo corporativo do Ancien Régime

Outro drama da Revolução foi que o apoio do povo ao Terceiro Estado era fundamental na luta contra a aristocracia, o Antigo Regime e a Contra-revolução. Entretanto, os interesses desse povo eram seriamente conflitantes aos dos estratos médios do Terceiro Estado. Enquanto a burguesia não desejava que a revolução fosse mais longe, o povo insistia em aprofundá-la.

Por sua vez,

“a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi um documento contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. “Os homens nascem livres e iguais perante as leis”, dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que “somente no terreno da utilidade comum”. A propriedade privada

era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável” (HOBBSAWN, 2010, p.106)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Isonomia é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito.

Entretanto, durante o Absolutismo, tal princípio, fundamentado na proibição dos privilégios e distinções desproporcionais, acabou se chocando com os interesses das classes mais abastadas que o deixavam de lado ou lhe conferiam uma interpretação destoante de seu real sentido.

As ideias sobre a igualdade compiladas durante o iluminismo objetivavam idealizar uma realidade em que não houvesse distinção jurídica entre nobreza, burguesia, clero e escravos.

Assim, a Revolução Francesa desencadeou, conforme acentuou Comparato, a supressão das desigualdades, como a humanidade jamais experimentara até então. Na famosa tríade “igualdade, liberdade e fraternidade”, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário.

Entretanto, a igualdade referida situava-se apenas no campo formal, em que a aplicação imparcial da lei pura e simples foi capaz manter as desigualdades materiais e inclusive aumentá-las. Esta forma de igualdade consiste basicamente naquela máxima de “igualdade perante a lei”.

Foi tomando por base esses argumentos sobre a questão da igualdade e levando em conta o pensamento de alguns filósofos que se adentrou em algumas ramificações, tais como, a situação da mulher, a questão da propriedade e do sufrágio. Tudo isso, para se demonstrar que, por mais que em tese toda a idealização da Revolução fosse um tanto envolvente e conquistadora, os resultados obtidos não chegaram a esse ponto. Isso porque, se por um lado, houve uma nova forma de pensar as relações e os direitos dos povos, por outro, os critérios de privilégios apenas mudaram de requisitos e as noções de igualdade apenas adquiriram uma acepção formal.

Longe de tornar ínfimo tal acontecimento, que mudou o curso da história,

esses breves comentários apenas serviram para tentar despi-lo de uma roupagem inadequada ou discrepante do que de fato ocorreu.

Por fim, e apenas como ponto de reflexão, reitero o pensamento de Tolstói, trazido por Ronaldo Leite Pedrosa, a fim de formatar uma visão geral do acontecimento que foi aqui tratado:

*“Para escapar de ladrões ocasionais
E que se tomam por ladrões
Entregamo-nos a ladrões permanentes
E organizados
E que se tomam por benfeitores:
Entregamo-nos aos governos”.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Nelson Carlos Coutinho. Rio de Janeiro:Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 7ª ed. São Paulo:Saraiva, 2011.
- GUENIFFEY. La politique de la terreur: essai sur la violence révolutionnaire 1789-1794. Paris: Fayard, 2000.
- GILISSEN, John. Introdução histórica ao Direito. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- HOBBSBAWN. Eric J. A Era das Revoluções: 1789-1848. Trad. M. T. Teixeira e M. Penchel. 25ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.
- LEFEBVRE, Georges. A Revolução Francesa. Trad. P. Serini, Turim, Einaudi. São Paulo: Ibrasa, 1989.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. Direito em História. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.
- QUINTANA, Fernando. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e de 1793 da França: Liberalismo e Democratismo. In: BUZANELLO, José Carlos; GUERRA, Sidney (Org.). DIREITOS HUMANOS: Uma abordagem interdisciplinar – Vol. IV. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008.
- ROBESPIERRE, M. Discursos e Relatórios na Convenção. Trad. M. E. Franco Martins. Rio de Janeiro:EDUERJ/Contraponto, 1999.

ROSA, André Vicente Pires. Igualdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte burguesa: o que é o terceiro estado? Trad. Norma de Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

A EVOLUÇÃO DO STATUS DO PODER JUDICIÁRIO AO LONGO DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Reis Friede¹

Resumo: O presente artigo objetiva analisar, de forma resumida, como se operou a evolução do *status* do Poder Judiciário ao longo da história constitucional brasileira, de modo a comprovar que o patamar político-institucional atualmente experimentado nem sempre ocorreu sob a ótica material, apesar de as diversas Constituições do país, desde 1824 a 1988, terem formalmente acolhido o princípio da separação das funções, o que, no entanto, não chegou a proporcionar ao aludido Poder, em ocasiões pretéritas, a necessária independência diante das investidas de outros poderes da República, em especial as do Executivo.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Princípio da separação das funções. Independência.

Abstract: The goal of this article is to analyze, shortly, how the evolution of the Judicial Branch *status* occurred in Brazil during the country's constitutional history, aiming to prove that the political-institutional moment currently experienced has not always occurred materially, despite the fact that the various Constitutions of the country, from 1824 to 1988, had formally accepted the Principle of Separation of Powers, which, however, did not allow to the aforementioned Power, in the past the necessary independence against the interferences of the other Branches of Government, most the ones from notably the Executive Branch.

Keywords: Judicial Branch. Principle of Separation of Powers. Independence.

¹ Reis Friede é Desembargador Federal, Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF), Ex-membro do Ministério Público e Professor Titular do Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

1. INTRODUÇÃO

MONTESQUIEU, na monumental obra *Do Espírito das Leis (L'Esprit des Loix)*, de 1748, ao tratar da clássica teoria da *tripartição dos poderes*, registrou que “tudo estaria perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de príncipes ou nobres, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”, doutrina que, posteriormente, acabou sendo acolhida pela Revolução Francesa, restando consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. XVI dispunha que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, bem como adotada, em momentos ulteriores, por diversos Estados, entre os quais o Brasil.

Registre-se, no entanto, que ARISTÓTELES (1991, p. 113), em *A Política*, já afirmava que “em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente”, sendo que “quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas”.

Cabe frisar, outrossim, que o grande filósofo grego, segundo muitos estudiosos do tema, não chegou a elaborar, de forma completa, uma teoria da separação dos poderes. Nesse sentido, recorda LENZA (2014, p. 543) que ARISTÓTELES efetivamente contribuiu para a identificação das três funções essenciais do Estado, apesar de exercidas por um único órgão.

FERREIRA FILHO (2008, p. 135), por sua vez, aduz que a divisão do poder foi um resultado empírico da evolução constitucional inglesa, que a consagrou no *Bill of Rights*, de 1689, tendo em vista que a Revolução Gloriosa forçou um compromisso, reservando ao monarca certas funções, outras ao parlamento, bem como reconhecendo, ainda, a independência dos magistrados.

Como se sabe, tivemos, ao longo da história, sete Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988) - embora para muitos constitucionalistas a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, possa ser entendida como um novo Texto Magno, tendo em vista as grandes modificações implementadas pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em pleno Regime Militar instalado a partir de 1964 -, sendo certo afirmar que todas elas acolheram o modelo proposto por

MONTESQUIEU, o que certamente não foi suficiente para dotar o Poder Judiciário das garantias contra as investidas de outros poderes.

Na mesma linha, a atual Constituição da República, no Título I (*Dos Princípios Fundamentais*), precisamente no art. 2º, preconiza que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Mais adiante, o Título IV (*Da Organização dos Poderes*) da mesma Carta, sistematizado através de quatro capítulos, trata, sequencialmente, do Poder Legislativo (I), do Poder Executivo (II), do Poder Judiciário (III) e das funções essenciais à Justiça (IV).

As presentes linhas discorrerão sobre o Poder Judiciário, não em relação à sua estrutura (anterior ou atual), mas, sim, realçando a sua paulatina inserção no cenário nacional como poder formal e materialmente independente.

Com efeito, tomando como ponto de partida a ideia consubstanciada no princípio da separação dos poderes (ou das funções), analisaremos o desenvolvimento do *status* político-institucional do Poder Judiciário nas Constituições do Brasil, verificando, assim, se era mesmo possível afirmar, naqueles tempos, a sua independência (formal e/ou material).

2. DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1824

Antes de analisarmos como o Poder Judiciário era contemplado na primeira Constituição do Estado brasileiro, cumpre tecer breves comentários a respeito da estrutura judiciária no Brasil Colônia.

Nesse sentido, SADEK (2010) relata a inexistência, antes da chegada de D. João VI, em 1808, de uma estrutura com funções judiciais, sendo inquestionável que a rudimentar instituição de então não se mostrava capaz de se contrapor ao poder e ao arbítrio monárquico.

Tal condição retratada pela autora começou a mudar, no plano formal, com a outorga da Carta Imperial de 1824, a qual, inspirada nas referidas ideias de CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, o BARÃO DE MONTESQUIEU, estabelecia, no art. 9º, que a divisão e harmonia dos poderes políticos seria não apenas o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, mas o meio mais seguro de fazer efetivas as garantias nela oferecidas.

Não obstante, o art. 10 da Carta Imperial também previa, ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, a figura do *Poder Moderador*, considerado, nos exatos termos do art. 98 da aludida Constituição, a *chave* de toda a organização política, sendo delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação - e seu primeiro representante -, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia dos demais poderes. Soa evidente, portanto, a primazia ostentada pelo Poder Moderador, inviabilizando, naquela ocasião, a consecução do necessário equilíbrio entre as funções estatais e a efetiva independência do Judiciário.

Acerca de tal momento experimentado pela Estado brasileiro, leciona SILVA NETO:

[...] a grande novidade da Carta de 1824 - e, convictamente, o seu traço mais característico - foi a quadripartição das funções do Estado: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judicial e Poder Moderador.

Com evidência, não seria a hipótese de eversão da Teoria de Montesquieu, mas sim verdadeiro recurso ao pensamento iluminista para adequá-lo ao Absolutismo Monárquico, razão por que, sem receio, pode-se concluir que D. Pedro I praticou, durante seu reinado, o Despotismo Esclarecido. (SILVA NETO, 2009, p. 71)

Ainda sobre a Carta Imperial, segundo a doutrina de JOSÉ AFONSO:

As províncias foram subordinadas ao poder central, através do seu presidente, escolhido e nomeado pelo Imperador, e do chefe de polícia, também escolhido e nomeado pelo Imperador, com atribuições não só policiais como judiciais até 1870 [...].

É ainda o poder central que nomeia o "juiz" de direito, o "juiz" municipal, o "promotor público". (SILVA, 2000, p. 77)

Tendo em vista o contexto retratado, torna-se difícil (para não dizer impossível) vislumbrar um Judiciário efetivamente independente, mesmo diante da regra do art. 151 da Constituição de 1824, *ipsis litteris*:

Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem. (BRASIL, 1824)

Ademais, inexistia, naqueles tempos, a garantia da inamovibilidade, conforme demonstram os arts. 153 e 154 do Texto Magno de 1824, *ipsis litteris*:

Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não

entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.

Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fôrma da Lei. (BRASIL, 1824)

Assim, conforme recordam BONAVIDES e ANDRADE (1990, p. 96), o Imperador, no exercício do Poder Moderador, e nos termos do art. 101, VII, da Carta de 1824, podia até mesmo suspender magistrados, refletindo com nitidez a constitucionalização do absolutismo.

PEDUZZI (2007) explica que, a despeito dos avanços decorrentes da edificação de uma Constituição, o caráter do Judiciário como um poder político, naquela quadra, era por demais incipiente. Apesar de ter sido assinalada, no referido art. 151, a formal independência institucional, as garantias necessárias para tanto não haviam sido contempladas.

Por conseguinte, como bem afirma MENDES (2005), apesar de a Constituição de 1824 prever (formalmente) a existência de quatro poderes, o Moderador e o Executivo, concentrados que estavam nas mãos do Imperador, ditavam os rumos do Estado, não sendo possível limitá-los por meio do *sistema de freios e contrapesos* arquitetado por MONTESQUIEU.

3. DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1891

Cumpra, antes de tratar da posição ostentada pelo Poder Judiciário na Carta de 1891, tecer breves comentários a respeito da (fracassada) tentativa, naquela época de transição da monarquia para a república, de constituição de um Estado liberal.

Segundo CREMONESE (2007), uma das dificuldades da construção da cidadania no Brasil, ainda hoje, é o “peso do passado”, sobretudo em razão do período colonial (1500-1822), quando os portugueses tinham construído um enorme país dotado de unidade territorial, linguística, cultural e religiosa, mas deixado uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária e um Estado absolutista. “Em suma, foram 322 anos sem poder público, sem Estado, sem nação e sem cidadania”, segundo assevera CREMONESE (2007, p. 62).

Outra marca registrada da fase colonial foi a questão educacional centrada no analfabetismo. A maioria da população era analfabeta; em 1872, meio século após a Independência, apenas 16% eram alfabetizados. Entre os letrados era comum a formação jurídica realizada em Portugal, primeiro em Coimbra e, depois, em Lisboa. Além disso, Portugal proibiu o Brasil de abrir universidades em seu território.

Não obstante esse quadro de atraso ocasionado pela dominação portuguesa, mas que se fazia sentir nos planos político e social, intelectuais brasileiros foram influenciados pelas ideias liberais discutidas na Europa e, sobretudo, nos Estados Unidos.

O liberalismo no Brasil, notadamente no século XIX, remonta às próprias ideias de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, muito bem defendidas, em solo pátrio, por JOSÉ BONIFÁCIO e também pelo Deputado AURELIANO CÂNDIDO TAVARES BASTOS, cuja atuação política tinha o intuito de implantar, no país, uma organização política similar à americana (ALVES JUNIOR, 2010). Ressaltava-se a importância dos valores ético-políticos na interpretação da sociedade, dando-lhe mais liberdade e oportunidade de desenvolvimento.

A defesa intransigente dos princípios do liberalismo, apoiada por uma elite reformista e maravilhada pelo extremo sucesso político, econômico e social estadunidense, foi contrapontada pela elite educada em Coimbra, com seus receios de fragmentação do país com o advento do federalismo, o que fez com que o embate político conduzisse à edição do Ato Adicional de 1834, uma espécie de “versão moderada das reformas” (CARVALHO, 1998, p. 166), dando origem ao que muitos chamaram de experiência republicana do Império.

Como se sabe, havia, no período imperial, dois partidos políticos com ideologias semelhantes: o Conservador e o Liberal. O primeiro defendia os interesses dos donos de terras e senhores de escravos (domínio agrário), enquanto o segundo zelava pelos interesses dos comerciantes (domínio urbano). Segundo CREMONESE (2007), não se pode falar, até 1837, em partido político no Brasil, existindo, sob sua ótica, apenas a maçonaria.

Assim, carecia apenas a eleição dos presidentes de província para que o sistema se aproximasse do modelo americano. Consequência ou não da “descentralização (o tema foi matéria de discussão entre liberais e conservadores), manifestaram-se por todo o país as tendências centrífugas sob lideranças regionais que não tinham compromisso forte com a unidade nacional”. (CARVALHO, 1998, p. 166)

Cabe destacar que o período posterior ao Ato Adicional de 1834 foi de grande instabilidade no país e está entre os mais conturbados da história brasileira, notadamente pela existência de ameaças reais à unidade nacional. Entre 1835 e 1837, ano da renúncia de DIOGO ANTÔNIO FEIJÓ em favor de PEDRO DE ARAÚJO LIMA e do início do denominado Regresso, várias rebeliões eclodiram em diferentes províncias, tais como a *Cabanagem*, no Pará, a *Sabinada*, na Bahia, e a *Farroupilha*, no Rio Grande do Sul. O incremento da importância política das províncias também se fez acompanhar de um acirramento das lutas entre as facções locais pelo controle do poder. (FERREIRA, 2010, p. 32)

Ainda segundo FERREIRA (2010), o arranjo federativo proposto pelos liberais moderados seria marcado pela competição entre as províncias. O Estado-Nação seria moldado a partir da dinâmica competitiva entre interesses provinciais. Já para os centralizadores, ao contrário, o interesse nacional não poderia se reduzir à soma dos interesses provinciais. O Estado-Nação só poderia ser construído a partir da ação intencional de um centro comum, capaz de se sobrepor aos interesses particulares das províncias, constituindo um aparelho público capaz de assegurar a paz interna e a unidade nacional.

Esse aparelho público - no qual a estrutura judiciária era um ponto crucial - exerceria um papel civilizador, garantindo os direitos civis da população contra o poder dos grandes proprietários e levando ordem às classes subalternas. O Visconde do Uruguai, PAULINO JOSÉ SOARES DE SOUZA, seria um dos principais representantes dessa corrente que vinculava a centralização do Estado à garantia dos direitos dos cidadãos, tomando como instrumento uma estrutura judiciária composta em boa parte por funcionários vinculados ao Estado central, imunes à influência das facções locais e portadores do princípio da impessoalidade. (FERREIRA, 2010, p. 2)

Em verdade, a conciliação praticada ao longo do século XIX no Brasil era a consciência limite da ordem liberal (ALVES JUNIOR, 2010, p. 10), que poderia conduzir às reformas que modificariam o país e dariam às instituições liberais um caráter mais próximo ao *americanismo*, permitindo, assim, que a sociedade fosse mais integrada e as condições de vida do povo melhoradas de forma satisfatória.

RAYMUNDO FAORO (1994, p. 74), em seus estudos, apontou a origem débil do Estado português para adotar as ideias liberais, o que exigiria alterar a sua estrutura de modo que este pudesse tornar-se um prestador de direitos à sociedade civil e oferecer melhorias para a vida do povo.

Destarte, no caso brasileiro, a peculiaridade do liberalismo revela o quanto a ordem institucional fora legitimada pelo constitucionalismo da Reforma Pombalina (FAORO, 1994), ou seja, não houve a condição do exercício de uma organização federalista que conduzisse a transição do Estado em sua fase ainda de dependência, isto é, como um apêndice da metrópole, ao surgimento de uma instituição que tivesse autonomia e fosse conduzida pelo liberalismo político.

Por conseguinte, é possível asseverar que a emancipação política (independência) e a Proclamação da República brasileira apresentaram características *sui generis*. Nesse sentido, a afirmação de ARISTIDES LOBO é bastante elucidativa:

O povo assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava. A participação política da população durante os períodos imperial e republicano foi insignificante. De 1822 até 1881 votavam apenas 13% da população livre. Em 1881 privou-se o analfabeto de votar. De 1881 até 1930, fim da Primeira República, os votantes não passavam de 5,6% da população. Foram 50 anos de governo, imperial e republicano, sem povo. Até o final da República Velha (1930), a participação política popular foi restrita. (CREMONESE, 2007)

Com o advento da República, era necessário dotar o Estado de uma nova Constituição, que incorporasse, pelo menos sob o prisma teórico, o espírito liberal que se pretendia implantar, tarefa extremamente difícil, naquela ocasião, num país como o Brasil, marcado que estava por resquícios quase que feudais.

Surge, então, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, cujo art. 15 também conhecia o arquétipo idealizado, na sua concepção mais moderna, por MONTESQUIEU, tratando dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nos arts. 16 a 40, 41 a 54 e 55 a 62, respectivamente.

Conforme explica MARTINS FILHO (1999), a “característica principal da primeira Constituição Republicana foi a do estabelecimento da dualidade da Justiça Comum, instituindo a Justiça Federal para apreciar as causas em que a União fosse parte”. Além disso, segundo o ilustre autor, todas as questões de natureza constitucional passaram a ser da competência dos juízes federais, que poderiam declarar a inconstitucionalidade das leis nos casos concretos, surgindo, no Brasil, o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis.

Outrossim, segundo dispunha o art. 55 da primeira Carta Republicana, o Poder Judiciário da União passou a ser integrado pelo Supremo Tribunal Federal

(composto por 15 Ministros, nomeados pelo Presidente da República e sujeitos à aprovação do Senado) e tantos juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo país, quantos fossem criados pelo Congresso. Como se vê, foi justamente a Constituição de 1891 que previu a criação dos Tribunais Federais, os quais, no entanto, não chegaram a ser criados durante a República Velha (1889-1930).

Nesse período, segundo assevera MENDES (2005), o Poder Judiciário teria perdido as características de submissão ao período imperial. A nosso ver, não há como negar que o Judiciário, com a Constituição de 1891, obteve indiscutíveis conquistas, sendo clara a sua ascensão enquanto poder, o que, no entanto, não foi suficiente para lhe conferir independência sob a ótica *material*, prevalecendo, na prática, subordinado aos interesses do Chefe do Executivo, afirmação fundamentada, entre outros, em BONAVIDES e ANDRADE (2006, p. 257), para os quais a Constituição de 1891, no plano teórico, afigurava-se escurra e íntegra, uma vez que pretendia “neutralizar teoricamente o poder pessoal dos governantes e distanciar, tanto quanto possível, o Estado da Sociedade, como era axioma do liberalismo”, objetivo que, no entanto, não se logrou alcançar na realidade, uma vez que a “força atrativa de um só poder aglutinava as oligarquias estaduais, e logo se manifestaria visível e ostentosa na pessoa do Presidente da República”, um verdadeiro “monarca sem coroa, um rei sem trono”, segundo os renomados autores.

A propósito, recorda SADEK (2010) que o Judiciário, nas inúmeras crises que marcaram o período republicano, efetivamente experimentou a interferência de outros poderes, refletindo, assim, tanto a instabilidade política de outrora quanto a sua fragilidade institucional, aspecto devidamente retratado na célebre frase atribuída ao Marechal FLORIANO PEIXOTO: “Se os juízes concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* que, por sua vez, necessitarão”. (GOMES, 2013, p. 356)

A propósito, PEDRO LESSA (1915), notável Ministro do STF, já em 1915 questionava:

Que nação culta e livre outorgaria em nossa época ao poder executivo a atribuição de impor penas aos próprios réus confessos, ou presos em flagrante delito, e a respeito de cuja criminalidade não houvesse a menor dúvida? Quem não julga hoje necessário para o exercício dessa e de outras funções da mesma natureza a constituição de um poder, que pelas suas condições de investidura e de estabilidade, muito diversas das

de nomeação e conservação do executivo, ofereça garantias eficazes de independência?

O fragilizado *status* político do Poder Judiciário mudaria para pior com a Revolução de 1930. O Decreto nº 19.398, de 11 de novembro do mesmo ano, ao instituir o denominado governo provisório, enfeixou plenos poderes (Executivo e Legislativo) nas mãos de VARGAS, inaugurando uma concepção de Estado completamente divorciada do viés liberal e, ainda, descomprometida com a democracia. Em relação ao Poder Judiciário, o assalto institucional perpetrado pelo ditador veio através dos arts. 3º e 5º do citado decreto:

Art. 3º. O Poder Judiciário Federal, dos Estados, do Território do Acre e do Distrito Federal continuará a ser exercido na conformidade das leis em vigor, com as modificações que vierem a ser adotadas de acordo com a presente lei e as restrições que desta mesma lei decorrerem desde já.

Art. 5º. Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores.

Parágrafo único. É mantido o *habeas corpus* em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais. (BRASIL, 1930)

Durante o Estado Novo, a tênue independência do Judiciário era frequentemente posta em xeque. Tanto que, em 18 de fevereiro de 1931, o Decreto nº 19.711, invocando “imperiosas razões de ordem pública”, aposentou seis ministros do Supremo Tribunal Federal, a saber: GODOFREDO CUNHA, EDMUNDO MUNIZ BARRETO, ANTONIO C. PIRES e ALBUQUERQUE, PEDRO AFFONSO MIBIELI, PEDRO DOS SANTOS e GEMINIANO DA FRANCA.

Por sua vez, através do Decreto nº 20.106, de 13 de junho de 1931, GETÚLIO VARGAS, o Chefe do Governo Provisório, modificou e completou a reorganização provisória da Corte Suprema.

Com a devida vênia das opiniões em contrário, entendemos que, diante desse panorama, o Judiciário, embora formalmente independente, não o era sob a ótica material, permanecendo, de certa forma, submisso ao Executivo, não sendo dotado de *status* político suficiente para figurar como elemento de balanceamento diante das diversas crises ocorridas a partir do advento

republicano, o que, em grande medida, reflete a própria falência quanto à implantação de um Estado liberal nos moldes dos Estados Unidos da América, em sintonia com os ideais de ALEXIS DE TOCQUEVILLE.

4. DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1934.

Acontecimentos posteriores à Revolução de 1930 e a consolidação do poder getulista conduzem o país - em direção diametralmente oposta aos ideais liberais que se desejavam implantar no Brasil -, à uma situação cada vez mais distante das concepções democráticas.

Nesse sentido, não obstante a Carta Republicana de 1934, no art. 3º, asseverar que “são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”, tal normatividade não logrou qualquer materialidade.

Embora o citado texto consagrasse (expressa e formalmente) o clássico princípio montesquiano, isso não era suficiente para tornar o Judiciário um poder convictamente independente, conforme recorda PEDUZZI:

Em julgamentos realizados ainda antes da outorga da Carta de 1937, o Supremo Tribunal Federal confirmou, em 1935, o fechamento da Aliança Nacional Libertadora, não obstante a alegação de ofensa ao direito constitucional de liberdade de associação; confirmou a prisão de João Mangabeira e de outros parlamentares em razão de crimes contra a segurança nacional, em julho de 1936; e não conheceu do Habeas Corpus impetrado em favor de Olga Benário, possibilitando sua extradição para a Alemanha Nazista, em 17 de julho de 1936. Neste último, foi invocado um Decreto como fundamento para o não-cabimento à espécie do habeas corpus, remédio previsto constitucionalmente.

O episódio viria, posteriormente, a ser lembrado como “lamentável”, pelo atual Ministro decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello. (PEDUZZI, 2007)

Assim, em sua essência, o Poder Judiciário continuava subordinado ao Poder Executivo, sem a declarada independência funcional.

5. DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1937

A implantação do Estado Novo e o início da ditadura VARGAS, em 10 de novembro de 1937, apenas tornou mais grave o *status* do Poder Judiciário enquanto instituição submetida ao Poder Executivo. A outorga da Carta de 1937 reduziu ainda mais a cambaleante independência do Judiciário, senão a eliminou totalmente.

Ao conferir ao Presidente da República poderes para legislar por intermédio de decretos-leis, a famigerada *Constituição Polaca* deixou o Legislativo e o Judiciário de joelhos, apesar de, no plano abstrato, ter acolhido o sistema tripartido de funções. Não obstante isso, entre tantas demonstrações de autoritarismo, a malsinada Carta, enfeixando de modo irrefutável o poder nas mãos do ditador, retirou do Congresso Nacional a possibilidade de examinar (ou suspender) o decreto de estado de emergência e de guerra (art. 166, parágrafo único), bem como vedou sua análise por parte do Poder Judiciário (art. 170), o que confirma o quão imperceptível era a tripartição de funções naquela época.

Aliás, asfixiante mesmo era a regra prevista no art. 96 do Estatuto Varguista, norma que revelava o profundo desequilíbrio existente no *sistema de checks and balances* de outrora:

Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. (BRASIL, 1937)

A propósito, IVES GANDRA MARTINS FILHO, em excelente artigo que discorre sobre a evolução histórica da estrutura judiciária brasileira, rememora que, à época do Estado Novo:

[...] o Chefe do Poder Executivo deixou claro que a atividade de controle de constitucionalidade das leis, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, não seria respeitada pelo governo, se este considerasse que a decisão do STF contrariasse o interesse nacional [...]. Assim, essa atividade de controle

de constitucionalidade existiria, na realidade, apenas no papel, como, de resto, a própria estrutura legal que pretendia legitimar o governo. (MARTINS FILHO, 1999)

Importante mencionar, ainda, o exemplo mais emblemático de agressão perpetrada por VARGAS ao Poder Judiciário como um todo, qual seja, a extinção da Justiça Federal, algo absolutamente incogitável num Estado Federal. Sobre a questão, FREITAS anota que:

A Carta imposta em 10.11.1937, criadora do chamado Estado Novo, pôs fim, sem qualquer referência ou justificativa, à Justiça Federal. Ela foi simplesmente excluída dos dispositivos que tratavam do Poder Judiciário, em especial o art. 90. Os seus juizes foram postos em disponibilidade, com vencimentos proporcionais. Alguns foram reaproveitados na Justiça de seus Estados. (FREITAS, 2003, p. 36)

Tal providência de VARGAS (extinção da Justiça Federal), como bem sintetiza MARIA COELI NOBRE DA SILVA (2013), rachou as estruturas do Judiciário, abalando-o quanto à incipiente independência alcançada.

Ainda em relação à quase total submissão do Judiciário ao ditador do Estado Novo, cabe registrar que durante a vigência do malsinado regime autoritário o Decreto-Lei nº 2.770, de 11 de novembro de 1940, atribuía ao Presidente da República a competência para nomear, por tempo indeterminado, entre os Ministros da Corte, o Presidente e o Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

O término desse negro e sombrio período da história nacional (e o conseqüente restabelecimento das prerrogativas institucionais do Judiciário) foram rememorados por JOSÉ LINHARES, então Presidente do STF, em discurso proferido aos 20 de setembro de 1946, conforme narra o Ministro CELSO DE MELLO:

Depois de termos atravessado uma longa estrada sombria, de indecisões e incertezas de um período ditatorial, é com grande alegria que o país readquire o seu poder de Nação livre regido por normas puramente democráticas.

O século passado foi a época da liberdade, e o atual é o da igualdade econômica e social, princípios estes disciplinadores de um regime sadio que enobrece todos os cidadãos conscientes de seus direitos e deveres para com a Pátria.

Só a ordem jurídica constrói e fortalece as instituições sem o que a vida e

os direitos de cada um ficam à mercê da vontade ou do arbítrio de quem por acaso detém o poder.

A hora presente é de regozijo nacional, principalmente para a Justiça com o restabelecimento de sua autoridade e independência tão necessárias ao exercício da sua nobre missão. (MELLO FILHO, 2011, p. 29, grifo nosso)

6. DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

Conforme explica SADEK (2010), a redemocratização do país fez com que a independência do Poder Judiciário, dotado de efetivas condições para funcionar como poder autônomo, fosse transformada em um imperativo categórico, sendo que, para tanto, era essencial assegurar constitucionalmente as garantias inerentes à magistratura. Não obstante, o movimento pelo restabelecimento da democracia no Brasil, nos idos de 1946, não foi suficientemente poderoso para criar o tão almejado Estado liberal, tal como projetado por determinados grupos políticos no Brasil Imperial e, conseqüentemente, a construção de um Poder Judiciário efetivamente independente.

Ainda assim, é cediço reconhecer que a Constituição de 1946 abrigava, a exemplo de outros Textos Constitucionais, a sistemática tripartida de poderes, cujo art. 141, § 4º, preceituava que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Introduziu-se, assim, o denominado princípio da inafastabilidade do controle judicial (ou do acesso ao Judiciário). Malgrado o notório progresso conquistado, fato é que a dita norma constitucional, ao se referir apenas à expressão *direito individual*, impedia a atuação judicial nos casos que envolvessem a proteção de interesses coletivos ou mesmo o controle judicial sobre os atos do governo.

De certa forma, não há como negar que a Constituição de 1946, ao recriar a Justiça Federal, ainda que apenas no que se refere à 2ª instância, ou seja, o Tribunal Federal de Recursos, conferiu alguma relevância ao Judiciário, buscando restabelecer, ainda que de forma extremamente modesta, os ideais do Estado Democrático de Direito, mormente por força da vitória da ideologia liberal britânico-estadunidense na Segunda Guerra Mundial, não obstante a ascensão do totalitarismo comunista e do início do período conhecido por *Guerra Fria*.

7. DO PODER JUDICIÁRIO NO REGIME MILITAR DE 1964 (CONSTITUIÇÃO DE 1967 E EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 1969)

Um dos episódios históricos que mais despertou a atenção dos pesquisadores brasileiros, sem dúvida, foi o movimento político-militar de 1964, que alguns autores preferem denominar de *golpe militar*, enquanto outros defendem a designação oficial de *revolução*, ainda que, em essência, não tenha sido nem uma coisa nem outra. O movimento foi de natureza *contrarrevolucionária* e se constituiu, na prática efetiva, em um contragolpe ante a agitação antidemocrática que se desenhava e que claramente abalava a normalidade institucional de então, com ameaças reais de fechamento do Congresso Nacional (de maioria oposicionista, diga-se de passagem) e de sinérgica interferência no funcionamento do Poder Judiciário.

De qualquer forma, procurando estabelecer uma análise imparcial e, sobretudo, desapaixonada, não se pode esquecer que a motivação maior do movimento político-militar sob exame foi, indubitavelmente, evitar a implantação, no país, de um regime político totalitário de esquerda (uma espécie de república sindical de inspiração marxista), o que, em grande parte, consagraria a tese oficial da inexorável *índole democrática*, pelo menos inicial, que permeou e caracterizou o regime proposto.

Nesse diapasão, OLAVO DE CARVALHO, em *A História Oficial de 1964* (O Globo, 19 jan. 1999, p. 7), salienta que, na oportunidade do desencadeamento do movimento de 1964:

Os comunistas encontravam-se fortemente encravados em todos os setores da Administração Pública; o próprio Presidente da República apoiava ostensivamente a rebelião esquerdista em todos os setores (e, particularmente, nas Forças Armadas) e que, em janeiro de 1964, Luís Carlos Prestes, após relatar à alta liderança soviética a situação brasileira, voltara de Moscou com autorização para desencadear uma guerrilha no campo, ao mesmo tempo em que setores da extrema direita, liderados pelos governadores Adhemar de Barros (São Paulo) e Carlos Lacerda (Guanabara), haviam montado, em reação, um imenso esquema paramilitar, mais ou menos clandestino, com 30 mil homens fortemente armados, dispostos a um enfrentamento que certamente conduziria o Brasil a uma autêntica guerra civil. (CARVALHO, 1999, p. 7)

Tudo isto foi evitado pelos militares, com um incontestado e significativo apoio popular, conforme demonstrado pelas diversas *marchas pelos valores nacionais e dignidade da família brasileira* que, somente em São Paulo, às vésperas do desencadeamento dos fatos, reuniram mais de 100 mil pessoas, quando a população total brasileira somava apenas pouco mais de 60 milhões e era preponderantemente rural.

Também resta oportuno registrar que o movimento político-militar de 1964 já nasceu dividido, posto que seus principais partícipes e adeptos não eram unânimes quanto aos seus próprios objetivos. De um lado, existiam aqueles que lograram a liderança inicial do processo - com CASTELLO BRANCO à frente - e que enxergavam no movimento uma *intervenção necessária*, porém rápida (e, em certo aspecto, *cirúrgica*), cuja finalidade maior era remover o risco da implantação de uma *ditadura de esquerda* no Brasil, ou mesmo o perigo de uma *guerra civil*, considerando a crescente organização de movimentos reacionários de direita (e muito bem armados).

De outro, despontava a chamada *linha dura*, que interpretava a autodenominada *revolução* como um movimento de maior profundidade destinado a acabar definitivamente com a corrupção e viabilizar um rápido e constante processo de desenvolvimento econômico. Pretendia, inclusive, investigar e punir expoentes políticos que, no primeiro momento, aderiram ao movimento (apoiando CASTELLO BRANCO), como JUSCELINO KUBITSCHEK (que teria, no jargão popular, “construído duas Brasília’s”, uma para si e outra para o país), ADHEMAR DE BARROS (que possuía o famoso cofre com supostas propinas no valor de dois milhões de dólares e que, mais tarde, foi tomado pela guerrilha para financiar operações terroristas) e CARLOS LACERDA, bem como propiciar condições para o crescimento econômico e social sustentado e eliminar, por completo, qualquer tipo de oposição (armada ou não) que pudesse conduzir o país ao totalitarismo de cunho comunista, dentro do contexto singular da *Guerra Fria*.

É importante ressaltar, ademais, que a preocupação inicial do denominado Regime Militar, liderado, como dito, pela vertente liberal de CASTELLO BRANCO, foi coibir, no contexto das ações de repressão, todo e qualquer excesso, o que motivou, logo em 1965, a edição da Lei nº 4.898, que objetivava punir com severidade qualquer ato ilegal praticado por agentes públicos no desempenho de suas funções ou a pretexto de seu exercício, criando uma nova tipificação penal que continua a vigorar até os dias atuais: o crime de abuso de autoridade.

Também no terreno da luta contra a corrupção, CASTELLO foi o responsável pelo advento da ação popular (Lei nº 4.717/65) que, em tese, transformaria todo cidadão brasileiro em fiscal da correta aplicação do dinheiro público pelos administradores governamentais. A mencionada lei foi, posteriormente, ampliada no governo GEISEL, passando a conter a previsão de medida liminar, nos termos da Lei nº 6.513/77. Ainda que a mesma tenha se revelado, durante toda a sua vigência, e até o presente momento, de pouca eficiência, em face da característica *passividade* do povo brasileiro, não há como deixar de reconhecer as intenções liberais e moralistas do movimento inaugurado em 1964 e liderado por CASTELLO BRANCO.

Infelizmente, contudo, uma série de acontecimentos políticos internos e externos acabou por perpetuar exageradamente a manutenção do regime - que se imaginava encerraria suas atividades em apenas um ano, após saneada a situação política brasileira, viabilizando as programadas eleições presidenciais em que JUSCELINO KUBITSCHEK, ex-Presidente, era considerado o favorito -, desencadeando, por fim, a edição dos denominados Atos Institucionais (AI).

Por via de consequência, com a instalação do movimento político-militar de 1964, e por meio do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, foram suspensas, por seis meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade (art. 7º), sendo que, nos termos do parágrafo 1º do mesmo artigo, os titulares dessas garantias poderiam ser demitidos ou dispensados ou, ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, tudo mediante uma investigação sumária.

Por sua vez, o parágrafo 4º do art. 7º do AI nº 1 preconizava que o controle jurisdicional desses atos limitar-se-ia ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade. Da mesma forma, segundo o art. 10 do AI nº 1, "no interesse da paz e da honra nacional", e sem as limitações previstas na Constituição de 1946, os comandantes militares responsáveis pela edição do aludido Ato poderiam suspender os direitos políticos pelo prazo de 10 anos, bem como cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, *excluída a apreciação judicial desses atos*.

O quadro institucional, portanto, de uma certa forma, regrediu em relação à Carta de 1946, o que, obviamente, provocaria reações. Prova disso pode ser

encontrada nos escritos do Ministro RIBEIRO DA COSTA, então Presidente da Corte Suprema. Tendo em vista que certas notícias davam conta de que providências a serem perpetradas pelos militares atingiriam diretamente os Ministros do STF, RIBEIRO DA COSTA publica, em 20 de janeiro de 1965, no *Correio da Manhã*, artigo jornalístico sob o título *Inconveniência e Inutilidade do Aumento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*, assim difundido:

Sob todos os ângulos por que se examine a controvérsia suscitada pela pretensão que se assoalha imposta no sentido de aumento do número de ministros dos membros Supremo Tribunal Federal, não por iniciativa deste, mas exclusivamente do Sr. Presidente da República, a exemplo de permissibilidade constante de Ato Institucional, afigura-se-nos inaconselhável a sugestão, por sua manifesta inconveniência e inutilidade, agravando de enorme ônus a despesa pública, além de acarretar maiores dificuldades à celeridade dos julgamentos por exigir tempo muito mais dilatado para se proceder à apuração, em cada caso, do pensamento do órgão judicante.

Em verdade, nada mais contundente, absurdo, esdrúxulo e chocante com os princípios básicos da Constituição, que vedam em sua sistemática que se cogite de aumento de juízes, da Corte Suprema, sem que de sua iniciativa se manifeste essa necessidade mediante mensagem dirigida ao Congresso Nacional.

Não se compreende possa legitimar-se tal propósito ao simples critério do chefe do Estado e à aprovação do Parlamento. Se, entretanto, viesse a vingar esse procedimento, o que nos parece de todo inviável, teríamos praticamente instaurado grave conflito entre os poderes da República, dois contra um, ou seja, o Executivo e o Legislativo, de mãos dadas, a fim de invadirem área específica e privativa do Judiciário, com quebra do princípio fundamental da independência e harmonia dos poderes [...].

[...]. Já é tempo que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da Nação, como há pouco o fizeram, com estarrecedora quebra de sagrados deveres, os sargentos instados pelos Jangos e Brizolas. A atividade civil pertence aos civis, a militar a estes que sob o sagrado compromisso juram fidelidade à disciplina, às leis e à Constituição.

Se ao Supremo Tribunal Federal cabe o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos dos outros poderes, por isso mesmo ele é revestido de excepcional autonomia e independência, tornando-se intolerável a alteração do número de seus juízes por iniciativa do Executivo e chancela do Legislativo. [...]. A que se reduzirá, então, a

independência do Poder Judiciário se até o seu mais alto tribunal poderá ficar à mercê da oscilação de opiniões e de vontades estranhas àquele Poder? (COSTA, 1965)

A exposição do Ministro RIBEIRO DA COSTA não foi suficiente para impedir a edição, em 27 de outubro de 1965, do Ato Institucional nº 2, que efetivamente alterou a composição do STF de 11 para 16 Ministros.

Cabe lembrar, ademais, que o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, previa, no art. 10, a suspensão da ordem de *habeas corpus*:

Art. 10. Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. (BRASIL, 1968)

Em relação à Suprema Corte, impende mencionar que o AI nº 5 provocou os pedidos de aposentadoria dos Ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e GONÇALVES DE OLIVEIRA, bem como a cassação dos Ministros VITOR NUNES, HERMES LIMA e EVANDRO LINS E SILVA (PEDUZZI, 2007, p. 15).

Com efeito, a ocorrência histórica do denominado Regime Militar (e toda a costura normativa empreendida para lhe dar sustentação) configura, por um lado, uma prova incontestada da fragilidade das institucionais nacionais de então, inclusive do próprio Poder Judiciário; sob outro prisma, evidencia a posição então ocupada pelas Forças Armadas enquanto instrumento de estabilização política. O proêmio do mencionado Ato Institucional nº 1 comprova o que ora se afirma:

À NAÇÃO

É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução.

A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação.

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destituiu o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela

se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.

O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.

Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória,

de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica resolve editar o seguinte. (BRASIL, 1964)

Mas, como dito alhures, o movimento de 1964 nasceu *dividido*. A bem da verdade, existia, quando de sua implantação, um projeto de *intervenção cirúrgica*, bem como uma concepção mais ampla de reconstrução do país, fincada em duas bases, quais sejam, o combate à corrupção e o desenvolvimento econômico. A forma de se conciliar esses dois interesses foi fazer com que os governos tivessem sempre um titular e o respectivo contraponto. Assim, por exemplo, no governo CASTELLO BRANCO (liberal), tivemos COSTA E SILVA, de *linha dura*, como Ministro da Guerra. Já no mandato de COSTA E SILVA, PEDRO ALEIXO, um liberal, foi o Vice-Presidente, atuando, portanto, como contraponto. No governo MÉDICI, por sua vez, tivemos ORLANDO GEISEL, também liberal, como Ministro do Exército. No período ERNESTO GEISEL, o Ministro do Exército foi SYLVIO FROTA, General de *linha dura*. Tratava-se, portanto, de um acordo informal estabelecido para proporcionar sustentação ao poder, acordo este que foi efetivamente rompido por GEISEL, que já assumiu com o compromisso de retornar à concepção original de CASTELLO, isto é, à ideia de que o movimento deveria ser rápido e cirúrgico. Com efeito, é possível asseverar, nesse sentido, que GEISEL já ostentava a clara pretensão de levar a diante a denominada *abertura política*, não sendo razoável afirmar que tal tenha ocorrido por pressão da esquerda, a qual, diga-se de passagem, já se encontrava, àquela altura, totalmente derrotada.

Outrossim, não há como afiançar que a abertura conduzida inicialmente por GEISEL tenha sido decorrente de alguma pressão exercida pelos Estados Unidos, uma vez que, na mesma ocasião, enquanto o Brasil *abria*, regimes militares eram instalados no Chile (1973) e na Argentina (1976), dados históricos que, contextualmente, permitem inferir que a distensão iniciada por GEISEL pode ser mesmo considerada *genuinamente* brasileira - independentemente da existente política de defesa dos direitos humanos inaugurada pelo Presidente JIMMY CARTER -, pois GEISEL efetivamente rompeu um acordo existente entre as forças de então, culminando na exoneração do Comandante do II Exército, General D'ÁVILA, em 1976, bem como, em seguida, do próprio Ministro do Exército, SYLVIO FROTA, em 1977, o que denota que o Exército, para usar um jargão bem atual, indiscutivelmente "cortou na própria carne", postura que provocou reações na

Caserna, tendo sido especulado, inclusive, a possibilidade de se lhe aplicar um golpe. Atribui-se a ERNESTO GEISEL, então, a grande iniciativa de ter deflagrado a abertura política, processo continuado e concluído por seu sucessor, JOÃO FIGUEIREDO, um General de três estrelas que, uma vez promovido ao último posto por GEISEL, foi alçado à Presidência da República.

FIGUEIREDO, dando continuidade à iniciativa de GEISEL, igualmente não acatou o aludido acordo informal, tanto que nomeou, em 1979, WALTER PIRES, amigo pessoal e um liberal, como Ministro do Exército. Portanto, também durante a gestão de FIGUEIREDO não havia o referido equilíbrio de forças, aspecto que, sem sombra de dúvida, gerou reações de setores da direita radical, um das razões dos diversos atentados praticados naquela quadra, tal como o episódio do Riocentro, ocorrido em 1981, entre tantos outros perpetrados não pelo governo que pugnava pela abertura, mas por segmentos a ela contrários e distantes da orientação governamental, motivo pelo qual não se pode atribuir ao Estado brasileiro, naquele período histórico, a prática desses atos de incontestável cunho terrorista.

Assim, conforme relata DANIEL AARÃO REIS (2014, p. 76), a história que se conta hoje não guarda correspondência com os fatos, sendo um equívoco afirmar que foi a esquerda, através de seu poder, que pressionou pela abertura política. Na verdade, tal ocorreu pelo fato de ter havido um resgate da ideia original de CASTELLO, que nunca foi, registre-se, implantar um regime de força que se perpetuasse no poder. Portanto, a luta para se promover a abertura política operou-se contra a direita radical, que não a desejava, o que incluiu militares, empresários, parte da sociedade civil, etc. Não obstante o mérito de ter concluído o processo de abertura, FIGUEIREDO cometeu um erro histórico, qual seja, não ter apurado seriamente os autores dos atentados, donde surgiu o rompimento entre FIGUEIREDO (que receava desagradar à *linha dura* e sofrer um golpe) e GEISEL (que entendia que o Presidente deveria investigar os citados episódios), resultando no absoluto isolamento político de FIGUEIREDO, literalmente abandonado pelos liberais e pela *linha dura*, surgindo daí a sua célebre frase: "Deixem-me em paz!"

Com efeito, após um longo, porém seguro, processo de abertura política iniciado no governo GEISEL (1975/1979) e consolidado no conturbado governo FIGUEIREDO (1980/1985), os militares se retiraram da vida política do país, permitindo a transformação do inicial *regime democrático dualista* (misto de representativo e de *referendum*), vigente de 1965 (com a edição do AI nº 2) até a revogação do AI nº 5 pela Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de

1978, com a recriação dos partidos políticos, em *democracia indireta representativa* que, por sua vez, atingiu a sua plenitude operativa com a promulgação, em 1988, de uma nova Constituição e o consequente restabelecimento do sistema de eleições diretas para Presidente.

A substituição do governo militar pelo governo civil, em 1985, com a eleição indireta de TANCREDO NEVES (Presidente) e JOSÉ SARNEY (Vice-Presidente, que acabou tornando-se Presidente em decorrência do falecimento do titular, antes mesmo de sua posse), marcou o lançamento da chamada *Nova República* que, em essência, substituiu a anterior *democracia formal legalista* por uma *democracia formal legitimista*, sem, no entanto, conseguir atingir a sonhada concepção material (e, portanto, plena) de democracia.

Não obstante o aludido quadro, pode-se vislumbrar, ainda mesmo durante o Regime Militar, algumas conquistas institucionais obtidas pelo Poder Judiciário. Referimo-nos à Reforma do Judiciário estabelecida por GEISEL através da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, providencia decorrente do chamado *Pacote de Abril* (1977), assim comunicado e justificado à Nação:

Venho esta noite à televisão para dar conhecimento aos brasileiros de medida relevante que adotei, hoje pela manhã, após ouvir o Conselho de Segurança Nacional.

Ela é uma decorrência dos problemas que se suscitaram nestes últimos dias, com relação à reforma do Poder Judiciário. Esta reforma, de interesse de toda a Nação, constitui fator importante para o nosso desenvolvimento.

Já no início do meu Governo, em visita que fiz ao Supremo Tribunal Federal, no mês de abril de 1974, em conversa informal com os Senhores Ministros, o tema foi abordado.

Reconheceu-se que a Justiça brasileira estava defasada em relação ao desenvolvimento econômico e social que o País havia atingido: era lenta, representava deficiências muito grandes, que permitiam delongas no julgamento dos processos.

O povo sem justiça não é livre, nem pode ser democrata.

Combinou-se, então, que trabalhariam juntos o Supremo Tribunal Federal, como cúpula do Poder Judiciário, e o Poder Executivo.

Desde logo o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, prontificou-se a fazer um diagnóstico da Justiça no País. Este diagnóstico levou mais de ano para ser realizado.

A Comissão do Supremo Tribunal Federal, que dele se incumbiu, ouviu os diferentes órgãos interessados; ouviu exaustivamente os Tribunais da Justiça Federal, da Justiça Estadual, ouviu juízes, órgãos de classes, advogados e procuradores, em suma, esgotou a matéria ouvindo a todos e o seu resultado foi um conjunto de documentos, que compreende 94 volumes, que foram depois condensados num relatório que mereceu a aprovação de todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Com base nesse diagnóstico e em algumas medidas que, sem serem de caráter definitivo, eram consideradas relevantes, o Governo, através do Procurador-Geral da República e com assistência do Supremo Tribunal Federal, representado por um de seus Ministros, elaborou a documentação inicial necessária à reforma.

Reconheceu-se, desde logo, que a reforma não poderia ser instantânea, não poderia ser implantada de uma só vez.

Ela se prolongaria através do tempo e comportaria medidas em diferentes escalões.

Verificou-se a necessidade inicial de fazer-se uma emenda à Constituição Federal, consubstanciada em vários artigos, que alterasse a estrutura e por vezes até a competência e outras normas relativas ao Poder Judiciário que estão estabelecidas na Carta Magna.

Esta emenda foi feita num anteprojeto elaborado de acordo com o diagnóstico e as conclusões do Supremo Tribunal Federal.

Não teve caráter partidário: o Poder Executivo nem mesmo procurou alterar aquilo que o Poder Judiciário imaginara.

Por fim, em novembro de 1976, a Emenda foi enviada ao Congresso Nacional.

Imaginávamos que, dado o interesse nacional pela reforma da Justiça e seu caráter apartidário, teríamos o apoio unânime do Poder Legislativo e dos membros tanto do Partido do Governo como do Partido da Oposição.

Agora, em março deste ano, verificamos que o Partido da Oposição apresentava reivindicações que nada tinham que ver com a reforma em si e nem tinham sido objeto do diagnóstico feito pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim mesmo, procurou-se negociar com a Oposição, transigindo em determinados pontos, a fim de ver se chegaríamos a um resultado conciliatório, que não privasse o nosso povo de uma melhor Justiça.

Infelizmente, não se conseguiu resultado algum, porque a Oposição

resolveu fechar a questão, impedindo que os seus representantes no Senado e na Câmara votassem a favor da reforma.

Adotaram um procedimento que não se coadunava com o espírito democrático que vivem invocando.

Falam em democracia plena, e não permitiram que os legisladores de seu partido votassem ou opinassem com relação à reforma.

Todos foram obrigados, sob pena de perda de mandato, a votarem contra.

O Partido do Governo, a ARENA, teve uma atuação diferente e de franco apoio à reforma.

A questão não foi fechada; ficou aberta e todos votaram a favor, exceto apenas um deputado, o que comprova a liberdade com que a ARENA agiu em relação a seus representantes no Congresso.

Além disso, a ARENA caracterizou-se por uma presença maciça, com o comparecimento de praticamente todos os seus representantes.

Faltou apenas um deputado, que teve razões particulares para não comparecer à sessão de votação.

Portanto, hoje, no quadro do Poder Legislativo, nós não temos possibilidade de fazer a reforma da Justiça.

As lideranças da ARENA, os presidentes das Casas do Congresso, os outros homens influentes do Partido, todos se empenharam e procuraram fórmulas que pudessem levar a uma conciliação e demover o Partido da Oposição de sua atitude intransigente.

Este Partido, em si, é uma minoria.

A grande maioria votou pela reforma, mas a minoria prevaleceu. Prevaleceu, em primeiro lugar, dentro do Partido, transformando-se quase que numa verdadeira ditadura, como prevaleceu, depois, no próprio Congresso, porque a Constituição atual, ao contrário da anterior, exige que a reforma seja feita com um quorum de 2/3.

Este é o quadro com que nos deparamos.

Existem outros problemas políticos que exigem providências para uma melhor institucionalização da vida política do País.

Tenho falado, inúmeras vezes, que queremos a democracia melhor, que queremos o desenvolvimento integrado, econômico, social e político, mas devemos caminhar seguramente, devagar e com passos firmes, para procurar instituições que correspondam à nossa vida social, à índole do nosso povo, às características físicas do nosso território, às nossas

tradições, e não instituições copiadas da Carta Magna de qualquer outro país que se diga democrático.

Pois bem, nesse caminhar lento e seguro, nós agora encontramos esse tropeço.

Se em matéria como essa, que não é partidária nem propriamente política, o Partido da Oposição teve tal procedimento, torna-se lógico esperar que o repita em outras questões.

Refiro-me aos assuntos das conversações realizadas pelo Presidente do Senado, devidamente autorizado para procurar uma fórmula de acomodação que visasse, antes de mais nada, ao interesse do Brasil e não ao de indivíduos ou de grupos.

É claro, agora, que não será possível chegar-se a uma solução que atenda aos anseios nacionais, com esta forma de oposição, com questões fechadas e antidemocráticas.

Só me resta saber o que se deve fazer.

A votação que houve no Congresso não foi uma derrota do Governo: o verdadeiro derrotado foi o povo brasileiro, que precisa de justiça e que da forma como as coisas iam não iria ter essa justiça.

Como principal responsável pela Nação, pelos seus destinos, eu me pergunto o que devo fazer: devo conformar-me com a atitude dessa ditadura minoritária? Devo procurar soluções para o problema de outra forma que não seja através do Congresso? Devo desistir da reforma e só tentá-la daqui a alguns anos?

Acho que o problema precisa ter solução e que essa solução não pode demorar.

Temos que andar, e andar de pressa, porque já estamos atrasados.

Tendo em vista o problema da reforma da Justiça e o de outras reformas que se impõem, de natureza política, indispensáveis para que o País continue a ter tranquilidade e não tenha crises, cada ano, ou de dois em dois anos, resolvi, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, usar dos meios legais de que disponho.

A Constituição Federal no seu artigo 182 reconhece a validade do Ato Institucional nº 5, Ato que desde o início do Governo declarei que não aboliria sumariamente, mas que, pelo contrário, eu o manteria, para usá-lo toda vez que fosse necessário.

Usá-lo com critério, com moderação, sem paixão e sempre voltado para o interesse do Brasil.

Agora é a oportunidade de se usar este Ato.

De acordo com suas disposições, o Poder Executivo pode colocar o Congresso Nacional em recesso e dessa forma adquirir poderes legislativos.

E foi o que eu fiz. Por Ato Complementar de hoje, o Congresso Nacional foi posto em recesso e o Presidente da República, vale dizer, o Poder Executivo, passou a ter poderes legislativos.

Eu usarei esses poderes, muito transitariamente, não só para fazer a reforma do Poder Judiciário, como também, dentro dos limites necessários para as demais reformas de natureza política, que considero indispensáveis ao bem-estar, à tranquilidade e à própria institucionalização política do nosso País.

Acho que devo dar ao povo brasileiro estas explicações e justificativas do meu ato, e mostrar-lhe, com minha presença na televisão, as preocupações que tenho, e a convicção plena das responsabilidades que pesam sobre mim.

Disse e repeti há poucos dias que não tenho compromissos pessoais com ninguém, que os meus compromissos são com o povo, são com a Nação brasileira, pela qual durante o meu Governo sou o principal responsável.

Confio que o meu Partido, a ARENA, apoie integralmente essa medida que não visa a punir os Congressistas, mas que se tornou indispensável para dar ao País aquilo de que ele precisa.

A ARENA representa a maioria do povo brasileiro de forma quase esmagadora, como se demonstrou nas eleições municipais de 15 de novembro.

Espero que o povo me apoie e me compreenda e saiba que essas medidas de caráter excepcional, mas inteiramente legais são feitas e adotadas no interesse geral da Nação brasileira. (BRASIL, 1977)

O discurso à Nação proferido em 1º de abril de 1977 realça a importância conferida por GEISEL ao Judiciário, cujos problemas, desde aquela época, já demandavam uma atuação por parte do Estado. Da mesma forma, releva citar que GEISEL sancionou a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), texto legislativo votado e aprovado pelo Congresso Nacional, marco legal de indiscutível relevância institucional.

8. DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Fruto da vitória dos ideais originais de CASTELLO, o aludido processo de abertura política idealizado e implantado por GEISEL e, posteriormente, continuado por FIGUEIREDO, permitiu o embrião do Poder Judiciário atual.

Sobre o tema em questão, a Constituição de 1988, no art. 2º preceitua que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, sendo este último disciplinado nos arts. 92 a 126, configurando, assim, juntamente com o Executivo e o Legislativo, uma das funções do Estado brasileiro, cuja arquitetura básica (República Federativa e Estado Democrático de Direito) encontra-se exposta logo no art. 1º da Lei Maior.

Lucidamente informa MENDES (2005) que a Constituição de 1988 não se contentou em afirmar somente a *independência formal* do Poder Judiciário. Ao contrário, construiu-se um sistema efetivo de independência, que abarca, basicamente, as garantias do Poder Judiciário enquanto instituição (autogoverno), bem como as relativas à magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), de modo que os juízes possam atuar com independência em relação aos demais poderes.

Com efeito, é possível asseverar que o Judiciário somente passa a figurar como um Poder verdadeiramente independente a partir da promulgação da Constituição de 1988, fato facilmente perceptível a partir de uma simples análise das decisões proferidas pelo STF desde então, muitas das quais absolutamente contrárias aos interesses do Executivo e do Legislativo.

9. CONCLUSÃO

De acordo com as diversas informações trazidas ao presente texto é possível identificar como se deu a elevação do *status* institucional do Poder Judiciário, um poder que, no início de seu caminhar histórico, pouca ou nenhuma voz possuía no cenário estatal.

Apesar de o princípio da separação das funções encontrar previsão no ordenamento brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824, fato é que tal normatividade não era suficiente, pelo menos até a promulgação da Carta de

1988, para conferir ao Poder Judiciário o *status* que lhe é reservado nos dias atuais, quando, então, teve início um interessante fenômeno, denominado de *empoderamento institucional*.

Diante do que preconiza a Lei Fundamental vigente, não se hesita quanto à atual condição do Judiciário enquanto verdadeiro poder do Estado, sendo a instituição responsável pela prestação jurisdicional, atuando, nos precisos moldes fincados pelo ordenamento jurídico, como um efetivo instrumento de estabilização política, limitando, por conseguinte, eventuais abusos perpetrados pelos demais poderes. Para tanto, guarda uma série de garantias institucionais que lhe permite cumprir sua missão com a devida independência, o que, entretanto, nem sempre existiu na história brasileira.

10. REFERÊNCIAS

- ALVES JUNIOR, Paulo. O liberalismo conciliador de Tavares Bastos: o político da integração territorial e do federalismo. Araraquara: UNESP, 2010.
- ARISTÓTELES. A Política. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. São Paulo: Paz e Terra, 1990.
- _____. História Constitucional do Brasil. Brasília: ed. OAB, 2006.
- BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- _____. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- _____. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- _____. Constituição Política do Império do Brasil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.

A evolução do status do Poder Judiciário ao longo da história constitucional brasileira

- _____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- _____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- _____. Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398impresao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2015.
- _____. Decreto nº 19.711, de 18 de fevereiro de 1931. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/republica/colecao5.html>>. Acesso em: 13 mar. 2015.
- _____. Decreto nº 20.106, de 13 de junho de 1931. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/republica/colecao5.html>>. Acesso em: 3 fev. 2015.
- _____. Emenda Constitucional nº 1, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- _____. Emenda Constitucional nº 4, 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc04-61.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- _____. Emenda Constitucional nº 7, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- _____. Emenda Constitucional nº 11, 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- _____. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- _____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lels/L4717.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- _____. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

- _____. Discurso proferido pelo Presidente Ernesto Geisel, em cadeia nacional de rádio e TV, em 1º abr. 1977. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos-1/1977/15.pdf/at_download/file>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- CARVALHO, José Murilo de. Pontos e bordados: escritos de história e política. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.
- CARVALHO, Olavo de. A História Oficial de 1964. O Globo, 19 jan. 1999, p. 7.
- COSTA, Álvaro Moutinho Ribeiro da. Inconveniência e Inutilidade do Aumento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Artigo publicado no jornal Correio da Manhã, em 20 jan. 1965. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RibeiroCosta/ArtigosJornais/1965_out_20.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- CREMONESE, Dejalma. A difícil construção da cidadania no Brasil. Desenvolvimento em Questão. Porto Alegre: editora Unijuí, ano 5, n. 9, jan./jun. 2007.
- FAORO, Raymundo. Existe pensamento político brasileiro? São Paulo: Brasiliense, 1994.
- FERREIRA, Jorge. A experiência democrática no Brasil. Dossiê 1946-1964. Niterói: Tempo, v. 14, n. 28, jun. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-77042010000100001>>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FREITAS, Vladimir Passos de. Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil. Curitiba: Juruá, 2003.
- GOMES, Laurentino. 1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil. 1. ed. São Paulo: Globo, 2013.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LESSA, Pedro. Do poder judiciário. edição fac-similar, 1915. Brasília: Senado Federal, 2003.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira. Revista Jurídica Virtual. Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em: 2 fev. 2015.
- MELLO FILHO, José Celso de. Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República). 3. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011, p. 29. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_informativas_sobre_o_STF_versao_de_2012.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2015.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Poder Judiciário no Brasil. Out. 2005. Disponível em <<http://www.ajuferjes.org.br/PDF/Poderjudiciariobrasil.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O Poder Judiciário: homenagem aos 200 anos da independência do Poder Judiciário brasileiro. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 73, n. 4, out./dez. 2007. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/2456/001_peduzzi.pdf?sequence=3>. Acesso em: 2 fev. 2015.
- REIS, Daniel Aarão. Revista Época, 30 mar. 2014.
- SADEK, Maria Tereza, org. In Uma introdução ao estudo da justiça [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. A organização do poder judiciário no Brasil. p. 1-16. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/4w63s/pdf/sadek-9788579820328-02.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2015.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Maria Coeli Nobre da. Democracia/democratização no Judiciário: para que? para quem? - um recorte na realidade do Estado brasileiro. Direitos fundamentais e democracia I. [Recurso eletrônico online]. Organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Ednilson Donisete Machado, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Florianópolis: FUNJAB, 2013, pp. 47-73. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=89>>. Acesso em: 6 fev. 2015.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

*MARKETING DE EMBOSCADA – ANÁLISE COMPARATIVA DO ARCABOUÇO JURÍDICO VIGENTE E A HERANÇA NORMATIVA DE LEIS TRANSITÓRIAS**

Robert Daniel Shores¹

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por fim analisar a estreita ligação existente entre o direito de propriedade intelectual, o direito da concorrência e o direito de publicidade, que têm em comum a relação com o mercado e com o público consumidor.

Com o passar dos anos, verificou-se que tais direitos encontraram um ponto de conflito, que tem como protagonista práticas publicitárias de associação, implementadas principalmente junto a eventos desportivos de grande apelo popular.

Notou-se, também, que com o crescente aumento da exposição publicitária e do apelo comercial de determinados eventos de entretenimento, agentes que não os seus organizadores e patrocinadores oficiais também passaram a buscar explorá-los, geralmente através da associação de sua imagem ao evento.

Como será visto, a associação supramencionada poderá ser, ou não, caracterizada como ilegal, de modo que será justamente através da análise e

* O presente artigo científico é um extrato do trabalho de conclusão de curso intitulado “Marketing de Emboscada nos Eventos Desportivos Perante o Direito da Concorrência”, orientado pelo Professor Doutor Pedro Marcos Nunes Barbosa e apresentado ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) em 2013 para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

¹ Robert Daniel Shores é graduado em Direito, com ênfase em Direito Comercial, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e pós-graduando em Direito Processual e Gestão Jurídica pelo IBMEC.

ponderação dos interesses envolvidos que se poderá efetivamente delimitar os parâmetros e os limites da publicidade por associação.

Ressalta-se que o presente trabalho utilizou como contexto a Copa do Mundo FIFA (Fédération Internationale de Football Association) e os Jogos Olímpicos de Verão Rio 2016 organizados pelo COI (Comitê Olímpico Internacional)², em razão de serem considerados como os maiores eventos desportivos da atualidade com visibilidade mundial.

Assim, com a confirmação do Brasil como país sede da Copa do Mundo FIFA 2014 e dos Jogos Olímpicos de Verão Rio 2016, verifica-se uma necessidade da maior exploração do tema, que ainda possui reduzida atenção da doutrina e da jurisprudência.

Isso porque, e como será melhor visto adiante, grandes eventos de entretenimento têm quase a totalidade de sua receita decorrente da venda de quotas de patrocínio e da comercialização de direitos de exploração de imagens.

Assim, considerando o investimento privado despendido, os organizadores e patrocinadores de tais eventos buscam impedir que outros agentes utilizem e elementos que possam criar uma associação com vistas à exploração da exposição publicitária por eles gerada, evitando que o público consumidor seja surpreendido.

Por outro lado, o investimento do Estado para a realização de tais eventos é ainda superior ao realizado por agentes privados, sendo justificado em razão do interesse público envolvido.

Nessa esteira, em que pese o direito do consumidor de não ser induzido a erro, há que ser também considerado o direito de o consumidor não ser privado de desfrutar dos benefícios que a liberdade de mercado lhe possibilita.

Será através da análise conjunta do direito de propriedade intelectual e do direito da concorrência que se poderá alcançar um ponto de equilíbrio, de modo que a proteção de um encontre devidamente o seu limite na proteção do outro.

Além disso, considerando que a regulação do conceito de marketing de emboscada por intrusão ou associação foram introduzidos no sistema jurídico

² Destaca-se que o COI é atualmente a entidade legal que detém os direitos de propriedade sobre os bens materiais e imateriais que envolvem os Jogos Olímpicos. Ademais, cumpre esclarecer que o COB é a entidade filiada ao COI que a representa no Brasil. Assim, deve o COB, em regra, submeter-se às regras do COI. Portanto, considerando que o presente trabalho analisou primordialmente sua atuação no Brasil, passa-se a referir-se apenas ao COB para facilitar o estudo.

brasileiro por leis transitórias, em especial a Lei nº 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”) e Lei nº 13.284/16 (“Ato Olímpico” – com alterações), que não mais se encontram em vigor, será visto também como remanesce a legislação prática sobre o tema.

Como será melhor aduzido na sequência, os direitos de exclusividade garantidos pela propriedade intelectual, de um lado, e os direitos à livre iniciativa e à livre concorrência, de outro, constantemente são confrontados, dando ensejo inclusive a uma dualidade dentro do direito da concorrência.

Os preceitos do direito da concorrência visam não só repelir atos de concorrência desleal, como também de infração da ordem econômica, de modo que o abuso do direito de exclusividade atribuído pela propriedade intelectual poderá incorrer em práticas ligadas ao antitruste.

Nesse sentido, propõe-se aqui analisar as questões envolvendo o embate entre os direitos de ambos os lados, visto que a indevida sobreposição de um sobre o outro poderá dar ensejo ao abuso.

Em conformidade com tais premissas, visa-se a partir do estudo do conceito e da finalidade do instituto do marketing de emboscada e do direito da concorrência, analisando ainda os enunciados normativos à disposição no ordenamento brasileiro, para estabelecer os parâmetros junto ao caso concreto do que pode ser considerado como uma associação lícita ou ilícita.

2 MARKETING DE ASSOCIAÇÃO VS. EMBOSCADA

2.1 Conceito e Finalidade

Inicialmente, cabe trazer o conceito do que é marketing de associação para, posteriormente, iniciar a análise dos seus limites que, uma vez extrapolados, configurarão o instituto que aqui se propõe estudar.

Assim, sucintamente, o marketing de associação *“consiste na associação da imagem de uma empresa a evento de grande clamor popular, sem o pagamento de patrocínio ao organizador”*³.

Isso posto, passar-se-á à análise do conceito de marketing de emboscada

³ PIERI, José Eduardo de V. Op. cit. p. 12.

ou *ambush marketing*, que, importado do estrangeiro, se trata de estratégia de marketing através da qual se daria uma associação indevida a determinado evento oficial, praticado por um anunciante com interesse em angariar vantagem econômica indevida, sem ter esse anunciante despendido qualquer contribuição econômica, aqui visto na forma de patrocínio, para tal evento⁴.

Em outras palavras, anunciantes, mesmo sem a necessária autorização e consentimento da(s) parte(s) organizadora(s), conseguiriam obter vantagem econômica por via da sua associação com a boa reputação, popularidade e possível clientela de um evento particular⁵, passando-se por um de seus patrocinadores oficiais.

A lógica acima descrita está em consonância com os resultados dos estudos dos primeiros autores sobre o marketing de emboscada, como Dennis Sandler e David Shani⁶, que, em 1989, sustentavam que essa prática se caracterizava quando um não patrocinador oficial de determinado evento tentava se passar por um dos patrocinadores autorizados.

Nesse mesmo sentido, o autor Lori Bean⁷ colocou que, quando um não patrocinador tenta se aproveitar de benefícios que estariam à disposição apenas dos patrocinadores oficiais, ocorrerá o marketing de emboscada.

Por fim, não se pode deixar de citar o autor Tony Meenaghan que, visando a responder se o marketing de emboscada era um ato imoral ou ilícito, definiu-o como *“the practice whereby another company, often a competitor, intrudes upon public attention surrounding the event, thereby deflecting attention toward themselves and away from the sponsor”*⁸.

De análise das definições trazidas acima, nota-se a comum noção de que o marketing de emboscada dar-se-ia pela intrusão de um não patrocinador oficial no respectivo evento de interesse.

⁴ LEIMER, Jacqueline. *Ambush Marketing: Not Just an Olympic-Sized Problem*. 2(4) *Intellectual Property Strategist*, 1996, 1, 3.

⁵ BEAN, Lori. *Ambush Marketing: Sports Sponsorship Conference and the Lanham Act*. Boston: B.U.L. Rev., 1995, p. 1099/1100.

⁶ SANDLER, Dennis; SHANI, David. *Olympic Sponsorship vs “Ambush” Marketing: Who Gets the Gold?* *Journal of Advertising Research*, ago/set 1989, p. 9-14.

⁷ BEAN, Lori. *Op. cit.*

⁸ MEENAGHAN, Tony. *Point of view: Ambush marketing – Immoral or imaginative practice?* *Journal of Advertising Research*, 34 (3), 1994, p. 77-88. Traduzindo-se: A prática em que uma outra empresa, muitas vezes um concorrente, se intromete sobre a atenção do público em torno do evento, de modo a desviar a atenção para si e para longe do patrocinador.

Todavia, com a evolução dos estudos sobre o tema, concluiu-se que essa prática não era caracterizada apenas por uma intrusão, mas também através de uma associação abusiva dos não patrocinadores.

Neste cenário, verificou-se que agentes não patrocinadores não só estariam impedidos de atrair a atenção do público por meio de uma intrusão, como, ainda, estariam proibidos de, por meio de uma associação direta ou indireta aos eventos e símbolos oficiais de determinado evento, divulgar suas marcas, com o intuito de obter alguma vantagem econômica ou mesmo publicitária.

A diferenciação acima mencionada, que será melhor abordada no capítulo seguinte, foi um dos primeiros passos que deram início a uma crescente rigidez dos enunciados normativos voltados para reprimir o marketing de emboscada, em especial o que se dá na forma de associação. Porém, essa “evolução” deve ser feita em atenção a direitos de terceiros, à luz do direito da concorrência e em consonância com preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, como a livre iniciativa e a liberdade de expressão.

2.2 A Propriedade Intelectual como Fundamento e Limite do Marketing de Emboscada

De fato, os direitos dos organizadores e patrocinadores oficiais merecem amparo e proteção jurídica, pois esses despenderam esforços e vultosos investimentos para a realização do evento, tendo adquirido propriedades (quotas de patrocínio, direitos de imagem, etc.) imateriais que merecem a tutela do direito.

Tais propriedades usualmente são amparadas por preceitos da propriedade intelectual⁹, que por sua vez garantem ao titular usufruir de sua atividade intelectual nos limites da lei. Da mesma forma, garantem ao titular o direito de impedir terceiros de as utilizarem em proveito próprio sem autorização.

É justamente esse o entendimento de Gama Cerqueira¹⁰ ao analisar a proteção dos direitos de propriedade intelectual:

“(...) todos, enfim, que se dedicam a qualquer atividade intelectual,

⁹ “Abrange a propriedade imaterial tanto os direitos relativos às produções intelectuais do domínio literário, científico e artístico, como os que têm por objeto as invenções e os desenhos e modelos industriais, pertencentes ao campo industrial.” (CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. V. I. Atual.: SILVEIRA, Newton; BARBOSA, Denis Borges. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 34.).

¹⁰ Ibid. p. 33

adquirem direito exclusivo sobre suas produções, independentemente do maior ou menor valor artístico, científico ou industrial que apresentem ou do modo de sua reprodução. Em virtude desse direito, podem, sob o amparo da lei, publicar, reproduzir e explorar suas obras e produções, assim como defendê-las de contrafações, auferindo os proventos materiais que forem suscetíveis de produzir, além do renome pessoal que delas retiram.”

Por outro lado, a análise sobre o mesmo conceito supracitado demonstra que a proteção à propriedade intelectual deve garantir a todos os seus titulares, de iguais categorias, direitos iguais, não havendo proteção maior ou menor de acordo com o valor experimentado por essa ou aquela produção intelectual.

Remetendo-se ao objeto do presente estudo, é certa a necessidade de se rever a amplitude dos direitos conferidos às entidades organizadoras de grandes eventos desportivos e aos seus patrocinadores, já que, por maior que seja o investimento destes, seus direitos imateriais não podem se sobrepor a direitos de terceiros, sob o risco de se caracterizar abuso do direito¹¹.

Paralelamente, nota-se que, enquanto as instituições organizadoras arrecadam somas volumosas com a venda de seus patrocínios, os maiores investimentos e gastos despendidos para a realização dos eventos, principalmente em termos de infraestrutura, recaem quase que exclusivamente sobre o Estado.

Ocorre, portanto, que não obstante os organizadores e patrocinadores serem titulares de direitos referentes à exploração de imagens e produtos que remetam ao evento a ser realizado, o investimento público, por sua vez, evidencia a existência de um interesse maior da sociedade em sediar tal evento, impossibilitando, por derradeiro, tutela jurídica que confira ampla proteção a direitos eminentemente privados.

Há que se considerar, então, que a tutela jurídica sobre o tema abarca não só direitos privados, como públicos, devendo haver razoável equilíbrio entre ambos. Caso ocorra de os direitos privados transcenderem os limites de sua proteção, afetar-se-á a esfera jurídica de terceiros, que não só têm o direito fundamental de igual tratamento perante a lei, como possuem garantia constitucional à livre iniciativa e à livre concorrência.

¹¹ “O exercício de qualquer direito, assim, está condicionado aos fins de satisfação do interesse que tutela: é ilícito o exercício de um direito que não vise à satisfação do interesse moral ou patrimonial de seu titular” (SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª edição, 2009, p. 298.).

Esse cenário, bem explicado por Dean Crow e Janet Hek¹², remete a uma análise minuciosa de quando, de fato, o marketing de emboscada, seja por intrusão ou por associação, deve ser considerado abusivo. Com a delimitação, pois, de quais atos constituem uma prática ilegal de publicidade, será mais fácil para os agentes patrocinadores limitarem as oportunidades de infração, promovendo uma proteção maior ao investimento feito no evento.

Isso porque nem toda associação com o grande evento desportivo é ilícita, podendo a prática ser ou não proibida pelas normas em vigor. É possível então identificar determinadas práticas que, apesar de serem repudiadas pelos patrocinadores e organizadores de eventos (ou pelo menos assim o eram até algum tempo atrás¹³), não necessariamente caracterizam o marketing de emboscada, devendo ser analisadas caso a caso.

Neste sentido, cita-se como prática lícita de associação¹⁴: a compra de espaço publicitário antes, durante e após as transmissões das competições; a aquisição de cartazes, *billboards* e o aluguel de aviões com *banners*; a distribuição gratuita de material promocional de marcas para espectadores próximo às áreas oficiais do evento; a distribuição gratuita de ingressos e entradas como prêmios de campanhas publicitárias; o patrocínio individual de atletas e de times/seleções; e o patrocínio da(s) cidade(s) em que o evento ocorrerá. Cumpre ressaltar que essas ações não podem ser utilizadas sem parâmetros, de modo que abusos podem representar violação à direitos.

A rigor, os atos elencados são lícitos. Porém, em razão do imenso apelo público¹⁵ resultante da transmissão mundial de eventos desportivos de grande

¹² CROW, Dean; HOEL, Janet. Ambush Marketing: A Critical Review and Some Practical Advice. Marketing Bulletin, 14, Article 1, 2003, p. 1-2.

¹³ Conforme se verá adiante, os organizadores de eventos estão tão dispostos a não ver o valor de seus patrocínios desvalorizarem em razão de práticas de marketing de associação, que cada vez mais vemos uma maior rigidez legislativa. Nestes moldes, pode-se citar a Lei 12.663/12 (Lei Geral da Copa) e a Lei 12.035/09 (Ato Olímpico).

¹⁴ VASSALLO, Edward; BLEMASTER, Kristin; WERNER, Patricia. An international look at ambush marketing. New York: The Trademark Reporter. v. 95, n. 6, Nov./Dec. 2005, p. 1338-1356.

¹⁵ A título ilustrativo, na Copa do Mundo de 2010, o público presente nos estádios superou os 3 milhões de espectadores, com uma média de quase 50 mil torcedores por jogo. Como parâmetro, temos a Copa do Mundo de 1994 que, detentora do recorde de público, teve uma média de quase 70 mil torcedores em 51 partidas, somando um público total de 3,59 milhões – Informação publicada na reportagem “Copa do Mundo vai superar 3 milhões de espectadores nesta quarta-feira”, jornal Zero Hora, 07/07/2010.

Com relação às Olimpíadas de verão de 2012, o público médio de espectadores nos estádios superou 6 milhões de torcedores – Informação publicada na reportagem “Jogos rompem a marca de 6 milhões de espectadores nos estádios”, jornal Gazeta do Povo, 07/08/2012.

porte, os organizadores e patrocinadores dos mesmos pressionam por uma maior proteção de seus direitos. Como justificativa, alega-se que a maior parte da arrecadação do evento é justamente derivada da venda de quotas de patrocínio e da exploração de direitos de imagem, que por sua vez sofreriam demasiada desvalorização caso terceiros não-patrocinadores também se aproveitassem da exposição publicitária.

Nesse sentido, verifica-se que a Lei 12.663/12, que dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013 e à Copa do Mundo FIFA 2014, dentre outras disposições, possui normas que fazem menção expressa ao marketing de emboscada, tanto por intrusão, como por associação, em seus artigos 32 e 33, reproduzidos abaixo:

Marketing de Emboscada por Associação

Art. 32. Divulgar marcas, produtos ou serviços, com o fim de alcançar vantagem econômica ou publicitária, por meio de associação direta ou indireta com os Eventos ou Símbolos Oficiais, sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, induzindo terceiros a acreditar que tais marcas, produtos ou serviços são aprovados, autorizados ou endossados pela FIFA:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, vincular o uso de Ingressos, convites ou qualquer espécie de autorização de acesso aos Eventos a ações de publicidade ou atividade comerciais, com o intuito de obter vantagem econômica.

Marketing de Emboscada por Intrusão

Art. 33. Expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos, serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela FIFA ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência dos Eventos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

Da análise dos enunciados acima, nota-se que a abrangência da fonte normativa é ampla, tipificando qualquer associação, seja direta ou indireta, bem como qualquer exposição que atraia a atenção do público consumidor nos locais onde os eventos serão realizados, como prática de marketing de emboscada.

Na mesma toada, no entanto, foi a orientação a Lei 13.284/16, que alterou determinados pontos da Lei 12.035/09 - conhecida como "Ato Olímpico", em especial, para o presente estudo, introduzindo definições abrangentes sobre os dois tipos de marketing de emboscada, conforme os artigos 19 e 20 do referido diploma legal:

Marketing de emboscada por associação

Art. 19. Divulgar marcas, produtos ou serviços, com o fim de alcançar vantagem econômica ou publicitária, por meio de associação direta ou indireta com os Jogos, sem autorização das entidades organizadoras ou de pessoa por elas indicada, induzindo terceiros a acreditar que tais marcas, produtos ou serviços são aprovados, autorizados ou endossados pelas entidades organizadoras:

Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, sem autorização das entidades organizadoras ou de pessoa por elas indicada, vincular o uso de ingressos, convites ou qualquer outro tipo de autorização ou credencial para os eventos oficiais a ações de publicidade ou atividades comerciais com o intuito de obter vantagem econômica ou publicitária.

Marketing de emboscada por intrusão

Art. 20. Expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos ou serviços ou praticar atividade promocional, sem autorização das entidades organizadoras ou de pessoa por elas indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais oficiais com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária:

Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

Evidentemente, um texto legal abrangente que tipifica determinada conduta como crime, como previsto nos artigos acima transcritos, gera insegurança jurídica para qualquer operador do direito, o que não se coaduna com direitos e garantias fundamentais de nosso ordenamento jurídico. Além disso, é certo que configurar qualquer associação indireta como prática ilícita proporciona um subjetivismo que ofusca a interpretação do texto, dando ensejo, inclusive, a conflitos de direitos.

Por isso, é imperativo reconhecer os limites da aplicação das normas que regulamentam o marketing de emboscada, inclusive extraíndo-os da própria análise de seus pressupostos objetivos elencados na Lei, em conjunto da leitura dos princípios fundamentais empossados na Constituição Federal.

Em outras palavras, é possível identificar exceções, garantidas por liberdades constitucionais, que devem ser observadas antes de se querer configurar qualquer associação como violação aos direitos dos organizadores dos eventos e de seus patrocinadores oficiais.

Neste diapasão, de acordo com o artigo 32 da Lei 12.663/12 e artigo 19 da Lei 13.284/16, o marketing de emboscada por associação se configuraria por toda divulgação que visa a vincular uma marca, produto ou serviço, seja de forma direta ou indireta, com um evento ou símbolo oficial.

No entanto, da análise de tal enunciado, extrai-se que a vinculação com o evento ou símbolo oficial requer o atendimento de determinados pressupostos, em especial: i) falta de autorização dos organizadores; ii) tentativa de obtenção de vantagem econômica ou publicitária indevida; e iii) indução¹⁶ de terceiros a acreditar que a marca, produto ou serviço divulgada tenha conexão real ao evento ou aos seus patrocinadores oficiais.

De forma mais abrangente, o marketing de emboscada por intrusão, conforme previsto no artigo 33 da Lei 12.663/12 e artigo 20 da Lei 13.284/16, visa a coibir qualquer exposição que seja de alguma forma voltada para o público nos locais dos eventos.

Como se vê, o fato de a associação oriunda do objeto da exposição criar ou não uma imagem de vínculo oficial com o evento não é tida como um requisito para a aplicação da norma. Segundo esta, basta a intrusão no local de ocorrência do evento para se ter caracterizada tal prática como ilegal.

De maneira oposta, os autores Dennis Shandler e David Shani¹⁷ asseveram que o marketing de emboscada não é empregado apenas visando à exposição em si, que por sua vez não apresenta retorno econômico palpável, mas sim, com o intuito de criar confusão na mente dos consumidores sobre quem é o patrocinador oficial.

Ora, não obstante a proteção aos direitos de propriedade dos organizadores e patrocinadores oficiais dos eventos dever ser resguardada, não se pode negar que as normas acima transcritas criam um desequilíbrio entre direitos, violando

¹⁶ Este ponto suscitará discussões acerca da classificação deste ato como crime formal, ou seja, de modo que independeria da ocorrência de real prejuízo ou confusão para se configurar o crime. Apesar de tal discussão fugir à temática do presente estudo, impedindo assim análise mais detalhada, deve-se se rechaçar tal entendimento, conforme será mais detalhado adiante quando da análise de atos de concorrência desleal decorrentes da publicidade.

¹⁷ SANDLER, Dennis; SHANI, David. Op. cit., p. 11.

direitos fundamentais como a livre iniciativa e a livre concorrência. Isso porque sua redação abre espaço para interpretações que levariam a uma exclusividade absolutista, o que não se coaduna com os valores consolidados no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o embate entre tais direitos deve ser pautado pela razoabilidade, conforme leciona Denis Borges Barbosa¹⁸:

“(...) a Constituição é um sistema, e não uma coleção de imperativos desconexos. Quando há colisão entre dois direitos constitucionais igualmente valiosos, impõe-se a regra da razoabilidade, ponderação, ou balanceamento, uma das mais augustas e elaboradas técnicas do direito constitucional.”

Os direitos dos organizadores e patrocinadores, que estão eminentemente relacionados aos direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, fundamentam-se pela política de proteção aos investimentos de seus titulares, que por sua vez estimulam o desenvolvimento econômico do país. Por outro lado, a Carta Maior resguarda também os direitos da coletividade e dos consumidores¹⁹ que estão ligados aos pressupostos da ordem econômica brasileira, quais sejam, a livre iniciativa e a livre concorrência²⁰.

Dessa forma, uma exposição, mesmo que crie uma associação, não pode, por si só, ser enquadrada nas normas proibitivas do marketing de emboscada, pela falta de razoabilidade de tal posicionamento frente à ordem econômica brasileira.

Por outro lado, a incidência da confusão²¹ em razão de divulgação não autorizada deve ser tida como pressuposto objetivo para a caracterização do ato ilícito. Tais questões serão mais bem analisadas nos tópicos seguintes.

¹⁸ BARBOSA, Denis Borges. Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual. P. 7. – Disponível em <<http://www.nbb.com.br/pub/propriedade13.pdf>> Acesso em 07 de jun. de 2013.

¹⁹ “A par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo (...) afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura da leitura do parágrafo único, II, do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável” (GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Editora Malheiros, 15ª edição, p. 248.).

²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Rel. Sidnei Beneti. REsp no 1.249.718 – CE (2011/0048434-5), julg. 12.mar.2103, Voto-vista Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. p. 29/30.

²¹ “quando não podemos reconhecer as distinções, as diferenças; quando as coisas se tomam umas pelas outras; quando se misturam umas com as outras” (RODRIGUES, Clóvis Costa. Concorrência desleal. Rio de Janeiro: Editoria Peixoto, 1945, p. 136.)

2.3 Evolução da Legislação e a Tutela Através de Lei Específica

Importante destacar também que o marketing de emboscada não deve ser associado exclusivamente aos grandes eventos esportivos. Apesar de obviamente haver uma maior incidência de maior oportunidade publicitária em eventos de grande apelo popular, fato é que também poderão ocorrer em eventos esportivos de menor porte, como, por exemplo, em edição da Copa do Mundo de Rugby IRB ou da Copa do Mundo de Cricket ICC, ou mesmo em eventos alheios ao esporte, como o Rio Gastronomia. Basta haver um patrocínio que permita a exploração de imagem do evento.

Por tal motivo, a promulgação de leis específicas para tutelar o marketing de associação não é de uso privativo dos “mega” eventos desportivos, como a Copa do Mundo FIFA e as Olimpíadas de Verão, tendo os organizadores de qualquer evento que oferte uma quota de patrocínio também feito exigência semelhante²².

É de se notar que as instituições responsáveis por eventos de menor porte cada vez mais reivindicam²³ a promulgação de leis rígidas para reprimir os chamados atos de marketing de emboscada. Justificando, para tanto, o fato de a venda das quotas de patrocínio e de direitos de imagem exclusivo ser responsável por quase que a totalidade de sua receita²⁴.

Não obstante a evidente necessidade de tutela dos direitos de organizadores e patrocinadores, a existência de leis individuais para cada evento desportivo ou não, pelo menos no que se refere o marketing de associação, não parece ser a melhor solução. Isso porque, a evidente diferença de atratividade e apelo público existente entre os eventos pode afetar os parâmetros e limites da proteção eventualmente oferecida. Ou seja, em eventos cuja exposição publicitária é superior, enunciados mais rígidos poderiam ser promulgados, principalmente devido a pressões por parte de seus organizadores, o que viola a isonomia garantida pelo Art. 5º, caput, da CRFB²⁵.

²² LLOYD, Charles; BROOKS, David. Foiling the Ambush. *Ambush Marketing – Event Organizers Fight Back*. Trademark World No. 201, October 2007, p. 40-43.

²³ Cada evento vem, individualmente, a pedido de seus organizadores, sendo amparado por legislação específica que, dentre outras questões, caracteriza a associação identificada como marketing de emboscada como uma prática ilícita. No entanto, a ausência de legislação única sobre o tema acaba garantindo direitos de exclusividade abusivos, visto a ausência de parâmetros e limites a que devem observar os enunciados proibitivos do marketing de emboscada, que não estão alinhados em observância de preceitos constitucionais.

²⁴ Informação publicada na reportagem “Fifa já garante seu lucro com a Copa-2014”, jornal Observatório do Esporte, 26/08/2009.

²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Além disso, merece nota o fato de tais legislações, especialmente no caso da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de Verão de 2016 possuírem caráter transitório, vez que sua vigência é previamente estabelecida²⁶, o que também dá azo a insegurança jurídica.

Considerando que não mais vigoram a Lei 12.663/12 e Lei 13.284/16, como devem os tribunais pátrios enfrentar casos envolvendo marketing de emboscada?

De certo, no caso do marketing de emboscada por intrusão, haverá maior guarida por parte de dispositivos atinentes ao direito da propriedade industrial, vez que provavelmente se materializará por uma reprodução de marca ou de signo distintivo, conforme explicitado adiante.

Por outro lado, esse não será o caso de eventuais normas, específicas ou gerais, que podem vir a ser aplicadas ao marketing de emboscada por associação.

Sobre esse ponto, não se pode olvidar que o presente trabalho é crítico à caracterização do marketing por associação como algo inexoravelmente ilícito, porém, independentemente disso, é pertinente questionar se, ausentes as leis transitórias que regiam o seu conceito, há embasamento legal para efetivamente proibir atos de associação que se valerem de elementos pertencentes ao domínio público.

Sobre essa temática, incumbe ressaltar que, por muito tempo, o marketing de emboscada, seja por intrusão ou associação, não tinha previsão legal expressa em nosso ordenamento pátrio, tendo os operadores do direito que fazer uso de normas genéricas referentes ao direito da propriedade intelectual, como, por exemplo, a Lei 9.279/96²⁷ (Lei da Propriedade Industrial), Lei 9.615/98²⁸ (Lei Pelé)

²⁶ Art. 36 da Lei 12.663/12 e Art. 23 da Lei 13.284/16

²⁷ É assegurado à entidade promotora do evento esportivo o uso exclusivo de seu nome, prêmio ou símbolo. Art. 124 – Não são registráveis como marca:

XIII – nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento;

²⁸ É assegurado à entidade promotora do evento esportivo o uso exclusivo dos Símbolos Olímpicos.

Art. 15 – Ao Comitê Olímpico Brasileiro-COB, entidade jurídica de direito privado, compete representar o País nos eventos olímpicos, pan-americanos e outros de igual natureza, no Comitê Olímpico Internacional e nos movimentos olímpicos internacionais, e fomentar o movimento olímpico no território nacional, em conformidade com as disposições da Constituição Federal, bem como com as disposições estatutárias e regulamentares do Comitê Olímpico Internacional e da Carta Olímpica (...)

§ 2º - É privativo do Comitê Olímpico Brasileiro – COB e do Comitê Paraolímpico Brasileiro – CPOB o uso das bandeiras, lemas, hinos e símbolos olímpicos e paraolímpicos, assim como das denominações “jogos olímpicos”, “olimpíadas”, “jogos paraolímpicos” e “paraolimpíadas”, permitida a utilização destas últimas quando se tratar de eventos vinculados ao desporto educacional e de participação

e Lei 9.610/98²⁹ (Lei de Direitos Autorais), legislações estas que precisavam ser alinhadas com conceitos alienígenas.

Tal falta, todavia, não significou uma ausência da tutela jurisdicional que inviabilizasse a aplicação de medidas para a defesa contra o marketing de emboscada, tendo sido construído, com as normas acima descritas, uma lógica que conferia alguma proteção aos direitos dos titulares de marcas, organizadores ou patrocinadores.

Apesar disso, certo é que havia ainda um excesso de subjetivismo, decorrente da utilização de um conjunto de normas esparsas, que não possibilitava a plena tutela da matéria.

Na atual conjuntura, pode-se arguir que a insegurança jurídica periga ser ainda maior, dada a existência, mesmo que transitória, de dispositivos legais com conceitos demasiadamente amplos sobre o marketing de emboscada, como foi o caso da Lei 12.663/12 e Lei 13.284/16. Ou seja, pode vir a ser questionado se, levado para a apreciação do Judiciário caso envolvendo marketing de emboscada, a orientação – ou amplitude – das referidas normas “temporárias” deveria ser considerada ao se interpretar os dispositivos legais atualmente em vigor.

Sobre esse ponto, se se considerar que as referidas leis, promulgadas com prazo de vigência estabelecido, foram promulgadas dentro de um contexto de exceção, não parece ser razoável que as regras por elas instituídas tenham parte na formação de opinião sobre os conceitos envolvendo o marketing de emboscada.

Afinal, antes da promulgação da Lei 12.663/12, já havia no ordenamento jurídico brasileiros dispositivos legais para a repressão ao marketing de emboscada.

Como mencionado acima, o operador do direito tem à sua disposição normas atinentes à propriedade intelectual, porém, além disso, há ainda embasamento na esfera administrativa, por força do artigo 31 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), que trata, especialmente, da tentativa de pegar “carona”, através da publicidade, no investimento alheio. Senão vejamos:

²⁹ É assegurado ao titular do direito autoral o uso exclusivo de sua obra.

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Artigo 31. Este Código condena os proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, obtidos por meio de “carona” e/ou “emboscada”, mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação.

Parágrafo único

Consideram-se indevidos e ilegítimos os proveitos publicitários obtidos:

a. mediante o emprego de qualquer artifício ou ardil;

b. sem amparo em contrato regular celebrado entre partes legítimas, dispondo sobre objeto lícito;

c. sem a prévia concordância do Veículo de comunicação e dos demais titulares dos direitos envolvidos.

Nota-se que o referido artigo menciona expressamente o termo “emboscada”, porém, não diferencia a hipótese de intrusão versus a de associação.

Na realidade, o texto da lei é aberto o suficiente para, à luz das normas transitórias da Lei 12.663/12 e Lei 13.284/16, abarcar não apenas o conceito de marketing de emboscada por instrução, mas também àquele por associação, o que gera insegurança jurídica.

Com efeito, possível considerar hipótese na qual o artigo 31 do Código do CONAR venha a ser interpretado em conjunto com os dispositivos introduzidos pela Lei 12.663/12 ou Lei 13.284/16. Se vier a acontecer, arrisca-se aplicar a mesma rigidez à eventual marketing por associação que o outrora estabelecido durante a vigência das leis aprovadas no contexto da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de Verão de 2016.

No entanto, como abordado nesse trabalho, podem haver casos em que, mesmo se confirmando a associação, o ato que a originou é lícito, não sendo caracterizado como marketing de emboscada, o que denota a necessidade de maior reflexão sobre o tema.

Finalmente, para a completude do presente estudo, merece ainda menção a regra geral de repressão ao enriquecimento sem causa, previsto no artigo 884 e seguintes da Lei 10.406/02 (Código Civil).

O referido princípio, aplicável em conjunto com o da repressão à concorrência desleal, dá respaldo ao enfretamento do marketing de emboscada, em que pese não ser possível uma interpretação tão expansiva do conceito de marketing de emboscada por associação como àquela do artigo 31 do Código do CONAR.

Esse é também o caso do Código de Defesa do Consumidor que, instituído pela Lei 8.078/90, contém dispositivos proibitivos a propaganda abusiva e enganosa, e pode ser adequado às hipóteses de marketing de emboscada.

Insiste-se, no entanto, que um emarado de dispositivos legais dá margem para a insegurança jurídica, de modo que, para se afastar tal risco, a delimitação do marketing de associação merece amparo de legislação especial, com aplicação indistinta a todos eventos ou situações que contemplem espaço publicitário restrito ou reservado aos indivíduos que adquiriram quota de patrocínio ou direito de imagem. A lei especial, e não específica para determinado evento, delimitará com maior isonomia os parâmetros e limites do marketing de associação, fugindo ainda das possíveis pressões desse ou daquele organizador que, às vésperas da realização do evento, militará à favor dos seus interesses comerciais.

2.4 Princípios Constitucionais (Livre Iniciativa e Livre Concorrência) como parâmetros do Marketing de Associação

O direito à propriedade intelectual encontra respaldo na Constituição Federal Brasileira, sendo classificado como um conjunto de direitos privados subjetivos, com repercussão no interesse público primário, que, ao serem reconhecidos pelo direito objetivo, conferem aos seus titulares também o direito de protegê-los³⁰.

Nesse contexto, quando de sua concepção pelo constituinte, o art. 5º garantiu a proteção às ramificações³¹ de tal direito, na forma da propriedade industrial e dos direitos autorais, arrolando-os em seus incisos XXIX, XXVII e XXVIII, em atenção à entendimento³² que verifica seu cunho natural, conforme abaixo:

³⁰ CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Volume 1 – Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Rio de Janeiro: 2010. p. 100.

³¹ “Tem-se, assim, correntemente, a noção de Propriedade intelectual como a de um capítulo do Direito, altíssimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, os direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros.” (BARBOSA, Denis Borges. O Conceito de Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: 2002, p. 2. Disponível em <www.denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_pi.html> Acesso em 07 de jun. de 2013.).

³² Existe corrente doutrinária que critica tal entendimento, aduzindo que “O dispositivo que a define e assegura está entre os dos direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas da ordem econômica” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Editora Malheiros, 9ª Edição, 1992, p. 250.). Da mesma forma, tal posicionamento defende que “não podemos conceber a propriedade intelectual como um direito natural, posto que proveniente de uma ficção, de um artifício criado e mantido pelo Estado. Se compararmos com outros direitos tidos como naturais, tal visão fica ainda mais absurda.” (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. As Patentes Farmacêuticas e os Direitos Humanos. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, vol. 2, 2009, p. 3, ISSN 1678 – 2933.

“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;

(...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

(...)

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.”

Isso posto, ressalta-se que, na mesma seara, a Constituição Federal tutela a livre iniciativa como direito fundamental, previsto em seu art. 1º, inciso IV, que por sua vez prevê:

“1º. A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

Nesse sentido, importante a clássica lição de José Cretella Júnior, em seus comentários à Constituição de 1988³³:

“A liberdade de iniciativa decorre dos direitos individuais consagrados no art. 5.º da Constituição de 1988, como decorria do art. 153 da EC n.º 1, de 1969, defluindo da liberdade de trabalho e ligando-se à liberdade de associação. Conforme elucida Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Cf.

³³ CRETELLA JÚNIOR, José, Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. 1, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1992, p.140-141.

Comentários à Constituição Brasileira de 1969, 6.ª ed., 1986, p. 657), “a consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social”

Na mesma esteira, os Professores Eugênio Haddock Lobo e Júlio Cesar do Prado Leite analisam a livre iniciativa como um direito fundamental da nova ordem constitucional³⁴, conforme abaixo:

“O dispositivo [art. 1.º] consagrou os dois princípios básicos da organização política da Nação: o republicano e o federativo, voltados essencialmente para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundamentada na ‘soberania’, ‘cidadania’, ‘dignidades das pessoas humanas’, nos ‘valores sociais do trabalho’, na ‘livre iniciativa’, no ‘pluralismo político’ e na ‘convivência em paz com a humanidade.”

Não obstante, a livre iniciativa é ainda princípio setorial³⁵ previsto no art. 170³⁶ da Carta Magna, que norteia a ordem econômica brasileira, sendo tal princípio compatibilizado com os outros esteios previstos na norma. Assim, a observância dos demais princípios do referido artigo servem para legitimar e estabelecer os limites da livre iniciativa no campo da ordem econômica.

Dentre os outros pressupostos da ordem econômica brasileira, importante aqui destacar o princípio da livre concorrência, que não só é tido como um de seus fundamentos, como é consubstanciado como uma das faces da própria livre iniciativa³⁷.

³⁴ LOBO, Eugenio Haddock; LEITE, Julio Cesar do Prado. Comentários à Constituição Federal. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1º volume, 1989, p. 8.

³⁵ “Princípios setoriais ou especiais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos.” (BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012. p. 176).

³⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

³⁷ “Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio [da livre iniciativa], em sua dupla

Tal identificação, inclusive, se faz importante para se compreender a cláusula finalística da norma, qual seja, objetivando-se um mercado competitivamente saudável e a repressão ao abuso de poder econômico, conforme assevera José Afonso da Silva³⁸:

“A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º).”

Em vista disso, importante se notar que, tradicionalmente, ambos os direitos envolvidos na presente discussão (direito à propriedade intelectual vs. direito à livre iniciativa) se tangenciam, de modo que estão constantemente tendo que se equilibrar, sob pena dos excessos acarretarem abuso do direito³⁹.

Isso porque, o direito à propriedade intelectual e o direito à livre iniciativa estão ambos respaldados na Constituição como princípios fundamentais, e, como tais, encontram seu limite um no outro.

O direito à exclusividade, que é pressuposto da propriedade intelectual, inevitavelmente se transmite em uma restrição à concorrência livre, criando um verdadeiro paradoxo entre os direitos de seus titulares⁴⁰. Em outras palavras,

face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos:

a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico):

a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública;

b) liberdade de concorrência:

b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada;

b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.

(...)” (GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 201-202.

³⁸ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Editora Malheiros, 32ª edição, 2009, p. 794.

³⁹ “Em suma: de uma parte, a garantia à propriedade intelectual estimula o desenvolvimento tecnológico, de outra, porém, é capaz de gerar situação propensa ao abuso, especialmente em ambientes nos quais a força concorrencial é arrefecida pela outorga da exclusividade.” (FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2012, p. 315)

⁴⁰ “(...) a tutela da concorrência é princípio básico – que supera e predomina no edifício constitucional: (...) A proteção à propriedade intelectual se insere neste berço principiológico. Em dispositivos autônomos para os direitos autorais e para a propriedade industrial, se estabelecem preceitos de proteção aos bens e investimentos da propriedade intelectual que se contrapõem essencialmente à tutela da concorrência livre.” (BARBOSA, Denis Borges. Op. cit. p. 5-6).

o direito à livre concorrência é sopesado quando contraposto aos direitos de exclusiva decorrentes das obras e inventos intelectuais⁴¹.

Nesse sentido, o abuso do direito ocorrerá quando se exceder os limites impostos pela finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, independente da intenção do agente de prejudicar terceiro⁴².

Isso quer dizer que *“exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo direito, que justifica seu reconhecimento pelo ordenamento, sendo o qual será aferida a validade do seu exercício.”*⁴³

Por consequência, visto a proibição ao marketing de emboscada ser respaldada em direitos interligados ao direito da concorrência, tal instituto deve observar os fundamentos do mesmo, caso contrário se manifestará de forma contrária ao próprio espírito da norma que lhe deu origem⁴⁴.

Em conformidade, no presente estudo, verifica-se que o marketing de emboscada nada mais é do que uma tensão entre princípios⁴⁵, expressando-se através da colisão⁴⁶ entre o direito à proteção dos interesses das instituições organizadoras dos eventos e de seus patrocinadores oficiais com os direitos à concorrência livre e à livre iniciativa dos demais agentes econômicos existentes no mercado e o interesse dos consumidores⁴⁷.

⁴¹ Oportunamente será melhor analisada a situação de abuso do direito de propriedade intelectual, que pode gerar obrigações antitruste.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. VI. 1. Editora Saraiva, 10ª edição 2008, p. 446.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo et al. A Parte Geral do Novo Código Civil. Editora Renovar, 3ª edição, 2007, p. 404.

⁴⁴ ALMEIDA, Marcus Eliidius Michelli de. Abuso do Direito e Concorrência Desleal. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004. p. 37-39.

⁴⁵ Apesar de não ter-se elencado o princípio da liberdade de expressão, destaca-se que o mesmo também poderá, em determinadas hipóteses, se contrapor aos fundamentos do marketing de emboscada, no sentido de que uma divulgação por terceiro deve apenas observar os ditames legais existentes e não o incômodo de concorrentes. Não obstante uma análise mais minuciosa não ser objeto do presente estudo, vale destacar que “a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de idéias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo” (MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 206).

⁴⁶ “As colisões dos direitos fundamentais acima mencionados devem ser consideradas segunda a teoria dos princípios como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação” (ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.).

⁴⁷ Discute-se que o direito do consumidor seria o objetivo final da defesa da concorrência. Nesse sentido:

O Estado Democrático de Direito pressupõe o exercício de liberdades que, por sua vez, fundamentam a ordem econômica brasileira por meio de uma doutrina sobre a moralidade política⁴⁸.

Tratando-se de normas constitucionais, eventual conflito deve ser solucionado através dos princípios instrumentais de interpretação constitucional, que, apesar de não estarem expressos no texto legal, *“constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta”*⁴⁹.

In casu, a técnica constitucional⁵⁰ a ser utilizada para realizar o balanceamento de liberdades e direitos fundamentais pertinentes deve ser o princípio da razoabilidade⁵¹, cuja solução será encontrada quando o ponto de equilíbrio do direito da concorrência for atingido.

Como visto, tal equilíbrio ainda não se faz presente, de modo que a legislação específica sobre a matéria, até então, vinha possibilitando interpretação extensiva sobre as proibições acerca do marketing de emboscada, que acaba por extrapolar os limites da exclusividade garantida aos organizadores e seus patrocinadores oficiais, frente o direito à livre iniciativa e à livre concorrência.

Com efeito, o desequilíbrio entre os direitos supramencionados dá azo a formas de concorrência ilícita⁵², ou seja, a ilegalidade com relação ao marketing

“A concorrência, como vimos, tem o objetivo de dar liberdade de escolha ao consumidor. De nada adiantaria proteger a concorrência se não houvesse mercado; e só há mercado com a existência do consumidor.” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. São Paulo: Editora Elsevier, 2006. p. 396.).

⁴⁸ RAZ, Joseph; tradução BLECHER, Henrique. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011. P. 14.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 164-165.

⁵⁰ “a ponderação ou balancing ad hoc é a forma característica de alocação do direito sempre que estejam em causa normas que revistam a natureza de princípios (...) A ponderação é um modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em concreto. Não é, de modo algum um modelo de abertura para uma justiça “casuística”, “impressionística”, ou de “sentimentos” 14. Precisamente por isso é que o método de balancing não dispensa uma cuidadosa topografia do conflito nem uma justificação da solução do conflito através da ponderação.” (CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Editora Almedina, 2ª edição, p. 1109 e seguintes.)

⁵¹ “(...) a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, onde o instituto do devido processo legal, e, em seu bojo, o da “razoabilidade” dos atos do Poder Público, são alçados em princípios da organização política e em direitos constitucionais dos administrados oponíveis ao Estado e seus agentes” (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. Editora Forense, 1989, p. 388).

⁵² A distinção entre as duas formas de concorrência tidas ilegais (concorrência desleal e infração da ordem econômica) é tradicionalmente encontrado em outros ordenamentos jurídicos, como o italiano, francês e

de emboscada pode partir tanto dos organizadores/patrocinadores oficiais, como dos entes não patrocinadores. Isso porque, enquanto de um lado a lesão aos direitos individuais dos agentes são enquadrados como práticas de concorrência desleal, do outro, a violação a estrutura de economia de mercado é relacionada à infração da ordem econômica.

Visto o acima, tem-se que será justamente o equilíbrio entre esses direitos que permitirá seja alcançada a chamada “boa concorrência”, garantindo-se não só a observância dos direitos dos que concorrem entre si, mas também, dos direitos do público consumidor, que por sua vez merece desfrutar dos benefícios de um mercado equilibrado.

2.5 Marketing, Propriedade Intelectual e a Concorrência

De início, porém retornando às considerações já feitas em tópico anterior, cabe diferenciar os conceitos de propaganda e publicidade, visto que, apesar de muitas vezes serem utilizados como sinônimos, possuem distinção fundamental.

Para tanto, cabe menção aos ensinamentos de Hermano Duval⁵³, que relaciona a publicidade com uma atividade comercial, ao passo que a propaganda possui afinidade com a moral:

“(...) enquanto a publicidade representa uma atividade comercial típica, de mediação entre o produtor e o consumidor, no sentido de aproximá-los, já a propaganda significa o emprego de meios tendentes a modificar a opinião alheia, num sentido político, social, religioso ou artístico.”

No mesmo sentido, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias também esclarece detalhadamente a distinção entre publicidade e propaganda⁵⁴:

“Aqui, cumpre-nos uma diferenciação suplementar entre publicidade e propaganda. Os dois termos são usados como sinônimos na prática comercial, mas conceitualmente os publicitários ressaltam as suas diferenças, em especial por apresentarem objetivos diversos. (...) a publicidade apresenta um objetivo econômico bem definido. (...) Sua

português, que separam a concorrência desleal da competição com abuso de poder econômico. Tal distinção se justifica pelo caráter binômio da livre iniciativa.

⁵³ DUVAL, Hermano. A Publicidade e a Lei. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 1.

⁵⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 21-22.

finalidade é estimular as vendas ou criar certo estilo de vida por meio da difusão e enaltecimento das qualidades de um produto ou serviço. A propaganda, de outro lado, também é técnica de persuasão, porém, sem qualquer intuito econômico a priori. A influência que visa exercer sobre o homem é no sentido de adesão a alguma ideia política, religiosa ou cívica”

Feito o esclarecimento acima, note-se que apenas a publicidade é relevante para o presente trabalho, visto a mesma, assim como o marketing de associação, ter em regra cunho econômico.

Nesse sentido, no que se refere à propriedade industrial, destaca-se que “é íntimo o parentesco da publicidade com a marca de indústria e comércio, uma vez que, via de regra, a publicidade do artigo ou produto implica a publicidade da marca que o distingue.”⁵⁵.

Com efeito, a publicidade comercial é um meio de comunicação utilizado para alcançar uma coletividade, ligado a uma atividade econômica no sentido de estimular o público consumidor a adquirir produtos ou serviços⁵⁶.

Sobre essa questão, vale novamente referência à Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias⁵⁷:

“Com efeito, do ponto de vista mercadológico, a publicidade pode ser conceituada como meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo. Trata-se do duto par excellence através do qual se leva ao conhecimento dos consumidores em geral a existência de bens e serviços a serem examinados e eventualmente adquiridos.”

Em vista disso, torna-se evidente a razão pela qual a exploração de imagens junto a eventos de entretenimento desperta interesse, pois possibilitam uma enorme visibilidade a empresas, suas marcas, produtos e/ou serviços.

Isso posto, e tendo sido brevemente analisado o conceito de publicidade comercial, passa-se a contextualização do marketing e, conseqüentemente, de sua definição, ressaltando, porém, que ambos institutos dividem uma relação conceitual.

De acordo com Marcos Cobra⁵⁸, o “marketing deve ser encarado como uma

⁵⁵ DUVAL, Hermano. Op. Cit. P. 13

⁵⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Publicidade Comercial Proteção e Limites na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1ª edição, 2001, p. 22-23.

⁵⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Op. cit. P. 21

⁵⁸ COBRA, Marcos. Marketing Básico. São Paulo: Editora Atlas, 1995, p. 22.

filosofia, uma norma de conduta para a empresa, onde as necessidades latentes, quer no plano qualitativo, quer no quantitativo, impõem a dedução dos objetivos que a empresa deve ter em mente, para definir as características dos produtos ou serviços a serem elaborados e as respectivas quantidades a serem oferecidas”.

Merece igual destaque os ensinamentos de Angela da Rocha e Carl Christensen⁵⁹, que fazem menção expressa à vinculação do marketing como ferramenta de concorrência entre as empresas no mercado:

“No processo competitivo, cada empresa está permanentemente buscando o melhor ajustamento entre o produto específico que ela oferece e algum grupo de consumidores no mercado. Nisto reside a essência da concorrência entre as empresas, e ao marketing cabe a tarefa de realizar este ajustamento”

O marketing, portanto, é atividade diretamente ligada ao mercado, sendo que uma de suas funções⁶⁰ é justamente o ajustamento da oferta da empresa a este. Conclui-se então que *“a publicidade comercial e o marketing não comungam do mesmo objeto, mas possuem uma relação de continência: a publicidade comercial é um dos elementos integrantes do marketing.”*⁶¹.

Com efeito, o direito à publicidade mantém relação direta com o direito da concorrência na medida em que é uma das formas pela qual a livre iniciativa e a livre concorrência se expressam na prática. Isso porque, a publicidade dá direção ao consumo, tornando-a um instrumento importante na disputa de mercado na medida em que influencia a escolha e preferência dos consumidores⁶².

Consequentemente, as tensões constitucionais que permeiam o direito concorrencial também se aplicam aos atos de publicidade comercial, já que a mesma pode servir tanto como mecanismo para o exercício de liberdades econômicas, como para a prática de concorrência desleal, se utilizada de forma

⁵⁹ ROCHA, Angela da; CHRISTENSEN, Carl. Marketing Teoria e Prática no Brasil. São Paulo: Editora Atlas, 1995, p. 23-24.

⁶⁰ Raimar Richers destaca quatro funções básicas do marketing: “a) análise, para compreender as forças vigentes no mercado em que opera ou pretende operar a empresa no futuro; b) adaptação, ou intuito de ajustar a oferta da empresa, ou seja, as suas linhas de produtos e/ou serviços – às forças externas detectadas através da Análise; c) ativação, como o conjunto de medidas destinadas a fazer com que o produto atinja os mercados pré-definidos e seja adquirido pelo comprador com a frequência desejada; e d) avaliação, que se propõe a exercer controles sobre os processos de comercialização e de interpretar os seus resultados a fim de racionalizar os futuros processos de Marketing.” (RICHERS, Raimar. O que é Marketing. São Paulo: Editora Brasiliense, 1998, p. 15.).

⁶¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 29.

⁶² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Op. cit. P. 36

abusiva. Além disso, ao se voltar ao mercado, a publicidade visa atingir o público consumidor, sendo necessário, portanto, que sejam observados os direitos dos mesmos⁶³, cuja defesa é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira.

Nesse contexto, ressalta-se então que o marketing de associação será considerado ilícito na medida em que é utilizado como prática de concorrência desleal. Para tanto, a associação deve ser empregada com o intuito de promover confusão perante o público consumidor, a partir de uma referência direta à determinado evento.

A confusão é uma prática comum utilizada por concorrentes para angariar, de forma desleal, a clientela alheia. Apesar de tal atividade se expressar de diferentes formas, propõe-se aqui a analisá-la apenas com relação ao comportamento publicitário, sendo utilizado para tanto expressão que ganhou força na doutrina como “*publicidade confusória*”.

Porém, antes de se analisar a noção de confusão aqui proposta, insta salientar que os bens imateriais ligados à propriedade industrial nascem justamente da necessidade de se diferenciar o produto ou serviço de um agente lançado no mercado dos demais⁶⁴. Assim, os signos distintivos, somados a outros elementos, como o nome comercial, *trade-dress*⁶⁵ da fachada da loja, da embalagem, etc., são utilizados para atrair o público consumidor, destacando aquele titular dos demais concorrentes.

Isso posto, verifica-se que “*caracteriza-se a confusão, em uma análise global, por meio de práticas tendentes a captar, ilicitamente, clientela alheia, aproveitando-se alguém da imagem do concorrente (seja de seu nome, seja de seu estabelecimento, seja de seu produto etc.)*”⁶⁶.

⁶³ CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. Publicidade: Responsabilidade Civil Perante o Consumidor. São Paulo: Editora Cultural Paulista, 1996.

⁶⁴ Cumpre salientar que, conforme ensinamento de Hermano Duval aqui já transcrito, o princípio da correção profissional é o que fundamenta a repressão à confusão. Assim sendo, não decorre do direito de propriedade sobre os signos distintivos em si, mas sim, quando “havendo ofensa ao direito registrário do nome empresarial ou de marca, a questão é deslocada para a simples demonstração da infração ao direito que ele (registro) confere. (PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Op. cit., p. 130-131.)

⁶⁵ Não cabe ao tema aprofundar-se nesse instituto, permitindo-se, porém, remissão ao conceito prático de *trade-dress* destacado por Denis Allan Daniel: “Consiste num conjunto de características, que podem incluir, entre outras, uma cor ou esquema de cores, forma, embalagem, configuração do produto, sinais, frases, disposição, estilização e tamanho de letras, gráficos, desenhos, emblemas, brasões, texturas e enfeites ou ornamentos em geral, capazes de identificar determinado produto e diferenciá-lo dos demais. (DANIEL, Denis Allan. Litígios Envolvendo Conjunto-Imagem (Trade Dress) no Brasil. A Área Nebulosa de Proteção da Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.daniel.adv.br/port/articlespublications/denisdaniel/trade_dress.pdf> Acesso em: 07 jun. 2013.).

⁶⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Teoria e Prática da Concorrência Desleal. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 54.

A confusão decorrente de publicidade deve ser combatida nos termos do Art. 195, inciso IV, da Lei 9.279/96, se referente ao uso indevido de expressão ou sinal de propaganda alheio, ou pelo disposto no Art. 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, se enganosa.

No que tange ao marketing de associação, a reprodução total ou parcial de sinal registrado configura contrafação. Da mesma forma, sinais não registrados, mas que são suficientemente distintivos e caracterizadores de um agente, podem ser protegidos através do combate à concorrência desleal.

Nesses casos, a configuração do marketing de emboscada será mais simples, considerando a associação direta através da reprodução de elementos distintivos, sejam registrados ou não.

No entanto, no que se refere à associação indireta, será necessária uma análise, no caso concreto, da impressão causada pelo conjunto para se caracterizar a confusão.

Sobre esse aspecto, Marco Antonio Marcondes Pereira⁶⁷ delimita a questão ao analisar os ensinamentos de João da Gama Cerqueira⁶⁸:

“O signo distintivo deve ser reproduzido ou imitado para que ocorra confusão. Na reprodução (cópia total ou parcial do signo) a confusão é presumida, enquanto na imitação, que implica na ‘reprodução disfarçada ... conservando-se o que ela tem de característico, malgrado diferenças mais ou menos sensíveis introduzidas pelo contrafator’, deve ser apreciada pela impressão do conjunto e de acordo com o grau de atenção do consumidor comum”

Portanto, conclui-se novamente que não será qualquer associação veiculada por meio de campanha publicitária que irá representar um ato de concorrência desleal. Nesse sentido, é necessário que se faça análise pontual do nível de associação criado, bem como de sua percepção pelos consumidores, para se verificar, de fato, que se induziu o erro ou, no mínimo, dúvida.

Conforme assevera José Oliveira Ascensão, *“a Lei repudia o modelo estático do primeiro ocupante. A concorrência impõe que a empresa seja dinâmica. Não pode assentar na perpetuação de uma posição adquirida.”*⁶⁹

⁶⁷ PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Op. cit., p. 146.

⁶⁸ CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1956. V. 2. p. 69 e 243.

⁶⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Concorrência Desleal. Lisboa: Editora Almedina, 2002, p. 444.

Nesse sentido, a propriedade intelectual não pode ser utilizada meramente como barreira à constante inovação e atividades criativas em busca da primazia do mercado. Da mesma forma, as restrições às práticas abusivas do marketing de associação devem observar a razoabilidade imposta pela Lei, e não simplesmente o incômodo causado ao concorrente⁷⁰.

3 CONCLUSÕES

Em vista o exposto, verifica-se a necessidade de o tema proposto continuar a ser enfrentado pelos operadores do direito, de modo a permitir um melhor enfrentamento dos parâmetros e limites que permeiam o instituto do marketing de associação.

Evidentemente, o tema no Brasil teve sua relevância aumentada dado que o país sediou a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de Verão de 2016, inequivocamente os maiores eventos desportivos do mundo, nos quais o nível de exposição publicitária e, conseqüentemente, a possibilidade de exploração comercial de imagem, atingiram patamares elevados.

Enquanto alguns agentes são os legítimos titulares do direito de se associar explicitamente ao evento, haverá terceiros que, não obstante a ausência de uma relação comercial, buscam aproveitar o contexto ao redor do evento para explorar a maior exposição publicitária.

Com efeito, a caracterização do marketing de emboscada como ilícito encontra fundamento no direito de propriedade intelectual e no direito da concorrência, sob a ótica de proteção aos investimentos das instituições, entidades organizadores e patrocinadores oficiais de eventos, que por sua vez geram o aquecimento do mercado e, conseqüentemente, desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, e considerando que quase a totalidade da receita destes eventos advém da venda e exploração de quotas de patrocínio e direitos de

⁷⁰ Ao analisar o princípio da liberdade de expressão frente aos direitos ligados aos signos distintivos, Pedro Marcos Nunes Barbosa destaca que “pode-se afirmar que a tutela da manifestação do pensamento e o “cerceamento” da censura não significa a supressão da tutela preventiva e/ou punitiva daquilo que ultrapassar o uso adequado da prerrogativa. Aliás, é corolário da liberdade de expressão que o objeto da manifestação interpessoal poderá não agradar seu(s) interlocutor(es). Por sinal, se de fato a expressão, per se, fosse sempre agradável à unanimidade, de pouca utilidade teria sido o desenvolvimento do direito à tutela.” (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Liberdade de Expressão, Internet e Signos Distintivos. Revista Eletrônica do IBPI, Revel Nr. 3. Disponível em <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/72d7b2ca391bd2cdffff8056fffff0.pdf>> Acesso em 07 de jun. de 2013.).

imagem, não é razoável permitir a livre associação por parte de outros agentes que, alheios à organização do evento, não contribuiriam financeiramente para sua realização.

Por outro lado, a proteção aos direitos das entidades patrocinadoras ou organizadoras do evento não pode ser absoluto, até porque o interesse e investimento atribuído a realização destes eventos não é exclusivamente privado. É de se notar que o investimento proporcionado pelo Estado é ainda superior ao dos entes privados, o que corrobora com a tese de haver interesse público envolvido, fomentado pela possibilidade de desenvolvimento econômico do país, na realização destes eventos.

Assim, por ocasião do Brasil ter sediado a Copa do Mundo FIFA 2014 e Olimpíadas de Verão Rio 2016, os maiores eventos desportivos em termos mundiais, foram promulgadas leis específicas para a tutela desses direitos, caracterizando diversas práticas publicitárias como formas de associação ilícita.

No entanto, as referidas leis detinham caráter transitório, levantando o questionamento sobre eventual interpretação extensiva das proibições ali expressadas quanto ao marketing de emboscada e, nesse caso, se tal hipótese viria a criar situação de desequilíbrio entre direitos, com a consequente violação de princípios da ordem constitucional econômica como a livre iniciativa e a livre concorrência. Isso porque, a absoluta sobreposição de direitos de exclusiva, garantidos pela propriedade aos patrocinadores de eventos e seus patrocinadores oficiais, em face da liberdade de concorrência e de iniciativa, não se coaduna com os valores consolidados no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o embate entre tais direitos deve ser pautado pela razoabilidade.

Desse modo, não é apenas o marketing de emboscada que pode ser caracterizado como ato atentatório à concorrência, visto que eventual abuso do direito de exclusividade, por parte dos organizadores dos eventos, seus patrocinadores oficiais ou outras entidades, também configurará ato contrário à concorrência, sendo, porém, caracterizado como de infração da ordem econômica.

Portanto, verifica-se que o desequilíbrio entre os direitos supramencionados dá causa às duas formas de concorrência ilícita, ou seja, a ilegalidade pode partir tanto dos organizadores/patrocinadores oficiais, como dos entes não patrocinadores. Isso porque, enquanto de um lado a lesão aos direitos individuais

dos agentes são enquadrados como práticas de concorrência desleal, do outro, a violação a estrutura de economia de mercado é relacionada à infração da ordem econômica.

Em vista dessa dualidade, conclui-se que não é toda e qualquer associação por meio de exposição publicitária que deverá ser caracterizada como ilegal.

Com efeito, deve-se observar os pressupostos objetivos do texto normativo em vigor, como a análise dos elementos criados para realizar a associação, à luz das condições e do contexto em que aquele mercado se insere, devendo apenas ser considerada ilícita a associação suscetível de causar confusão perante o público consumidor.

Consequentemente, a análise da ocorrência ou não da ilicitude deve ficar restrita ao caso concreto, pois é necessário que se faça análise pontual do nível de associação criado, bem como de sua percepção pelos consumidores, para verificar se, de fato, há possibilidade de estes serem induzidos em erro ou, no mínimo, dúvida, quanto à condição de patrocinador oficial do evento.

Portanto, verifica-se que o direito à propriedade intelectual deve ser interpretado de forma restritiva frente o direito da concorrência, pois sua finalidade é justamente incentivar a competição no mercado, e não garantir um monopólio econômico por prazo indeterminado, principalmente quando há evidente interesse público envolvido. O direito à livre iniciativa, à livre concorrência, à propriedade intelectual e da defesa dos consumidores devem ser analisados de forma conjunta, de modo a propiciar a harmonização entre direitos e obrigações de todas as partes envolvidas.

Ademais, o direito à publicidade mantém relação direta com o direito da concorrência, na medida em que é uma das formas pela qual a livre iniciativa e a livre concorrência se expressam na prática.

Por todos os motivos expressados acima, o marketing de associação será considerado ilícito, ou seja, de emboscada, quando for utilizado como prática de concorrência desleal.

Ressalta-se, então, que não obstante o ordenamento jurídico brasileiro já possuir mecanismos para a efetiva tutela do marketing de associação, seja para autorizar a sua veiculação, se lícita, seja para a repeli-la, se abusiva, a existência de norma especial, em sentido *lato*, seria mais apropriada para delimitar seus parâmetros.

Com efeito, a legislação elaborada para abranger um determinado evento especificamente, coloca em risco direitos alheios, abrindo brechas para eventuais abusos do direito por parte dos patrocinadores, ao permitir que limites diferentes para o marketing de associação sejam normatizados.

O ordenamento brasileiro já possui dispositivos para garantir a proteção a direitos de propriedade intelectual no âmbito do presente tema. O que há, no entanto, é a necessidade de um maior desenvolvimento da doutrina e, especialmente, da jurisprudência, eis que a subjetividade envolvendo o marketing de associação exige que a análise de seus limites se restrinja à situação concreta.

Uma associação empregada de maneira indireta poderá ser legal, desde que não reproduza ou imite sinais distintivos de terceiros e/ou induza consumidores a acreditar que se trata de agente com relação direta ou oficial com determinado evento ou entidade.

Por óbvio, a Copa do Mundo FIFA 2014 e as Olimpíadas de Verão Rio 2016, realizadas no Brasil, aumentaram de forma estratosférica as oportunidades de visibilidade por exposição publicitária, seja para os que organizaram/patrocinam os eventos, seja para agentes alheios a estes no mercado.

Ocorre, todavia, que uma “oportunidade”⁷¹ é, justamente, definida como um momento temporal e espacial em que há determinada situação propícia para fazer ou aproveitar algo.

É evidente que os citados eventos desportivos criaram um ambiente favorável à exploração da imagem de uma marca (por exemplo) junto a elementos que façam remissão ao desporto, competição, comemoração e/ou o sentimento de nação.

No entanto, a mera remissão a esses elementos, ainda que na ausência de uma relação oficial com o evento, não é suficiente para ser *a priori* caracterizada como um ato de concorrência desleal.

Assim, a associação realizada por meio do uso de sinais, termos ou expressões, que são de uso comum, é plenamente lícita, não havendo que se falar em prática

⁷¹ Para melhor ilustrar o ponto, válido verificar os seguintes conceitos: “oportunidade. [Do lat. Opportunitate.] S. F. 1. Qualidade de oportuno. 2. Ocasão, ensejo, lance. 3. Circunstância adequada ou favorável; conveniência (...); “oportunismo. [De oportuno + ismo.] S. m. 1. Acomodação e aproveitamento das circunstâncias para se chegar mais facilmente a algum resultado (...); e “oportuno. [Do lat. Opportunu.] Adj. 1. Que vem a tempo, a propósito, ou convém; apropriado. 2. Cômodo, favorável.”. (FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. Op. cit. p. 1450.).

de marketing de emboscada, salvo se suscetível de induzir consumidores em erro. Aliás, em se tratando do uso de elementos pertencentes ao domínio público, não há que se falar em direito de propriedade.

Nesse sentido, vale, por fim, destacar os comentários de Jerry Welsh⁷², o publicitário que inicialmente cunhou o termo *ambush marketing*, mas que, ao perceber o sentido pejorativo com que passaram a se referir ao termo, criticou o enquadramento da prática como ilícita, defendendo, justamente, a liberdade da associação oriunda da própria percepção do público:

*"In sponsoring, the company does not thereby purchase the rights to all avenues leading to the public's awareness of that property; and, more importantly, the company does not buy the rights to the entire thematic space in which the purchased property is usually only one resident. (...) What Ambush Marketing is not, clearly, is some underhanded attempt to take advantage of sponsored properties without paying the associated fees. As I've indicated, the marketing decision around sponsorships involves the trade-off analysis of the sponsorship costs, liabilities, and the extent to which the sponsorship, if purchased, can be defended against successful ambush. This is but another way to ask the simple question of whether or not the sponsorship, as offered, is really commercially viable, or worth anything approximating its cost in the marketplace of available marketing propositions."*⁷³

Por todo o exposto, repise-se que, apenas à luz da situação fática que será possível analisar a existência ou não do abuso por meio de uma associação, sendo certo que, no contexto apresentado neste estudo, o julgador deve ficar livre de interpretações depreciativas sobre o conceito de "oportunismo".

⁷² WELSH, Jerry. *Ambush Marketing: What it is; What it isn't*. Welsh Marketing Associates, 2007. Disponível em <www.welshmktg.com/WMA_ambushmktg.pdf> Acesso em 07 jun. 2013.

⁷³ Tradução livre: Ao patrocinar, a empresa não adquire, portanto, todos os direitos às vias que levam o público à percepção de tal propriedade; e, mais importante, a empresa não compra os direitos sobre toda a temática na qual a propriedade adquirida geralmente tem apenas um detentor. (...) O que o Ambush Marketing não é, claramente, é uma tentativa dissimulada de tirar proveito de propriedades patrocinadas sem se ter pago os custos associados. Como já indiquei, a decisão de marketing em torno de patrocínios envolve a análise de trade-off dos custos de patrocínio, riscos, e até que ponto o patrocínio, se comprado, pode ser protegido contra emboscadas bem sucedidas. Esta é apenas outra maneira de levantar a simples questão de se o patrocínio, como é oferecido, é realmente viável comercialmente, ou se vale algo aproximando seu custo no mercado de proposições disponíveis de marketing.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.
- ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Abuso do Direito e Concorrência Desleal. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Concorrência Desleal. Lisboa: Editora Almedina, 2002.
- BEAN, Lori. Ambush Marketing: Sports Sponsorship Conference and the Lanham Act. Boston: B.U.L. Rev., 1995.
- BARBOSA, Denis Borges. Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual. Disponível em <<http://www.nbb.com.br/pub/propriedade13.pdf>> Acesso em 07 jun. 2013.
- , Denis Borges. O Conceito de Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: 2002. Disponível em <www.denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_pi.html> Acesso em 07 jun. 2013.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. As Patentes Farmacêuticas e os Direitos Humanos. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, vol. 2, 2009, p. 3, ISSN.
- , Pedro Marcos Nunes. Liberdade de Expressão, Internet e Signos Distintivos. Revista Eletrônica do IBPI, Revel Nr. 3. Disponível em <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/72d7b2ca391bd2cdffff8056ffffff0.pdf>> Acesso em 07 jun. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. Teoria e Prática da Concorrência Desleal. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. Publicidade: Responsabilidade Civil Perante o Consumidor. São Paulo: Editora Cultural Paulista, 1996.
- CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Editora Almedina, 2ª edição.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. Editora Forense, 1989.
- CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Editora Forense, V. 2, 1956.
- , João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Atual.: SILVEIRA, Newton; BARBOSA, Denis Borges. Rio de Janeiro: Lumen Juris, V. 1 e 2, 2010.
- COBRA, Marcos. Marketing Básico. São Paulo: Editora Atlas, 1995.
- CRETELLA JÚNIOR, José, Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. 1, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1992.

- CROW, Dean; HOEL, Janet. Ambush Marketing: A Critical Review and Some Practical Advice. *Marketing Bulletin*, 14, Article 1, 2003.
- DANIEL, Denis Allan. Litígios Envolvendo Conjunto-Imagem (Trade Dress) no Brasil: A Área Nebulosa de Proteção da Propriedade Intelectual. 2006. Disponível em <http://www.daniel.adv.br/port/articlespublications/denisdaniel/trade_dress.pdf> Acesso em 07 jun. 2013.
- DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Editora Malheiros, 32ª edição, 2009.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- DUVAL, Hermano. A Publicidade e a Lei. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.
- FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. Dicionário Novo Aurélio Século XXI, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 3ª edição, 1999.
- FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. VI. 1. Editora Saraiva, 10ª edição 2008.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Editora Malheiros, 15ª edição, 2012.
- LEIMER, Jacqueline. Ambush Marketing: Not Just an Olympic-Sized Problem. 2(4) *Intellectual Property Strategist*, 1996.
- LLOYD, Charles; BROOKS, David. Foiling the Ambush. *Ambush Marketing – Event Organizers Fight Back*. Trademark World No. 201, October 2007.
- LOBO, Eugenio Haddock; LEITE, Julio Cesar do Prado. Comentários à Constituição Federal. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1º volume, 1989.
- MEENAGHAN, Tony. Point of view: Ambush marketing – Immoral or imaginative practice? *Journal of Advertising Research*, 34 (3), 1994.
- MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Publicidade Comercial Proteção e Limites na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1ª edição, 2001.
- PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Concorrência Desleal por Meio da Publicidade. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1ª edição, 2001.
- PIERI, José Eduardo de V. Propriedade Intelectual Frente ao Ambush Marketing e Broadcasting da Copa do Mundo. Rio de Janeiro: Revista da ABPI, nº 96, set/out 2008.

- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. São Paulo: Editora Elsevier, 2006.
- RAZ, Joseph; tradução BLECHER, Henrique. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011.
- RICHERS, Raimar. O que é Marketing. São Paulo: Editora Brasiliense, 1998.
- ROCHA, Angela da; CHRISTENSEN, Carl. Marketing Teoria e Prática no Brasil. São Paulo: Editora Atlas, 1995.
- RODRIGUES, Clóvis Costa. Concorrência desleal. Rio de Janeiro: Editoria Peixoto, 1945.
- SANDLER, Dennis; SHANI, David. Olympic Sponsorship vs “Ambush” Marketing: Who Gets the Gold? Journal of Advertising Research, ago/set 1989.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Editora Malheiros, 9ª Edição, 1992.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª edição, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo et al.. A Parte Geral do Novo Código Civil. Editora Renovar, 3ª edição, 2007.
- VASSALLO, Edward; BLEMASTER, Kristin; WERNER, Patricia. An international look at ambush marketing. New York: The Trademark Reporter. v. 95, n. 6, Nov./Dec. 2005.
- WELSH, Jerry. Ambush Marketing: What it is; What it isn't. Welsh Marketing Associates, 2007. Disponível em <www.welshmktg.com/WMA_ambushmktg.pdf> Acesso em 07 jun. 2013.
- “Copa do Mundo vai superar 3 milhões de espectadores nesta quarta-feira”, Hora de Santa Catarina. 07/07/2010. – Disponível em: <<http://www.clicrbs.com.br/especial/sc/horade-santacatarina/19,0,2963052,Copa-do-Mundo-vai-superar-3-milhoes-de-espectadores-nesta-quarta-feira.html>> Acesso em 07 jun. 2013.
- “Jogos rompem a marca de 6 milhões de espectadores nos estádios”, Gazeta do Povo. 07/08/2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/esportes/olimpiadas/conteudo.phtml?id=1283848&tit=Jogos-rompem-a-marca-de-6-milhoes-de-espectadores-nos-estadios>> Acesso em 07 jun. 2013.
- “Fifa já garante seu lucro com a Copa-2014”, Observatório do Esporte. 26/08/2009. Disponível em: <<http://observatoriodoesporte.org.br/fifa-ja-garante-seu-lucro-com-a-copa-2014/>> Acesso em: 07 jun. 2013.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Rel. Sidnei Beneti. REsp no 1.249.718 – CE (2011/0048434-5), julg. 12.mar.2103, Voto-vista Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.

O EMPREGO DE GAMES NO ENSINO- APRENDIZAGEM EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

Rodolfo Kronemberg Hartmann¹ e Iata Oliver²

Resumo: As Tecnologias de Informação e Comunicação, presentes na sociedade contemporânea reconfiguram as interações sociais e corroboram com a modernidade fluída, que define o novo jeito do indivíduo interagir com o mundo. Nesse contexto os *games* educativos constituem um elemento que precisa ser analisado em conjunto com a modernidade líquida quando o tema é educação da aprendizagem em ciências jurídicas, sob uma perspectiva cujo signo é um mistério, em que a diversidade de significados é elemento constitutivo da língua, e a historicidade gera um dinamismo social, o mesmo signo se reconfigura. A pesquisa tem o objetivo de analisar os *games* como instrumento de ensino-aprendizagem em ciências jurídicas numa sociedade, moderna, líquida e competitiva. Como problema: Como os *games* podem servir de instrumento de ensino-aprendizagem em ciências jurídicas numa sociedade, moderna, líquida e competitiva? A pesquisa foi desenvolvida usando como metodologia a revisão bibliográfica, que se utilizou de livros, artigos e dissertações, publicados em língua portuguesa, de autores nacionais, como Paulo Freire e internacionais, como Zigmunt Bauman, Piaget, Walon, Wygotsky assim, buscou-se dar um caráter global, contemporâneo, mas considerando clássicos autores, que explicam a sociedade contemporânea como verdadeiros institutos do saber que são. Como principal resultado se teve que um *game* escolar voltado ao ensino-aprendizagem em ciências jurídicas serve como uma experiência formativa ampliada, divertindo, interagindo, ensinando e aprendendo de modo contextualizado com a *cibercultura* e os interesses dos que aprendem.

Palavras-chave: Modernidade Líquida; TIC's; Ensino-aprendizagem; *Game* escolar.

¹ Juiz Federal. Mestre em Direito. Autor de livros e artigos jurídicos. Criador do game jurídico “Questão de Ordem”, disponível para iOS e Android.

² Mestre, Bacharel em Turismo e Direito, Especialista em Docência do Ensino Superior, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Advogado.

THE USE OF GAMES IN TEACHING AND LEARNING IN LEGAL SCIENCES

Abstract: The Information and Communication Technologies presente in contemporary society reconfigure social interactions and corroborate whit a liquid modernity, which defines the new way of the individual to Interact with the world. In this context, educational games constitute an element that needs to be analyzed in conjunction whit a liquid modernity when the subject is the education of learning in legal sciences, form a perspective element of the language, and the historicity generates a social dynamism, the same sing is reconfigured. The research aims to analyze games as a teaching and learning instrument in legal sciences in a modern, liquid and competitive society. As a problem: How can games serve as a teaching-learning instrument in legal sciences a modern, liquid and competitive society? The research was developed using as a methodology the literature review, which was of books, articles and dissertations, the literature review, which was used of book, article and dissertations, published in Portuguese language, of national authors, such as Paulo Freire and international authors, such as Zigmunt Bauman, Piaget, Walon, Wygotsky, in this way, to give a global, contemporary character, but considering classical authors, who explain contemporary society as true institutes of knowledge as they are. The main result was that a educational game focused on teaching and learning of legal sciences serves to teach learning as an extended learning of legal sciences serves to teach learning as an extender learning experience, entertaining, interacting, teaching and learning in a contextualized way with cibercultura and the interests of the learners.

Keyword: Liquid modernity, TIC's, Teaching-learning, Educational games.

INTRODUÇÃO

Os games eletrônicos são instrumentos que a cada dia ganham novos usos, e o ensino-aprendizagem se apropria deles pretendendo tornar o estudo mais lúdico e contemporâneo. Isso se dá porque o estudante contemporâneo é parte de um universo altamente informatizado, que, portanto, demanda uma reinvenção dos modos tradicionais de ensino-aprendizagem.

As sociedades das primeiras décadas do século XXI são marcadas pela ruína da solidez das ideologias, dos princípios e das relações humanas tradicionais em detrimento a um clima de incertezas, fluidez e volatilidade. A era moderna chega fluída, dissolvendo as certezas que mantinha estável o modelo social até então existente. Esse fenômeno contemporâneo alcança todas as relações sociais, logo, o ensino-aprendizagem não ficaria de fora.

Nesse sentido, ao se analisar a educação, conforme o modelo comportamentalista, se tem que a aprendizagem é o resultado da resposta dada a um estímulo dependente das sociedades, que contemporaneamente se configuram moderna e líquida. Assim, entende-se que o indivíduo será capaz de estruturar as contingências de seu próprio comportamento, causando os resultados desejados, gerando autocontrole, que quanto maior for, maior a responsabilidade pelo próprio ensino-aprendizagem, maior será o seu autocontrole na vida profissional.

Nesse contexto de modernidade e educação estão as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) desenvolvidas a partir da segunda metade do século XX, e surpreendem a cada dia com novos produtos, cada vez criativos, acessíveis, interativos e com uma capacidade sempre crescente de informação e comunicação. Um dos mais novos exemplos são os *games*, jogos que estrearam despretensiosamente no ambiente eletrônico como videogames e se transformaram em ferramentas de educação da aprendizagem. Portanto, os *games* educativos surgem como aplicativos disponíveis para as bases de aparelhos portáteis (i-fones e similares), ampliando sua acessibilidade, levando todos para dentro de um *ciberespaço* educativo.

Logo, os *games* educativos constituem um elemento que precisa ser analisado em conjunto com a modernidade líquida quando o tema é educação da aprendizagem. Pois esses *games* se propõem a inovar ainda mais a forma de aprender, pois possuem uma imensa capacidade de produzir, armazenar, distribuir e acessar a informação ao mesmo tempo em que entretém um público jovem, que já nasceu inserido numa modernidade líquida, cada vez mais distante do ambiente escolar tradicional.

Para esse novo meio de aprender, o *ciberespaço* tem relevância por fundamentar as teses dos discursos emergidos dos estudos mais modernos sobre as TIC's na educação da aprendizagem. Esse processo ocorre sob uma perspectiva dialógica translinguística, constituindo uma contraposição ao subjetivismo idealista (reduz a educação a uma enunciação monológica isolada) e ao objetivismo abstrato (reduz a linguagem a sistemas de formas léxicas, sintáticas). Ou seja, sob uma perspectiva cujo signo é um mistério, em que a diversidade de significados é elemento constitutivo da língua, e a historicidade gera um dinamismo social, o mesmo signo se reconfigura. Também por ser inovadora – ousada para os linguistas – abrange todos os domínios das ciências humanas, inclusive a jurídica, a comunicação e a educação.

Diante da fluidez dos novos paradigmas educacionais, se reconhece que o papel da educação da aprendizagem já deixou de ser simplesmente o de transmissão de conhecimentos. Especialmente diante da necessária formação de profissionais altamente competitivos e adaptados à sociedade contemporânea, que se preparam para serem tomadores de decisões, que influenciarão na sociedade, como é o caso dos operadores do direito. Assim, compete se faz necessário discutir a articulação existente entre o mundo do saber e a sociedade na sua dimensão contemporânea profissionalizante.

Destarte, o presente artigo tem o objetivo de analisar os *games* como instrumento de ensino-aprendizagem em ciências jurídicas numa sociedade, moderna, líquida e competitiva.

Como problema se tem: Como os *games* podem servir de instrumento de ensino-aprendizagem em ciências jurídicas numa sociedade, moderna, líquida e competitiva?

A pesquisa foi desenvolvida usando como metodologia a revisão bibliográfica, por meio de livros, artigos e dissertações, publicados em língua portuguesa, de autores nacionais, como Paulo Freire e internacionais, como Zigmunt Bauman, Piaget, Walon, Wygotsky. Assim, buscou-se dar um caráter global, contemporâneo, mas considerando clássicos autores, que explicam a sociedade pós-moderna como verdadeiros institutos do saber que são.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 MODERNIDADE LÍQUIDA

As sociedades já nasceram em mutação, e assim seguem em períodos de profunda transformação e sucessiva estabilidade, turbulência e acomodação, num contínuo processo que não permite retrocesso. Nesse contexto, as sociedades atuais estão numa fase de profunda transformação, fazendo rupturas com o tradicional, até que a criação se acomode e se torne tradicional para novamente ser rompida.

Stuart Hall afirma que essas transformações afetam as identidades:

As velhas identidades, que por tanto tempo estabilizaram o mundo social, estão em declínio, fazendo surgir novas identidades e fragmentando

o indivíduo moderno, até aqui visto como sujeito unificado. Assim, a chamada “crise de identidade” é vista como parte de um processo mais amplo de mudança, que está deslocando as estruturas e processos centrais das sociedades modernas e abalando os quadros de referência que davam aos indivíduos uma ancoragem estável no mundo social (HALL, 2006, p.7).

Essa crise da identidade é fruto de uma modernidade que se envelheceu, restando a identidade em crise. Já desde o século XIX o filósofo transcendentalista estadunidense, Ralph Waldo Emerson dizia que, “Quando patinamos sobre gelo quebradiço, nossa segurança depende de nossa velocidade”. Com essa frase ele consegue explicar o que viria a ser a sociedade dois séculos depois, ou seja, numa sociedade que se liquefaz.

Zygmunt Bauman cita Emerson como epígrafe no de seu livro *Vida Líquida*, publicado, em 2005, na Inglaterra. Esse livro trata do estilo de vida que se consolidou nas últimas décadas, o estilo de vida que se constitui em uma sociedade moderna líquida. Segundo Bauman, “‘Líquido-moderna’ é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir” (BAUMAN, 2007, p. 07).

Bauman diz ainda que

A velocidade, no entanto, não é propícia ao pensamento, pelo menos ao pensamento de longo prazo. O pensamento demanda pausa e descanso, “tomar seu tempo”, recapitular os passos já dados, examinar de perto o ponto alcançado e a sabedoria (ou imprudência, se for o caso) de o ter alcançado. Pensar tira nossa mente da tarefa em curso, que requer sempre a corrida e a manutenção da velocidade. E na falta do pensamento, o patinar sobre o gelo fino que é uma fatalidade para todos os indivíduos frágeis na realidade porosa pode ser equivocadamente tomado como seu destino (BAUMAN, 2003, p. 239).

Tais pensamentos de Bauman declaram que a modernidade líquida é uma fase posterior à modernidade sólida. Nesse sentido, sob o prisma antropológico, a sociedade evolui, partindo de fragmento de comunidades destacadas, com baixíssima interação, que viviam numa conjuntura pré-moderna, para uma nova organização em detrimento de elementos como o tempo e o espaço.

Toda essa evolução apenas precedia a maior de todas ocorrida na pós-

modernidade, ou modernidade líquida. Ademais, por mais contraditório que pareça Bauman afirma que:

Os tempos modernos encontraram os sólidos pré-modernos em estado avançado de desintegração; e um dos motivos mais fortes por trás da urgência em derretê-los era o desejo de, por uma vez, descobrir ou inventar sólidos de solidez duradoura, solidez em que se pudesse confiar e que tornaria o mundo previsível e, portanto, administrável (BAUMAN, 2003, p. 10).

Assim, o que está a ocorrer não é a perda de referência, mas a sua substituição por uma pluralidade de possibilidades. É quando o mundo se desmaterializa.

Dissolvem-se todas as relações sociais antigas e cristalizadas, com seu cortejo de concepções e de ideias secularmente veneradas; as relações que as substituem tornam-se antiquadas antes de se ossificar. Tudo que era sólido e estável se esfuma, tudo o que era sagrado é profanado, e os homens são obrigados finalmente a encarar com serenidade suas condições de existência e suas relações recíprocas (MARX; ENGELS, 2001. p. 3).

Nesse contexto evolutivo, a teoria de Bauman se presta a avaliar também a modernidade, pretendendo identificar seus avanços e retrocessos, com isso resgatar o que for útil a pós modernidade.

O debate feito sobre a transição entre o período da modernidade e pós-modernidade, sob o prisma de Bauman (2009), se assenta na passagem da modernidade sólida, que representa modelos hegemônicos de conduta, instituições fortes, individualização, fronteiras, territorialidade, formatação dos Estados-nação, para a fase líquida, pós-moderna, formada por poderes fluídos, Estados desregulamentados, fronteiras dissipadas, desterritorialização, laços afetivos frágeis, individualização. Certo é então que, não há uma ruptura de fases, mas um processo transformativo da essência social, sem com isso gerar sua superação ou abolição.

Nesse contexto se formou a modernidade líquida, que se define pela indefinição sobre o futuro da humanidade. Esse novo tempo produziu um mundo em descontrole, que permite a fluidez do capital e da informação numa velocidade nunca vivenciado. Nada é tão consumido e tão descartável do que a informação, que se transformou em mais um dos bens de consumo. Sobre os bens de consumo, Bauman escreve que:

Estes têm uma limitada expectativa de vida útil e, uma vez que tal limite é ultrapassado, se tornam impróprios para o consumo; já que “ser adequado para o consumo” é a única característica que define sua função. Eles são totalmente impróprios e inúteis. Por serem impróprios, devem ser removidos do espaço da vida de consumo (destinados à biodegradação, incinerados ou transferidos aos cuidados das empresas de remoção de lixo) a fim de abrir caminho para outros objetos de consumo, ainda não utilizados (BAUMAN, 2007, p. 17).

Esse modo de consumo da informação também ocorre na informação jurídica, esta traduzida por um provérbio que diz: “o direito muda na noite anterior”. Livros e mais livros são produzidos, já com a necessidade de serem atualizados antes de chegar à mesa do leitor. Os tribunais feitos para garantir segurança jurídica, precisam mudar de entendimento para acompanhar a velocidade da sociedade, tendo como única certeza é que o direito muda.

Na modernidade líquida, as instituições e/ou organizações sociais não podem permanecer com a mesma forma por muito tempo, sob pena de desaparecerem, assim afirma Bauman (2007). Dentre essas instituições estão as organizações de ensino, que se modifica na medida que as políticas educacionais são renovadas, surgindo novos modelos e formas de ensinar e aprender. Assim, muito se preocupa com o que vem a ser educar e como fazê-lo, os cientistas da educação dedicam-se a criar métodos de ensino-aprendizagem coerentes com uma geração que já nasceu sob a égide da modernidade líquida e proporcionar para que todos estejam dentro de uma educação da autonomia.

Para tal é preciso saber que na modernidade líquida encontra-se os mais diversos perfis estudantes: introvertidos, reprimidos, combativos, questionadores, conservadores, outros liberais, mas todos com autonomia quando se refere ao domínio das TIC's, enfim, uma diversidade de educandos que colorem as escolas, boa parte delas bem menos vanguardistas do que desejam esses estudantes. Essa mesma diversidade, por vezes, é capaz de gerar insegurança aos docentes, carecendo invariavelmente de uma formação apta a se reinventar com atualizações na sua formação continuada.

Destarte, na modernidade líquida o ensino-aprendizagem se diferencia daquele modelo tradicional, isso por força de novas exigências dos estudantes em questões didático-metodológicas. Corroborando, Belloni (2002) ensina que as novas gerações de estudantes estão remodelando o modo de aprender,

com experiências mais completas, em contraposição aos métodos “bancários” de conhecimentos abstratos, até então dominantes nas escolas tradicionais. Portanto, se nada for feito, a instituição escolar perderá sua função existencial com as novas gerações que ela deve educar. Nesse tempo de transformações e novas exigências didático-metodológicas, as escolas perdem os muros e a educação abre suas portas para as TIC’s.

2.2 A EDUCAÇÃO DA APRENDIZAGEM PARA A CONSTRUÇÃO DO SUJEITO AUTÔNOMO.

Mizukami (1986) afirma haver a necessidade de se adotar um estudo anedotário, buscando identificar os pressupostos e/ou decorrências das várias abordagens do processo de ensino-aprendizagem tais como: tradicional, comportamentalista, humanista, cognitivista e sociocultural. Nem todas as abordagens precisam estar presentes simultaneamente, a depender do caso. Desse modo, a presente análise cuida da abordagem humanista e sociocultural.

A **abordagem humanista** caracteriza-se a, como aquela cujo ensino está centrado no sujeito, implicando orientá-la para sua experiência para que, dessa forma, possa estruturar-se e agir. Nessa abordagem o professor busca desenvolver a atitude de confiança e respeito ao estudante; privilegia o envolvimento pessoal, ressaltando que o sentido da descoberta, do alcançar e do compreender é subjetivo, intrínseco, possível apenas a partir da mobilização da pessoa, ainda que diante de estímulos extrínsecos. Logo, o sujeito está incluído no processo de ensino-aprendizagem em posição central (MIZUKAMI, 1986).

A educação da aprendizagem, com base na abordagem humanista, se centra no sujeito com o intuito de sua autorealização e autonomia, desse modo, a educação tem como meta principal a autonomia. A abordagem humanista cria condições favoráveis para a aprendizagem autônoma. Autores como Rogers (1961) defendem que, nessa abordagem, o ser humano é reconhecido como livre, dotado de iniciativa, interesse, consciência e autonomia ao se relacionar com o mundo.

Nesse sentido, Mizukami (1986) ensina que a finalidade da abordagem humanista é a autorealização do sujeito, mediante a utilização de toda a sua capacidade e potencialidade. Para o desenvolvimento da educação da aprendizagem sob essa abordagem é preciso se criar um ambiente favorável, que proporcione aos estudantes a liberdade para aprender, tornando-os responsáveis

pela própria aprendizagem, pois a valorização do sujeito gerará o poder de se conduzir e conduzir a própria educação e posteriormente sua vida profissional.

Já a **abordagem sociocultural** busca o desenvolvimento da criticidade numa relação dialógica. Para Mizukami (1986) a educação é concebida nessa abordagem como um constante ato de descoberta da realidade, como meio que o estudante percebe criticamente o mundo que vive. Para ela o processo de ensino-aprendizagem tem o dever de superar a relação opressor-oprimido, por meio de propostas de socialização como oprimido e de transformação da situação geradora de opressão. Desse modo, nesse processo educacional, o professor assume o papel de provocador de situações-problema, para que o aluno possa enfrentá-los e resolvê-los progressivamente, ao tempo que vai adquirindo capacidade. Esse desenvolvimento ocorre simultaneamente a cada etapa do desenvolvimento do sujeito, quando ele segue descobrindo o mundo e interagindo com ele, sem opressão e com autonomia. Logo, a autêntica aprendizagem se realiza quando o sujeito passa a desenvolver o próprio conhecimento, que se traduz em autonomia.

Corroborando, Paulo Freire (2011) em sua obra *Pedagogia da Autonomia* ensina que o sujeito amadurece a cada dia, ou não. Explica o autor que a aquisição da autonomia ocorre por meio de um processo de amadurecimento do sujeito, é o próprio vir a ser. Conforme Freire, o sujeito não pode aprender a ser ele mesmo se não decide, porque há sempre alguém que decide por ele. Quanto mais criticamente o sujeito assume-se livre, tanto mais autoridade ele possui para continuar agindo em nome próprio, isso é autonomia.

Nesse sentido, Freire é enfático ao dizer que educar requer respeito à autonomia do educando, à sua dignidade e identidade. Logo, qualquer desvio nesse sentido será tomado como uma violação ao sujeito, uma falha não permitida ao professor. Ensinar estabelece consideração à curiosidade e ao gosto estético do educando, à sua inquietude, linguagem, às suas diferenças. O professor precisa sempre ter consciência de que é a formação do aluno que conta, e assim deve respeitosa e se fazer presente à sua experiência formadora, especialmente em tempos de uma sociedade líquida, conforme já tratada, em que tudo se transforma o tempo todo.

Para Freire (2011) a verdadeira educação é problematizadora, pois ela não é como a educação “bancária ou domesticadora”, que “deposita” no aluno dados,

fatos e conhecimentos. Essa educação conscientizadora ou problematizadora deve desenvolver a competência para criticar e refletir, permitindo que o indivíduo se apodere da realidade que o rodeia.

Ainda Freire (2011) ensina que educar requer estética e ética, pois o homem é ser histórico, social, capaz de comparar, valorizar, intervir, escolher, decidir, romper e por isso, o homem se fez ético. Portanto, fazer da experiência educativa em puro treinamento técnico é amesquinhar o que há de fundamentalmente humano no exercício educativo, ou seja, o seu caráter formador. É imperioso que a antropologia seja acatada no processo de ensino-aprendizagem, única forma de se preservar a essência humana.

Nesse contexto, em que o sujeito com sua autonomia é parte ativa das mudanças sociais contemporâneas, não compreender o que vem ser as TIC's, por exemplo, é altamente perigoso ao ser humano. Logo, uma análise sobre a influência que a educação sofre com as TIC's demanda profundidade na compreensão e interpretação dos fatos. As sociedades estão em profunda transformação, portanto, não é possível mudar e fazer de conta que não mudou e nem fazer de conta que mudou, sem de fato mudar conforme a sociedade. Pois, conforme ensinou Freire (2011) "O que se demanda é coerência entre o pensar certo e o agir certo. Não há pensar certo à margem de princípios éticos, se mudar é uma possibilidade e um direito, cabe a quem muda, assumir a mudança operada".

Por fim, as evoluções sociais, possibilitam ao sujeito ser crítico, adaptável às mudanças que ocorrem na sociedade como um todo, e essas mudanças são imprescindíveis, pois permitem ao sujeito tornar-se mais crítico, autônomo e apto para resolver os problemas do cotidiano e sobretudo os desafios profissionais.

2.3 A INOVAÇÃO EDUCACIONAL COMO PROTAGONISTA DA APRENDIZAGEM EM CIÊNCIAS JURÍDICAS.

A adoção e a adaptação de inovação educacional nos espaços de aprendizagem precisam ser aplicadas de forma séria, criativa, com responsabilidade e não com atitude ingênua ou figurativa de inovar por inovar como consequência de um modismo. As ciências jurídicas se inserem nesse contexto como uma área de conhecimento que tem a responsabilidade de pensar e agir em nome da sociedade, portanto, deverá ter o cuidado redobrado ao se dedicar a qualquer inovação.

Sobre esse assunto Gadotti (2000, p. 65) afirma que os elementos inovadores das disciplinas “perpassam por uma gestão democrática na qual os alunos são personagens ativos, contribuindo com sugestões em todo processo de ensino-aprendizagem e administrativos”. Compreende-se então, que a diversificação democrática da práxis docente enriquece o estudo. A execução de atividades extracurriculares planejada é um instrumento valioso, como o é também, trabalhar com temas transversais de forma inter e transdisciplinar, com vistas a ampliar os horizontes para efetivar a aprendizagem significativa, como é o estudo do Direito, que passeia por todas as áreas sociais.

Outro aspecto importante para essa aprendizagem é defendido por Garcia (1980, p. 257) ao afirmar que “a pedagogia liberal, propõe uma educação como um instrumento privilegiado para corrigir as iniquidades existentes na sociedade contemporânea”, sendo esse o principal papel do operador do Direito. A reflexão sobre esse pensamento liberal mostra que cabe também às instituições de ensino do Direito desenvolver ao máximo as potencialidades dos indivíduos, a partir de suas motivações, a fim de promover a igualdade na sociedade, tornando-a mais justa. É essa reflexão que promove a ascensão ou descensão social do indivíduo, que está condicionado a uma educação em nível de instrução com reprodução.

Assim, o conjunto de valores, de atitudes e de comportamentos requisitados aos indivíduos deste novo século, que se dedicam ao estudo das ciências jurídicas, requer inovações nos espaços de aprendizagem que garanta uma educação mais prazerosa e de qualidade. Portanto, a modernidade líquida requer algo diferente e novo na formação profissional dos operadores de direito do século XXI.

As inovações educacionais produzidas têm a função de satisfazer as necessidades de preservar ou aperfeiçoar valores, atitudes, comportamentos críticos e conscientes para aproveitar ou reivindicar as oportunidades que a sociedade oferece. Garcia (1980, p. 80) relata que “é possível obter melhores condições de ensino e melhor educação quando se inova de maneira crítica e consciente.” É essa forma de inovar que propiciará formar profissionais tomadores de decisões conscientes do seu papel e do tempo que atua.

Como as evoluções socioculturais e tecnológicas do mundo atual têm gerado ininterruptas mudanças nas organizações e no conhecimento humano torna-se necessário um repensar crítico de como se processa a cognição humana. A teoria, por exemplo, de que a inteligência é uma capacidade única e indispensável está

definitivamente ultrapassada, e atualmente a tese aceita e comprovada é a de Gardner (1995, p. 22): “o ser humano é provido de várias inteligências responsáveis por diferentes habilidades”, o que ele chama de inteligências múltiplas e ainda afirma que “a inteligência é basicamente a capacidade de resolver problemas ou elaborar produtos que são importantes num determinado ambiente ou comunidade cultural.” Essas inteligências são possíveis de serem desenvolvidas ou melhoradas, conforme o sujeito e conforme o tipo de educação que recebe.

Ademais, se observa que a sociedade global se caracteriza pela competitividade, inovação e criatividade obtidas a partir de conhecimentos construídos, assegurando-se a formação e o desenvolvimento integral do ser humano, pois, é fundamental que ele seja trabalhado em todas as suas dimensões, a saber, “biológicas, psicológicas, sociais, econômicas, culturais e religiosas.” (LUCKESI, 2003, p. 18), e também jurídicas, que permeiam as demais.

Nos termos da modernidade líquida, para que o sujeito tenha aprendizagem e desenvolvimento integral, inter / transdisciplinar é coerente e necessário que o educador execute sua práxis com a utilização das TIC's de forma inovadora e, que esteja embasado, nas tendências ou concepções educacionais, voltadas para atender a esse cenário emergente. O processo de ensino-aprendizagem em ciências jurídicas atual precisa oportunizar ao operador do direito, ou futuro operador, maior compreensão dos conteúdos, para que ele possa interagir com o ambiente e com o próximo, construir e partilhar o conhecimento.

Para entender como se constrói a educação nesse contexto de tendências pedagógicas inovadoras é interessante rever a teoria Construtivista, defendida por Piaget, Walon, Wygotsky, que parte do princípio de que o desenvolvimento da inteligência é determinado pelas ações mútuas entre o indivíduo e o meio (interação sujeito e meio) (BAHIA-SEC, 1997, pp. 14, 15).

A concepção construtivista defende que sua práxis oportuniza ao sujeito construir o conhecimento em interação constante com o outro e com o meio. E a mediação pedagógica pela concepção construtivista auxiliada com o uso das TIC's desperta e enfatiza o interesse dos estudiosos das ciências jurídicas para construir o conhecimento em um processo dialético de invenção e descoberta. Nesse contexto, é emergente um sistema educacional jurídico de qualidade, que consiga formar cidadãos que exponham seus projetos e suas experiências para efetivar e evidenciar os próprios conhecimentos.

Para Santomé (1998), os educadores não podem deixar de cumprir o seu papel, que é o de formar os sujeitos de maneira integral, numa perspectiva inter e transdisciplinar, que possibilite uma formação global, para compreender que a realidade é formada por diferentes características. Os cientistas da educação teorizam muito a inter e a transdisciplinaridade, mas na prática da sala de aula dos cursos de Direito se vê muita dificuldade em efetivá-la, pois o ensino ainda é compartimentado, tradicional. Porém, Papert (1994) enfatiza que é viável trabalhar de forma inter e transdisciplinar com a ajuda da tecnologia, para isso é necessário haver uma fundamentação teórica a fim de se obter uma abordagem mais profunda dos modos de ensino-aprendizagem que dão suporte para uma prática jurídica inovadora.

Desse modo, é indispensável compreender que o aprendiz jurídico requer motivação para aprender de forma mais prazerosa. Assim, além da interação entre as disciplinas e entre os indivíduos é fundamental também, que as necessidades afetivas, cognitivas, sociais e de valores do ser humano interajam com outras formas pedagógicas, o clássico direito greco-romano pode conviver com o direito achado na rua. Pourtois e Desmet (1999) descrevem que cada uma dessas características é contemplada por qualidades que irão enriquecer inovar e diversificar a práxis pedagógica inovadora, que também farão o mesmo na prática jurídica.

Por conseguinte, é indispensável analisar e refletir sobre as Pedagogias Educativas que respondem às diversas necessidades (afetiva, cognitiva e social) do ser humano. Mas, é essencial e conveniente entender que o paradigma das necessidades requer inovação e integração da práxis pedagógica em uma perspectiva de mediação, com vistas à complexidade presente nas ciências jurídicas, que permeia as forças liberais econômicas das disciplinas trabalhistas, empresariais, tributárias e vão extremo considerando liberdade, família e cidadania.

É essencial refletir que não haverá uma pedagogia “ideal”, mas, uma pluralidade que, se integrada poderá reconstituir as ideias e as necessidades do indivíduo constituinte de uma sociedade plural. Nesse sentido, compreende-se que a teoria da ação comunicativa para Habermas (*apud* POURTOIS-DESMET, 1999) é constituída de quatro tipos de agir diferentes.

O agir instrumental (o estratégico) que exige modelo pedagógico em que um indivíduo impõe sobre o outro; O agir normativo que é regido por normas e valores; O agir dramático que se encarrega das metodologias didáticas que

dão segurança aos objetivos que implicam o olhar do outro sobre os papéis que somos levados a desempenhar e o agir comunicacional em que o indivíduo só pode julgar a sua experiência em relação a outras (HABERMAS, *apud* POURTOIS-DESMET, 1999, pp. 201-202).

Além disso, é interessante também compreender que a mudança só acontece com o trabalho de reflexão do indivíduo sobre si mesmo. Percebe-se que as pessoas precisam dialogar e fazer trocas em uma perspectiva de intersubjetividade para que possa mediar entre os saberes existentes e aqueles constituídos pelo sujeito, que ampliam a capacidade crítica em relação ao próprio paradigma de base.

Demais, Pribram (*apud* NÓVOA, 1995, p. 35) fomenta que o professor precisa inovar a sua ação pedagógica e para isso é preciso “alargar as fronteiras do convencional, envolvendo primeiramente um conhecimento completo do campo relevante.” Nesse sentido, percebe-se que o conhecimento precisa ser mediado de forma integral, inovadora e significativa.

Para repensar que o ensino tradicional, estático e fragmentado das escolas clássicas de ciência jurídica não atende as perspectivas deste novo século, para isso é preciso incorporar novos recursos psicopedagógicos e didáticos que estimulem o sujeito a desenvolver a criatividade, a autonomia e a integração dos conhecimentos com o objetivo de ampliar as competências pertinentes na construção de uma sociedade e de um mundo melhor.

2.4 TIC'S NA EDUCAÇÃO

A comunicação sempre foi algo essencial ao ser humano, tanto para sua sobrevivência, como enquanto ser social, ou mesmo para o desenvolvimento cultural. Assim, na medida em que o homem evoluiu, as sociedades se tornaram mais complexas, os meios de comunicação e informação se aperfeiçoaram.

A partir das transformações que aceleradamente ocorrem no mundo em virtude da globalização, dos avanços tecnológicos e das recentes descobertas da ciência, as informações circulam livremente e de forma rápida nos mais diversos espaços, não sendo mais exclusivas do espaço educacional. Pode-se afirmar que neste terceiro milênio, são muitas as informações e as formas de ensinar

e aprender. Porém, necessita-se organizar as informações transformá-las em conhecimento, e possibilitar a construção e reconstrução de saberes. Para que isso ocorra, a aprendizagem deve estar relacionada ao indivíduo a partir de saberes prévios, de bagagem cultural e de sentidos que atribuem à sua vida em geral.

Assim, nas sociedades contemporâneas, modernas e líquidas, prevalece uma exigência exasperada para os sujeitos desenvolvam competências úteis ao trabalho em equipe; a adaptabilidade; o conhecimento técnico-operacional; a organização, entre outros. Sendo imprescindível autogestão, responsabilidade e cooperativismo. Nesse contexto, a educação é desafiada a construir um novo modelo de profissional.

Atualmente, a sociedade da revolução informacional é destacada pelas TIC's que auxiliam os processos de aprendizagem, contemplando-se com outras formas de interação e permitindo ampla participação dos aprendizes pela intervenção das mensagens nos programas e *software*.

A apropriação e ressignificação da imagem (fotografia, vídeos, *scanner*, computador, televisão, retroprojeto, DVD, *Datashow*, videocassete, câmara digital, etc.), como recurso motivador da aprendizagem têm proporcionado avanços gerando TIC's das mais diversas, por consequência gerando maiores possibilidades de apropriação e ressignificação do conhecimento. No entanto, há uma preocupação de que a aprendizagem dos conhecimentos seja mediada por essas TIC's, pois, elas devem estar presentes como ferramenta motivadora da aprendizagem dos conteúdos trabalhados no processo do ensino-aprendizagem.

Esses recursos disponibilizam possibilidades para uma aprendizagem interativa, como também, motiva e facilita a resolução de problemas. Assim, a diversidade de possibilidades oferecidas pelas tecnologias contemporâneas para a educação, visa a ampliar, e não restringir, o estudo crítico do que se deseja ensinar e aprender.

Desse modo, fazer uso e/ou acessar as TIC's é um dos caminhos para o aprendizado interativo e a troca de experiências, que muito pode colaborar para a melhoria e a qualidade da educação. Moran (2000) comenta que a introdução e o uso da informática e da telemática na educação, como recurso inovador da práxis docente, devem adentrar o espaço de aprendizagem, porque, a tecnologia atual não pode estar ausente dos espaços de aprendizagem, pois, sabe-se que

através dela viabiliza vários projetos e aulas interativas, além do que, a maioria dos estudantes já convive com esse recuso auxiliar da aprendizagem.

Nesse sentido, para Freire (1979) aprende-se melhor com a vivência, a experimentação e o fazer, e também, quando se relaciona, estabelece vínculos, laços, entre o que estava solto e disperso, integrando-o em um novo contexto, dando significado, encontrando um novo sentido. A partir daí compreende-se que se aprende quando há um equilíbrio ente o sensorial, o racional, o emocional, o ético, o pessoal e o social.

Freire (1979) traz uma proposta que diversifica a práxis pedagógica, e oportuniza uma nova educação, com ambientes de aprendizagem, que não mais veem o conhecimento de forma fragmentado, estático e obsoleto, mas como um conhecimento em processo de construção dinâmica. Aquele que fundamenta a sua práxis nessas ideias transcende e ousa, ao contemplar de forma ascendente a busca de um referencial em prol da construção e produção do conhecimento, e visar o aprender a aprender (saber, a fazer, a ser e a conviver). Logo, pode-se constatar que esses ensinamentos contemplam o uso das TIC's. Ademais, observa-se que elas estão presentes cada vez mais na vida das pessoas.

Nesse contexto, é importante desenvolver competências para que essas informações tenham significado tanto para quem faz, quanto para quem as verá. Assim, é preciso compreender a produção artística visual contemporânea, valorizar a herança cultural e ter consciência da participação enquanto produtor e consultor das culturas deste século XXI de forma crítica que se possa analisá-las.

Esses novos instrumentos pedagógicos que dinamizam, motivam e facilitam a aprendizagem funcionam como ferramentas que transformam a cultura porque oferecem diferentes formas de fazer. No caso da informática e de suas associações com outras tecnologias, estão sendo alternadas as formas de fazer e, principalmente, as formas de pensar esse fazer. Vale a pena refletir que:

O novo cenário cibernético, informativo e informacional não vem apenas marcando nosso cotidiano com modificações socioeconômicas e culturais, vem também, mudando a maneira como pensamos, conhecemos e aprendemos o mundo (MORAES, 1997, pp. 121-122).

Ainda sobre esse aspecto Levy (1994) comenta que a inteligência ou cognição seja ela individual ou social, resulta em redes complexas de interações entre atores humanos, biológicos e técnicos. Então, a busca de novos ambientes

de aprendizagem, mais adequados às necessidades pós modernas, leva o profissional a um novo referencial para os espaços de aprendizagens, o que o tornará mais interativo, prazeroso, criativo, abrangente, multidimensional. Esse profissional será mais capaz de compreender a complexidade do real e construir uma sociedade mais dinâmica, sistemática, coletiva, compartilhada e não fragmentada e compartilhada.

Contudo, é preciso estar atento para não cair num falso encantamento, para tal é preciso saber que o uso de uma TIC em educação varia conforme a didática aplicada. Comumente atribuem-se às metodologias que utilizam as TIC's a qualificação de concepções modernas e, por isso, mais eficientes. Contudo, é preciso estar atento, pois esse pressuposto pode esconder a existência de práticas conservadoras camufladas, ou já ultrapassadas, pois há Instituições de Ensino que ressalvam o fato de se utilizar da informática, como se esta prática contribuísse com o aluno para atingir melhores resultados educacional.

Um erro é que muitas escolas divulgam a aplicação das TIC's na educação, mas limitam-se à tradicional exposição de conteúdos programáticos e transmissão de conhecimentos do docente, apenas auxiliado pelo computador. Há escolas que simplesmente aplicam esses recursos sem indagações e sem que o aluno se torne sujeito ativo na aprendizagem. Apesar de adotarem as TIC's no ensino, suas práticas são baseadas em técnicas de memorização e em aulas expositivas, revelando concepções educacionais superadas.

Desse modo, alguns educadores alertam para armadilhas que podem se camuflar nesses discursos. Segundo Zaghetti uma das armadilhas está no adesismo tecnológico sem crítica, pois.

[...] o computador enquanto recurso que melhora a qualidade em educação incorpora questões como [...] a sublimação do professor pela máquina; tanto o professor como o aluno se tornam instrumentos da máquina [...], o aluno não passa de um depósito de informações, semelhante à educação bancária, mencionada por Paulo Freire (ZAGHETTI, 2009, p. 02).

Ademais, há um engano quanto ao papel da escola, partindo do pressuposto de que ela é uma mera transmissora de conhecimentos. Essa falsa ideia permite concluir que o computador, ao realizar a função de transmissão de informações, poderia abolir o professor do processo ensino-aprendizagem (LYOTARD, 1998).

O tema chega à questão curricular, pois a ideia de que as TIC's elevam a qualidade do ensino, de acordo com Zaghetto (2009, p. 02), é uma manifestação ideológica do "[...] discurso neoliberal que promove a formação abstrata e polivalente, que indiretamente colabora com o sistema privado na formação de mão-de-obra para a sociedade da era tecnocrônica [...]".

Por tudo isso, o encantamento pelo uso das TIC's na educação deva ser suprimido por uma reflexão criteriosa, que realce os papéis capitais da escola e do professor, e os recursos tecnológicos devem ser ponderados como ferramentas do acervo pedagógico a serviço da educação.

A utilização impensada das TIC's como ferramentas pedagógicas e de ensino, leva a ações precipitadas e erradas. Contudo, se o encantamento ingênuo para com as TIC's é errôneo, do mesmo modo negligenciar as chances que elas oferecem, no âmbito da educação, favorece a outros erros. Assim, faz-se necessário repensar o uso das TIC's, dentro do seu papel de formadora, especialmente por que elas já fazem parte da vida cotidiana.

O papel formador da educação exige da escola e do professor uma tomada de atitude com relação ao preparo do sujeito para a vida e as TIC's estão inseridas nesse contexto. Contudo, como em todo o processo de ensino-aprendizagem, faz-se necessário elaborar estratégias de ensino, para que seu uso seja contextualizado e proveitoso, atento à necessidade de reflexão, Guimarães (2005, p. 23) alerta para o fato de que "[...] as TIC's não são um mero acessório e que, do mesmo modo como o giz e o quadro negro, usar as TIC's requer ética, planejamento, condições técnicas adequadas e pessoas capacitadas."

Dada a participação real e crescente das TIC's na sociedade atual, a aversão por estas que muitos ainda preservam importa um atraso social. Como não é esse o resultado desejado, cabe à escola uma postura questionadora no ensino com uso das TIC's e o destas na vida social, a fim de guiar seus alunos de maneira adequada.

De acordo com a proposta de Freitas e Santos (2005, p. 02-03), é importante um tratamento das TIC's no ambiente educacional, porém mediado por critérios e realce dos papéis que são próprios da educação, notando sempre que o objetivo desta é formar cidadãos que possam opinar sobre a tecnologia e seus usos e que consigam identificar em que tempo e local ele está presente. Portanto, uma alfabetização tecnológica não precisa necessariamente estar relacionada

com a criação e uso de novas tecnologias, mas também não deve excluir essa possibilidade. Pensamos que, posteriormente, o futuro tecnólogo terá uma formação específica, o que será complementar à formação crítica que ele já carregará consigo.

De acordo com o exposto, o papel de uma instituição de ensino na é oferecer condições para incluir elementos que possibilitem a formação crítica do educando. No que se refere ao uso das TIC's, na vida e na sociedade, isso ultrapassa os limites da oferta de simples formação técnica, desligada do contexto educativo, pois a escola e o professor têm o papel de colaborar para a formação de cidadãos, independente dos rumos profissionais que tomarão, e sem se aprisionar pelos modelos tecnológicos vigentes, que não precisam se tornar objeto do ensino em profundidade. Portanto, entende-se que a educação inclui as TIC's, mas sem necessariamente debruçar-se sobre elas.

A expansão da presença das TIC's no cotidiano representa também boas oportunidades de incorporá-las ao ensino. Assim, a aprendizagem extrapolaria as divisas de tempo e espaço, que requer a presença, simultânea do estudante e do professor na escola, estimulando aqueles a adotarem uma postura de aprendizagem contínua, e de certo ponto, autodidata, posto que, como afirmam Piovesan, Colcioni e Strôngoli (2001, p. 96), "O aluno [...] torna-se, na interação com o computador, o iniciador e o agente do processo pedagógico: liga o micro nos horários que mais lhe interessam e busca informações que deseja."

No que tange ao ensino, é preciso também tirar proveito do tempo em que o educando permaneça *on-line*, por meio de trabalhos e pesquisas dirigidas, a utilizar as TIC's nas suas elaborações, impedindo também que esse jovem se perca nos descaminhos da *internet*. Vale lembrar que esses jovens já possuem uma habilidade impressionante com relação à *internet*, desse modo, esse potencial pode ser aproveitado no ensino-aprendizagem.

Destarte, dentre muitas das ferramentas possíveis de serem adotadas no ensino-aprendizagem, estão os *games*, que se diversificam nas suas possibilidades de uso e potencializam, a capacidade de ensino-aprendizagem.

2.5 GAMES ESCOLARES

Os jogos estão presentes em todas as sociedades, desde aquelas mais primitivas. Uma das presenças mais marcantes dos jogos pelas sociedades são os jogos olímpicos da Grécia antiga, retomados séculos depois pelo Barão de Coubertin³ (*apud*, JUCA, 2000), que dedicou grande parte da sua vida e fortuna ao resgate da tradição grega dos jogos olímpicos, recriando-o sob o nome de Jogos Olímpicos da Era Moderna. Atualmente a humanidade está na era pós-moderna, quando os jogos tomam nova forma, virtual, e são chamados de *games* e conectados entre si mundialmente em *ciberespaços*, sem, contudo, superar os jogos olímpicos.

Os games despertam interesses dos acadêmicos, produzindo estudos sobre tal objeto e criando diversas classificações para melhor explicá-los. Félix da Silva (2006) numa pesquisa *stricto sensu* organiza a seguinte classificação: **Quanto ao número de jogadores:** *Single player*: o jogador joga sozinho; *Multiplayer*: o jogador interage com um ou vários jogadores, em *ciberespaço* ou não. **Quanto ao ponto de vista dos jogadores:** Visão em primeira pessoa: visão do jogador como participante ativo, o jogo se desenvolve a partir dos olhos do jogador como um personagem. Visão em terceira pessoa: o jogador exerce um papel externo, que tudo vê. **Quanto ao gênero:** relacionado à estrutura utilizada no jogo, que podem ser de: fantasia, ficção científica, guerra, terror, romance, aventura, infantil, educativo...

Há também outro tipo de classificação: **Ação:** caracterizam-se pela dinâmica centrada na ação que o jogador deve executar reflexivamente e simultaneamente ao desenvolvimento do jogo; **Esporte:** representam esportes reais, com uma dinâmica semelhante à dos jogos de ação; **Adventure:** baseados em uma história linear, na qual o jogador assume uma personagem do enredo, normalmente pronta; **Simulação:** simulam experiências considerando leis da física e outras limitações do mundo real; **Estratégia:** focaliza o planejamento cuidadoso e a administração de recursos para alcançar a vitória; **Puzzles:** são jogos do tipo quebra-cabeças, voltados para o desafio intelectual, pautados na resolução de desafios, tais como enigmas e problemas de lógica; **Computer Role-Playing Game (CRPG):** o jogador assume uma personagem, enfrenta desafios e ganha experiência baseada, normalmente, em um enredo, envolvendo diversas tramas e cenários. Envolvendo o raciocínio tático, lógico e logístico para a solução de desafios (SILVA, 2006). Assim são classificados

³ Pierre de Frédy, mais tarde Barão de Coubertin, nasceu em Paris a 1 de janeiro de 1863.

os diversos tipos de *games*, que a pesquisadora citada cuida de organizar na sua pesquisa de Mestrado em Educação.

Com esse instrumento tecnológico inserido no campo do ensino-aprendizagem, e com base na visão vygotskyana (1984), se percebe que a relação do indivíduo com as novas TIC's pode permitir o desenvolvimento de novas relações com o saber. Estas diversas das estabelecidas pelas gerações anteriores, afinal, o jogo é um elemento antropológico que está presente na formação cultural de cada época e, atualmente, o jogo na versão eletrônica, ou *game*, participa de uma aldeia global, que se interage, educa e se diverte ao tempo que joga.

Vale também notar que esse fenômeno da cultura dos *games* fornece ao sujeito uma estrutura mental, na forma de gamificação, para pensar os problemas do modo como eles são solucionados nos mundos virtuais, representados pelos *games*. Corroborando, Fardo afirma que

Utilizar essas estratégias de modo a aproveitá-las em ambientes de aprendizagem, com o intuito de potencializar o ensino e a aprendizagem, parece ser uma alternativa viável considerando a organização cognitiva dos indivíduos inseridos nessa cultura. Quando Vygotsky conferia importância ao outro na aprendizagem, referia-se a um importante elemento daquele momento histórico-social pós Revolução, na Rússia. O mesmo raciocínio vale agora, nesse momento sócio-histórico, onde esse outro perdeu a conotação fortemente presencial, no sentido das interações face a face. Esse outro pode ser representado pelas inúmeras interações que os indivíduos realizam com as tecnologias, e aqui essas interações são representadas pelo fenômeno dos games e tudo aquilo que eles são capazes de evocar (FARDO, 2013, p. 79).

As interações que os jogadores podem vivenciar com os *games* são, ao menos, em cinco categorias, segundo Sutton-Smith (1986, *apud*, SALEN; ZIMMERMAN):

- 1) **Percepção visual**: especialmente a capacidade de esquadrihar a tela toda;
- 2) **Discriminação auditiva**: capacidade de diferenciar sons e músicas associadas a eventos e alertas no jogo;
- 3) **Resposta motora**: ações físicas que um jogador executa com os controles do jogo;
- 4) **Concentração**: foco intenso no jogo;
- 5) **Percepção de padrões**: vindo a saber a estrutura do próprio jogo. Perceba pela visão de Sutton-Smith (*op. cit.*) que os *games* têm capacidade de desenvolver habilidades múltiplas nos jogadores, todas elas essenciais à aprendizagem.

Assim, ao inserir os *games* como suporte de TIC à disposição do ensino-aprendizagem é possível desenvolver “atitudes cognitivas e modos de pensamento e valores que se desenvolvem com o crescimento da *cibercultura*” (SILVA, 2003, p. 53). Pois, a experiência da gameficação no ensino-aprendizagem favorece uma experiência educativa devido ao processo interativo de imersão dos jogadores com a mídia evidenciada.

Corroborando, Alves (2005) enfatiza essa interatividade levando em consideração a imersão, navegação, exploração e conversação presentes nos suportes de comunicação em rede. Nesses termos, se chega ao que Lèvy conceitua como “terceiro nível de interatividade”, saindo da comunicação “um-todos”, presente em TIC’s mais remotas como a TV ou a *práxis* pedagógica clássica, para “um-um”, esta interação na qual todos se comunicam com todos, possibilitando trocas e o intercâmbio de diferentes saberes ao mesmo tempo. (LÈVY, 1999, p. 50).

Nesse contexto Tarsio ensina que

Os jogos eletrônicos são aqui compreendidos como dispositivos que potencializam a construção de diferentes aprendizagens, que, imersos na lógica de interatividade discutida por Lèvy, apresentam aos jogadores novas possibilidades de ter acesso às tecnologias digitais, de interagir, pensar, construir conhecimentos, além de oferecer uma maneira diferenciada de imersão em contextos históricos, políticos, econômicos e sociais próximos e/ou distantes do seu cotidiano, provendo maneiras de vivenciar e experimentar diferentes realidades nessa cultura da simulação (TARSIO, 2013, p.33).

Dessa maneira, os jogos se reconfiguram na modernidade líquida, tomando a forma até então de *games* que servem à educação da aprendizagem formando indivíduos com múltiplas habilidades sensoriais, num rápido e multidisciplinar raciocínio, tudo isso capaz de formar um sujeito crítico e autônomo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da discussão realizada nesta pesquisa foi possível analisar os *games* como instrumento de ensino-aprendizagem em ciências jurídicas numa sociedade, moderna, líquida e competitiva e assim alcançar o objetivo do presente estudo.

Alcançado o objetivo, foi possível também responder ao problema da pesquisa: Como os *games* podem servir de instrumento de ensino-aprendizagem em ciências jurídicas numa sociedade, moderna, líquida e competitiva. O operador do direito, seja ele um juiz, advogado, promotor, dentre as diversas opções que as ciências jurídicas proporcionam ao bacharel em Direito tem a necessidade de conhecer a sociedade, sua organização e caminhos que convive, uma vez que detêm o poder de alterar essa configuração social. Nesse sentido, o construtivismo defendido por Piaget, Wallon, Wygotsky, dá conta de formar esse cidadão, habilitando-o para efetivar e evidenciar os próprios conhecimentos.

As demandas que um operador do direito enfrenta costumam ter perspectiva inter e transdisciplinar, requerendo uma formação global, necessária para compreender a realidade social, formada por diferentes características. Afinal, o operador deverá analisar o caso a fim de compreendê-lo, coisa que faz julgando com suas experiências.

Essa sociedade moderna e líquida é muito melhor compreendida e as decisões que a ela dizem respeito serão muito melhor tomadas, quando os operadores emergem das próprias forças que compõem os fundamentos mais significativos da sociedade. Ou seja, é preciso ser um membro ativo, integrante *latu* da sociedade para assim decidir com experiências que não destoem das expectativas sociais.

Os *games* escolares servem como meio capaz de traduzir uma sociedade tecnológica, cada vez mais criativa, acessível, com uma capacidade sempre crescente de informação e comunicação, especialmente nas versões mais modernas, em forma de aplicativos, disponíveis para as bases de aparelhos portáteis (i-fones e similares), ampliando sua acessibilidade, levando todos para dentro de um *ciberespaço* educativo capaz de construir formas de pensar, agir e tomar decisões ao tempo que a sociedade está e necessita.

Por fim, um *game* escolar voltado ao ensino-aprendizagem em ciências jurídicas serve como uma experiência formativa ampliada, divertindo, interagindo, ensinando e aprendendo de modo contextualizado com a *cibercultura* e os interesses dos que aprendem.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

- BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BAUMAN, Zigmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- FARDO, Marcelo Luís. *A gamificação como estratégia pedagógica: estudo de elementos dos games aplicados em processos de ensino e aprendizagem*. Dissertação (Mestrado em Educação). Universidade de Caxias do Sul. Caxias do Sul, 2013.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 43ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- FREITAS, Fábio H. de Alencar; SANTOS, Frederick Moreira. *Alfabetização tecnológica nas séries iniciais: pressupostos e notas sobre um curso de formação*, 2005. Disponível em: <<http://www.sbf1.sbfisica.org.br/eventos/snef/xvi/cd/resumos/T0339-2.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
- GUIMARÃES, M. *A Formação de Educadores Ambientais*. Campinas-SP: Papyrus 2005.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11.ed. RJ: DP&A editora, 2006.
- JUCA, Carlos. *O REGRESSO ÀS ORIGENS, DE ATENAS A ATENAS 776 A.C. OLIMPISMO CLÁSSICO – OLIMPISMO MODERNO*. Anais da conferência: De Atenas a Sidney. Escola Secundária de Alberto Sampaio. Portugal, 2000.
- LYOTARD, J. *A condição pós-moderna*. 6ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Estud. av. vol.12 no.34 São Paulo Sept./Dec. 1998. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141998000300002> Acesso em 12 de maio de 2017.
- MORAES, Raquel de Almeida. *A política educacional de informática na educação brasileira e as influências do banco Mundial. Do formar ao PROINFO: 1987-2005*. In: Seminário Nacional de Estudos e Pesquisas. HISTEDBR, 7, 2006, Campinas, Unicamp, 2006. Disponível em: http://www.comunidadeproinfo.escolabr.com/leitura/raquel_moraes/Raqueldealmeidamoraes_histedbr2006.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2016.
- MACEDO, Társo Roberto. *Games com narrativa histórica como dispositivo digital para mediação de experiências formativas em ensino de história: uma pesquisa com o jogo "game of thrones - RPG"*. Dissertação (Mestrado em Gestão e Tecnologias Aplicadas à Educação). Salvador, 2013.

- MORAN, J. M., MASSETO, M. T. e BEHRENS, M. A., *Novas Tecnologias e Medições Pedagógicas*. Campinas-SP: Papirus, 2000.
- PIAGET, J. *Educar para o futuro*. Rio de Janeiro: FGV, 1974.
- PIOVESAN, Laís; COLCIONI, Magda M. G.; STRÖNGOLI, Maria Thereza Q. G. *Livros e computador: palavras, ensino e linguagens*. São Paulo: Luminuras, 2001.
- ROGERS, C. *Tornar-se Pessoa*. Lisboa: Moraes Editores. 1961.
- SILVA, Felix da. *O uso do roleplaying game de computador (CRPG) no ensino à distância via internet: um estudo de caso*. Dissertação (Mestrado em Educação) Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.
- VYGOTSKY, L. *A Formação social da mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1984.
- ZAGHETTI, Edeval A. *O processo de alfabetização em ambientes virtuais*. Campinas-SP: ABL-FE/ UNICAMP, 2007. Disponível em: <http://www.alb.com.br/anais16/sem05pdf/sm05ss07_09.pdf>. Acesso em: 28 agosto de 2016.

FORMAS DE GOVERNO, SISTEMAS DE GOVERNO E RESPONSABILIDADE POLÍTICA

Viviane Pleyzy¹

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA

A Responsabilidade Política é uma parte nebulosa do direito constitucional que exige investigação minuciosa e cuidadosa sob o risco de incorrer em conclusões precipitadas como algumas vozes da atualidade que tentam espalhar o seu desuso ou sua falência. Certamente não é o nosso posicionamento. A Responsabilidade Política é uma ilha esquecida no oceano, terreno que precisa ser adubado para poder gerar frutos. Como um prédio antigo repleto de rachaduras, suas estruturas precisam ser reforçadas. A opção pela implosão do prédio pode seduzir pela sua simplicidade, mas reformá-lo contribui para concretização do direito constitucional político e, conseqüentemente, para reafirmar a opção democrática da grande maioria dos Estados Modernos.

A proposta da presente pesquisa não é setorial, não está vinculada a um ordenamento jurídico específico, a proposta é descortinar e vislumbrar caminhos para a necessária reconstrução de uma teoria geral da Responsabilidade Política. Para tanto, entendemos, faz-se mister dedicar certa atenção para as formas e sistemas de governos existentes na atualidade. As formas de organização do Poder Político existentes nas mais diversas constituições permitem-nos saber como a Responsabilidade Política ocorre ou deveria ocorrer.

Desta forma, trilharemos sobre a linha limítrofe do Direito Constitucional

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 Federal do Estado da 2ª Região.

e da Ciência Política, aquela destinada ao estudo da organização política existente nas Constituições dos Estados, almejando identificar as formas de responsabilização política.

Partimos, nesse ínterim, do conceito de Responsabilidade Política como instrumento de limitação e legitimação do Poder Político que permite a revogação última dos detentores deste Poder e obriga a prestação de contas dos governantes perante os governados.

Mencionamos, por oportuno, a existência na doutrina de autores que elegem o parlamentarismo como o melhor sistema de governo², é possível encontrá-los na doutrina pátria de diversos países, como no Brasil, em que o presidencialismo tem sido aplicado de forma desvirtuada da fórmula original americana. Contudo, entendemos que não há uma melhor forma de governo. Com Cristina Queiroz, afirmamos que *“a escolha do sistema de governo deve estar em consonância quer com a cultura quer com o estado de desenvolvimento do país a que se aplica. Numa palavra, deve corresponder ao desiderato das forças políticas representadas no parlamento. A “tradição” e as “circunstâncias”, designadamente o momento da aprovação das respectivas constituições, as convenções e as práxis constitucionais, relevam para a definição e evolução do sistema de governo”*³.

Se existem aqueles que defendem que o modelo de governo presidencial latino-americano contribuiu para as quebras de Democracia que foram tão freqüentes entre as repúblicas da América Central e do Sul⁴, não podemos olvidar que *“durante dois séculos, os americanos parecem ter desenvolvido uma política cultural, capacidades e práticas que permitem que o seu sistema presidencial (...), o federalismo e uma forte revisão do processo judicial funcionem satisfatoriamente”*⁵.

Distinguir os efeitos da forma constitucional das condições adversas que foram as causas de crises políticas nos mais diversos países não é tarefa simples, mas concluir pela falência de um sistema de governo também não contribui para dirimí-las. Concordamos com Robert A. Dall quando afirma que *“todas as disposições constitucionais têm algumas desvantagens; nenhuma satisfaz todos os critérios razoáveis. De um ponto de vista democrático, não existe uma constituição perfeita”*.⁶

² Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo, “Teoria do Estado”, São Paulo: Malheiros, 5ª Ed., 2004 e BROSSARD, Paulo, “O impeachment: Aspectos da Responsabilidade Política do Presidente da República”, São Paulo: Saraiva, 3 ed., 1992.

³ QUEIROZ, Cristina, “O sistema de Governo Semi-Presidencial”, Coimbra, 2007, p. 200.

⁴ Nesse sentido, DAHL, Robert A., “Democracia”, Temas e Debates, p. 163.

⁵ Idem, p. 162 e 163.

⁶ Idem, p. 162.

O que pretendemos é inserir o estudo das formas e sistemas de governo, mais especificamente das formas de responsabilização política, no desafio proposto por Robert A. Dall no livro “Democracia” que parte da premissa de que *“em qualquer país democrático existe um fosso substancial entre a democracia real e a democracia ideal”* e lança o seguinte questionamento: *“seremos capazes de encontrar caminhos para tornar os países “democráticos” ainda mais democráticos?”*⁷.

Se críticas há ao presidencialismo, o parlamentarismo, como demonstraremos a seguir, está longe da perfeição democrática e tem criado no bojo de seu sistema as suas contradições.

Ditas essas breves palavras passaremos a expor um estudo descritivo para num momento posterior assumirmos uma postura mais crítica ao trazer à baila “as falhas dos sistemas”.

2. CONCEITOS

Os conceitos de Regime Político, Formas de Governo e Sistemas de Governo não têm encontrado uniformidade na doutrina. Muitas vezes são descritos como sinônimos, outras com singelas nuances de diferenciações que dificultam a compreensão do tema. Exporemos nas próximas linhas as definições, dentre as várias existentes, as que nos parecem mais adequadas ao objetivo desta pesquisa.

Regime Político, nas palavras de Duverger, constitui *“um conjunto de instituições políticas que, em determinado momento, funcionam em dado país, em cuja base se acha o fenômeno essencial da autoridade, do poder, da distinção entre governantes e governados, aparecendo, assim como um conjunto de respostas a quatro problemas fundamentais relativos à: (a) autoridade dos governantes e sua obediência; (b) escolha dos governantes; (c) estrutura dos governantes; (d) limitação dos governantes, o que envolve, como se percebe, toda a problemática constitucional”*⁸ Regime Político, nessa concepção, é um conceito que se aproxima de Regime Constitucional.

Segundo Jorge Miranda, *“os regimes políticos identificam-se com as expressões,*

⁷ Idem ibidem, p. 39 e 40.

⁸ DUVERGER, Maurice, “Droit constitutionnel et institutions politiques”, 4ª ed., volume 1, Paris, PUF, 1959 p. 9 e 11 e ss apud AFONSO DA SILVA, José, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, São Paulo: Malheiros Editores, 27ª Ed., 2006, p. 123.

objectivações e concretizações das Constituições materiais. Este conceito apresenta-se mais abrangente do que qualquer outro, porque se constrói a partir de todos os aspectos da vida política e social relevantes; nele avultam, a par da organização do poder, os direitos fundamentais e o regime económico”⁹.

No mesmo sentido, Jorge Xifras define Regime Político como *“conceito amplo que se baseia numa semelhança de ideologia e de instituições, envolvendo sistemas de governo (presidencialismo, parlamentarismo etc.) e até forma de Estado (unitário e federal) e de governo (república, monarquia), mostrando a síntese integradora das instituições, das forças e das idéias que operam numa sociedade”¹⁰.*

O ponto de vista do Regime Político é diverso do estritamente jurídico, pois *“permite apurar as discrepâncias entre a forma de governo estabelecida e a forma de governo praticada, apontando para a investigação das razões que a determinam. Numa palavra, tem em conta a realidade do poder político”¹¹.*

Podemos afirmar que os regimes políticos da atualidade se resumem em regimes autocráticos, em que prevalecem a soberania do governante e o princípio do chefe, e regimes democráticos, em que prevalece a soberania do povo¹².

A expressão Forma de Governo diz respeito ao estudo dos órgãos de governo, através de sua estrutura fundamental e forma como se relacionam¹³. Nas palavras de Cristina Queiroz, é o *“conjunto das instituições políticas na sua morfologia interna, compreendendo o conjunto das normas, escritas ou não escritas, que disciplinam a actividade dos órgãos superiores do Estado e as suas relações recíprocas”¹⁴.*

Nesta mesma linha, o Professor Doutor Canotilho define a forma de governo *“como a posição jurídico-constitucional recíproca dos vários órgãos de soberania e respectivas conexões e interdependências políticas, institucionais e funcionais”¹⁵.*

⁹ MIRANDA, Jorge, “Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo moderna” in Miranda, Jorge, coord. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2004, p. 205.

¹⁰ XIFRAS HERAS, Jorge, “Curso de Derecho Constitucional”, 2ª Ed., tomo II, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1957, p. 77 e ss apud AFONSO DA SILVA, José, Op. Cit., p. 124.

¹¹ MARQUES GUEDES, Armando, “Ciência Política II – Teoria Geral do Estado”, Lisboa, 1982, policopiado, p. 83-84 apud QUEIROZ, Cristina, Op. Cit., p. 26.

¹² Neste sentido, AFONSO DA SILVA, José, Op. Cit., São Paulo: Malheiros Editores, 27ª Ed., 2006, p. 124 e 125.

¹³ Neste sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu, “Elementos de Teoria Geral do Estado”, São Paulo: Editora Saraiva, 25ª ed., 2005, p. 224.

¹⁴ QUEIROZ, Cristina, Op. Cit., p. 25 e 26.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Op. Cit., p. 573.

Os sistemas de governo são “identificados com a estrutura político-constitucional tal como resulta do texto constitucional (...), recobrando a organização, o funcionamento e a interrelação dos órgãos superiores do Estado, podendo ser estudada quer numa perspectiva jurídica quer numa perspectiva fáctica, “rectius” política”¹⁶.

O conceito de “sistema de governo” se apresenta como um subtipo do conceito de “forma de governo”. Por tal motivo, afirma Cristina Queiroz que “é no quadro da “democracia representativa”, uma das classes em que se subdivide o conceito de “forma de governo”, que habitualmente se estabelece a classificação dos “sistemas de governo””¹⁷.

3. AS FORMAS DE GOVERNO CLÁSSICAS.

A classificação mais antiga de formas de governo que se tem conhecimento é a descrita por Aristóteles no livro “Política”. Para o filósofo, “as palavras “constituição” e “governo” têm o mesmo sentido, e o governo, que é a suprema autoridade na Cidade, tem de estar, ou nas mãos de um, ou nas de uns poucos, ou nas de muitos. Por conseguinte, as formas corretas de constituição são aquelas nas quais uma única pessoa, umas poucas pessoas ou muitas pessoas governam visando ao interesse comum; enquanto os governos que têm em vista o interesse privado, seja de um, seja de uns poucos, seja de muitos, são desvios de constituição corretas, pois os membros da Cidade, se eles são verdadeiramente cidadãos, devem participar da vantagem comum”¹⁸.

Sendo assim, das formas de governo que visam o bem comum, o filósofo denomina Monarquia o governo em que só um governa, Aristocracia, o governo de poucos e Governo Constitucional quando uma grande parte dos cidadãos administram a cidade. Os desvios dessas formas de governo são respectivamente: a tirania, a oligarquia e a democracia. Conforme suas lições, “a tirania é uma espécie de monarquia em que apenas se visa ao interesse do monarca; a oligarquia é o governo no qual apenas se considera os interesses dos ricos; democracia é o governo no qual se tem em mira apenas o interesse da massa, e nenhuma dessas formas governa para o interesse de toda a sociedade”¹⁹.

¹⁶ ARMANDO MARQUES GUEDES, *Ciência Política II – Teoria Geral do Estado*, Lisboa, 1982, policopiado, p. 81 apud QUEIROZ, Cristina, *Op. Cit.*, p. 26.

¹⁷ QUEIROZ, Cristina, *Op. Cit.*, p. 26 e 27.

¹⁸ ARISTÓTELES, “Política”, São Paulo: Editora Martin Claret Ltda. 2010, Livro III, Capítulo 7, p. 124.

¹⁹ *Ibidem*, p. 124 e 125.

É de se notar que o termo Democracia utilizado por Aristóteles possui denotação diferente da atual, que significa em breves palavras o governo de todos para todos. Segundo o filósofo, a Democracia é uma forma degenerativa do governo constitucional, o governo de muitos, em que os pobres são os detentores do poder.

Ao descrever uma classificação das formas de governo similar a de Aristóteles, Maquiavel desenvolveu uma teoria com o propósito de sustentar a existência de ciclos de governo, em que *“o ponto de partida é um estado anárquico, que teria caracterizado o início da vida humana em sociedade. Para se defenderem melhor os homens escolheram o mais robusto e valoroso, nomeando-o chefe e obedecendo-o. Depois de algumas escolhas percebeu-se que aquelas características não indicavam um bom chefe, passando-se a dar preferência ao mais justo e sensato. Essa monarquia eletiva converteu-se depois em hereditária, e algum tempo depois os herdeiros começaram a degenerar, surgindo a tirania. Para coibir os seus males, os que tinham mais riqueza, nobreza e ânimo valoroso organizaram conspirações e se apoderaram do governo, instaurando-se a aristocracia, orientada para o bem comum. Entretanto, os descendentes dos governantes aristocratas, que não estavam preocupados com o bem comum, passaram a utilizar o governo em seu proveito próprio, convertendo a aristocracia em oligarquia. O povo, não suportando mais os descabros da oligarquia, mas, ao mesmo tempo, lembrando-se dos males da tirania, destituiu os oligarcas e resolveu governar-se a si mesmo, surgindo o governo popular ou democrático. Mas o próprio povo, quando passou a ser governante, sofreu um processo de degeneração, e cada um passou a utilizar em proveito pessoal a condição de participante do governo”*²⁰.

Nesse estágio da humanidade, o termo Democracia passa a ser sinônimo de governo popular e sua forma degenerativa foi denominada por Maquiavel como Anarquia. O pensador defende, ainda, que a única maneira de evitar as degenerações seria a conjugação da monarquia, da aristocracia e da democracia em um só governo²¹.

Na verdade, a ideia não é tão inédita, já Aristóteles afirmava que a combinação das diversas fórmulas de governo existentes levaria à construção de uma forma de governo são e estável. Reside aqui a raiz do “sistema misto”²².

²⁰ MAQUIAVEL, Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio, I, 2 apud DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. cit., p.226.

²¹ Neste sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. cit., p.226.

²² Neste sentido, QUEIROZ, Cristina, Op. cit., p. 22 e 23.

Segundo Cristina Queiroz, Políbio tem sido considerado o primeiro cultor da “teoria das formas de governo mistas”. Explica a professora lusitana que Políbio “ao estudar e analisar as instituições de Roma, sublinhava que a qualidade de cada uma dessas formas lhe advinha da sua capacidade em equilibrar três tendências. Assim, no caso de Roma, tornar-se-ia necessária uma instituição “monárquica” (: os Cônsules), uma instituição “aristocrática” (: o Senado) e uma instituição “democrática” (: os poderes do Povo). Cada uma dessas instituições agia no domínio que lhe era próprio, mas sempre com o concurso necessário das outras”²³.

Conforme a autora, o mérito da teoria do “governo misto” reside na sua capacidade de fazer cessar as degenerescências políticas. Logo, eleger a constituição de um governo misto a constituição perfeita, tendo em vista ser a única capaz de conciliar diferentes interesses e produzir estabilidade política. Essa é a ideia a ser desenvolvida na Idade Média e na Idade Moderna por ocasião da formação de uma nova ordem constitucional²⁴, qual seja, “a idéia de que a forma de governo mista deveria unir-se a uma ordem constitucional e de que o verdadeiro critério do constitucionalismo (moderno) radicava no princípio da separação de poderes”²⁵.

Além de Aristóteles e Maquiavel, Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, também se dedicou ao estudo das formas de governo e apontou três espécies: o republicano, o monárquico e o despótico: “o governo republicano é aquele em que o povo, como um todo, ou somente uma parcela do povo, possui o poder soberano; a monarquia é aquele em que um só governa, mas de acordo com leis fixas e estabelecidas, enquanto, no governo despótico, uma só pessoa, sem obedecer a leis e regras, realiza tudo por sua vontade e seus caprichos”²⁶.

4. AS FORMAS DE GOVERNO MODERNAS

A literatura especializada indica como formas de governo da atualidade a Monarquia e a República²⁷.

²³ Idem, p. 23.

²⁴ Quanto ao assunto ver Idem, p. 23.

²⁵ Idem, p. 23 e 24.

²⁶ MONTESQUIEU, “De L’Esprit des Lois”, Livro II, Cap. I apud DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. cit., p. 227.

²⁷ Neste sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit. e ROBERT, Cinthia, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, “Teoria do Estado, Democracia e Poder Local”, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

A Monarquia teve seu apogeu por ocasião do nascimento dos Estados Modernos, mediante a necessidade de governos fortes e sem limitações jurídicas, por isso, nesse estágio, a monarquia é denominada absoluta. No final do século XVIII, entretanto, cresce a resistência ao absolutismo, quando surgem as monarquias constitucionais, em que o rei governa, mas está sujeito a limitações jurídicas preestabelecidas na Constituição. Com a adoção do parlamentarismo pelos Estados monárquicos, num momento posterior, surge outra limitação ao poder do monarca, uma vez que este não mais governa, passando a ser o Chefe de Estado com atribuições de representação, e o governo passa a ser exercido por um Gabinete de Ministros.

São características fundamentais da Monarquia: Vitaliciedade, o monarca governa enquanto viver ou enquanto tiver condições para continuar governando; Hereditariedade, a escolha do monarca ocorre pela verificação da linha sucessória; e Irresponsabilidade, o monarca não deve explicações ao povo ou a qualquer órgão sobre os motivos pelos quais adotou certa orientação política²⁸.

A República, conforme leciona Dalmo de Abreu Dallari, *"tem um sentido muito próximo do significado de democracia, uma vez que indica a possibilidade de participação do povo no governo"*²⁹.

Segundo o autor, *"o desenvolvimento da idéia republicana se deu através das lutas contra a monarquia absoluta e pela afirmação da soberania popular. (...) Ao mesmo tempo em que se apontavam os males da monarquia, aumentava a exigência de participação do povo no governo, surgindo a república, mais do que como forma de governo, como símbolo de todas as reivindicações populares. A república era expressão democrática de governo, era a limitação do poder dos governantes e era a atribuição de responsabilidade política, podendo, assim, assegurar a liberdade individual"*³⁰.

São características da República: Temporariedade, o Chefe do Governo exerce um mandato com duração predeterminada e são vedadas as reeleições sucessivas; Eletividade, o Chefe de Governo é eleito pelo povo; Responsabilidade, o Chefe de Governo é politicamente responsável, ou seja, deve prestar contas de suas orientações políticas ao povo, diretamente, ou a um órgão de representação popular.

²⁸ Quanto ao assunto ver DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. cit., p.227 e 228.

²⁹ Idem, p. 228 e 229.

³⁰ Idem ibidem, p. 229.

Embora a classificação descrita seja bastante elucidativa e didática, é excludente na medida em que não abarca algumas formas de governo que tiveram existência em determinados momentos e conjunturas históricas, bem como algumas formas de governo existentes na atualidade³¹.

Contudo, seu mérito se encontra na caracterização de que na Monarquia, absoluta ou constitucional, o rei é irresponsável politicamente. Na monarquia absoluta, ele o é porque seus poderes são legitimados por origem divina e, num momento posterior, pelo despotismo esclarecido, e na monarquia constitucional, porque ele não governa, o monarca é o Chefe de Estado, com funções de representação, e o governo é exercido pelo gabinete de ministros. Já na República, o Chefe de Governo é responsável politicamente, devendo, portanto, prestar contas dos seus atos ao povo ou a um órgão por ele eleito.

Importante ressaltar, nesse contexto, a lição do Professor Doutor Jorge Miranda, segundo a qual *“no conceito de formas institucionais, esgota-se hoje a contraposição entre monarquia e república. Na monarquia constitucional do século XIX, o princípio monárquico, mais ou menos forte (monarquia limitada) ou atenuado (nos outros casos) ainda era um princípio político, nos séculos XX e XXI, já tal não se verifica, e a monarquia, ligada apenas à hereditariedade da chefia do Estado, torna-se algo meramente simbólico. As monarquias constitucionais actuais são todas democracias representativas, ao passo que sob a forma de república cabem as mais divergentes formas de governo”*³².

Mais completa e atual, parece-nos, a classificação sugerida pelo mencionado Professor, que divide as principais formas de governo modernas em: Monarquia absoluta³³, Governo representativo clássico ou liberal³⁴, Democracia jacobina

³¹ Pensamos ser mais completa a classificação proposta pelo Professor Jorge Miranda que descreveremos nas próximas linhas.

³² MIRANDA, Jorge, Op. Cit., p. 204.

³³ “A monarquia absoluta, de que os últimos exemplos europeus foram a Rússia e a Turquia antes de 1914, é a forma de governo que extrai do princípio da legitimidade monárquica o máximo de concentração do poder (e de exercício do poder) no rei”. (Idem, p. 246)

³⁴ “O governo representativo clássico ou liberal repousa numa legitimidade democrática (embora diferida ou remota); consagra a liberdade política; adopta a representação política, mas com sufrágio censitário e com autonomia dos representantes; adopta ainda a separação de poderes com tendências mecanicistas, pelo menos na Europa”. (Idem, p. 246)

ou radical³⁵, Governo cesarista³⁶ ³⁷, Monarquia limitada³⁸, Democracia representativa³⁹, Governo leninista⁴⁰, Governo fascista e fascizante⁴¹ e

³⁵ “Em contraposição ao governo clássico ou liberal encontra-se a democracia jacobina ou radical. Querendo agora levar às últimas conseqüências o princípio democrático, recusa tanto a representação política como a separação de poderes e limita a liberdade política”. (Idem, p. 246)

³⁶ “Também o governo cesarista assenta numa legitimidade democrática; todavia, atenua a representação política através do recurso ao plebiscito. E, obviamente, concentra o poder no César (ainda quando não rejeita formalmente a separação de poderes) e, por isso, não pode deixar de afectar também a liberdade política”. (Idem, p. 246 e 247)

³⁷ “O cesarismo põe os destinos de uma sociedade nas mãos de um homem a quem uma nação dá procuração ampla e voto de confiança tácito sob condição desse homem trazer a felicidade ao povo”. (OLIVEIRA MARTINS, “História da República Romana”, 7ª ed., 1987, I vol., pág. 221 apud Idem, p. 247)

³⁸ “A quinta forma de governo é a monarquia limitada, ou seja, a monarquia que se autolimita, nomeadamente através das Cartas Constitucionais.

Subsiste nela a legitimidade monárquica, embora já não tão pacífica e não tão exclusivamente como acontecia na monarquia absoluta. Por isso, a diferença entre o governo representativo clássico e a monarquia limitada tem a ver com a legitimidade política e com papel do rei dentro do sistema político.

Embora a monarquia limitada aceite a separação de poderes, ela só se verifica no domínio deixado às instituições representativas. Em tudo o mais subsiste uma idéia de unidade política assente no rei. Separação de poderes na medida em que o rei não tem já todo o poder; separação de poderes, sobretudo, dentro das instituições representativas que são admitidas. E há tanto mais forte separação de poderes no domínio das instituições representativas quanto mais, por essa via, se tenta dividi-las, fraccioná-las, para não porem em causa o poder do rei”. (Idem, p. 247)

³⁹ “A sexta forma de governo é a democracia representativa, que, no essencial, resulta da modificação das instituições representativas pela realização do sufrágio universal, corolário lógico do princípio da legitimidade democrática. Mas o sufrágio universal gera fenómenos desconhecidos no século XIX; em especial, liga-se ao enorme papel adquirido pelos partidos políticos, a ponto de alguns falarem então em Estado de partidos. Ao mesmo tempo, se a democracia representativa continua a aceitar a separação de poderes na linha do governo representativo, também a transforma”. (Idem, p. 247)

⁴⁰ “Na forma de governo leninista – correspondente ao regime marxista-leninista – o povo, que surge como titular do poder, já não é o mesmo que é titular do poder no governo representativo clássico ou na democracia representativa. Não é a universalidade dos cidadãos ou o povo identificado com a comunidade política. E, como se sabe, o povo igual a classes trabalhadoras (ou, noutra fase, o povo em que já não há separação de classes ou de onde desapareceu a burguesia).

Esta forma de governo não confia na representação política (por causa, desde logo, dessa visão classista), se bem que não adopte instituições puramente comissariais, como as da forma de governo jacobina. E rejeita também o princípio da separação de poderes, se bem que a concentração de poderes se venha a dar não tanto a nível do Estado quanto a nível do partido. No fundo, o essencial ou específico da forma de governo leninista é o governo do Estado pelo partido comunista, considerado vanguarda da classe operária”. (Idem, ibidem, p. 248)

⁴¹ “A forma de governo fascista é muito mais difícil de analisar ou caracterizar, porque emerge de várias matrizes ideológicas e vai ter concretizações históricas extremamente diversificadas. O seu paradigma é o governo do exactamente chamado Partido Fascista em Itália, de 1922 a 1943; a sua expressão extrema é o nacional-socialismo alemão; e as suas expressões mais atenuadas são (se se considerarem em rigor fascismos) o salazarismo português e o franquismo espanhol.

O governo fascista e fascizante não proclama peremptoriamente, nem tão-pouco rejeita, a legitimidade democrática. O que faz é substituir o povo (conjunto de cidadãos concretos) por um povo algo diferente – um povo identificado com o Estado em Itália, com a raça na Alemanha, com a nação (transtemporal) em Portugal. Dessas concepções de legitimidade resultam quer o afastamento do pluralismo quer a negação da separação de poderes liberal. Por outro lado, tal como o governo leninista, o governo fascista leva ao domínio do poder por um partido único, um partido ideológico de massas (e é, de resto, por isto não se verifica no regime de Salazar que ele não se reconduz a um verdadeiro governo fascista, é apenas dele afim)”. (Idem, ibidem, p. 248)

Governo islâmico fundamentalista⁴² ⁴³.

Como o objetivo da presente pesquisa é demonstrar a Responsabilidade Política existente nas diversas formas de governo, algumas premissas se fazem necessárias.

Em primeiro lugar, somente há governo legítimo quando responsável. É a legitimidade que garante o reconhecimento pelos governados da autoridade dos governantes. O triunfo do princípio democrático em quase todo o mundo consagrou a ideia de que o povo é o titular do poder, portanto legítimo é o governo representativo do povo.

Em segundo lugar, somente há Responsabilidade Política se houver liberdade política, abrangendo esta a liberdade de expressão, de associação, de reunião e de deslocação. De acordo com as lições do Mestre de Lisboa, *“a liberdade política conduz ao pluralismo. A livre formação e a livre comunicação de idéias e opiniões conduz ao reconhecimento da existência de diversas correntes políticas ou politicamente relevantes, bem como à possibilidade de organização dos cidadãos para a crítica dos governantes e para sua substituição pacífica, máxime através de partidos políticos”*⁴⁴. Logo, somente pode ser responsável o governo pluralista.

Por fim, somente há Responsabilidade Política mediante a existência de Separação de Poderes. A Separação de Poderes permite a limitação do Poder Político e limitar um Poder é legitimá-lo.

Dessa forma, podemos afirmar que as formas de governo que viabilizam a implementação da Responsabilidade Política são a Monarquia Limitada e a Democracia Representativa. Passemos, a uma análise mais apurada.

Na monarquia absoluta não há que se falar em Responsabilidade Política, uma vez que a legitimidade é monárquica, inexistente representação política, bem como liberdade política e divisão de poderes.

⁴² “O governo fundamentalista islâmico, situado já fora dos quadros culturais e jurídicos do Estado moderno, tem como expressão mais importante a república do Irão desde 1979.

Nele, o princípio democrático, que não enjeita, está condicionado pelo princípio teocrático, porque o povo é a comunidade de crenças. Aí reside a sua base de legitimidade, pelo que, sem embargo de instituições representativas próximas dos ocidentais, o poder real acha-se, em última análise, no corpo de dirigentes religiosos, os aiatolás. E daí limites muito intensos ao pluralismo”. (Idem, *ibidem*, p. 248 e 249)

⁴³ Para um estudo mais detalhado ver Idem *ibidem*

⁴⁴ Idem *ibidem*, p.213 e 214.

Quanto ao governo representativo clássico ou liberal, embora exista a limitação dos governantes pelas regras de separação dos poderes⁴⁵ e a ideia de que o poder reside no povo, não se pode falar em Responsabilidade Política. Pois sendo o sufrágio restrito não há representação política que revele a vontade geral daquele que verdadeiramente detêm o poder, o Povo.

No governo representativo clássico, a representação traduz-se na legitimação dos governantes pelo consentimento dos governados, trata-se da legitimidade de título. Paradoxalmente, as Constituições proclamam a soberania nacional, sem que instituem o sufrágio universal. O objetivo principal era impedir os abusos da demasiada ocupação do poder e promover uma espécie de aristocracia burguesa eletiva que salvaguardasse as liberdades e garantias individuais⁴⁶.

Foi exatamente esta patente incoerência, aliada com a crescente necessidade dos operários estarem presentes nos Parlamentos para defesa de suas reivindicações, que justificou a contestação do regime e sua posterior evolução⁴⁷.

Nesse sentido, explica o Professor Jorge Miranda, *"a seguir à primeira guerra mundial precipitam-se as mudanças sociais e políticas: queda de muitas monarquias europeias e esvaziamento do princípio monárquico naquelas que perduram, sufrágio feminino, representação proporcional e representação de interesses, referendo, unicameralismo, tentativas de "racionalização" do parlamentarismo, etc. O governo representativo – evolutiva ou revolucionariamente – cede o lugar à democracia representativa (também denominada, por vezes, governo semi-representativo), dele distinta nas ideologias e nas tensões a que dá vazão, a despeito da continuidade de certos princípios e da coincidência parcial de institutos e formas constitucionais. E nos países que a adoptam é a democracia representativa que, no segundo pós-guerra, fornece o quadro em que se vão inserir as reformas do Estado social de Direito"*⁴⁸.

Somente com a sedimentação da democracia representativa se torna possível a responsabilização política dos governantes, pois a vontade do povo passa a ser manifestada pelo colégio de todos os cidadãos com direitos políticos. Além disso, os governantes passam a submeter-se ao cumprimento de deveres constitucionais relativos ao exercício dos seus cargos e do dever de informação ao povo. É na

⁴⁵ Acrescente-se, ainda, que segundo o Professor Jorge Miranda esta separação de poderes possuía tendências mecanicistas. (Idem ibidem, p.250)

⁴⁶ Idem ibidem, p.227 e 228.

⁴⁷ Idem ibidem, p.228.

⁴⁸ Idem ibidem, p.228.

democracia representativa que todos os requisitos necessários para a viabilização da Responsabilidade Política se encontram mantendo existência concomitante, quais sejam: legitimidade democrática, incluída neste conceito a representação política com sufrágio universal, pluralismo político e separação dos poderes.

O mesmo ocorre com a monarquia limitada, pois como já dito anteriormente a contraposição entre monarquia e república encontra-se, hoje, superada, tendo em vista que as monarquias atuais são todas democracias representativas.

Quanto às demais formas de governo, sempre haverá a ausência de um ou outro requisito necessário para a viabilização e existência da Responsabilidade Política.

Pode ocorrer, também, de haver a existência, porém deturpada desses elementos. É o que ocorre, por exemplo, nos regimes autoritários e totalitários, em que as eleições são mantidas, contudo não há representação política.

Nos regimes autoritários e totalitários não há liberdade política, são sistemas monistas, logo a eleição adquire um significado específico. Enquanto nos sistemas pluralistas a eleição *“envolve sempre uma margem útil de escolha, dentro de um ambiente de segurança frente ao poder e de livre afrontamento de idéias”*⁴⁹, revelando-se não só como *“acto de responsabilidade política dos governantes, mas também mecanismo de renovação periódica e de formação de alternâncias”*⁵⁰; *“diverso vem a ser o sentido de eleição em sistemas monistas, porque com ela nunca se põem em causa os governantes, sob pena de então também se pôr em causa o próprio regime. A eleição pode servir para reforçar ou para suscitar uma imagem de legitimidade dos governantes; pode ser uma aclamação, não um acto de orientação política; e se pode conter todos os elementos formais ou procedimentais, faltam-lhe os elementos substantivos de uma vontade autônoma distinta do poder estabelecido”*⁵¹.

Segundo Paulo Otero, o totalitarismo e o autoritarismo são realidades próximas, contudo diferentes. O totalitarismo revela-se uma forma agravada de autoritarismo, o que permite afirmar que *“todo o totalitarismo envolve sempre autoritarismo, apesar de nem sempre o autoritarismo ser totalitário”*⁵². O Professor ensina que *“o autoritarismo ainda assenta num esforço de integração num Estado*

⁴⁹ Idem ibidem, p.216.

⁵⁰ Idem ibidem, p.216.

⁵¹ Idem ibidem, p.216.

⁵² OTERO, Paulo, “A Democracia Totalitária. Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI”, Cascais: Principia, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p.78.

de Direito – apesar de, quase sempre, assumir uma natureza meramente formal -, enquanto o totalitarismo, quase nunca se preocupando com qualquer esforço formal de integração no âmbito de um modelo de Estado de Direito, antes tem na sua base um “Estado de contra-Direito” ou “Estado de não-Direito”^{53 54}.

Em sua obra “A Democracia Totalitária”, o Professor inclui dentre os Regimes Totalitários regimes de extrema direita e de extrema esquerda como o Fascismo, Nazismo, Sovietismo e Maoísmo, e qualifica o Salazarismo como um regime autoritário. Em todos os regimes, no entanto, podemos vislumbrar uma característica comum, qual seja, “a preferência por um modelo constitucional de organização que consagre, expressa ou implicitamente, uma concentração de poderes, verificando-se que o protagonismo da decisão política se encontra no poder executivo e, dentro deste, em especial, no seu líder, transformando em principal centro decisório do Estado”⁵⁵.

A retomar a classificação das formas de governo proposta pelo Professor Jorge Miranda, podemos afirmar que no governo fascista e fascizante, assim como no governo leninista, por existir a concentração de poder num executivo forte, não se pode falar em Responsabilidade Política.

Nos regimes marxistas-leninistas observa-se com muito mais vigor o domínio do poder por um partido único, um partido ideológico de massas, enquanto nos regimes fascistas prevalece o culto da autoridade e da ordem e a ideia de um Poder Executivo forte. Em ambos os casos se encontram ausentes a liberdade política e a separação de poderes. Havendo uma legitimidade formal que visa tão somente atribuir uma roupagem democrática a regimes substancialmente autoritários.

A Democracia jacobina teve sua expressão mais perfeita na Constituição francesa de 1793, nela havia legitimidade democrática, no entanto havia recusa a ideia de representação política, os agentes políticos eram comissários sujeitos a destituição. A liberdade política era limitada e não havia separação de poderes, logo também não havia Responsabilidade Política.

O governo cesarista, “identificado com Bonaparte e muito próximo (daí o nome) da prática de Júlio César em Roma”, embora se assente numa legitimidade

⁵³ Idem, p.81.

⁵⁴ No mesmo sentido, o Professor Jorge Miranda leciona que “nos regimes totalitários, o poder político absorve todos os poderes sociais; nos regimes autoritários ele impede apenas o exercício da liberdade política”. (Miranda, Jorge, Op. Cit., p.216)

⁵⁵ Idem, p.78 e 79.

democrática, concentra o poder no César, implementando uma separação de poderes quase inexistente, daí, também, não há a falar em Responsabilidade Política.

O governo fundamentalista islâmico se autodenomina democrático, ocorre, no entanto, que o “povo”, segunda sua concepção é a comunidade de crentes, sua legitimidade é fundamentada em bases teocráticas, onde o poder se encontra concentrado no corpo de dirigentes religiosos. A separação de poderes é quase inexistente, daí, a Responsabilidade Política igualmente inexistente.

O objetivo de toda a exposição descrita é somente um: concluir que a democracia representativa é a única forma de governo da modernidade capaz de oferecer o ambiente propício a Responsabilidade Política. Na realidade, a Democracia traz em si a idéia de governo responsável. Democracia, legitimidade democrática e Responsabilidade Política são conceitos intrínsecos, tão entrelaçados que é impossível se debruçar sobre um sem reconhecer os outros.

O importante é ter em conta que a democracia resulta da ideia de limitação do Poder Político, do governo do povo em prol do povo, em síntese, da ânsia de concretização de governos responsáveis. Logo, concluir pela falência ou ineficiência da Responsabilidade Política significa aniquilar a própria democracia.

Não há no mundo atual outra opção, somente a democracia viabiliza a existência e manutenção de governos legítimos e responsáveis.

Ora, também não pretendemos fechar os olhos para a realidade. Se a democracia é a única forma de governo ideal do mundo atual, existem males no bojo de seu sistema que dificultam o seu desiderato.

Alertamos, nesse diapasão, para os governos que sob uma roupagem democrática escondem verdadeiras tiranias. Líderes não faltam que fazem uso de clientelismo, de eleições fraudulentas e da máquina pública para chegar e permanecer no poder, utilizando-o em benefício dos seus interesses e que ao ser confrontado alegam possuir um mandato legítimo, vez que eleitos. São esses mesmos líderes que fecham Congressos Nacionais, aniquilam a imprensa, proíbem o acesso à internet e à informação, reprimem manifestações populares, dentre outras limitações aos direitos humanos, sempre sob a roupagem da Soberania Popular, sob a forma de democracia.

Mesmo nos países em que a democracia se encontra mais enraizada, os desafios

não são menores e passam necessariamente por uma nova sistematização do Princípio da Separação de Poderes e pela atuação dos Partidos Políticos.

A Responsabilidade Política implica em tornar mais democráticos governos já democráticos.

5. OS SISTEMAS DE GOVERNO

5.1. PRESIDENCIALISMO

5.1.1. O MODELO NORTE-AMERICANO

O presidencialismo é uma criação americana do século XVIII, sua origem remonta a revolução que se iniciou em 1776 e resultou na independência da Inglaterra e na Constituição de 1787. Sua construção não resultou de um longo e gradual processo de elaboração, como aconteceu no parlamentarismo.

*Em verdade, o presidencialismo resultou “da aplicação das idéias democráticas, concentradas na liberdade e na igualdade dos indivíduos e na soberania popular, conjugadas com o espírito pragmático dos criadores do Estado norte-americano. A péssima lembrança que tinham da atuação do monarca, enquanto estiveram submetidos à coroa inglesa, mais a influência dos autores que se opunham ao absolutismo, especialmente de Montesquieu, determinou a criação de um sistema que, consagrando a soberania da vontade popular, adotava ao mesmo tempo um mecanismo de governo que impedia a concentração do poder”*⁵⁶.

De acordo com o Professor Canotilho, as características fundamentais da forma de governo presidencial dos Estados Unidos são as seguintes⁵⁷:

Separação de poderes: O poder legislativo, o poder executivo e o poder judiciário são poderes independentes⁵⁸.

Legitimação: O presidente da República possui legitimidade democrática quase direta, pois ele é eleito por um colégio formado por eleitores em número igual ao de senadores e representantes⁵⁹.

⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.240.

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. Cit., p. 586 e 587.

⁵⁸ Importante esclarecer que independência não significa oposição entre poderes, mas que não há subordinação de um para outro, não há supremacia de um sobre o outro. Com DALLARI, afirmamos que “o sistema presidencial norte-americano aplicou com o máximo rigor possível, o princípio dos freios e contrapesos, contido na doutrina da separação de poderes”. (DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.240).

⁵⁹ Cabe esclarecer que as eleições nos Estados Unidos derivam de um processo complexo e que pode levar

Governo: O presidente da República é o Chefe do Estado e o Chefe do Governo. A chefia do executivo é unipessoal, não há um gabinete ministerial, o que ocorre é a existência de simples secretários de Estado, subordinados ao presidente. Nas palavras de Darcy Azambuja “é o presidente chefe do Estado e chefe do Executivo, traçando a política geral e dirigindo a administração, com inteira autonomia em relação ao Legislativo. É, por isso, plenamente responsável pelos atos de governo e de administração. Os ministros são seus auxiliares (...) e não têm política própria, e sim a do presidente”^{60 61}.

Poder Judiciário: O Poder Judiciário, no sistema presidencial norte-americano, se reveste de grande relevância funcionando como um verdadeiro contra-poder através do *Supreme Court* e do instituto da *judicial review*.

Controles: “Não existem controles primários entre o Presidente da República e o Congresso: o Presidente não tem poderes de dissolução das câmaras e nenhuma destas ou ambas tem a possibilidade de aprovar moções de censura contra o presidente. O governo é “irresponsável”⁶² e o parlamento “indissolúvel”. Daí o afirmar-se que os poderes são poderes separados. De todo o modo, existem alguns elementos de “contrapeso”: o Presidente pode ser destituído através do processo de *impeachment* e o Senado tem de dar o seu assentimento à nomeação dos secretários de estado e altos funcionários do executivo. Por sua vez, o Presidente dispõe de veto”⁶³

ao poder um candidato que tem a maioria de mandatos eleitorais, contudo sem possuir a maioria dos votos populares (foi o caso de Hays, em 1876, de Harrison, em 1888 e de Bush, em 2000). No modelo norte-americano cabe a um colégio eleitoral, formado em número igual ao de senadores e representantes de cada Estado, a competência para eleger o Presidente da República. Pelo sistema de votos eleitorais, todos os votos de um Estado cabem ao partido que obtiver nele a maioria dos votos populares. Logo, pode ocorrer que um candidato obtendo os votos dos Estados com maior representação ganhe as eleições, mesmo não obtendo a maioria dos votos populares. Por esse motivo, a forma de votação norte-americana tem sido alvo de críticas, pelo que já se cogita a eliminação do colégio eleitoral. Em outros países que optaram pelo sistema presidencialista foi consagrada a eleição direta pelo povo, tendo em vista a autenticidade polêmica da representação política nos Estados Unidos. (Quanto ao assunto ver DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. cit., p.244 e CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. Cit., p. 586)

⁶⁰ AZAMBUJA, Darcy, Op. Cit., p.325.

⁶¹ No sistema presidencial americano, baseado de forma extrema na separação de poderes, os ministros não podem comparecer perante o Parlamento para prestar informações, porque é uma praxe típica do parlamentarismo. Contudo, em outros países que vieram a adotar o sistema presidencialista, essa prática foi atenuada, podendo os ministros comparecer ao Legislativo, a fim de prestar esclarecimentos sobre assuntos de suas respectivas pastas. (Neste sentido, Idem, p. 325).

⁶² A expressão “governo é irresponsável” significa ausência de Responsabilidade Política nos moldes existentes no parlamentarismo em que o executivo precisa da confiança do legislativo para governar. No presidencialismo há o *Impeachment*, que, sendo uma forma de destituição do poder, é também uma forma de responsabilização política. Retornaremos ao assunto de forma mais acurada adiante.

⁶³ Em alguns Estados essa participação do presidente da república no processo legislativo foi considerada insuficiente, tendo sido concedida, ainda, a possibilidade de enviar projetos de lei ao poder legislativo. (DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.245).

*relativamente aos actos legislativos mas com a possibilidade de superação do veto político por cada uma das câmaras através de deliberação aprovada por mais de 2/3 (two thirds rule)"*⁶⁴.

Como visto, no sistema presidencial a separação de poderes se revestiu de contornos tão extremos que o poder executivo não é responsável perante o legislativo e muito menos por ele removido, exceto nos casos de *impeachment*. Neste sentido, afirmam Poguntke e Webb, *"the president is accountable only to the electorate which furnished his or her mandate to govern. Given that the president cannot be brought down by the legislature, it is logical, moreover, for his or her incumbency to be for a fixed term"*⁶⁵.

Além das características acima descritas, Dallari acrescenta, ainda, a escolha do Presidente da República por um prazo determinado. É importante ter em conta que a eleição por si só não assegura o caráter democrático do presidencialismo se não houver um mandato limitado temporalmente, pois uma vez eleito o presidente poderia se perpetuar no poder, o que o transformaria em uma verdadeira monarquia eletiva. O mesmo ocorreria se fossem possíveis reeleições indefinidas. Nos EUA, quanto à possibilidade de reeleições, a princípio, mediante a omissão da Constituição americana sobre o assunto criou-se a praxe de se admitir o máximo de dois períodos consecutivos para cada presidente. Ocorreu, no entanto, que Franklin Roosevelt, a aproveitar-se das circunstâncias da guerra, conseguiu se eleger por um terceiro período consecutivo. Esse fato fez com que fosse aprovada uma emenda constitucional, na qual se estabeleceu um limite máximo de dois períodos consecutivos⁶⁶.

Os juristas Cinthia Robert e José Luiz Quadros de Magalhães acrescentam outra característica ao sistema presidencialista estadunidense, qual seja, o bipartidarismo. Nas suas palavras, *"pode-se supor que um sistema presidencial bipartidário pode não funcionar, pois, ou presidente tem maioria do seu partido na Câmara e no Senado e governa com poderes imperiais, ou não tem maioria e logo não governa. Entretanto, não é bem assim. O presidente dos Estados Unidos, ao enviar um projeto de lei ao Congresso, não verifica o número de deputados e*

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. Cit., p. 587.

⁶⁵ 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, p. 02.

⁶⁶ Neste sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.244.

senadores democratas e republicanos, mas sim quais grupos de pressão representam aqueles deputados e senadores democratas e republicanos (se eleitos pela indústria farmacêutica, indústria de tabaco, pelas minorias etc.) É um congresso de lobbies. O bipartidarismo norte-americano deve-se em parte ao sucesso do modelo econômico norte americano (...). O resultado é a existência de dois partidos de direita que defendem o mesmo sistema econômico com propostas semelhantes, diferenciadas pelo grau de radicalismo”⁶⁷.

Embora existam críticas ao sistema presidencialista norte-americano, podemos afirmar que tem funcionado de forma satisfatória nos Estados Unidos. Quanto ao assunto, assim se manifestou o jurista americano Bruce Ackerman: *“Muito embora as suas patologias sejam muitas e severas, os rituais da confrontação entre o presidente, a câmara, e o senado parecem, na atualidade, normais aos norte-americanos, fornecendo-lhe uma base de legitimação que permitiu aos cidadãos definir e, às vezes, decidir as matérias de importância fundamental por várias gerações. Considerando as suas raízes profundas na cultura estadunidense, seria apressado supor que podemos inventar um melhor sistema que o que temos agora”⁶⁸.*

Entretanto, se os estadunidenses se orgulham do seu sistema de freios e contrapesos em evolução, a exportação desse modelo para outros países tem sido, em larga medida, desastrosa⁶⁹.

5.1.2. “PRESIDENCIALISMOS”

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-americano⁷⁰.

De acordo com Dallari, *“O regime presidencial tem sido preferido nos lugares e nas épocas em que se deseja o fortalecimento do poder executivo, sem quebra*

⁶⁷ ROBERT, Cinthia, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, Op. Cit., p.66.

⁶⁸ ACKERMAN, Bruce, “A Nova Separação dos Poderes”, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 14. (Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos, Revisão da tradução: Nívia Mônica da Silva).

⁶⁹ Bruce Ackerman se posiciona de forma contrária a exportação do modelo presidencialista norte-americano para outros Estados. (ACKERMAN, Bruce, Op. Cit., p. 7)

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. cit., p. 588.

da formal separação dos poderes. A seu favor argumenta-se com a rapidez com que as decisões podem ser tomadas e postas em prática. Além disso, cabendo ao Presidente da República decidir sozinho, sem responsabilidade política perante o parlamento, existe unidade de comando, o que permite um aproveitamento mais adequado das possibilidades do Estado, sem a necessidade de transigências e adaptações que deformam qualquer diretriz política. Por último, alega-se que o presidencialismo assegura maior energia nas decisões, pois sendo o responsável pela política e tendo os meios para aplicá-la, o Presidente da República, naturalmente interessado no êxito de sua política, tudo fará para que o Estado atue com o máximo de suas possibilidades”⁷¹.

Esses têm sido os argumentos apresentados pelos países subdesenvolvidos. Em síntese, defendem o presidencialismo 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.

Fazemos uso, nesse ponto, das palavras de Paulo Bonavides: *“ditadura não é sinônimo de governo forte, mas de governo de força. Governo forte é o governo da lei, 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”⁷².*

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 poder⁷³.

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 desenvolvimento⁷⁴.

⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. cit., p.245.

⁷² BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p.271.

⁷³ POGUNTKE, Thomas, WEBB, Paul, Op. cit., p. 05.

⁷⁴ Vide a chegada ao poder de Evo Morales, na Bolívia, traduzindo a força da população indígena e do

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”⁷⁵ 76.

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”⁷⁷.

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 iniciativas de leis, o veto de leis e, em alguns casos, o poder de expedir atos normativos⁷⁸ e a rígida separação de poderes que interfere na relação do poder executivo com o

movimento cocarero e a eleição do presidente Lula, no Brasil, significando a vitória do movimento do operariado. Os exemplos não param por aí, citamos, ainda, Fujimori, no Peru e Chávez, na Venezuela. Nem os EUA são imunes a esse fenômeno, a prova contundente desta afirmação foi a eleição de Barack Obama, em 2008, que se deveu em grande medida à exaltação da sua trajetória de vida.

⁷⁵ ORTI, Javier, “El Hiperpresidencialismo”. Disponível em <http://javierorti.blogspot.com/2008/01/el-hiperpresidencialismo.html>. Acesso em 02 de fevereiro de 2011.

⁷⁶ Professor Doutor Canotilho define esses presidencialismos como “cesarismo representativo” ou “centralismo presidencialista”. (CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. Cit., p. 588).

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p.272.

⁷⁸ É o caso das medidas provisórias no Brasil. Quanto a este assunto, vale descrever a lição de Cinthia Robert e José Luiz Quadros de Magalhães: “A medida provisória é medida excepcional que se insere em um sistema constitucional democrático. Criada como substituta do decreto-lei, deveria dele guardar grande distância, uma vez que ao contrário deste, será rejeitada por decurso de prazo se, após trinta dias, não tiver sido aprovada pelo legislativo, perdendo a eficácia desde sua edição.

A Constituição Federal estabelece que a medida provisória só será editada em caso de urgência, o que significa que apenas em caráter excepcional ou de relevante interesse público, que não possa permitir aguardar os prazos de urgência do processo legislativo constitucional, poder-se-á admitir sua edição, legislando o Executivo com absoluta precariedade e excepcionalidade, pois não é esta a sua função.

Tais atributos fazem com que a medida provisória seja admitida como uma capacidade legislativa extraordinária do Presidente da República em uma democracia, não quebrando o equilíbrio entre os três Poderes.

Entretanto, na prática, a nossa Constituição real é muito diferente da Constituição escrita. Se tomarmos como exemplo apenas o primeiro ano do governo Fernando Henrique Cardoso, em 1995, encontraremos, com perplexidade, uma edição recorde de medidas provisórias, com a passiva aceitação do Poder Legislativo, que assiste e concede sua inferiorização diante do Executivo, com o agravante da sustentação do Poder Judiciário, que admite inclusive reedições de medidas provisórias, o que faz desaparecer sua provisoriedade, com a possibilidade de, a cada reedição, presenciarmos as modificações de parágrafos, incisos e alíneas de seu texto original, trazendo total insegurança às relações jurídicas”. (ROBERT, Cinthia, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, Op. Cit., p.55).

poder legislativo tornando-o um poder subordinado que favorece a utilização do Estado para fins partidários ⁷⁹.

Contudo, como já mencionado, distinguir os efeitos da forma constitucional das condições adversas que são também causas das crises políticas nos países presidencialista não é tarefa simples.

Acrescentamos aos fatores jurídicos descritos anteriormente outros fatores que possuem relevância equiparada ou, talvez, preponderante, 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 podemos, também, deixar de fazer a devida alusão à existência de um contingente amplo 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 parece-nos uma visão demasiado reducionista. Com Bruce Ackerman, afirmamos que a separação de poderes pode servir ou impedir ao projeto populista de autogoverno⁸⁰. 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.

Há muito tem se repetido que no presidencialismo não existe Responsabilidade Política, expressão que pensamos não ser verdade. Não há Responsabilidade Política nos moldes existentes nos sistemas parlamentaristas, mas há formas de responsabilização política, embora seja patente sua não efetividade real.

Retomando o conceito até aqui formado de Responsabilidade Política, temos que esta é instrumento de limitação e legitimação do Poder Político que permite a revogação última dos detentores deste Poder e obriga a prestação de contas dos governantes perante os governados.

⁷⁹ Neste sentido, BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. Cit., ROBERT, Cinthia, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, Op. Cit., dentre outros.

⁸⁰ ACKERMAN, Bruce, Op. Cit., p. 07.

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 enseja o deslocamento de questões políticas para o Poder Judiciário através do direito penal. É através de duas formas que o direito penal pode se tornar um instrumento de luta política: 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 adversários políticos mediante a inexistência ou impossibilidade de mecanismos de Responsabilidade Política.

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.

5.2. PARLAMENTARISMO.

5.2.1. FORMAÇÃO HISTÓRICA DO GOVERNO PARLAMENTAR NA INGLATERRA

O surgimento e o desenvolvimento do parlamentarismo se entrelaçam com a história política da Inglaterra, onde nasceu e foi se definindo paulatinamente durante séculos⁸¹.

⁸¹ Neste sentido, AZAMBUJA, Darcy, Op. Cit., DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., ROBERT, Cinthia, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, Op. Cit., dentre outros.

De acordo com Darcy Azambuja, “os reis ingleses, já antes da invasão normanda, tinham como órgão extralegal da administração do reino um Conselho Privado (Privy Council), formado de nobres e altos dignitários que, por parentesco ou amizade, gozavam da intimidade e da confiança do monarca”⁸².

Esse conselho tinha a função de deliberar sobre questões relevantes da administração e da política. “Porém, o número excessivo de seus membros e o hábito que sempre existiu de o rei consultar alguns homens mais íntimos e de mais estrita confiança fizeram com que, dentro do Conselho Privado, se formasse um pequeno grupo ou comitê, ao qual o monarca ouvia sobre assuntos mais graves, que não deviam ou não podiam ser submetidos ao plenário do Conselho Privado. Esse grupo (committee of State, cabinet) foi a origem do gabinete do governo parlamentar”⁸³.

No entanto, esse gabinete era exatamente a antítese do que é o gabinete na atualidade, ou seja, era formado por homens de confiança do rei. Isso significa que o seu poder absoluto era contrário às reivindicações do povo representado pelo Parlamento.

Com a revolução de 1688, esse quadro se transformou, tendo em vista que o Parlamento passou a possuir o direito de votar anualmente os impostos, o que colocou o rei numa relação de dependência da assembleia popular e tornou impossível governar sem o apoio desta. A solução foi escolher os membros do gabinete entre os homens do partido que possuísse a maioria no Parlamento. Essa prática, com o tempo, passou a ser observada por todos os ocupantes do trono inglês e se converteu num dos princípios fundamentais do parlamentarismo, a formação do gabinete por membros advindos da maioria parlamentar.

Outro aspecto que facilitou tal prática foi o caráter bipartidário do sistema britânico, uma vez que permite que um único partido possa deter a maioria das cadeiras^{84 85}.

Quanto ao Parlamento, Dallari aponta como fato que originou a sua criação a revolta ocorrida no ano de 1265, contra o rei da Inglaterra, Henrique III, liderada

⁸² AZAMBUJA, Darcy, Op. Cit., p.326.

⁸³ Idem, p. 326.

⁸⁴ Neste sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.235.

⁸⁵ Esclarece Dallari que “isso não ocorre nos sistemas pluripartidários, pois nestes, quase sem exceção, nenhum partido consegue sozinho obter a maioria dos lugares, sendo indispensável a realização de coligação para compor a maioria parlamentar. Em consequência, nem sempre o Primeiro Ministro é membro do partido que tem o maior número de representantes, podendo recair a escolha em alguém que seja de um partido menor, mas que revele melhores condições para conseguir a composição de um grupo majoritário”. (DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.235).

por um nobre francês, Simon de Montfort, que promoveu uma reunião com caráter de uma assembleia política formada por pessoas de igual condição política, econômica e social. Depois da morte em combate de Simon de Montfort, neste mesmo ano de 1265, deu-se continuidade à prática de se reunirem cavaleiros (nobres que não eram pares do reino), cidadãos e burgueses. No ano de 1295, essas reuniões foram oficializadas pelo Rei Eduardo I, consolidando a criação do Parlamento.⁸⁶

Indica o mencionado jurista que *“depois de uma fase inicial de grande prestígio, o Parlamento, que também sofreu as conseqüências da instalação do absolutismo, foi perdendo a autoridade, levando vários séculos para poder impor ao monarca suas decisões, o que só iria conseguir no século XVIII. Nesse meio tempo, entretanto, a partir do ano de 1332, começa a se definir a criação de duas Casas do Parlamento. Os barões, que eram pares do reino, continuavam a realizar suas assembléias, às quais o clero não mais comparecia. E os cavaleiros, cidadãos e burgueses, identificados no seu conjunto pela designação de commoners, compuseram sua própria assembléia, que seria a Câmara dos Comuns”*⁸⁷.

A doutrina tem apontado uma circunstância histórica que favoreceu à progressiva independência do gabinete possibilitando sua transformação em um Poder Executivo governando com o apoio do Legislativo, qual seja, a chegada ao trono inglês de um rei estrangeiro, Jorge I⁸⁸. É que *“com o falecimento da Rainha Ana, em agosto de 1714, o príncipe alemão Jorge, eleitor de Brunswick-Luneburg e que governava de Hanover os seus territórios, foi considerado o herdeiro legítimo da coroa britânica, subindo ao trono da Inglaterra com o título de Jorge I. Nem ele, nem seu sucessor Jorge II, tinham conhecimento dos problemas políticos ingleses, e não revelaram o menor interesse por eles. Como registram os historiadores, nenhum dos dois falava inglês e quando se dirigiam ao Parlamento faziam-no em latim. Uma das principais conseqüências de todas essas circunstâncias foi que o Gabinete continuou a se reunir e a tomar decisões, sem a presença do rei. E logo um dos ministros, membro do Gabinete, foi se destacando dos demais, liderando o Gabinete e passando a expor e defender suas decisões perante o Parlamento. Esse ministro, Roberto Walpole, foi chamado, de início por ironia, Primeiro Ministro, por sua ascendência sobre os demais e no controlar o rei. Mas sua atuação teve importância decisiva para que, com a redução da participação e da autoridade do monarca nas decisões políticas,*

⁸⁶ Vide DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.232.

⁸⁷ Idem, p.232/233.

⁸⁸ Vide, DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., AZAMBUJA, Darcy, Op. Cit. e BONAVIDES, Paulo, Op. Cit.

ficasse claramente delineado um dos pontos básicos do parlamentarismo: a distinção entre o Chefe do Governo, que passou a ser o Primeiro Ministro, e o Chefe do Estado, que continuou sendo o monarca”⁸⁹.

Nesse período de mais de meio século fixou-se a independência do gabinete e máxima o “*rei reina, mas não governa*”. Não governando, portanto, o rei, caberia a responsabilidade do governo ao gabinete. Dessa forma, não aprovando o Parlamento as decisões do gabinete, este deveria demitir-se para que o rei escolhesse outros ministros. Firmou-se, dessa forma, a responsabilidade política e solidária do gabinete, uma conseqüência natural da sua autonomia⁹⁰.

Cabe esclarecer que “de início foi utilizado o impeachment (instituto de direito penal) para afastar os ministros indesejáveis. Fazia-se a acusação perante a Câmara dos Comuns, alegando-se a prática de um delito. Reconhecia a culpa, declarava-se o impeachment, com a conseqüência de perda do ministério e imposição de uma pena. Aos poucos os ministros perceberam ser mais conveniente deixar o cargo logo que se manifestasse o descontentamento do Parlamento em relação à política que estivessem adotando. Nasceu, assim, a responsabilidade política, com a obrigatoriedade da demissão do Gabinete sempre que receber um voto de desconfiança”⁹¹.

Nessa lógica, havendo desaprovação pelo Parlamento do ato de um ministro sobre um assunto grave e importante, todo o gabinete possui o dever de se demitir, pois a responsabilidade política é solidária, tendo em vista que os atos dessa natureza presumem-se praticados com a anuência e a ciência de todo o gabinete. Entretanto, há uma contrapartida, julgando o gabinete que é ele, e não o Parlamento, que está atuando em conformidade com a vontade geral, possui o direito de decretar a dissolução do corpo legislativo, através de consulta à nação⁹².

Mediante todo o exposto, podemos afirmar que a formação do parlamentarismo resultou de um longo processo histórico aliado a circunstâncias específicas que possibilitaram o seu desenvolvimento gradual. Cabe ressaltar, porém, que embora tenha nascido na Inglaterra, um país monárquico e que possui um sistema bipartidário, o parlamentarismo foi implantado em governos

⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.233/234. No mesmo sentido, AZAMBUJA, Darcy, Op. Cit., p. 328/329.

⁹⁰ Cfr. AZAMBUJA, Darcy, Op. Cit., p. 328/329.

⁹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.233/234.

⁹² Cfr. AZAMBUJA, Darcy, Op. Cit., p. 329.

republicanos e pluripartidários, o que impôs certas adaptações para possibilitar o seu funcionamento⁹³.

5.2.2. CARACTERÍSTICAS DO PARLAMENTARISMO

A doutrina tem indicado as seguintes características do parlamentarismo:

Distinção entre chefe de Estado e chefe de Governo: O chefe de Estado é o monarca ou o Presidente da República que não participa das decisões políticas. Cabe a ele o exercício da função de representação do Estado. Contudo, sua figura revela importância, tendo em vista que atua como vínculo moral do Estado, acima das disputas políticas, e tem papel relevante nos períodos de crise em que se faz necessária a indicação de um novo Primeiro Ministro à aprovação do Parlamento. O chefe de governo é o Primeiro Ministro e quem exerce efetivamente o poder executivo⁹⁴.

Responsabilidade Política do Governo: *"o gabinete ou o primeiro-ministro é nomeado pelo chefe de estado (rei ou presidente da república), mas deve, antes, obter a confiança do parlamento, havendo a obrigação de demitir-se no caso de aprovação de moções de censura ou de rejeição de votos de confiança"*⁹⁵.

Possibilidade de dissolução do Parlamento: *"dissolução do parlamento pelo chefe de estado, sob proposta do gabinete (do primeiro-ministro), ou seja, a dissolução é feita por decreto presidencial ou real (consoante se trate de república ou de monarquia), mas trata-se de um acto de iniciativa do gabinete que assume a responsabilidade política do mesmo através da referenda (dissolução ministerial ou governamental)"*⁹⁶.

Inexistência de mandatos fixos: *"o primeiro ministro em geral não tem mandato mínimo, ou seja, pode o governo cair a qualquer momento, desde que perca a sua base parlamentar, assim como não tem mandato máximo, mantendo-se no poder enquanto tiver apoio parlamentar e, teoricamente, apoio popular. Os deputados não têm, em geral, mandato mínimo (salvo alguns sistemas que proíbem a dissolução do parlamento nos primeiros meses de mandato), tendo, entretanto, o mandato*

⁹³ Cfr. DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.235.

⁹⁴ Cfr. Idem, p.236.

⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. Cit., p. 583.

⁹⁶ Idem ibidem, p. 583.

máximo; não havendo dissolução antecipada do parlamento, este se dissolverá automaticamente findo o prazo limite do mandato”⁹⁷.

O Doutor Canotilho considera como sendo uma característica da forma de governo parlamentar a eleição, nos regimes republicanos, do Presidente da República pelo parlamento e a irresponsabilidade política perante este⁹⁸.

As características descritas anteriormente constituem a diretriz básica do sistema de governo parlamentar. Ao ser, no entanto, utilizado por outros países, foram acrescentadas outras em conformidade com a realidade política dos Estados.

Admitiu-se, por exemplo, em alguns Estados, que o Chefe de Estado também exercesse funções políticas. Por esse motivo tal forma foi denominada de dualista, enquanto a forma original, inglesa, denomina-se monista⁹⁹.

Dessa forma, “fala-se em regime de gabinete, quando o sistema é nitidamente monista e o executivo é como que um representante da maioria do Parlamento. Essa hipótese corresponde, na realidade, ao Estado parlamentarista com um sistema bipartidário. Dá-se o nome de regime de assembléia àquele em que o executivo é uma espécie de delegado do Parlamento e atua de comum acordo com ele, o que seria típico do parlamentarismo num sistema pluripartidário”¹⁰⁰.

Cabe esclarecer que a opção dos Estados Europeus pelo parlamentarismo relaciona-se com o temor dos excessos do poder pessoal. Segundo Mirkine-Guetzévitch, o constitucionalismo europeu, por ocasião da adoção de novas constituições no I Guerra Mundial, era direcionado a busca de racionalização do poder. Compreendia-se que a racionalização do poder passava necessariamente pela relação entre o legislativo e o executivo, deram preferência ao legislativo acreditando-o mais equilibrado e menos sujeito aos riscos do personalismo¹⁰¹.

5.2.3. SEMIPRESIDENCIALISMO

De todas as lições até aqui expostas podemos vislumbrar duas posições: a que defende o parlamentarismo e a que defende o presidencialismo como o melhor sistema de governo.

⁹⁷ Idem ibidem, p. 67/68. No mesmo sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.236.

⁹⁸ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. Cit., p. 583.

⁹⁹ Cfr. DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.237.

¹⁰⁰ Idem, p.237/238.

¹⁰¹ B. Mirkine-Guetzévitch, “Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel”, Marcel Giard, Paris, 1931, p. 7/9 apud Idem ibidem, p.238.

Nas palavras de Mirkine-Guetzévitch, *“os defensores do parlamentarismo consideram-no, de fato, mais racional e menos personalista, porque atribui responsabilidade política ao chefe do executivo e transfere ao Parlamento, onde estão representadas todas as grandes tendências do povo, a competência para fixar a política do Estado, ou, pelo menos, para decidir sobre a validade da política fixada. Os que são contrários a esse tipo de governo argumentam com sua fragilidade e instabilidade, sobretudo na época atual em que o Estado não pode ficar numa atitude passiva, de mero vigilante das relações sociais. Já tendo passado dessa fase para a de participação ativa na organização da sociedade e, mais recentemente, para um período em que sua iniciativa é esperada e até exigida, o Estado precisa de mais dinamismo e mais energia, que não se encontram no parlamentarismo”*¹⁰².

Num outro giro, se encontramos esse dinamismo e unidade de comando no presidencialismo, a ausência de responsabilidade política nos moldes existentes no parlamentarismo tem conduzido à personalização de poder, a sua utilização com desvios e abusos, muitas vezes com a sedimentação de verdadeiras ditaduras camufladas.

Dessa forma, nas palavras de Cristina Queiroz, *“as vantagens do parlamentarismo correspondem à solução das desvantagens do presidencialismo, consubstanciando-se as suas desvantagens nas vantagens do presidencialismo, e vice-versa”*¹⁰³.

Longe de pretender por termo a celeuma, até mesmo porque, como dito anteriormente, pensamos que o sistema de governo deve corresponder à cultura e ao estágio de desenvolvimento do país¹⁰⁴, é de se ter em conta que o reconhecimento dos méritos e fragilidades de cada sistema tem levado à construção de sistemas híbridos, também denominados de semipresidencialistas.

Foi na III República francesa que esse sistema começou a se desenvolver, por isso considera-se o arquétipo francês o “modelo exemplar”¹⁰⁵.

Nesta época, a França vivia um período político que Malberg denominava de “crise na representação”, conjuntura que manifestava as dificuldades de conciliar liberalismo e democracia e supremacia legislativa com sufrágio universal¹⁰⁶.

¹⁰² Idem, p.238/239.

¹⁰³ QUEIROZ, Cristina, Op. Cit., p. 53.

¹⁰⁴ Cfr. Idem ibidem, p. 200.

¹⁰⁵ Cfr. Idem ibidem, p. 49.

¹⁰⁶ MALBERG, R. Carré de, “Contribution à la théorie générale de l’État”, I, Paris, 1920, reimp., 1962, p. 68, 99, 109 ss apud Cfr. Idem ibidem, p. 36.

Daí a expressão “Estado Legal” utilizada pelo referido autor para qualificar o sistema político da III República francesa. *“Este assentava na supremacia do parlamento e na subordinação às Câmaras do poder executivo. Esta situação de desequilíbrio não oferecia garantias suficientes quanto ao funcionamento global do sistema. Por isso impunha-se uma “revalorização” do papel do executivo, acompanhada da correspondente limitação dos poderes do parlamento, responsável (...) pelas desordens engendradas pelo sistema político”*¹⁰⁷.

Tal revalorização do papel do executivo visava conferir a este um lugar tão importante quanto o do parlamento, redefinindo-o e alargando sua missão de mero executor das leis¹⁰⁸.

Para Malberg, *“a extensão do direito de sufrágio é considerada como o principal factor responsável pelos desvios sofridos pelo regime parlamentar. A “crise do parlamentarismo” é então explicada como um “desvio” do regime parlamentar instaurado em França pelas Leis constitucionais de 1875”*¹⁰⁹.

À época, dois argumentos eram defendidos em favor da revalorização do executivo: *a eficácia*, uma vez que o executivo dispõe de assistência técnica e meios de informação que as assembleias não possuem, o que lhe proporciona uma posição estratégica para constatar as necessidades do país, e *a democratização*, pois o executivo se encontra sujeito ao controle judicial através do “recurso por excesso do poder”, enquanto o parlamento, num quadro de um “legicentrismo”, não se submete à qualquer fiscalização jurídica dos seus atos¹¹⁰.

Segundo Pedro Lomba, *“a III e IV Repúblicas francesas instituíram um sistema de governo parlamentar caracterizado por uma forte instabilidade ministerial. A Lei Constitucional de 1875 previa a responsabilidade política solidária e individual dos ministros perante as duas câmaras. A ausência de instrumentos susceptíveis de conter a utilização do controlo e da sanção política parlamentar provocou uma sucessão continuada de governos. Tendo o Presidente da República cessado de exercer o poder de dissolução, o sistema de governo transformou-se num sistema de parlamentarismo de assembleia”*¹¹¹.

¹⁰⁷ Idem, p. 36/37.

¹⁰⁸ Cfr. Idem, p. 37/38.

¹⁰⁹ Idem, p. 38.

¹¹⁰ Cfr. Idem ibidem, p. 38.

¹¹¹ LOMBA, Pedro, Op. Cit., in O Direito, Almedina, ano 140, v.III, 2008, p. 640.

Esse quadro foi marcado por uma instabilidade política, tendo em vista que o Chefe de Estado não conseguia desempenhar suas funções. É elucidativa a informação de que no período de 1946 a 1958, sucederam 24 governos diferentes¹¹².

Nesse eito, *“face ao cenário de instabilidade política dos regimes anteriores, a V República veio instituir um sistema de governo fortemente racionalizado. Para evitar a instabilidade política, omitiu-se a responsabilidade política individual dos ministros e recuperou-se o poder e a posição constitucional do chefe de Estado e Presidente da República”*¹¹³.

Logo, o governo parlamentar francês não mais se caracterizava pela *“execução pura e simples das leis, mas o seu poder de comando nos limites fixados pela própria lei. O executivo não é mais um órgão de execução de leis. Deve, para além das atribuições de pura execução, possuir um certo “poder de decisão próprio”, os chamados “actos primários”, isto é actos não directamente ordenados pelo parlamento, em nome do chamado “princípio da colaboração ou interdependência dos poderes”; o que permite ao órgão governamental participar na função legislativa”*¹¹⁴.

A doutrina não é uníssona, muito pelo contrário, sobre a autonomia desse sistema de governo, havendo aqueles que se referem a ele como um sistema qualificado de *“presidencialismo”*, outros de *“sistema misto parlamentar-presidencial”*, outros ainda de *“sistema parlamentar com correctivo presidencial”*^{115 116}.

Oriundo da França, esse modelo influenciou países como a Áustria, Finlândia, Portugal e os países do leste europeu democratizados após o término da guerra fria. Contudo, essa afirmação está longe de encontrar unanimidade, havendo quem afirme que somente a França constitui verdadeiro e único semipresidencialismo^{117 118}.

¹¹² Idem, p. 641.

¹¹³ Idem, p. 641.

¹¹⁴ Cfr. QUEIROZ, Cristina, Op. Cit., p. 39.

¹¹⁵ Neste sentido, Idem, p. 181/182.

¹¹⁶ Dalmo de Abreu Dallari, J. J. Gomes Canotilho, Cinthia Robert e José Luiz Quadros de Magalhães defendem sua autonomia em relação às formas de governo parlamentar e presidencial. Vide DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p.239, CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. Cit., p. 591 e ROBERT, Cinthia, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, Op. Cit., p. 74/76.

¹¹⁷ Cristina Queiroz classifica o modelo português como *“sistema parlamentar com correctivo presidencial”* e o modelo francês como *“semi-presidencialismo”*. Vide QUEIROZ, Cristina, Op. Cit., p. 7 e 195/198.

¹¹⁸ O Professor Doutor Canotilho classifica o modelo de governo francês, bem como o finlandês e o português como semi-presidencialismo. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. Cit., p. 591.

Não pretendemos aqui esgotar o tema o que implica em fugir do desiderato da presente pesquisa¹¹⁹, contudo importante é ter em conta que, de acordo com Sartori, *“a única característica que o semi-presidencialismo deve ostentar, quanto mais não seja devido à sua própria designação, é a de uma estrutura de “autoridade dual”, numa palavra, uma configuração bifronte. Qualquer constituição semi-presidencial deve estabelecer, de algum modo, uma diarquia entre um presidente, chefe de Estado, e um primeiro-ministro, que conduz a política do governo. Se no presidencialismo ressalta a figura do presidente eleito, contextualmente chefe de governo, no parlamentarismo sobressai a figura do primeiro-ministro. No semi-presidencialismo estão presentes esses dois factores. Daí a configuração do sistema semi-presidencial como um “executivo dual” ”*¹²⁰.

Segundo o Professor Doutor Canotilho, os traços estruturais das formas de governo semipresidencialista são as seguintes: *“(1) dois órgãos (presidente da república e o parlamento) eleitos por sufrágio directo; (2) dupla responsabilidade do governo (gabinete) perante o presidente e perante o parlamento; (3) dissolução do parlamento por decisão e iniciativa autônomas do presidente da república (diferentemente do que existe no regime presidencial quer no regime parlamentar); (4) configuração do gabinete como órgão constitucional autônomo (diversamente do regime presidencial e analogamente ao regime parlamentar); (5) presidente da república com poderes de direcção política próprios (à semelhança do regime presidencial, mas diversamente do regime parlamentar)”*¹²¹.

Isto posto, podemos concluir que o semipresidencialismo constitui um sistema de governo com executivo dual em que o governo possui responsabilidade perante o presidente e o parlamento.

5.2.4. ABORDAGEM CRÍTICA DO PARLAMENTARISMO

Preliminarmente, há que se levar em consideração que o processo de responsabilização política dos executivos perante os parlamentos ocorreu de forma diversa na Inglaterra e na França.

¹¹⁹ Indicamos para uma abordagem mais aprofundada do assunto a obra de Cristina Queiroz citada anteriormente, “O sistema de governo semi-presidencial”.

¹²⁰ SARTORI, Giovanni, “Ingegneria costituzionale comparata. Strutture, incentivi ed esiti”, 2ª Ed., Bolonha, 1996, p. 138/130 apud QUEIROZ, Cristina, Op. Cit., p. 190.

¹²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. cit., p. 591.

Na Inglaterra, em princípio, adotou-se a responsabilidade criminal dos ministros, através do *impeachment*. Contudo, a responsabilidade criminal terminou convertida em Responsabilidade Política¹²².

Segundo Pedro Lomba, "*o impeachment foi o mais importante instrumento de responsabilidade dos ministros ou dos conselheiros do Rei utilizado pelo Parlamento. Tratou-se de um procedimento criminal, surgido nos finais da Idade Média, que permitia ao parlamento destituir os ministros e afirmar a sua autoridade política sem questionar ou deslegitimar a autoridade régia. Deste modo, o impeachment tornou-se um mecanismo judicial engendrado pelo parlamento com o objetivo de afastar os ministros. Como a iniciativa do procedimento estava reservada à Câmara dos Comuns – embora competisse à Câmara dos Lordes –, o impeachment acabou por ser usado freqüentemente por motivos políticos, afastando-se assim de um procedimento puramente criminal. Foi o seu desuso e a sua crescente politização que assinalam a afirmação da responsabilidade política dos ministros parece ter surgido de uma mutação do instituto do impeachment, na medida em que este deixou de ser necessário para forçar os ministros a demitir-se"*¹²³.

Ocorre que mediante a ameaça de sofrer um processo de *impeachment*, os ministros preferiam demitir-se a submeter-se à censura pública. Dessa forma, o referido instrumento foi condenado ao desuso cedendo lugar ao aparecimento da responsabilidade política¹²⁴.

Na França, a Responsabilidade Política dos ministros perante ao parlamento também surgiu associada à responsabilidade criminal, contudo com fundamento diverso. Com base na separação de poderes, o constitucionalismo francês recusou de início a responsabilidade política do executivo. Acrescente-se, o fato deste ser, à época, um poder subordinado, mero executor de leis. No entanto, foi consagrada a responsabilidade criminal dos ministros, pois se estes eram meros aplicadores das leis poderiam ser sancionados por atos contrários à legalidade.

Conforme descrito anteriormente, esse quadro gerou uma instabilidade política gerando a necessidade de instituir um executivo mais forte.

Nesse sentido, a Constituição de 1958 consagrou um sistema dualista de poder executivo e Responsabilidade Política, em que o Governo necessita de

¹²² Cfr. LOMBA, Pedro, Op. Cit., in O Direito, Almedina, ano 140, v.III, 2008, p. 629.

¹²³ Idem ibidem, p. 631. No mesmo sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu, Op. Cit., p. 233/234.

¹²⁴ Idem ibidem, p. 632.

dupla confiança política, sendo responsável perante o parlamento e perante o Presidente da República.

Os dois modelos históricos de institucionalização da responsabilidade política foram concebidos de forma diferente. *“Enquanto que no Reino Unido a consagração da responsabilidade do poder executivo conduziu ao fortalecimento progressivo do poder do Gabinete e, dentro deste, do Primeiro-Ministro, de acordo com um esquema unívoco de legitimidade de um regime maioritário, em França a afirmação da responsabilidade do poder executivo deu-se num sentido diferente, através da coexistência de dois tipos de legitimidade: a legitimidade dos representantes que traduzem a vontade do povo e impõem a subordinação do executivo; e a legitimidade da função de governo que hoje em dia se identifica com a legitimidade do Presidente da República eleito por sufrágio universal”*¹²⁵.

No Reino Unido, a estabilidade do gabinete levou a doutrina a explorar a responsabilidade individual dos ministros, tendo em vista que a responsabilidade coletiva terminou apagada mediante a fusão das maiorias parlamentares com os executivos. Na França, o dualismo de legitimidades políticas implicou a expansão do poder do presidente da república e provocou a teorização de um novo sistema de governo: o sistema semipresidencial.

De toda sorte, embora por caminhos diversos, esses dois modelos influenciaram a totalidade dos Estados europeus, a contribuir para formação do constitucionalismo democrático do século XX.

Todo esse legado é denominado por Paulo Otero de herança parlamentar liberal, formado pelas seguintes características: *“monopólio constitucional do parlamento no exercício da função legislativa, configuração dos deputados como representantes de toda colectividade, responsabilidade política dos ministros perante o parlamento, ausência de autonomia constitucional da figura do chefe do governo (ou primeiro-ministro) e neutralidade da intervenção política do poder judicial”*¹²⁶.

No entanto, o autor alerta que o parlamentarismo da Europa continental passou por transformações fáticas, distanciando-o do previsto nas constituições oficiais, subvertendo a herança política liberal e consubstanciando a emergência de uma “constituição não oficial”¹²⁷.

¹²⁵ Idem ibidem, p. 643.

¹²⁶ OTERO, Paulo, “A subversão da herança política liberal: A presidencialização do sistema parlamentar” in MIRANDA, Jorge, coord. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2004, p. 252/253.

¹²⁷ Cfr. Idem, p. 259 e 263.

Nessa linha de raciocínio, o referido autor indica o que denomina de “soberania do Primeiro-Ministro” como sendo uma das transformações responsáveis pela subversão da herança política liberal. A “soberania do primeiro-ministro” decorre da conjugação de dois fatores: “o primeiro-ministro, enquanto líder da maioria parlamentar, controla a vontade decisória do parlamento e, sendo, simultaneamente, o chefe do governo, garante a unidade decisória de toda a actividade governativa: há aqui uma efectiva união pessoal” e “essa união pessoal permite observar, simultaneamente, que o órgão de controlo político (:o parlamento) acaba por ser, ele próprio, a expressão decisória de uma maioria política que é comandada politicamente pelo chefe do órgão (:o primeiro-ministro) que deveria ser controlado (:o governo): opera-se aqui a completa subversão do modelo parlamentar clássico”¹²⁸.

Logo, em vez de o parlamento controlar o governo, é o chefe de governo que controla a maioria parlamentar de forma que se o primeiro-ministro quer, o parlamento aprova, se não quer, o parlamento rejeita. Além disso, as eleições parlamentares acabam desvirtuadas, pois em vez dos eleitores escolherem os deputados, as eleições se transformam num processo indireto de escolha do primeiro-ministro¹²⁹.

Nessa senda, “já não é o chefe do governo que resulta da maioria parlamentar, mas esta última que surge por arrastamento da escolha directa do candidato a primeiro-ministro: o modelo normativo da Constituição acaba por se inverter, passando a legitimidade política do chefe do governo a imperar sobre a legitimidade dos deputados que o deveriam fiscalizar”¹³⁰.

Segundo o autor, portanto, a *práxis* do sistema, agravada pelo “Estado de partidos”, indica uma quase ditadura temporária do primeiro-ministro, o que denomina de “presidencialismo de primeiro-ministro” ou “monarquia eletiva de primeiro ministro”¹³¹.

Outra transformação fática ocorrida no bojo do parlamentarismo é a concepção do governo como órgão legislativo do Estado Social, em que pese à expressa previsão constitucional dos diversos Estados fazerem referência ao parlamento como o principal órgão do legislativo. Isto se dá pelos seguintes motivos: “verifica-se, em termos comparados, que o governo é

¹²⁸ Idem, p. 258.

¹²⁹ Cfr. Idem, p. 259.

¹³⁰ Idem, p. 260.

¹³¹ Cfr. Idem *ibidem*, p. 261.

titular de competência legislativa autorizada e, por outro lado, usa e abusa do exercício da competência legislativa de urgência e necessidade”; “o número de atos legislativos provenientes do governo é hoje infinitamente superior ao número de leis parlamentares, registrando-se que os parlamentos são dotados de uma estrutura de funcionamento que é totalmente inoperante perante as exigências de satisfação das necessidades colectivas próprias de um Estado de bem-estar” e “grande parte das leis aprovadas nos parlamentos resultam de iniciativa legislativa governamental, observando-se a falta de preparação técnica e informativa dos deputados para responder ou contestar as soluções materialmente complexas resultantes das propostas normativas do governo”¹³².

Acrescente-se, ainda, ao rol das mutações ocorridas no parlamentarismo a transformação da Responsabilidade Política do executivo perante o parlamento em mera ilusão teórica, mediante ao fato que “o parlamento só aprova aquilo que o governo e a sua maioria querem, tal como rejeita tudo aquilo que esse mesmo Governo e essa maioria não aceitam” e “o desencadear pela oposição de qualquer mecanismo de responsabilidade política do executivo só tem efeitos noticiosos na televisão e nos jornais: a iniciativa parlamentar da oposição está, à partida, condenada pelo voto da maioria fiel ao governo”¹³³.

Podemos vislumbrar, na atualidade, uma função meramente formal de controle político do parlamento frente a um executivo fundado numa maioria partidária induzindo a um inevitável paradoxo: quanto mais necessário é o controle parlamentar sobre o governo, menos eficaz é esse mesmo controle¹³⁴.

Por último, o Dr. Paulo Otero indica como transformação sofrida pelo parlamentarismo a alteração sofrida no conceito de representação política parlamentar, o que a tornou uma verdadeira ficção coletiva mediante a intermediação partidária. O autor corrobora tal assertiva apresentando três constatações: “os partidos políticos transformaram-se nos verdadeiros protagonistas do sistema eleitoral, seleccionando os candidatos a deputados e funcionando como intermediários entre os eleitores e os eleitos”; “o voto que cada candidato a deputado recebe raramente se deve às suas próprias qualidades ou ao seu nome, antes é eleito por constar na lista do partido X ou do partido Y: operou-se aqui um fenómeno de fungibilidade do deputado ou, talvez melhor, da sua transformação em funcionário

¹³² Idem ibidem, p. 254/255.

¹³³ Idem ibidem, p. 255.

¹³⁴ Cfr. Idem ibidem, p. 255.

ao serviço do partido político que o elegeu” e “o deputado já não é hoje, ao invés do entendimento liberal, aquela pessoa esclarecida encarregue pelos respectivos eleitores de defender os seus interesses junto do poder legislativo: o deputado tende antes a ser aquele que submissa e docilmente se sujeita a cumprir os ditames do partido que o elegeu, sabendo até que o exercício de um mandato com autonomia decisória ou em rebelião com esse mesmo partido o afastará, por certo, de uma próxima reeleição nas listas desse partido”¹³⁵.

Diante de todo o exposto, podemos constatar que, na maioria dos Estados europeus, o sistema de governo parlamentar encontra-se presidencializado, subvertido, expressão da manifestação de uma “constituição não oficial” oriunda desta realidade fática contrária aos textos constitucionais escritos.

A Responsabilidade Política, consagrada pelo parlamentarismo, converteu-se em letra morta nas Constituições, a ceder lugar a esquemas partidários que põem em risco a representação e o controle político. É hora, portanto, de fazer (re)viver uma teoria da Responsabilidade Política sob pena de assistirmos inertes ao nascimento no âmago da Democracia, através de esquemas próprios desta, de fatores anti-democráticos que invertem a própria lógica do regime.

6. CONCLUSÃO

O que se pretende demonstrar com as explanações feitas no presente capítulo, num primeiro momento, é que a Democracia traz em si a idéia de governo responsável. E justamente por isso, somente a democracia representativa proporciona o ambiente necessário para que a Responsabilidade Política possa ser viabilizada, visto que esta não prescinde de legitimidade democrática, incluído neste conceito a representação política com sufrágio universal, pluralismo político e separação de poderes. Portanto, decretar a falência à Responsabilidade Política é condenar a própria Democracia ao fim.

Sedimentada esta ideia, passamos, num momento posterior, a suplantar a contraposição parlamentarismo-presidencialismo tão arraigada na doutrina que insiste em empobrecer o debate, sempre com a conclusão da superioridade de um sistema sobre o outro. Além do mais, a formulação de sistemas híbridos, que conjugam aspectos de ambos os sistemas, cujo melhor exemplo é o francês,

¹³⁵ Idem ibidem, p. 255/256.

seguido do português e do finlandês, tem demonstrado que as resoluções das falhas existentes vão além do mero enquadramento dicotômico parlamentarismo-presidencialismo e passa necessariamente por reformulações e aprimoramentos, quiçá a construção de fórmulas diferenciadas das já tão conhecidas.

Afirmamos, novamente, que não há um melhor sistema de governo, o que tem de haver é um sistema de governo condizente com a cultura e o estado de desenvolvimento de um país. No entanto, reconhecemos que independentemente do sistema de governo adotado haverá sempre uma distância entre democracia real e democracia ideal. É exatamente nesta premissa que situamos a importância de fazer (re)viver uma teoria da Responsabilidade Política, porque implica em tornar países democráticos em países mais democráticos, em outras palavras, implica em aproximar democracia real e democracia ideal.

Ademais, oriundos de construções teóricas tão opostas, estes sistemas de governo têm demonstrado, na prática, estarem cada vez mais próximos. Ambos sofrem os fenômenos da personalização do poder, preeminência do executivo sobre os demais poderes, criminalização da política e partidarização da Democracia. Ambos transformaram a Responsabilidade Política em letra morta nos textos constitucionais.

Impressão e acabamento:
COPGRA/ACOI
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 ♦ <http://emarf.trf2.jus.br/site/>

