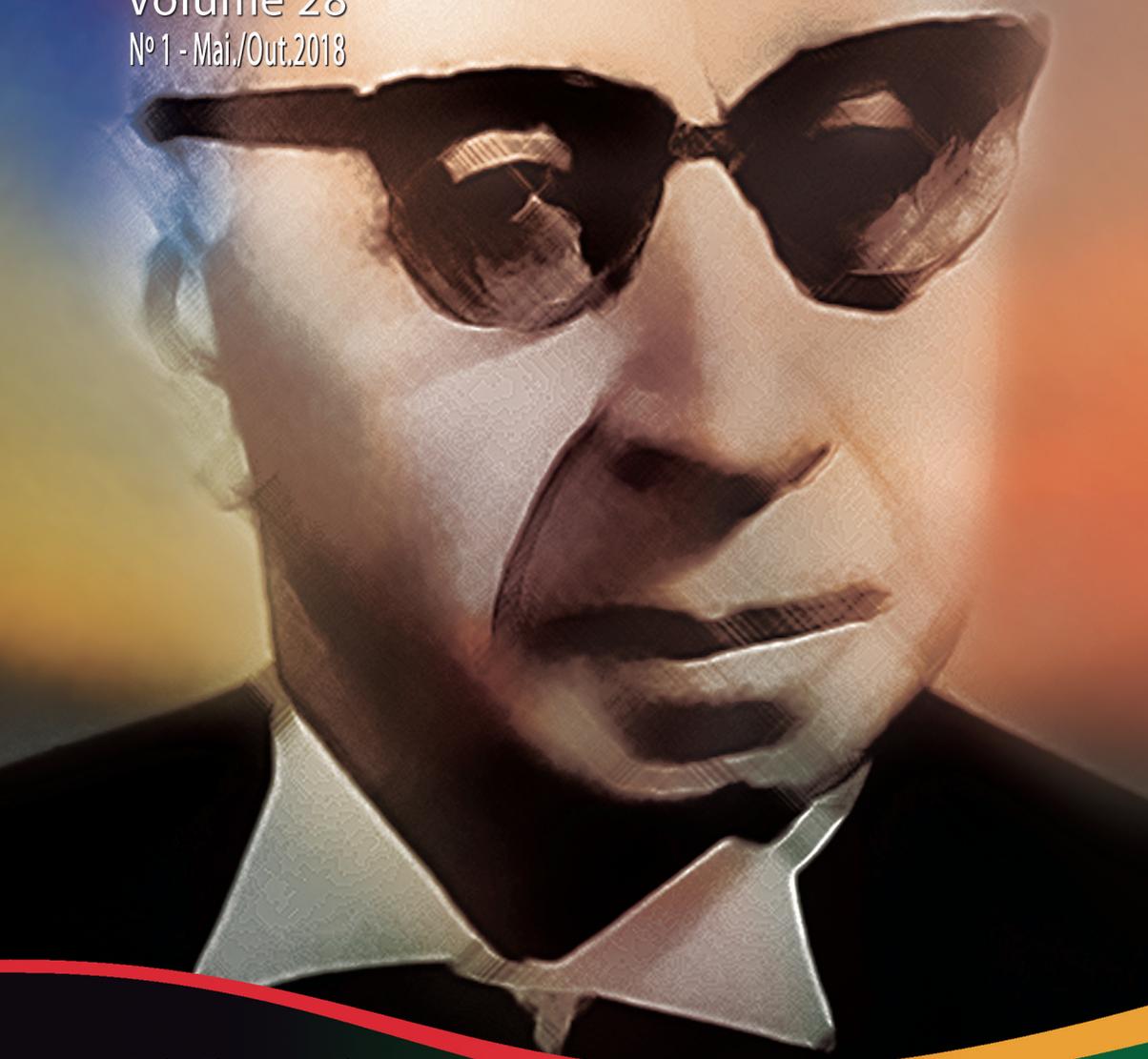


REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 28

Nº 1 - Mai./Out.2018



Carlos Thompson Flores,
Ministro do Supremo
Tribunal Federal


EMARF



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 28
Mai./Out.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 28, n. 1
(mai./out.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

Pedro Mailto de Figueredo Lima - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Carlos Roberto de Assis Lopes

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

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

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

A EDUCAÇÃO COMO MEDIDA DE AJUSTE ENTRE A JUSTIÇA E A MÍDIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	11
Albertina Maria Anastácio	
A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO EM FACE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVIES.....	81
Alexandre Chini e Felipe Borring Rocha	
UM BREVE PROÊMIO SOBRE A BIODIVERSIDADE E A DINÂMICA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS.....	93
André R. C. Fontes	
O FASHION LAW E OS SEUS REFLEXOS NO MERCADO DE MODA NO BRASIL.....	103
Auristela Fatima Marques	
AS PARTICULARIDADES NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DO NOVO PERFIL DO POLICIAL.....	121
Fernanda Barreto Alves e Rafael Meireles Saldanha	
O <i>GNÔTHI SEAUTÓN</i> APÓS O PRAGMATISMO E A DIFICULDADE DE ENXERGAR O OUTRO. O RESGATE DO DIÁLOGO COMO REQUISITO PARA A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO SOCIAL	133
Flávia Martins Affonso	
O CONTRATO DE IMPACTO SOCIAL (CIS) E A MODELAGEM JURÍDICA PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO: UMA INOVAÇÃO NA FORMA DE FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	145
Gustavo Madureira Fonseca, Juliana F. Barbeito de Vasconcellos e Thiago Cardoso Araújo	
CONVERSÃO DE MULTAS AMBIENTAIS.....	167
Jessé Torres Pereira Júnior e Thaís Marçal	
DO TRANSCONSTITUCIONALISMO À TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE – PRIMEIRA PARTE	173
José Alfredo dos Santos Júnior	

TUTELA DE URGÊNCIA NA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (MARCAS E CONGÊNERES)	227
José Carlos Tinoco Soares	
A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A FUNÇÃO TÍPICA DO PODER JUDICIÁRIO: A INAFASTABILIDADE JURISDICIONAL E SUA RELAÇÃO COM OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO CONFLITOS.....	251
Juliana Lopes Ferreira e Laone Lago	
PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO BRASIL.....	269
Rafael Carvalho Rezende Oliveira	
O REGISTRO DO VIGÁRIO COMO PROVA DE DOMÍNIO	287
Raffaele Felice Pirro	
ACUMULAÇÃO DE CARGOS DE PROFESSOR COM OS DEMAIS CARGOS PÚBLICOS DA ÁREA JURÍDICA	309
Reis Friede	
CONCORRÊNCIA DESLEAL E ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL	347
Sergio Ricardo Sá e Daniel Valle	
REPATRIAÇÃO DE ATIVOS CLANDESTINOS E ANISTIA CRIMINAL: REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E A EFETIVIDADE DA TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICO-TRIBUTÁRIA	359
Vlamir Costa Magalhães	

A EDUCAÇÃO COMO MEDIDA DE AJUSTE ENTRE A JUSTIÇA E A MÍDIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

Albertina Maria Anastácio²

Resumo: Trata-se de um estudo do impacto econômico das decisões judiciais, que, por um lado, analisa a influência das decisões judiciais na mídia, pela interação da mídia e Justiça; e por outro, observa o alcance do direito, através das decisões judiciais (como causa), na mídia (como uma de suas consequências), na forma de impacto econômico. Para isso, é mister realizar um estudo de outras questões, tais como, os princípios constitucionais reguladores da democracia, como também, analisar a evolução histórica do jornalismo, no intuito de melhor compreender a teoria do jornalismo. Nesse sentido, é apresentada a teoria da ética jornalística, realizando uma interação com a própria teoria do jornalismo, no sentido de observar o comportamento da mídia, no que tange à busca da verdade. No entanto, deve ser considerado que a verdade midiática e a verdade processual apresentam tempos diferentes, posto que enquanto a mídia busca notícias urgentes o tempo do processo não apresenta o mesmo ritmo, na busca da verdade real, em respeito às garantias constitucionais do indivíduo, tais como os princípios do contraditório, da ampla defesa, dentre outros, como expressões do Estado Democrático de Direito, apontando a Educação como uma resposta à problemática apresentada.

Palavras-chave: Decisões Judiciais. Mídia e Justiça Administrativa. Educação

1. INTRODUÇÃO

Ab initio, no processo de interação entre mídia e Justiça, pode ser observado, que de um lado, a mídia influencia a opinião pública, que se reflete no mundo jurídico; enquanto que, de de outro, pelo processo inverso, as decisões judiciais se repercutem no Jornalismo e este, influencia a opinião pública sobre o tema, na

¹ Artigo participante do 4º. Prêmio Juíza Patrícia Acioli de Direitos Humanos – 2015.

² Assessora de Juíza Federal, Mestre em Economia Empresarial pela UCAM e Mestre em Justiça Administrativa pela UFF, Pós-graduada em Direito Tributário, em Direito Processual Civil e em Didática do Ensino Superior pela UNESA e Economia Empresarial pela UCAM

forma extensiva de impacto econômico. Este trabalho tem por objeto o segundo enfoque, ao realizar um estudo sobre como as concepções jurídicas são produzidas e repercutidas na imprensa e a respectiva análise de seu impacto econômico.

Em diversas situações, pode ser observado, que os jornalistas se colocam como verdadeiros fiscais da atuação dos Poderes do Estado, expressando opiniões, de forma influenciadora, alcançando a opinião pública, na qualidade de verdadeiros porta-vozes, ou mesmo, como “juizes”, condenando e absolvendo pessoas, na mídia, gerando como conseqüência, a modificação de entendimentos.

Assim, é mister observar como as notícias veiculadas, pela imprensa, são recepcionadas pela sociedade, e a partir daí, cumpre analisar como as decisões judiciais refletem-se na imprensa e de que maneira a mídia e o Poder Judiciário se relacionam, verificando-se o comportamento de como a mídia se refere ao Direito e vice-versa.

O jornalismo também apresenta a sua ética, que não está só disciplinada na legislação nacional, mas inclusive, está prevista em documentos internacionais, no intuito de direcionar a deontologia jornalística. Isto porque no Estado Democrático de Direito, torna-se imperioso ver o homem como um ser social, através de um estudo justo e uma visão crítica. Mas, a partir desses elementos, é preciso observar até que ponto a mídia pode e deve influenciar a opinião pública, sobretudo quando trata de questões jurídicas relativas ao próprio Poder Judiciário? Também deve ser questionado: Qual o limite da imprensa ao desempenhar as suas funções?

O tempo midiático é diferente do tempo do processo. A mídia tem pressa, mas a processualística também tem o seu ritmo para apurar a verdade real.

Este trabalho analisa o jornalismo, no tocante ao seu processo histórico para entender o seu desenvolvimento. Assim, também é dado um enfoque à ética jornalística, que à luz da democracia, importa que a mídia tenha liberdade de expressão, mas para isso, é necessário utilizar-se de padrões éticos, no intuito de conservar a sua notoriedade, ao mesmo tempo de afirmar perante a sociedade uma participação da atualidade, formadora de opinião.

Mas, qual é a extensão desse processo midiático?

O estudo do tempo real da imprensa e do processo é diferente, Assim, como as garantias de sigilo e publicidade. Outras diferenças são apontadas quando se analisa a verdade midiática e a processual. Como equilibrar esses valores diante da democracia?

Qual a extensão disso, na forma de impacto econômico?

Este trabalho não responde todas as questões, mas busca uma reflexão e realça a Educação como forma de ajuste da problemática firmada entre as instituições Justiça e mídia.

2. O JORNALISMO E A TEORIA DA DEMOCRACIA

Existem várias formas de compreender o mundo e de analisar os fatos. Logo, existem diversas teorias concernentes à **maneira de observar os fatos; sendo que** a teoria democrática apresenta uma ligação entre o jornalismo e a democracia.

De acordo com essa teoria, é possível haver uma interação com outras ciências sociais, dentre elas, a filosofia, a sociologia e o próprio direito, tornando-se relevante o papel da mídia na universalidade humana. Isto ocorre em virtude da busca incessante da qualidade de informação, quando se firma a competência técnica aparelhada ao lado da liberdade democrática de expressão.

O estudo da teoria do jornalismo implica compreender o seu desenvolvimento ao longo do tempo, analisando os desafios, como também, verificar o limite da linha imaginária divisora do campo, delimitando até onde vai o Jornalismo e de onde começam outros campos.

Para alguns, o Jornalismo tem a concepção de um “quarto poder”, embora essa visão apresente linha contrária. Moretzsohn (2007, pp. 118/119) lembra que a ideia de “quarto poder” da Imprensa está calcada no objetivismo, de que “os fatos falam por si” e omite o subjetivismo jornalístico, que tem como arrimo, a participação do jornalista, nos termos das palavras, infratranscritas:

“Por isso afirmei, em trabalho anterior (Moretzsohn, 2002, p117), que “no mundo das grandes corporações da Idade Média, a imagem do jornalismo como mediador associada à ideia de “quarto poder” só pode sobreviver como nostalgia de um tempo que talvez jamais tenha existido”. Porque ao longo dessa história prevaleceram os interesse do capital, travestidos de interesse público, trilhando a fronteira da ambiguidade já apontada por vários autores: a prestação de um serviço público, como é a informação, a cargo de empresas privadas.

(...)

Essa naturalização do “quarto poder” assenta-se, por sua vez, numa simplificação do princípio da objetividade, tomada aqui em seu viés

positivista, traduzido na corriqueira ideia de que “os fatos falam por si”, e consequentemente escondendo todo o processo de produção jornalística – desde os critérios segundo os quais determinados fatos alcançarão o status de notícia até a maneira pela qual eles serão trabalhado. É claro que esse enfoque leva à condenação da subjetividade do jornalista – de sua intervenção como intérprete dos acontecimentos que relata- como uma indesejada e mesmo antiética “interferência” na transmissão da informação.”

A liberdade de expressão é imprescindível para que um Governo seja considerado democrático, pois a teoria democrática exige a informação ao público da verdade, sem censuras, mas também, com a responsabilidade da imprensa ser o “guardião do Governo”, pela política do *checks and balances*, consoante se pode observar do texto de Traquina (2005, pp. 22/23), no texto a seguir:

“A pergunta “O que é o jornalismo?” devia ser, para estar mais em sintonia com o teor deste livro, “O que é jornalismo numa democracia?”. A democracia não pode ser imaginada como sendo um sistema de governo sem liberdade e o papel central do jornalismo, na teoria democrática, é de informar o público sem censura. Os pais fundadores da teoria democrática têm insistido, desde o filósofo Milton, na liberdade como sendo essencial para a troca de idéias e opiniões, e reservaram ao jornalismo não apenas o papel de informar os cidadãos, mas ao jornalismo não apenas o papel de informar os cidadãos, mas também, num quadro de checks and balances (a divisão do poder entre poderes), a responsabilidade de ser o guardião (watchdog) do governo. Tal como a democracia sem uma imprensa livre é impensável, o jornalismo sem liberdade ou é farsa ou é tragédia. O que é o jornalismo num sistema totalitário, seja nas suas formas seculares, como, por exemplo, o ex-regime dos Taleban no Afeganistão, é fácil de definir: o jornalismo seria propaganda a serviço do poder instalado.”

Para corroborar com as argumentações anteriores, vale transcrever adiante, os trechos de duas Histórias de Cronópios e de famas, de Julio Cortázar, lembrados por Lage (2006, pp. 7/9), *in verbis*:

“Dois pequenos contos do livro Histórias de cronópios e famas, do escritor argentino Julio Cortázar (1914-1984), ilustram a contingência do jornal moderno e suas projeções em outras mídias (magazines, hipertexto, televisão, rádio), produtos industriais que custam enorme esforço, mobilizam grandes equipes, enfeixam considerável poder e, não obstante, vivem menos do que uma borboleta.

O primeiro desses contos trata do caso de um homem que comprou seu matutino predileto e o folheou no banco da praça, até perceber que,

milagrosamente, ele se transformara em um maço de papéis. Deixou-o sobre o banco e, ali, tão logo um transeunte pôs-lhe os olhos em cima, o maço de papel, por milagre, voltou a ser jornal. E assim aconteceu por várias vezes, até o fim do dia, quando o último personagem da história olhou o maço de papéis e, distraído, o pôs de lado, porque a metamorfose não mais ocorria e o jornal estava definitivamente condenado a ser um reles maço de papéis.

O segundo conto passa-se em país governado por um tirano e onde vivia o homem que vendia palavras. Certo dia, ele procurou o tirano para vender-lhe uma palavra. Convenceu-o de que, se a dissesse na hora oportuna, teria o único poder sonogado aos tiranos: o de nobilitar-se perante a posteridade. Quando o tirano esticou a cabeça para ouvir a palavra, seus ministros, temerosos da glória definitiva que ela atribuiria ao chefe, mataram-no. E torturaram o vendedor até a morte, para que lhes dissesse, enfim, a palavra. Depois, ficaram em dúvida sobre se existiria tal palavra, foram envelhecendo e morrendo no país silencioso, em que apenas se ouviam nas esquinas, à noite, certos gritos.”

E ainda:

“Realismo fantástico à parte, a produção de um jornal – e, por igual motivo, de noticiários e reportagens de rádio, tevê ou internet – só é possível quando o objetivo do trabalho se desloca da obra para o consumidor. Isto é, quando a intenção artística do projeto gráfico, da fotografia, da ilustração ou do texto perde terreno diante da necessidade de levar a informação ao público.

(...)

O conteúdo – informação, interpretação, opinião – é como a última bonequinha berioska do folclore russo, cujos contorno e dimensão vão sendo imaginados à medida que se desvendam os segredos das outras bonecas: dão sentido a todo o conjunto.”

O fato é que a difusão da cultura, a importância da palavra, enfim, todo o desenvolvimento da liberdade de expressão se fundamenta no Estado Democrático de Direito, com diversos critérios, dentre eles, a transparência, lecionada por Garapon (2001, p.86), citando Bredin, *in verbis*:

“A transparência é hoje uma das grandes reivindicações de nossas democracias. Ela se confunde, diz Jean-Denis Bredin, “com a limpidez, com a própria pureza. Ela se assemelha ao sol e à luz. Ela não pode sofrer a interferência de fatores proibidos, a mentira, o mistério, o segredo, a discrição, todos esses artifícios que dissimulam a verdade [...]. A imagem deve erguer todos os véus, deixar cair todas as máscaras, pois ela é a

própria expressão da verdade". Todos os golpes são permitidos, desde que dados em nome da transparência.

Esta vontade de "dizer tudo" e de "mostrar tudo" procede, na realidade, de uma concepção mal compreendida da transparência. Numa democracia, a transparência não é a transparência dos homens, mas a dos processos. Ela não consiste em tudo saber, mas em saber apenas aquilo que pôde ser legitimamente estabelecido."

Tratando ainda desta questão, Garapon (idem, pp. 86/87), reflete sobre a posição da mídia, numa visão de instantaneidade e a verdade democrática, a seguir:

"[...] Para a televisão, tudo faz sentido; não existe seleção de fatos, o que significa esconder a seleção selvagem de informações. Todos os fatos são pertinentes. Com a imagem, o enunciado confunde-se com o ato da enunciação, e o que é dito passa a ser automaticamente verdade, se transmitido ao vivo.

[...]

A dimensão convencional da verdade judiciária torna-se assim insuportável. A imprensa propõe ao bom senso do telespectador uma verdade imediata, no próprio sentido do termo, quer dizer, que não é mais mediatizada, nem mesmo pela linguagem. Ela é a apresentada como superior à verdade judiciária, esta sendo demais tributária das dissimulações jurídicas e das artimanhas processuais. Denuncia-se o artifício da lei, a ficção da presunção de inocência. [...] A mídia tudo santifica: na televisão não existe falso testemunho. Pela transmissão ao vivo, a imagem dá um sentimento de invasão. Tudo o que diferente a priori considerado como dilatatório.

O espectador da televisão não pode jamais pretender julgar; e a imparcialidade, ao contrário do que faz crer o senso comum, exige a abstenção do olhar. Seria essa a razão de a justiça ser quase sempre representada sob a forma de uma mulher com os olhos vendados?"

Considerando a relevância do tema, ora exposto, vale analisar o desenvolvimento do próprio Jornalismo, em seu processo histórico, sob uma visão comparada, para melhor elucidação das questões, o que será demonstrado, a seguir.

3. A EVOLUÇÃO DO JORNALISMO

Em primeiro lugar, convém lembrar, que em 1041, na China, Bi Zheng (Pi Cheng) imprime o primeiro documento com letras.

O holandês Laurence Janszoon Coster, no ano de 1423, utiliza caracteres de metal e cria uma plana de impressão e a partir daí, realiza experiências, com o fito de imprimir o alfabeto romano.

Por volta de 1439, João Gutenberg ou Johannes Gensfleisch zur Laden zum Gutenberg (em alemão), nascido em Mainz, Alemanha, gravador, gráfico, inventor, utiliza vários tipos (ou letras) móveis e cria um modo bem moderno para imprimir diversas cópias do mesmo documento. Isto porque, com exceção da China, os documentos, nessa época eram originais e as cópias eram feitas, a mão, de forma lenta, pelos monges cristãos.

Com a invenção de Gutenberg, inicia-se a Revolução da Imprensa, apresentando grande proeminência para a economia, fundada não apenas no conhecimento e na disseminação cultural, atingindo inclusive a área metalúrgica e a produção do papel. As cópias puderam ser realizadas de forma mais barata e rápida, tendo em vista que passaram a ser impressas, favorecendo a circulação das ideias e divulgando o conhecimento.

Dessa feita, convém ressaltar que a Imprensa se tornou no “pontapé inicial” para o desenvolvimento da **Renascença, Renascimento ou Renascentismo**, período da História da Europa que marca o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna; da **Reforma Protestante**, de Lutero (século XVI) e da própria **Revolução Científica**, marcada pelas descobertas de vários pensadores, como Galileu, Kepler, dentre outros, pela liberdade da influência das idéias da Idade Média.

Com a imprensa, os erros de interpretação e de tradução começam a desaparecer, mesmo porque a impressão na língua nativa de um determinado País, ou seja, língua vernácula ajuda a difundir de forma mais segura, a cultura, tendo em vista que o latim, nessa época, é uma língua erudita, difundida e compreendida mormente pelos estudiosos, ficando o resto do povo, à margem.

O primeiro livro impresso foi a Bíblia Sagrada. Mas, considera-se como o jornal mais antigo, o sueco Post-och Inrikes Tidningar (1645). No mesmo ano, foi fundado o primeiro jornal português, chamado “A Gazeta”.

Na Inglaterra, o pedido de licenciamento de 1643 institui a censura prévia, combatido, apaixonadamente, pelo poeta inglês, por John Milton, homem de letras e servidor da Comunidade da Inglaterra (Commonwealth), República que governou primeiro a Inglaterra, e de forma sucessiva, a Irlanda e a Escócia, 1649-1660, sendo que no período de 1653 a 1659, é conhecida como o Commonwealth da Inglaterra, Escócia e Irlanda.

Assim, Milton, em 1644, realiza um discurso, chamado de Areopagítica, defendendo a liberdade da impressão, sem licença prévia, sendo essa obra considerada como ponto de referência, da luta pela liberdade de opinião e de expressão, contrariando o licenciamento e a censura, em vigor.

Em 1695, acaba a censura prévia na Imprensa da Inglaterra e a partir de então, há uma mudança no jornalismo inglês, marcada pelo aumento no interesse por notícias, ultrapassando a propaganda política, surgindo um jornal diário.

O processo de industrialização inglês gera uma nova concepção de Imprensa; o que valoriza a profissão de repórter e concede maior notoriedade à classe. Nesse diapasão, há uma movimentação ascendente nas vendas dos jornais, proporcionando que as empresas jornalísticas, inclusive, passem a conceder remunerações mais elevadas para os seus jornalistas.

Em França, o histórico é diferente, pois os franceses não se interessam tanto por notícias como os ingleses.

O próprio atraso econômico dificulta o processo de autonomia jornalística. Mas, o fato é que em França, as pessoas leem pouco as notícias e inexistem muita propaganda paga. Assim, as empresas jornalísticas não obtêm muitos lucros, motivando pouco investimento empresarial no setor. Poucas vendas geram pouco investimento, que por sua vez, causam baixas remunerações para os profissionais de mídia francesa, causando problemas para a mídia, que está centrada, principalmente, na literatura e na política.

Observa-se, ainda, que os partidos políticos controlam os jornais, e dessa forma, a sonhada autonomia do jornalismo francês vai ficando cada vez mais distante. A profissão de jornalistas é constituída por profissionais de várias áreas, tais como, escritores, políticos, artistas, empresários (os comerciantes da época) e o que mais se ofereça.

Depois, surgem os foletins, que além de notícias, trazem publicidade e entretenimento, que acabam despertando o interesse dos leitores franceses, pelo efeito animador que lhes causa, sacudindo o setor da indústria jornalística.

Diante disso, a profissão de jornalista começa a ganhar notoriedade e daí adota-se o termo inglês "reporter", para esses profissionais.

No Brasil, somente com a vinda da Família Real portuguesa, foi permitida a impressão da produção literária.

No que tange ao jornalismo, vale ressaltar a importância da colonização holandesa que introduz a tipografia em terras brasileiras, no intuito de atender

às necessidades administrativas, durante o período da colonização holandesa, entre 1630 e 1655.

Mas, o atraso da imprensa brasileira é notório e LAGO (2007) aponta algumas causas, expostas adiante:

- a) **A natureza feitoral da colonização**, sem objetivos de formação de cidades, sem tentativa de civilização; que justificassem a imprensa;
- b) **o atraso das populações indígenas**, tendo em vista que os portugueses não impõem a sua língua e até o século XVIII, a língua geral é a variante do tupi, mormente em zonas rurais;
- c) **a predominância do analfabetismo** como regra, posto que a escrita é um privilégio eclesiástico e da alta administração pública;
- d) **a ausência de urbanização**, que teve o seu processo iniciado somente no começo do século XIX; causando pouco interesse por notícias jornalísticas, mesmo porque as pessoas, em regra, não sabem ler;
- e) **a precariedade da burocracia estatal**, que não necessitava muito da tipografia para divulgação para a divulgação de leis, ou outros atos;
- f) **a incipiência das atividades comerciais e industriais**; que se explica ante à estagnação comercial e industrial do Brasil-Colônia, período marcado pela exportação de produtos agrícolas, causando um entrave para a tipografia dos documentos operacionais, como por exemplo, as notas fiscais, as duplicatas e o que mais se ofereça;
- g) **o reflexo da censura e do obscurantismo metropolitanos**, uma vez que, Portugal sofre uma rigorosa censura ligada tanto ao Estado quanto à Igreja Católica, além de apresentar um desenvolvimento baixo, quando o assunto é Imprensa, o que vem a refletir no Brasil. Mesmo porque a existência de poucos jornais na metrópole e as condições precárias de impressão não favorecem o Brasil.

D. João cria a Imprensa Régia. Antonio de Araújo e Azevedo, ministro de D. João, compra uma tipografia para o seu ministério: a Secretaria de Estrangeiros e da Guerra. Quando essa tipografia chega ao Rio de Janeiro, D. João se apropria da mesma, criando a Imprensa Régia, que imprime cartazes, panfletos e o primeiro jornal impresso brasileiro, chamado "A Gazeta do Rio de Janeiro".

No final de 1937, é instituída a ditadura e como um de seus conseqüências, promove-se a perseguição da Imprensa, pela instituição da censura, seja pelo fechamento de jornais, proibição de textos e desrespeito das liberdades civis, chegando até a tortura dos "teimosos".

Em 1946, na era Dutra, nasce uma nova Constituição da República (CR), mais democrática. Mas, somente após o Governo de Sarney, é que a liberdade de Imprensa recebe ampliação.

O Governo Lula cria órgãos de regulamentação do setor de comunicação, tais como, a Agência Nacional para o Cinema e ao Audiovisual (ANCINAV) e o Conselho Federal de Jornalismo (CJF).

A relevância jornalística se consolida cada vez mais, mesmo porque a maioria dos lares possui aparelhos de televisão, como lembra Lago (2007, pp. 168/169), a seguir:

“O sistema brasileiro de meios de comunicação sofisticou-se e seu papel social é central no país. Apesar da persistência de problemas sociais como a baixa escolaridade da população e o analfabetismo – que fazem com que as tiragens dos jornais sejam relativamente pequenas¹ –, a grande maioria dos lares brasileiros possui TV (88%) ou rádio (86,8%) (Mídia Dados, 2004). Os brasileiros dedicam grande parte de seu tempo livre ao consumo dos conteúdos dos meios de comunicação, como uma forma de obter entretenimento e informação.”

Existem várias redes de televisão empenhadas em difundir o número de suas geradoras, conforme se pode observar pelos dados abaixo:

Tabela 1: Número de geradoras das redes de televisão

REDES DE TELEVISÃO	NÚMERO DE GERADORAS
Rede Globo de Televisão	113
Sistema Brasileiro de Televisão (SBT)	91
Rede Bandeirantes de Televisão	37
Rede TV!	21
Central Nacional de Televisão (CNT)	23
Rede Record de Televisão	63
TV Educativa	26
TOTAL	374

Fonte: Grupos dos Profissionais do Rádio (<http://www.gpradio.com.br>)

(Apud: PINHO, 2003, p. 18)

No que diz respeito às principais redes de rádio AM/FM, podem ser observados os seguintes dados:

Tabela 2: Número de Cidades cobertas por redes de rádio

A d	REDES DE RÁDIO	NÚMERO DE CIDADES COBERTAS
	American SAT	62
	Antena 1 – SAT	25
	CBN	22
	Gaúcha – SAT	88
	Jovem PAN SAT – AM	33
	Jovem PAN SAT – FM	38
	Rede Bandeirantes – AM	48
	Rede Bandeirantes – FM	26
	Rede Transamérica – TRANSAT	33

Fonte: Grupos dos Profissionais do Rádio (<http://www.gpradio.com.br>) (Apud: idem, p. 18)

Considerando que o jornalismo se desenvolve, alcançando também o mundo virtual, cumpre realizar um enfoque, a seguir, nessa área, para melhor incremento do tema.

4. JORNALISMO DIGITAL

É cediço que a internet apresenta como uma de suas dimensões, a mídia, tendo em vista a passagem do Jornalismo para a fase digital, afetando o modo de produção jornalística, através da implementação de novas tecnologias digitais, mormente pelo serviço de informação de notícias, em tempo real.

Vale ressaltar algumas características próprias dos meios de comunicação tradicionais, em relação à mídia digital, apontadas por PINHO (2003), comentadas adiante:

a) Não-linearidade

A versão tradicional é impressa e linear; a digital, por sua vez, apresenta a característica da não-linearidade, em virtude de sua apresentação não ser mais através da folha de papel.

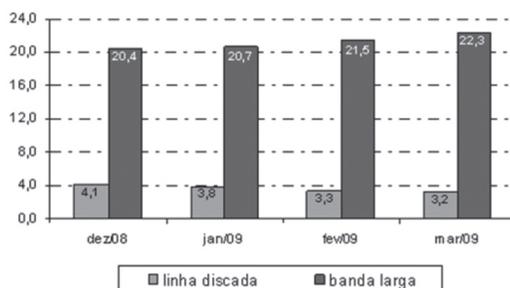
Dessa feita, observam-se profundas diferenças para o público quando se lê a notícia, na forma impressa ou via Internet. Nesse sentido, a notícia quando impressa, em regra, o direcionamento da leitura ocorre, a partir do canto superior esquerdo, palavra por palavra; e sendo virtual; e, quando virtual, é possível para o

usuário se movimentar na tela, sem a devida sequencia da informação, buscando as partes de seu interesse, satisfazendo as suas necessidades de informação.

b) Fisiologia

Hodiernamente, discute-se muito sobre os malefícios causados ao homem, pela utilização excessiva da tela do computador, no que concerne à visão. As pesquisas têm demonstrado o tempo excessivo que dia-a-dia as pessoas têm utilizado no computador, como pode ser observado, a seguir:

Tabela 3: Gráfico comparativo do Ibope Nielsen online: internautas com banda larga vem crescendo mês a mês



Fonte: <http://info.abril.com.br/noticias/internet/brasil-e-campeao-de-tempo-gasto-na-internet-06052009-18.shl>, em 1º/10/2010.

Os brasileiros têm gasto muito tempo nos computadores, pois além do uso no trabalho, a domicílio, continuam o uso de *internet*. Por conseguinte, a Medicina Preventiva tem orientado o devido cuidado, alertando aos usuários sobre os possíveis problemas de saúde, que possam vir a ter, como por exemplo, os problemas de visão.

c) Instantaneidade

Convém esclarecer que o tempo real influencia o jornalismo em sua totalidade. Isto porque, a vida atual gira em torno da informática, do mundo globalizado, tornando-se imperioso correr contra o tempo.

Nesse giro, os grandes acontecimentos são apresentados na *Internet*, de forma instantânea pelo meio de comunicação. A *Internet* transmite os fatos num tempo alcançado pelo fax e telefone, transmitindo as mensagens e os arquivos quase instantaneamente, com sons, cores e movimentos, para qualquer parte do mundo.

A notícia, na via tradicional, a mídia impressa apresenta lentidão, tendo em vista que é preciso ter um tempo para o repórter cobrir os fatos e depois, redigir o seu texto e editar. Após essas fases, é preciso outro tempo para as máquinas das empresas jornalísticas rodarem os jornais e estes serem distribuídos para as bancas, além do tempo para realizar a entrega dos exemplares nas residências ou outros lugares.

Deve ser lembrado, que no século XX, o rádio e a televisão são os instrumentos da mídia que realizam as transmissões e a cobertura das notícias em tempo real.

d) Dirigibilidade

Na *internet*, existe a possibilidade de encaminhar as mensagens a um público alvo específico, como por exemplo, enviar a mensagem para consumidores ou *prospects* de determinada empresa ou regiões geográficas, como também, a qualquer hora do dia, dentre outros fatores.

e) Qualificação

Em virtude dos números estatísticos, no tocante à utilização da *internet*, consoante tabela infratranscrita, é possível observar a existência de um grande público de internautas:

Tabela 4: Audiência dos cinco maiores portais brasileiros (junho de 2002)

POSIÇÃO	PORTAIS	AUDIÊNCIA MENSAL COM ACESSO DOMICILIAR* (EM MIL)
1º	UOL (www.uol.com.br)	5.439
2º	IG (www.ig.com.br)	4.653
3º	GLOBO (www.globo.com)	4.195
4º	YAHOO! BRASIL (www.yahoo.com.br)	3.964
5º	TERRA NETWORKS (www.terra.com.br)	3.394

(*) A pesquisa não computou acessos corporativos feitos a partir das empresas, das Universidades, dos cyber cafés, entre outros. Fonte: Ibope e e-Ratings. (Apud: Idem, p. 123)

Importa esclarecer, por oportuno, que esses internautas, em sua maioria, apresentam altos níveis de escolaridade e poder aquisitivo, transformando-os em um público importante, formador de opinião.

O estudo do número de visitas de um *site* também analisa as páginas visitadas e o tempo das visitas dos usuários, buscando entender como os internautas reagem ao conteúdo desses sites, pelo que se observa adiante:

Tabela 5: Os veículos e a internet

Revistas semanais	Conteúdo	Hospedagem
Veja	Restrito a assinantes	UOL
Época	Livre	Globo.com
IstoÉ	Livre	Terra
Carta Capital	Livre	Terra
Jornais	Conteúdo	Hospedagem
Folha de S. Paulo	Restrito a assinantes	UOL
O Estado de S. Paulo	Livre	Estado.com.br
Diário de S. Paulo	Livre	Globo.com
Gazeta Mercantil	Restrito a assinantes	InvestNews.Net
Valor Econômico	Restrito a assinantes	Valor OnLine

Fonte: Melo, 2002:44. (Apud: idem, p. 117)

f) Custos de produção e de veiculação

No que pertine à mídia tradicional, estudos econômicos comprovam que existe um custo elevado de produção e de veiculação, além do prejuízo para o meio-ambiente, pela impressão do papel.

Por sua vez, o Jornalismo digital é diferente. Isto porque, no início, o investidor tem um custo operacional pela implementação do negócio, com investimentos iniciais em hardware e software. Mas, depois, o custo operacional é muito pouco, tendo em vista que, publicar informações na World Wide Web ou enviar e-mails não são dispendiosos.

g) Interatividade

Outra característica relevante é a Interatividade, proporcionada pela comunicação virtual. A televisão é um canal de mão única, enquanto que na *internet*, a interatividade existe de várias formas: grupos de discussão, correio eletrônico, rede social, dentre outras. Assim, quando se fala na *internet*, existe um verdadeiro diálogo entre os internautas. As informações são colocadas para um determinado público alvo.

h) Pessoalidade

Como a internet é interativa, consoantes explicações anteriores, existe um nível de pessoalidade na rede.

i) Acessibilidade

Os dados virtuais ficam disponíveis por um período longo de tempo. Assim, é possível, por exemplo, rever o teor de uma Revista publicada há três anos. Os sites estão acessíveis por 24 (vinte e quatro) horas por dia, 07 (sete) dias por semana e 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias por ano.

j) Receptor Ativo

Diz-se que a Web se trata de uma mídia pull, tendo em vista que “puxa” o interesse do usuário, que é um receptor ativo; enquanto que a TV e o rádio são mídias push, posto que a notícia é transmitida para o ouvinte, que a recebe, de forma passiva.

Convém reproduzir as principais tarefas do redator e do editor, lembradas por Pinho, a seguir:

Tabela 6: Principais tarefas do redator e do editor

FASES DO PROCESSO	TAREFAS DO REDATOR E DO EDITOR
Pesquisa	<ul style="list-style-type: none">• Levantar informação impressa produzida por especialistas em conteúdo.• Coletar outros dados por meios de entrevistas com especialistas em conteúdo e demais fontes.• Navegar em sites similares para estimular novas idéias sobre arquitetura da informação, navegação, desing, estilo de redação e outras.

FASES DO PROCESSO	TAREFAS DO REDATOR E DO EDITOR
Organização da informação	<ul style="list-style-type: none">• Sintetizar e organizar a informação em grupos lógicos.• Cotejar as necessidades do cliente ou do gerente do projeto com as necessidades próprias da audiência.• Considerar os vários caminhos que os usuários podem percorrer quando navegam o site e assegurar que o conteúdo permaneça coerente.• Estruturar as informações de maneira lógica em cada um dos diferentes níveis do site.
Redação	<ul style="list-style-type: none">• Antecipar e redigir os textos de modo que atenda às necessidades do usuário e responda a questões específicas que ele tenha ou possa levantar.• Expressar idéias complexas em linguagem acessível.• Escrever textos claros e concisos.• Criar títulos e resumos curtos e explicativos.• Saber quando é preciso usar listas com marcadores.• Escrever textos com impacto e força.
Edição	<ul style="list-style-type: none">• Criar um manual de estilo e de redação ou adaptar ou adaptar o manual existente para a Web.• Corrigir ambigüidades existentes em qualquer nível do texto: seção, parágrafo, sentença, palavra.• Apontar possíveis inconsistências em fatos, nomes, grafia de palavras e em outros elementos.• Conferir todas as tabelas, quadros e figuras para verificar a exatidão em relação ao conteúdo do texto.• Reorganizar o conteúdo escrito para maior clareza.• Melhorar o fluxo e a coerência do texto.• Editar parágrafos e sentenças para maior clareza.

FASES DO PROCESSO	TAREFAS DO REDATOR E DO EDITOR
Edição do texto	<ul style="list-style-type: none">• Assegurar-se de que cada nível de titulação tenha uma apresentação consistente por todo o documento.• Verificar se todos os tópicos ou títulos figuram no sumário ou na lista de conteúdo.• Apontar inconsistências em estilos de fontes, cores e tamanhos.• Examinar a consistência das notas de rodapé e das referências bibliográficas.• Corrigir a gramática e a pontuação dos textos.• Ajudar na tradução de textos, se houver necessidade, cuidando para que somente o material já editado seja encaminhado para o tradutor.
Provas e revisão	<ul style="list-style-type: none">• Verificar possíveis problemas que ocorram no texto em razão de erros ou omissões cometidas na produção.• Examinar o texto em busca de erros, omissões ou inconsistências resultantes do processo de edição.• Identificar e corrigir as situações em que uma linha de texto fica quebrada, dificultando o encadeamento de um fluxo de significação.• Assegurar-se de que todas as correções apontadas foram feitas corretamente.
Design	<ul style="list-style-type: none">• Visualizar como o texto e os gráficos podem funcionar no conjunto.• Avaliar o uso de fontes (tipos e estilos) e de cores para garantir uma maior facilidade de leitura.• Reconhecer quando o design prejudica ou valoriza o texto.• Identificar quando um elemento visual pode ser mais efetivo do que o texto.• Sugerir gráficos, figuras e imagens para fortalecer ou mesmo substituir um texto.

FASES DO PROCESSO	TAREFAS DO REDATOR E DO EDITOR
Tecnologia	<ul style="list-style-type: none">• Compreender os termos e os conceitos técnicos básicos.• Conhecer a capacidade e as limitações de softwares que envolvam programação.• Saber como a arquitetura da informação afeta a navegação e vice-versa.• Entender como as diferentes tecnologias afetam a usabilidade.• Manter-se atualizado como os avanços tecnológicos das novas mídias.

(Apud: idem, pp. 195/197)

Verifica-se, assim, que o Jornalismo digital apresenta características peculiares, voltadas à rapidez em que as notícias possam ser transmitidas, gerando poucos custos em relação à mídia tradicional.

5. ÉTICA JORNALÍSTICA E INTERESSE PÚBLICO

A teoria do jornalismo deve ser analisada sob a visão da ética, no intuito de se avaliar o comportamento da mídia frente ao conhecimento da realidade e à interpretação dos fatos.

O jornalista, hoje, não apenas deve revelar os fatos, mas de forma interativa, deve esclarecer a matéria, no intuito de elucidar os comentários e auxiliar a formar a opinião pública, deixando de ter um comportamento do tipo “em cima do muro”, para externar opiniões e participar da sociedade. Deve ser ressaltado, que o processo de formação de opinião pública é essencial, através do esclarecimento das questões mundiais e resoluções de problemas contemporâneos, para que se possam formar profissionais com justeza e eticidade, em prol da melhoria da sociedade.

Nos tempos modernos, é mister o desenvolvimento de uma teoria da ética jornalística, ao lado da própria teoria do jornalismo, como expressão da diversidade social, frente aos valores consagrados na Constituição da República, como moralidade, democracia e o que mais se ofereça.

Assim, a teoria da democracia do jornalismo é o motor do processo democrático em que relaciona a mídia aos Poderes da União, especificamente no caso, o Poder Judiciário. Isto porque, é pela democracia que se obtém a sonhada liberdade, em prol da construção de uma sociedade “livre, justa e solidária”, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme redação do inciso I, do artigo 3º, do texto constitucional.

Por ser teoria, é preciso uma relação com outras ciências sociais, dentre elas, a filosofia, a sociologia e o próprio direito, onde se procura a preservação da qualidade da informação na mídia, a competência técnica, a liberdade de expressão, a notoriedade da empresa jornalística e, sobretudo a relevância da notoriedade da profissão do repórter, que se perfaz, inclusive com salários razoáveis e dignos, devendo ser considerada a participação de órgãos trabalhistas, tais como sindicatos, federações, dentre outros, nesse processo.

No tocante à deontologia profissional, Karam (2004, pp. 259/260) esclarece que no Século XX, tentou se afirmar pela formulação desses diversos códigos, refletindo sobre a ética-moral de e sobre cada atividade, in verbis:

“Uma área de saber e uma profissão estão inseridas na globalidade da vida, e a não-resistência talvez seja apenas uma renúncia antecipada a valores que o século XX tentou afirmar no campo das profissões, especialmente formulação e subscrição de códigos deontológicos profissionais, fundados em uma reflexão ético-moral de e sobre cada atividade. A não-resistência ou a submissão manifesta um conformismo e um mal-estar, expressos na dilaceração dos projetos coletivos e nas alternativas essencialmente particularizadas, pelas quais o indivíduo pode tornar-se tanto propagador do cinismo como vítima dele, ao objetivar valores sem o reconhecimento de que são sujeitos que os operam.”

No plano filosófico, o homem, para Kant, é dotado de vontade e razão, com capacidade plena para legislar em favor da sociedade, em defesa da dignidade do homem. Na visão Kantiana, a razão prática atua no mundo social e a razão teórica engloba a natureza. Durkheim, por sua vez, elimina o sujeito moral, suprime a razão prática e socializa a teórica. A autonomia moral de Piaget não se funda em leis sociais. Apel fundamenta normas da moral e do direito pelo discurso argumentativo.

Quando se faz um estudo da ética, importa ressaltar a visão moderna da Ética discursiva de Habermas ou Apel, que se constitui num “divisor de águas” das teorias nomativa (Apel, Tugendhat, Wellmer, Rawls, Hare e outros) e valorativas

do viver bem (Aristóteles, São Tomás de Aquino e demais filósofos), apresentando preocupações deontológicas, formalistas e universalistas.

Habermas desenvolve a teoria normativa, fundada no “dever moral-valorando o que é direito ou justo”, trazendo a argumentação moral, em substituição ao imperativo categórico de Kant; passando o imperativo categórico a se constituir em um princípio universal, ao invés de ser um critério moral absoluto “puro”.

No entanto, sob a visão Kantiana, um princípio é considerado universalizável, de forma monológica; e na visão habermasiana, será através do discurso prático do grupo, realizado pelo argumento justo, correto e racional, sendo relevante o consentimento e a aceitação de todos aqueles que participam do discurso, pelo procedimento argumentativo. Assim, o conteúdo é de validade geral e não se constitui apenas uma intuição moral de uma cultura ou época específica.

Habermas consolida a ética discursiva, não na teoria formal, mas na *vulnerabilidade* da pessoa, pela dignidade da pessoa humana (teoria Kantiana), por princípios da justiça e da solidariedade.

A ética discursiva estabelece 03 (três) pressupostos: a competência comunicativa; os diálogos ideais e um sistema linguístico para o discurso teórico e prático. Habermas enumera 04 (quatro) “cargas político-morais”: a *fome* no terceiro mundo, a *tortura* institucionalizada, o *desemprego* crescente, as *ameaças do desequilíbrio ecológico* e aponta as ações comunicativa ou instrumental (parcialmente, pela técnica), como forma de solução desses problemas; que nem sempre são solucionados pela ética discursiva. Falhando essas ações, existirá, ainda, a ação estratégica, que através de condições materiais e políticas, favorecerá a ação comunicativa, pela interação de discurso prático.

Se, por um lado, a ética discursiva se opõe à teoria da moralidade de Kant, Durkheim e Piaget; por outro, sintetiza essas três teorias, quando aceita a dignidade do homem (Kant); dá relevância ao contexto social (Durkheim) e admite a origem psicogenética dos princípios (Piaget).

Costa (2009, pp. 20/21) cita o pensador belga Luc de Brabandere, no que tange às diferenças sintetizadoras entre a ética e a moral, in verbis:

“Características estabelecidas pelo pensador belga Luc de Brabandere sintetizam as diferenças que o senso comum pode ver entre elas.

- Enquanto a ética distingue o Bom e o Mau, a moral distingue o Bem e o Mal.
- Se a ética supõe julgamento, valor, a moral supõe máximas e princípios.
- Se a abordagem na ética é sistêmica, na moral é analítica.
- Se a ética dirige-se à inteligência, a moral dirige-se à vontade.
- Se a ética vem do eu, do interior de cada um, a moral vem do exterior, dos outros.
- Se na ética a pessoa se responsabiliza, na moral ela interpela.
- Se a ética é individual, a moral é compartilhada.
- Se a ética pode levar à sabedoria, a moral pode levar à santidade.
- Se o adjetivo mais apto à ética é razoável, o adjetivo para a moral seria o racional.
- Se na ética logicamente se encontra contradição, na moral se encontra coerência.
- Se a ética persegue o amor, o bem-estar, na moral se persegue a justiça.
- Se na ética o espaço e o tempo são o aqui e agora, na moral o espaço está todo lugar e o tempo sempre.
- Se a ética é precedida pelo ensaio e pelo erro, a moral é fundada na certeza.
- Se o falar na ética é o debate, na moral é o discurso.
- Se no mundo contemporâneo a ética é um self-service, a moral é a integração.
- Se o filósofo de referência na ética é Spinoza, na moral é Kant."

Nesse seguimento, Karam (1997, pp. 100/101) critica o sistema, que muitas vezes, em nome da "razão", da "consciência pessoal", do "interesse público", despreza a própria ideologia, consoante se pode observar, a seguir:

"Poderá, por exemplo, omitir uma tortura policial, por considerá-la necessária à correção dos descaminhos sociais de um indivíduo e, com isso, argumentar que está contribuindo para o desenvolvimento do país. Saímos, enfim, dos interesses comerciais, empresariais, financeiros e políticos das empresas para cairmos, então, na verdade individual do profissional. A manobra, agora, mudou de lado, e o sinal é apenas em sentido contrário, com o mesmo conteúdo.

Portanto, em nome da “razão”, da “consciência pessoal”, do “interesse público”, se esquece a ideologia, a necessidade de uma universalidade da consciência moral e da humanidade como um gênero diverso, mas único.”

O jornalismo, a exemplo de outras áreas sociais, apresenta uma ética relativa ao exercício profissional com princípios próprios. No século XX, diversos Códigos sobre Jornalismo aparecem, como por exemplo, o da França, em 1918; Estados Unidos, em 1923 e Inglaterra, em 1938, dentre outros. O curioso é que o Código da Inglaterra só surge um pouco antes da II Guerra Mundial, enquanto que o da França nasce no final da I Grande Guerra, malgrado a história de o jornalismo inglês ter apresentado um desenvolvimento mais célere do que o francês, consoante explicações anteriores.

Nos tempos atuais, observa-se que as organizações da mídia buscam criar suas próprias leis, como autorregulamentações deontológicas, como algumas lembradas nesse trabalho. Mas, também deve ser ressaltado que tais organizações midiáticas, como segunda intenção, procuram, inclusive, se desviar do foco do poder regulamentar do Governo, talvez porque no histórico do Jornalismo mundial, existe no passado, diversos momentos de repressão da liberdade de expressão, marcado por perseguições, causando dificuldade traumáticas no setor, o que culmina num entrave para o desenvolvimento do Jornalismo.

Cumprе mencionar que a Declaração dos Deveres de Direitos dos Jornalistas, de 1971, também conhecida como a Declaração de Munique, assinada por sindicatos de jornalistas de seis Estados-Membros, da União Europeia, é adotada pela Federação Internacional dos Jornalistas (FIJ), com sede em Bruxelas, que consiste na associação de jornalistas mais importante do mundo, formada por representantes de mais de cem Países.

Nesse seguimento, importa ressaltar a Declaração da UNESCO, sobre os meios de comunicação, de 1978, *in verbis*:

DECLARAÇÃO DA UNESCO SOBRE OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO, DE 1978

Artigo 1º

O fortalecimento da paz e da compreensão internacional, a promoção dos direitos humanos, a luta contra o racismo, o apartheid e a incitação à guerra exigem uma circulação livre e uma difusão mais ampla e equilibrada da informação. Para esse fim, os órgãos de informação devem dar uma contribuição essencial, sendo que esta será eficiente caso a informação reflita os diferentes aspectos do assunto examinado.

Artigo 2º

§1. O exercício da liberdade de opinião, da liberdade de expressão e da liberdade de informação, reconhecido como parte integrante dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, constitui um fator essencial do fortalecimento da paz e da compreensão internacional.

§2. O acesso ao público à informação deve ser garantido mediante a diversidade das fontes e dos meios de informação de que disponha, permitindo assim a cada pessoa verificar a exatidão dos acontecimentos e elaborar objetivamente sua opinião sobre os acontecimentos. Para esse fim, os jornalistas devem corresponder às expectativas dos povos e dos indivíduos, favorecendo assim a participação do público na elaboração da informação.

§3. Com o objetivo de fortalecer a paz e a compreensão internacional, a promoção dos direitos humanos e da luta contra o racismo, o apartheid e a incitação à guerra, os órgãos de informação, em todo o mundo, dada a função que lhes corresponde, contribuem para a promoção dos direitos humanos, em particular ao fazer com a voz dos povos oprimidos que lutam contra o colonialismo, o neocolonialismo, a ocupação estrangeira e todas as formas de discriminação racial e de opressão seja ouvida, assim como dos povos que não podem se expressar em seu próprio território.

§4. Para que os meios de comunicação possam promover em suas atividades os princípios da presente Declaração, é indispensável que os jornalistas e outros agentes dos órgãos de comunicação, em seu próprio país ou no estrangeiro, desfrutem do estatuto que lhes garanta as melhores condições para exercer a sua profissão.

Artigo 3º

§1. Os meios de comunicação devem dar uma contribuição importante ao fortalecimento da paz e da compreensão internacional e na luta contra o racismo, o apartheid e contra a propaganda bélica.

§2. Na luta contra a guerra da agressão, racismo e o apartheid, assim como contra as violações dos direitos humanos que, entre outras coisas são resultado dos preconceitos e da ignorância, os meios de comunicação, através da difusão da informação relativa aos ideais, às aspirações, cultura e exigências dos povos, contribuem para eliminar a ignorância e a incompreensão entre os povos, a sensibilizar os cidadãos de um país às exigências e às aspirações dos outros, a conseguir o respeito dos direitos e da dignidade de todas as nações, de todos os povos e de todos os indivíduos, sem distinção de raça, de sexo, de língua, de religião ou de nacionalidade, e de marcar com atenção os grandes males que afligem a humanidade, tais como a miséria, a desnutrição e as doenças. Ao assim realizar estas tarefas, favorecem a elaboração por parte dos Estados de

políticas mais adequadas às tensões internacionais e para solucionar de maneira pacífica e de igual maneira as diferenças internacionais.

Artigo 4º

Os meios de comunicação de massas têm uma participação essencial na educação dos jovens dentro do espírito da paz, da justiça, da liberdade, do respeito mútuo e da compreensão, a fim de promover os direitos humanos, a igualdade de direitos entre todos os seres humanos e as nações, e o progresso econômico e social. Desempenham um papel de igual importância para o conhecimento das opiniões e das aspirações da nova geração.

Artigo 5º

Para que a liberdade de opinião seja respeitada, assim como a liberdade de expressão e de informação, e para que esta última respeite todos os pontos de vista, é importante que sejam publicados os pontos de vista apresentados por aqueles que considerem que a informação publicada ou difundida sobre eles tenha prejudicado gravemente a ação que realizam com o objetivo de fortalecer a paz e a compreensão internacional, a promoção dos direitos humanos, ou lutar contra o racismo, o apartheid e contra a incitação à guerra.

Artigo 6º

A instauração de um novo equilíbrio e de uma melhor reciprocidade na circulação da informação, condição favorável para o sucesso de uma paz justa e durável e para a independência econômica e política dos países em desenvolvimento, exige que sejam corrigidas as desigualdades na circulação da informação com destino aos países em desenvolvimento, procedente deles, ou em algum desses países. Para tal fim é essencial que os meios de comunicação de massas desses países disponham as condições e os meios necessários para fortalecer-se, estendendo-se a cooperação entre si e com os meios de comunicação de massa dos países desenvolvidos.

Artigo 7º

Ao difundir mais amplamente toda a informação relativa aos objetivos e aos princípios universalmente adotados, que constituem a base das relações aprovadas pelos diferentes órgãos das Nações Unidas, os meios de comunicação de massa contribuem eficientemente no reforço da paz e da compreensão internacional, na promoção dos direitos humanos e no estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional mais justa e igual.

Artigo 8º

As organizações profissionais, assim como as pessoas que participam

na formação profissional dos jornalistas e dos demais profissionais dos grandes meios de comunicação que os ajudem a desempenhar suas tarefas de maneira responsável, devem concordar com a importância dos princípios da presente Declaração e nos códigos que estabeleçam .

Artigo 9º

No espírito da presente Declaração, é tarefa da comunidade internacional contribuir no estabelecimento de condições necessárias para uma circulação livre da informação e para sua mais ampla e equilibrada difusão, assim como as condições necessárias para a proteção, no exercício de suas funções, dos jornalistas e dos demais agentes dos meios de comunicação. A UNESCO está bem qualificada para oferecer uma valiosa contribuição nessa área.

Artigo 10º

§1. Com o devido respeito às disposições institucionais que garantem a liberdade de informação e dos instrumentos e acordos internacionais aplicáveis, é indispensável criar e manter no mundo todo as condições que permitam aos órgãos e às pessoas dedicados profissionalmente na difusão da informação alcançar os objetivos da presente Declaração.

§2. É importante que seja estimulada uma livre circulação e uma ampla e equilibrada difusão da informação.

§3. É necessário para tal fim, que os Estados facilitem a obtenção para os meios de comunicação dos países em desenvolvimento, as condições necessárias para que se fortaleçam, e que ofereçam a cooperação entre eles e com os meios de comunicação dos países desenvolvidos.

§4. Assim mesmo, baseando-se na igualdade de direitos, na promoção mútua e no respeito à diversidade cultural, elementos do patrimônio comum da humanidade, é essencial que sejam alimentados e desenvolvidos os intercâmbios de informação tanto bilaterais como multilaterais entre todos os Estados, em particular entre os que possuem sistemas econômicos e sociais diferentes.

Artigo 11

Para que a presente Declaração seja eficiente, é preciso que, com o devido respeito das disposições legislativas e administrativas e das demais obrigações dos estados Membros, seja garantida a existência de condições favoráveis para a ação dos meios de comunicação, conforme as disposições da Declaração Universal de Direitos Humanos e dos princípios correspondentes enunciados no Pacto Internacional de direitos Civis e Políticos aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966.

Os Princípios Internacionais de Ética Profissional do Jornalismo (PIEPJ), da UNESCO, são aprovados em 20 de novembro de 1983, na quarta reunião consultiva de organizações internacionais e regionais de jornalista, em Paris, pela Conferência Geral da UNESCO, no intuito de orientar a deontologia dos jornalistas, *in verbis*:

PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DE ÉTICA PROFISSIONAL DO JORNALISMO DA UNESCO (PIEPJ)

PRINCÍPIO I

O DIREITO DOS POVOS A UMA INFORMAÇÃO VERÍDICA

Os povos e os indivíduos têm o direito de receber uma imagem objetiva da realidade mediante uma informação precisa e global, assim como de se expressarem livremente através dos diversos meios de cultura e de comunicação.

PRINCÍPIO II

O COMPROMISSO DO JORNALISTA COM A REALIDADE OBJETIVA

O dever supremo do jornalista é servir a causa do direito a uma informação verídica e autêntica através de uma dedicação honesta à realidade objetiva, de uma exposição responsável dos fatos no seu devido contexto, destacando as suas relações essenciais. A capacidade criadora do jornalista deverá ser estimulada de forma a oferecer ao público um material adequado, que lhe permita formar uma ideia precisa e global do mundo. Esse material deverá ser apresentado com a maior objetividade possível, dando conta dos processos e situações reveladores da natureza e essência da realidade.

PRINCÍPIO III

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO JORNALISTA

No jornalismo a informação é entendida como bem social e não como mercadoria, o que implica que o jornalista compartilhe a responsabilidade pela informação transmitida e, por conseguinte, responda não só perante os que controlam os meios de informação, mas também perante o público em geral e seus diversos interesses sociais. A responsabilidade social do jornalista exige que este atue, em quaisquer circunstâncias, em conformidade com a sua consciência individual.

PRINCÍPIO IV

A INTEGRIDADE PROFISSIONAL DO JORNALISTA

O papel social que o jornalista assume exige que, no exercício da profissão, ele mantenha um elevado grau de integridade, incluindo o direito a

declinar o trabalho que vá contra as suas convicções e a não revelar fontes de informação, assim como o direito a participar na tomada de decisões no órgão de informação em que o jornalista trabalha.

A integridade da profissão não permite que o jornalista aceite qualquer suborno com vista à promoção de algum interesse privado contra o bem-estar geral. Faz parte da ética profissional, da mesma forma, o respeitar a propriedade intelectual, e, em particular, evitar o plágio.

PRINCÍPIO V

O ACESSO E A PARTICIPAÇÃO DO PÚBLICO

A natureza da sua profissão exige que o jornalista promova o acesso do público à informação e a sua participação nos meios de comunicação, incluindo o direito de correção ou retificação e o direito de resposta.

PRINCÍPIO VI

O RESPEITO PELA VIDA PRIVADA E A DIGNIDADE HUMANA

Parte integrante das normas profissionais do jornalista é o respeito pelo direito do indivíduo à vida privada e à dignidade humana, de acordo com o estipulado no direito internacional e nacional relativamente à proteção do direito ao bom nome e à reputação, proibindo o libelo, a calúnia, a maledicência e a difamação.

PRINCÍPIO VII

RESPEITO PELO INTERESSE PÚBLICO

A ética profissional do jornalista prescreve o respeito pela comunidade nacional, pelas suas instituições democráticas e a sua moral pública.

PRINCÍPIO VIII

O RESPEITO PELOS VALORES UNIVERSAIS E PELA DIVERSIDADE DE CULTURAS

O jornalista íntegro é partidário dos valores universais do humanismo, sobretudo a paz, a democracia, os direitos humanos, o progresso social e a libertação nacional, respeitando ao mesmo tempo as características distintas, o valor e a dignidade de cada cultura, assim como o direito de cada povo escolher e desenvolver livremente os seus sistemas políticos, sociais, económicos e culturais. O jornalista participa assim ativamente na transformação social, no sentido duma maior democratização da sociedade, e contribui, através do diálogo, para criar um clima de confiança nas relações internacionais, propício à paz e à justiça entre todas as partes, ao desanuviamento, ao desarmamento e ao desenvolvimento nacional.

Faz parte da ética da profissão que o jornalista tenha em conta as disposições sobre esta matéria contidas nos convênios, declarações e resoluções internacionais.

PRINCÍPIO IX

A ELIMINAÇÃO DA GUERRA E DOUTROS GRANDES MALES QUE A HUMANIDADE ENFRENTA

O compromisso ético com os valores universais do humanismo obriga o jornalista a abster-se de qualquer justificação ou instigação à guerra de agressão e à corrida aos armamentos, especialmente os nucleares, e às demais formas de violência, ódio ou discriminação, especialmente o racismo e o apartheid, a opressão por regimes tirânicos, o colonialismo e o neocolonialismo, assim como outros grandes males que afligem a Humanidade, tais como a pobreza, a subalimentação e as doenças.

Atendendo a este princípio, o jornalista pode contribuir para eliminar a ignorância e as incompreensões entre os povos, sensibilizar os cidadãos dum país sobre as necessidades e anseios doutros povos, assegurar o respeito pelos direitos e a dignidade de todas as nações, povos e indivíduos, sem distinção de raça, sexo, língua, nacionalidade, religião ou convicção filosófica.

PRINCÍPIO X

A PROMOÇÃO DE UMA NOVA ORDEM INTERNACIONAL DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

O jornalista atua no mundo contemporâneo no contexto dum movimento visando o estabelecimento de novas relações internacionais em geral e numa nova ordem informativa em particular.

Esta nova ordem, entendida como parte integrante da Nova Ordem Econômica Internacional, orienta-se no sentido da descolonização e da democratização na esfera da informação e comunicação, tanto à escala nacional como internacional, na base da coexistência pacífica dos povos e do pleno respeito pela sua identidade cultural.

O jornalista tem a especial obrigação de promover o processo de democratização das relações internacionais no campo da informação, particularmente salvaguardando e apoiando as relações de paz e amizade entre os Estados e os povos.

No Brasil, o código de ética dos jornalistas brasileiros regulamenta esta categoria profissional, pela previsão da conduta e responsabilidade do jornalista e suas relações profissionais, considerando o direito à informação e a liberdade

de expressão, como expressões da democracia nacional, conforme se pode depreender pela reprodução do texto a seguir:

CÓDIGO DE ÉTICA DOS JORNALISTAS BRASILEIROS

Capítulo I - Do direito à informação

Art. 1º O Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros tem como base o direito fundamental do cidadão à informação, que abrange direito de informar, de ser informado e de ter acesso à informação.

Art. 2º Como o acesso à informação de relevante interesse público é um direito fundamental, os jornalistas não podem admitir que ele seja impedido por nenhum tipo de interesse, razão por que:

I - a divulgação da informação precisa e correta é dever dos meios de comunicação e deve ser cumprida independentemente da linha política de seus proprietários e/ou diretores ou da natureza econômica de suas empresas;

II - a produção e a divulgação da informação devem se pautar pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público;

III - a liberdade de imprensa, direito e pressuposto do exercício do jornalismo, implica compromisso com a responsabilidade social inerente à profissão;

IV - a prestação de informações pelas organizações públicas e privadas, incluindo as não-governamentais, deve ser considerada uma obrigação social;

V - a obstrução direta ou indireta à livre divulgação da informação, a aplicação de censura e a indução à autocensura são delitos contra a sociedade, devendo ser denunciadas à comissão de ética competente, garantido o sigilo do denunciante.

Capítulo II - Da conduta profissional do jornalista

Art. 3º O exercício da profissão de jornalista é uma atividade de natureza social, estando sempre subordinado ao presente Código de Ética.

Art. 4º O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, deve pautar seu trabalho na precisa apuração dos acontecimentos e na sua correta divulgação.

Art. 5º É direito do jornalista resguardar o sigilo da fonte.

Art. 6º É dever do jornalista:

I - opor-se ao arbítrio, ao autoritarismo e à opressão, bem como defender os princípios expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos;

II - divulgar os fatos e as informações de interesse público;

III - lutar pela liberdade de pensamento e de expressão;

IV - defender o livre exercício da profissão;

V - valorizar, honrar e dignificar a profissão;

VI - não colocar em risco a integridade das fontes e dos profissionais com quem trabalha;

VII - combater e denunciar todas as formas de corrupção, em especial quando exercidas com o objetivo de controlar a informação;

VIII - respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem do cidadão;

IX - respeitar o direito autoral e intelectual do jornalista em todas as suas formas;

X - defender os princípios constitucionais e legais, base do estado democrático de direito;

XI - defender os direitos do cidadão, contribuindo para a promoção das garantias individuais e coletivas, em especial as das crianças, adolescentes, mulheres, idosos, negros e minorias;

XII - respeitar as entidades representativas e democráticas da categoria;

XIII - denunciar as práticas de assédio moral no trabalho às autoridades e, quando for o caso, à comissão de ética competente;

XIV - combater a prática de perseguição ou discriminação por motivos sociais, econômicos, políticos, religiosos, de gênero, raciais, de orientação sexual, condição física ou mental, ou de qualquer outra natureza.

Art. 7º O jornalista não pode:

I - aceitar ou oferecer trabalho remunerado em desacordo com o piso salarial, a carga horária legal ou tabela fixada por sua entidade de classe, nem contribuir ativa ou passivamente para a precarização das condições de trabalho;

II - submeter-se a diretrizes contrárias à precisa apuração dos acontecimentos e à correta divulgação da informação;

III - impedir a manifestação de opiniões divergentes ou o livre debate de idéias;

IV - expor pessoas ameaçadas, exploradas ou sob risco de vida, sendo vedada a sua identificação, mesmo que parcial, pela voz, traços físicos, indicação de locais de trabalho ou residência, ou quaisquer outros sinais;

V - usar o jornalismo para incitar a violência, a intolerância, o arbítrio e o crime;

VI - realizar cobertura jornalística para o meio de comunicação em que trabalha sobre organizações públicas, privadas ou não-governamentais, da qual seja assessor, empregado, prestador de serviço ou proprietário, nem utilizar o referido veículo para defender os interesses dessas instituições ou de autoridades a elas relacionadas;

VII - permitir o exercício da profissão por pessoas não-habilitadas;

VIII - assumir a responsabilidade por publicações, imagens e textos de cuja produção não tenha participado;

IX - valer-se da condição de jornalista para obter vantagens pessoais.

Capítulo III - Da responsabilidade profissional do jornalista

Art. 8º O jornalista é responsável por toda a informação que divulga, desde que seu trabalho não tenha sido alterado por terceiros, caso em que a responsabilidade pela alteração será de seu autor.

Art 9º A presunção de inocência é um dos fundamentos da atividade jornalística.

Art. 10. A opinião manifestada em meios de informação deve ser exercida com responsabilidade.

Art. 11. O jornalista não pode divulgar informações:

I - visando o interesse pessoal ou buscando vantagem econômica;

II - de caráter mórbido, sensacionalista ou contrário aos valores humanos, especialmente em cobertura de crimes e acidentes;

III - obtidas de maneira inadequada, por exemplo, com o uso de identidades falsas, câmeras escondidas ou microfones ocultos, salvo em casos de incontestável interesse público e quando esgotadas todas as outras possibilidades de apuração;

Art. 12. O jornalista deve:

I - ressalvadas as especificidades da assessoria de imprensa, ouvir sempre, antes da divulgação dos fatos, o maior número de pessoas e instituições envolvidas em uma cobertura jornalística, principalmente aquelas que são objeto de acusações não suficientemente demonstradas ou verificadas;

II - buscar provas que fundamentem as informações de interesse público;

III - tratar com respeito todas as pessoas mencionadas nas informações que divulgar;

IV - informar claramente à sociedade quando suas matérias tiverem caráter publicitário ou decorrerem de patrocínios ou promoções;

V - rejeitar alterações nas imagens captadas que deturpem a realidade,

sempre informando ao público o eventual uso de recursos de fotomontagem, edição de imagem, reconstituição de áudio ou quaisquer outras manipulações;

VI - promover a retificação das informações que se revelem falsas ou inexatas e defender o direito de resposta às pessoas ou organizações envolvidas ou mencionadas em matérias de sua autoria ou por cuja publicação foi o responsável;

VII - defender a soberania nacional em seus aspectos político, econômico, social e cultural;

VIII - preservar a língua e a cultura do Brasil, respeitando a diversidade e as identidades culturais;

IX - manter relações de respeito e solidariedade no ambiente de trabalho;

X - prestar solidariedade aos colegas que sofrem perseguição ou agressão em consequência de sua atividade profissional.

Capítulo IV - Das relações profissionais

Art. 13. A cláusula de consciência é um direito do jornalista, podendo o profissional se recusar a executar quaisquer tarefas em desacordo com os princípios deste Código de Ética ou que agridam as suas convicções.

Parágrafo único. Esta disposição não pode ser usada como argumento, motivo ou desculpa para que o jornalista deixe de ouvir pessoas com opiniões divergentes das suas.

Art. 14. O jornalista não deve:

I - acumular funções jornalísticas ou obrigar outro profissional a fazê-lo, quando isso implicar substituição ou supressão de cargos na mesma empresa. Quando, por razões justificadas, vier a exercer mais de uma função na mesma empresa, o jornalista deve receber a remuneração correspondente ao trabalho extra;

II - ameaçar, intimidar ou praticar assédio moral e/ou sexual contra outro profissional, devendo denunciar tais práticas à comissão de ética competente;

III - criar empecilho à legítima e democrática organização da categoria.

Capítulo V - Da aplicação do Código de Ética e disposições finais

Art. 15. As transgressões ao presente Código de Ética serão apuradas, apreciadas e julgadas pelas comissões de ética dos sindicatos e, em segunda instância, pela Comissão Nacional de Ética.

§ 1º As referidas comissões serão constituídas por cinco membros.

§ 2º As comissões de ética são órgãos independentes, eleitas por voto

direto, secreto e universal dos jornalistas. Serão escolhidas junto com as direções dos sindicatos e da Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), respectivamente. Terão mandatos coincidentes, porém serão votadas em processo separado e não possuirão vínculo com os cargos daquelas diretorias.

§ 3º A Comissão Nacional de Ética será responsável pela elaboração de seu regimento interno e, ouvidos os sindicatos, do regimento interno das comissões de ética dos sindicatos.

Art. 16. Compete à Comissão Nacional de Ética:

I - julgar, em segunda e última instância, os recursos contra decisões de competência das comissões de ética dos sindicatos;

II - tomar iniciativa referente a questões de âmbito nacional que firmam a ética jornalística;

III - fazer denúncias públicas sobre casos de desrespeito aos princípios deste Código;

IV - receber representação de competência da primeira instância quando ali houver incompatibilidade ou impedimento legal e em casos especiais definidos no Regimento Interno;

V - processar e julgar, originariamente, denúncias de transgressão ao Código de Ética cometidas por jornalistas integrantes da diretoria e do Conselho Fiscal da FENAJ, da Comissão Nacional de Ética e das comissões de ética dos sindicatos;

VI - recomendar à diretoria da FENAJ o encaminhamento ao Ministério Público dos casos em que a violação ao Código de Ética também possa configurar crime, contravenção ou dano à categoria ou à coletividade.

Art. 17. Os jornalistas que descumprirem o presente Código de Ética estão sujeitos às penalidades de observação, advertência, suspensão e exclusão do quadro social do sindicato e à publicação da decisão da comissão de ética em veículo de ampla circulação.

Parágrafo único - Os não-filiados aos sindicatos de jornalistas estão sujeitos às penalidades de observação, advertência, impedimento temporário e impedimento definitivo de ingresso no quadro social do sindicato e à publicação da decisão da comissão de ética em veículo de ampla circulação.

Art. 18. O exercício da representação de modo abusivo, temerário, de má-fé, com notória intenção de prejudicar o representado, sujeita o autor à advertência pública e às punições previstas neste Código, sem prejuízo da remessa do caso ao Ministério Público.

Art. 19. Qualquer modificação neste Código só poderá ser feita em congresso nacional de jornalistas mediante proposta subscrita por, no mínimo, dez delegações representantes de sindicatos de jornalistas.

Vale acrescentar, nesse sentido, que alguns países preveem, em seus códigos de ética dos jornalistas, a cláusula de consciência, que garante a esses profissionais, o direito de agir segundo à sua consciência, podendo, inclusive, recusar coberturas ou matérias, que sejam contrárias as suas convicções interiores, explícita ou implicitamente. O código de ética dos jornalistas brasileiros prevê essa cláusula no bojo da redação do artigo 13, supracitado.

Existe, ainda, o código de ética da Associação Nacional dos Jornalistas (CEANJ), que estabelece os seguintes preceitos:

CÓDIGO DE ÉTICA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS (CEANJ)

“Os jornais afiliados à ANJ - Associação Nacional de Jornais comprometem-se a cumprir os seguintes preceitos:

Manter sua independência.

Sustentar a liberdade de expressão, o funcionamento sem restrições da imprensa e o livre exercício da profissão.

Apurar e publicar a verdade dos fatos de interesse público, não admitindo que sobre eles prevaleçam quaisquer interesses.

Defender os direitos do ser humano, os valores da democracia representativa e a livre iniciativa.

Assegurar o acesso de seus leitores às diferentes versões dos fatos e às diversas tendências de opinião da sociedade.

Garantir a publicação de contestações objetivas das pessoas ou organizações acusadas, em suas páginas, de atos ilícitos ou comportamentos condenáveis.

Preservar o sigilo de suas fontes.

Respeitar o direito de cada indivíduo à sua privacidade, salvo quando esse direito constituir obstáculo à informação de interesse público.

Diferenciar, de forma identificável pelos leitores, material editorial e material publicitário.

Corrigir erros que tenham sido cometidos em suas edições.”

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), na envergadura da redação do artigo 220, garante a ampla manifestação do pensamento, pelo que se pode observar no texto infrarreproduzido:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a

informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

Vale ressaltar, por oportuno, as seguintes garantias constitucionais, referentes a este tema, previstas no artigo 5º, *in verbis*:

[...]

V – é assegurado, o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Na esteira deste pensamento, importa refletir sobre o comportamento da opinião pública.

6. OPINIÃO PÚBLICA

Segundo os ensinamentos apregoados por Jürgen Habermas, lembrados por Andrade (2007, p. 35), a propagação dos produtos chá, café e chocolate, no século XVII, proporcionam a existência de salões de chá e clubes de leitura, promovendo a intelectualidade, onde a burguesia tem a oportunidade de discutir ideias com a aristocracia, *in verbis*:

“Com isso, os salões passaram de antigos abrigos de prazeres para novos centros de discursos e, posteriormente, centros de discussões. Tornaram-se um foro irradiador de novas idéias e obras, onde havia, de maneira inédita, independência e autonomia de opiniões (Habermas, 1984, pp. 48-49). Como decorrência, surgiram os primeiros expoentes da opinião pública, especialmente na França.”

Na Inglaterra, observa-se que a formação da opinião pública ocorre, mormente após o fato de o Parlamento ter sido aberto ao público e a consequente publicização de seus atos. As pessoas passam a realizar manifestações de seus pensamentos, sobre um determinado tema, seja pela aprovação ou rejeição, sendo notória a influência do povo, formando-se aí, a opinião pública que mitiga a rigidez do Parlamento.

Na Alemanha, a opinião pública se arrima, no século XVIII, no próprio desenvolvimento do Jornalismo alemão. Isto porque com a proliferação dos jornais e revistas, muitos temas são discutidos através desses meios de comunicação, motivando a formação da opinião pública.

Verifica-se que a opinião pública, no início, se constitui, na vontade geral contra a arbitrariedade Estatal, pois ao mesmo tempo em que é participante do poder público absoluto, ela lhe apresenta oposição. Insta ressaltar a participação da opinião pública na elaboração dos Códigos, através de concursos e *enquetes*, nos lugares onde existe deficiência parlamentar, seja por sua ausência ou completa ineficácia. Os projetos de Código são apresentados à opinião pública, que investida de legitimidade racional, faz um controle social, se contrapondo à arbitrariedade. O fato é que depois, a opinião pública ganha espaço na Imprensa, antes mesmo da liberdade de expressão midiática.

Habermas (*apud*, ANDRADE, 2007, p. 41) cita os critérios diferenciadores de “público” e “massa”, como aqueles sugeridos por C. E. Mills, conforme se verifica:

MASSA	PÚBLICO
Muito menos gente expressa opiniões do que as recebe, pois a comunidade do público torna-se uma coleção abstrata de indivíduos que recebem impressões dos meios de comunicação de massa.	Virtualmente tantas pessoas expressam opiniões quantas as recebem.
As comunicações que prevalecem são organizadas de tal modo que é difícil ou impossível para o indivíduo responder de modo imediato ou com qualquer eficácia.	As comunicações são organizadas de tal modo que há uma chance imediata e efetiva de responder a qualquer opinião expressa em público. Opiniões formadas através de tal discussão...
A efetivação da opinião em ação é controlada por autoridades que organizam e controlam os canais de tal ação.	... rapidamente encontram uma saída na ação efetiva, mesmo contra – caso necessário – o sistema dominante de autoridade.
Não tem autonomia frente às instituições; agentes de instituições autorizadas penetram-na, reduzindo qualquer autonomia que ela possa ter na formação de opinião através de discussão.	Instituições autoritárias não penetram o público, que nisso é mais ou menos autônomo em sua operação.

Pode ser observado que a opinião pública traz em si, uma força de formar opiniões, levando a decidir casos, inocentar ou condenar pessoas, enfim, apresenta resultados, ganhando uma força impressionante, com o respaldo da mídia.

Assim, surge uma diferença peculiar no tempo mediático que urge pela forma imediata, primando pela informação instantânea o que prejudica a verificação da verdade dos fatos, conforme se pode observar, a seguir.

7. TEMPO MIDIÁTICO E TEMPO PROCESSUAL

Quando se analisa o tempo real, importa realizar os enfoques do tempo midiático e do tempo processual, ora apresentados:

7.1 TEMPO MIDIÁTICO

Existe relevância do tempo real no próprio jornalismo. Isso se explica, tendo em vista que hoje, o mundo está globalizado, onde é veiculado, inclusive, o jornalismo digital (já comentando anteriormente no presente estudo). Tal fato influencia o tempo real da própria mídia, tornando-se urgente e prevalente “correr contra o tempo”. Nesse sentido, quem está na frente, em regra, é quem faz a cobertura em primeiro lugar, alimentando a opinião pública com fatos novos e recentes.

Por sua vez, a informação instantânea, em diversas ocasiões, inviabiliza a apuração da verdade. Isto ocorre porque o tempo da Justiça é diferente do tempo da mídia. O jornalista não tem tempo para apurar fontes e verificar a verdade, tornando inviável a confirmação da própria informação; mesmo porque, em regra, muitas vezes, o profissional da mídia escuta apenas uma fonte; o que reveste a produção da notícia em muita superficialidade.

Moretzsohn (2002, p. 74) esclarece que a busca por notícias fabricadas pode fomentar a cumplicidade jornalística, no direcionamento de informações, deixando de demonstrar a verdade, conforme reprodução adiante:

“As grandes redações brasileiras fornecem, em todas as editoriais, exemplos diários de notícias fabricadas de acordo com a busca pela informação capaz de ganhar destaque, ainda que com muitos malabarismos verbais e/ou visuais, coerentes com a nossa “sociedade do espetáculo”. Assim, na editoria de esportes, jornalistas fomentam a rivalidade entre jogadores, frequentemente com a cumplicidade destes, de

modo a criar uma polêmica que será assunto obrigatório para o público. A mesma lógica se estende às demais áreas."

Segundo Moretzsohn, existem três dimensões da objetividade, quais sejam: O conhecimento relativizado, o jornalismo e as formas de discursividade, bem como, a objetividade como "ritual estratégico".

Assim, no que tange à velocidade da vida (pós) moderna, Moretzsohn (idem, pp. 148/149) reflete sobre a valorização do processo e de seu resultado, conforme se pode depreender adiante:

"Especialmente nesses tempos globalizados, em que a velocidade parece adquirir um valor em si, seria mais apropriado dizer que essa noção de urgência é o grande fetiche da vida (pós) moderna.(...)"

A situação pode ser ilustrada por uma tira humorística de Wilney na série Non sequitur, republicada pelo Globo, que mostra o réu perplexo no tribunal, paralisado diante de uma roleta na qual se alternam as sentenças "culpado" ou "inocente". Observando a cena, o juiz comenta: "Qual é o problema? Não foi você mesmo quem fez questão de um julgamento rápido?"

Importa mencionar, por oportuno, o papel da tecnologia, através de *breaking news*, redes sociais, dentre outros, ultimando a urgência da notícia. Os *breaking news*, inclusive, "quebram" a programação, pela interrupção, no intuito de fornecer notícias de última hora, através de um âncora de telejornal, que acolhe o espectador.

7.2 TEMPO PROCESSUAL

A mídia apresenta como uma de suas preocupações, o compromisso da busca da verdade. No entanto, deve ser considerado que a verdade midiática e a verdade processual apresentam tempos diferentes, posto que enquanto a mídia busca notícias urgentes, "julgando" precocemente, pela eleição de "culpados" ou "inocentes", no intuito de auxiliar a formação de opinião pública, o tempo do processo não apresenta o mesmo ritmo, na busca da verdade real.

Há descompasso entre o tempo midiático e o processual. As garantias do processo judicial estão previstas na Constituição da República, tais como os princípios do contraditório, da ampla defesa, como expressões do Estado Democrático de Direito, que precisam ser respeitados, mas muitas vezes não coadunam com a rapidez midiática, estabelecendo diferenças de tempo entre os dois processos.

Tal celeridade midiática é lembrada por Moretzsohn (idem, p. 150), nas palavras infracitadas:

“Embora cite a internet como a nova utopia tecnológica da comunicação, Ramonet aponta na constituição dos conglomerados de informação formados pelas grandes redes de televisão o início de um processo em que as temporalidades (e, conseqüentemente, linguagens) próprias de cada meio de comunicação se misturam. O resultado imediato pode ser verificado todos os dias nas redações: editores colados no vídeo, sobressaltos a cada chamada do telejornal, perguntando aos repórteres: “temos isso? – e conferindo credibilidade automática ao que é veiculado ali, a ponto de alterar o texto produzido originalmente pelo profissional de sua própria equipe.”

O tempo lento do Poder Judiciário é verificado no dia-a-dia, pelas razões já expostas, mas o fato é que a morosidade judicial, em certo sentido, culmina na legitimação da influência midiática, pela rapidez da informação e a própria formação da opinião pública. A mídia apresenta um tempo curto, imediato e instantâneo para dar a informação.

Aí, surge a pergunta: como fica a busca pela verdade nesse processo?

8. VERDADE JORNALÍSTICA E VERDADE PROCESSUAL

Quando se analisa a verdade jornalística, diferenças são apontadas, relativas à verdade processual. Mas, na realidade, como a Imprensa lida com a verdade? E o Poder Judiciário, como trata a verdade?

Ao comentar sobre a verdade, Costa (2009, pp. 23/24) demonstra que o tema tem sido abordado, inclusive, através de poesias e literaturas, conforme se pode observar na reprodução abaixo, em que o autor cita a poesia de Carlos Drummond de Andrade:

“A verdade histórica faz parte do processo de uma realidade cuja objetividade também é relativa porque tudo é processo. A verdade histórica pode nos ajudar na questão da verdade em jornalismo. Também a poesia e a literatura conseguem metáforas capazes de iluminar bem essa questão. O poeta Carlos Drummond de Andrade aborda a incapacidade de atingi-la, como um todo, em um poema “A verdade dividida”.

*A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar*

*meia pessoa de cada vez.
Assim, não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só conseguia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltaria igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.
Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia os seus fogos.
Era dividida em duas metades
diferentes uma da outra.
Chegou-se a discutir qual a metade
mais bela.
Nenhuma das duas era perfeitamente bela.
E era preciso optar: Cada um optou
conforme seu capricho, sua ilusão,
sua miopia.”*

Costa (idem, pp. 24/25), inclusive, ao enfrentar a problematização da verdade, à luz da visão do poeta José Saramago, realiza os seguintes esclarecimentos:

“Em livro feito em homenagem a Fernando Pessoa, O ano da morte de Ricardo Reis, José Saramago consegue criar uma imagem paradoxal que completa e expande, a visão do poeta. Ali apresenta uma sentença, como ele mesmo diz, clara, fechada e conclusiva: “Sobre a nudez forte da verdade o manto diáfano da fantasia.” Uma criança seria capaz de entender a frase e repeti-la sem dificuldade em qualquer exame, afirma. Essa criança também poderia repetir, com a mesma convicção, outra sentença: “Sobre a nudez forte da fantasia o manto diáfano da verdade.” Saramago acha muito mais saboroso imaginar “sólida e nua” a fantasia e “diáfana apenas a verdade”.

Na sequência, em uma única frase, ele palmilha o caminho da modernidade e tangencia o universo do jornalismo: “Se as sentenças viradas do avesso passarem a ser leis, que mundo faremos com elas, milagre e não endoidecerem os homens cada vez que abrem a boca para falar.”

Essas considerações colaboram na problematização da questão da verdade, cantada por poetas e escritores, chacoalhadas por filósofos e tão cara aos profissionais da comunicação. A premência do tempo do jornalismo é decisiva, mas em nada elimina a abordagem dos meandros da verdade e a necessidade de entendê-la normativamente, porque ela liga inexoravelmente à questão da objetividade. No dia-a-dia do jornalismo, o tratamento do que se considera verdade implica decisões muitas vezes irreversíveis.

Nesse sentido, convém elucidar, a seguir, a problemática da verdade, no que tange às vertentes jornalística e processual.

8.1 VERDADE JORNALÍSTICA

Quando a mídia reporta um fato, ela alega que tem um compromisso em levar a informação às pessoas; apregoar a verdade. Mas, é preciso desmistificar. Isto porque a notícia é divulgada, na Imprensa, de acordo com a subjetividade do jornalista.

A comunicação deve informar a notícia; difundir boas técnicas de trabalho, desenvolver estratégias objetivas, rejeitando todo e qualquer preconceito contra a Imprensa. A liberdade de imprensa é a liberdade das idéias; a liberdade social.

A defesa para a liberdade de expressão é sempre citado John Stuart Mill, que defende uma verdade que não é incontestável ou absoluta. A verdade é sempre buscada para o governo justo, fundado na democracia. A verdade jornalística é imediata. Para Mill, só pode haver verdade se houver absoluta liberdade.

Então, é mister sair do conceito da verdade, que não é fruto de uma discussão. A verdade não é incontestável.

Cumprе ressaltar, por oportuno, a existência, ainda, do jornalismo investigativo, no intuito de fazer com que se saiba dos fatos, não se sujeitando às regras.

8.2 VERDADE PROCESSUAL

Em consonância com o Estado Democrático de Direito, consagrado no *caput* do artigo primeiro da Constituição da República do Brasil (CRFB), a dignidade da pessoa humana (inciso III) se constitui em um de seus pilares fundamentais.

Como desdobramentos, existem os princípios das processualísticas civil e penal, que devem ser respeitados, como garantias constitucionais dos indivíduos, como consectários do devido processo legal, revestidos das seguintes garantias:

- a) Direito a um juiz imparcial;
- b) a vedação da produção de provas ilícitas, podendo o juiz rejeitar provas;
- c) paridade de armas, concedendo um tratamento isonômico às partes no processo;
- d) direito ao contraditório e à ampla defesa;
- e) direito à presunção de inocência, assim, se houver dúvida quanto à prova, será dado ao réu a chance de provar a sua inocência.

Às vezes, a verdade dos autos não é a verdade real. Se o fato criminoso não for devidamente provado nos autos, a situação fática fica revestida de precariedade. Deve ser frisado que quando o fato é reconstituído, mas inexistem testemunhas do mesmo, na realidade, o que há são conjecturas e probabilidades.

O Poder Judiciário busca a verdade real, mas não a qualquer preço, em homenagem ao princípio do devido processo legal que deve ser respeitado. Em sentido contrário, cumpre esclarecer que a mídia, por sua vez, produz as suas provas, muitas vezes, sem respeitar o devido processo legal. Por isso, existem situações em que o magistrado proíbe que determinada prova seja produzida.

É cediço que procedimentos adequados visam estabelecer um cenário favorável para que o juiz examine a causa com serenidade, desinteresse pessoal e espírito desarmado, zelando para que as partes sejam tratadas de forma isonômica, com iguais oportunidades de apresentar suas teses e provas no processo.

Os fatos transmitidos pela mídia provêm, o tanto quanto possível, de fontes diretas não sujeitas a qualquer contestação. A verdade judiciária, pelo contrário, é construída com distanciamento e através de um processo dialético de contraposição de versões do fato e debate.

Esse amadurecimento é essencial ao ato de julgar, contudo no discurso da imprensa, essa verdade é recebida como resultado do mau funcionamento das instituições, resultado das artimanhas das partes, falhas do sistema e da excessiva permissividade de alguns juízes.

Reformas processualísticas têm sido realizadas, mas deve ser frisado que o projeto do novo Código de Processo Penal apresenta uma preocupação com o tempo razoável do processo.

Nesse raciocínio, vale dizer, ainda, que a verdade midiática não é mediata pelas garantias do processo, portanto, não é uma verdade democrática.

9. PUBLICIDADE E SIGILO

Nesse processo pela busca da verdade, tanto a publicidade quanto o sigilo apresentam grande relevância com características próprias, à luz da democracia.

9.1 PUBLICIDADE

A Constituição da República (CR) de 1988 elege, como regra, o princípio da publicidade dos atos processuais, devendo o Poder Judiciário agir com transparência. Isto porque a publicidade é exigência do Estado Democrático de Direito.

No entanto, em alguns casos, como exceção, o sigilo processual pode ser decretado, cerceando o acesso do público à sala de julgamento; questionando tanto sobre o acesso preferencial de jornalistas; quanto sobre a transmissão televisiva dos julgamentos criminais, dentre outras formas.

A discussão sobre a transmissão televisiva dos julgamentos criminais se procede, considerando, à ciência do monitoramento por câmeras de TV, o ânimo das pessoas envolvidas pode se modificar e influenciar no próprio julgamento, no que pertine à sua justeza e a própria apreciação equitativa do processo.

9.2 SIGILO

A regra é a publicidade. Mas, algumas vezes o sigilo é necessário à boa condução da investigação policial; ou para preservar o direito de privacidade das partes; ou ainda, por uma questão de segurança, o sigilo é decretado para preservar a pessoa do investigado ou acusado no âmbito do processo criminal; ou mesmo, como forma de garantia do direito a um julgamento justo, através de um processo equitativo.

A Constituição prevê a edição de leis que restrinjam a publicidade, em defesa da intimidade e do interesse social. Caso o juiz venha a decretar o sigilo, é mister que a decisão seja fundamentada.

Deve ser lembrado que o foco da discussão da causa não é a mídia, mesmo porque a participação no debate é restrita às partes. O Poder Judiciário tem as suas atividades numa área restrita, onde os sujeitos são identificados e as relações mediadas.

Convém esclarecer que a ideia da participação de toda a coletividade num determinado processo, como a repercussão da matéria na Imprensa, causa um impacto econômico, à medida que soa como autoritarismo, ao contraponto do discurso de democracia midiática. O juiz tem o direito de ter o acesso à verdade real.

A mídia deve compreender como se processa uma ação, sob o ponto de vista legal, e não apenas por conjecturas, “achismos”, ou ainda, a querência de fazer “justiça com as próprias mãos”. Por isso, embora, em regra, o processo seja revestido de publicidade, algumas vezes, o magistrado decreta o seu sigilo, fundado no Estado Democrático consagrado no Brasil.

10. PROBLEMAS AOS COMENTÁRIOS MIDIÁTICOS

Charaudeau aponta como problemas do comentário midiático, os problemas ligados tanto ao posicionamento quanto ao modo de raciocínio.

Segundo ele, os problemas ligados ao posicionamento pertinem à ideia de “tomar partido”, devendo ser considerados pelos atores das mídias modernas, que buscam fazer o jogo da interpelação.

E quanto aos problemas relativos ao modo de raciocínio, Charaudeau (2009, p. 187) lembra a relevância da eleição de possíveis culpados, no intuito de assegurar a repercussão, *in verbis*:

“[...] A explicação de um discurso de informação deveria estabelecer correlações sem necessariamente supor as sentenças. Mas, sabe-se que descrever os fatos como simples correlações não é muito atraente. Assim sendo, o discurso das mídias procura pôr em cena responsáveis e mesmo eventuais culpados. Assim, estaria assegurada uma possível captação, estaria assegurada, em todo caso, a repercussão.”

Desse modo, pode ser observado que os comentários realizados pela mídia, sobretudo quando envolver decisões judiciais, provocam impacto econômico no meio social.

11. O IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A MÍDIA

É cediço que as decisões judiciais podem gerar um impacto econômico, assim, torna-se relevante, alcançar a segurança jurídica, no intuito de reduzir os riscos inerentes às mesmas. Isto porque a perda da confiança gera efeitos em todo o sistema, podendo afetar a economia, a política, dentre outras áreas, além de debilitar as instituições envolvidas.

Nesse sentido, muitas vezes, por exemplo, os magistrados, ao fixarem valores altos através de indenizações de danos morais, geram um aumento substancial de ações.

E qual é o alcance da mídia?

Daniel Cornu (*apud* ANDRADE, 2007, p. 70) considera como três grandes categorias de fatos da atualidade, a saber: os fatos institucionais, os temas dominantes do momento, assim como, os "*faits divers*".

Segundo Cornu, os fatos institucionais são aqueles de primeira categoria, emanados pelas instituições políticas, econômicas, administrativas, sociais, dentre outras, onde as empresas jornalísticas mantêm os seus jornalistas para obter informações de primeira mão.

Quanto aos temas dominantes do momento, esses são relativos aos assuntos do momento e se extinguem quando o "sucesso temático" se acaba.

Por sua vez, os *faits divers* são aqueles fatos pequenos do dia-a-dia, referentes aos problemas diários, tais como, incêndio, roubos, dentre outros temas (Andrade, 2007).

Cumprir esclarecer que a mídia tem um papel fundamental nesse processo, considerando que muitas vezes, essa é instrumento da notícia "bomba", causando assim, impactos econômicos, considerando que, às vezes, um determinado caso que vem sendo discutido no Poder Judiciário, através do processamento e julgamento de uma determinada ação, começa a ser discutido na sociedade, através das notícias jornalísticas sobre a matéria. Por consequência, todos opinam e discutem aquele assunto e a mídia acaba interferindo a opinião de todos, gerando também um impacto econômico.

Verifica-se, assim, que diversos casos são veiculados na mídia, com tanta ênfase, causando uma grande repercussão na opinião pública e assim, as pessoas, verdadeiras protagonistas, alcançam a fama, ainda que transitória, recebendo infinitos convites para programas da TV, revistas e outras espécies de jornalismo, passando a ter uma conotação de "celebridade", na realidade, de forma casuística, mormente pela própria promoção midiática e a repercussão do caso;

sem mencionar, ainda, na consequência mais gravosa, concernente ao nome de Empresas ou órgãos, que muitas vezes, ficam desprestigiados, pelo envolvimento.

12. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À PRIVACIDADE

Com a positivação dos princípios do Direito no texto constitucional, inexistente supremacia das leis, em relação aos princípios. Torna-se necessário ressaltar a inexistência de conflitos entre os princípios, mas muitas vezes, há um aparente conflito, devendo a decisão judicial ser analisada pela ponderação de interesses. Assim, ora poderá tender para um lado e ora, para outro, dependendo do contexto, qual seja, dos elementos do caso concreto para se verificar, pelo julgador, quais são os valores que devem ser protegidos, na referida situação fática.

Na realidade, existem alguns princípios de interpretação constitucional e no caso, deve ser lembrado o princípio da unidade da constituição, orientador no sentido de que a Carta Maior deve ser interpretada como um todo, mormente no que apregoa Canotilho (1991, pp. 1207/1208), *in verbis*:

“O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a Constituição deve ser interpretada de forma e a evitar contradições (antinomia, antagonismos) entre as suas normas. Como “ponto de orientação”, “guia de discussão” e “factor hermenêutico de decisão” o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio Democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”

Assim, o julgador, diante de um aparente conflito de princípios, ao interpretar a Constituição, deverá fazê-lo, de forma globalizante e se utilizar do princípio da concordância prática ou harmonização, no intuito de se evitar o sacrifício total de um bem jurídico, em favor de um segundo, como lembra Canotilho (*idem*, p. 1209), a seguir:

“Este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens."

Nesse sentido, aplicam-se, ainda os princípios do efeito integrador e da máxima efetividade. Vale esclarecer, por oportuno, que o princípio do efeito integrador, segundo Canotilho (1991, p. 1208) "significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política" remetendo à ideia de se conceder primazia à integração política e social e o reforço da unidade política, como forma de argumentação.

Por seu turno, o princípio da máxima efetividade é também conhecido como princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, que demonstra que a norma jurídica deve ter uma efetividade social bem ampla e que Canotilho (idem, p. 1208) apregoa o seguinte:

"é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Gilmar Ferreira Mendes, em apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, "A força normativa da Constituição", que serviu de base para a aula inaugural da Universidade de Freiburg-RFA, em 1959, defende ainda, a aplicação do princípio da força normativa e lembrando os ensinamentos de Hesse, afirma que a Constituição se transforma numa força ativa, se existir, além da vontade de poder (*Wille zur Macht*), a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*)".

Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas, é mister esclarecer que a interpretação seja à luz da própria Constituição, devendo ser respeitados alguns critérios, tais como, a prevalência da Carta Constitucional; a vedação do intérprete constitucional agir como legislador positivo; a conservação de normas jurídicas; dentre outros.

O princípio da interpretação conforme a Constituição apresenta dois enfoques. O primeiro trata da abordagem referente à hermenêutica constitucional e, o segundo,

como técnica de controle de constitucionalidade; sendo que no âmbito dessa técnica de controle, é possível analisar, sob o prisma da “interpretação conforme a Constituição”; bem como, a “declaração de nulidade sem redução de texto”.

Nesse sentido, é preciso ressaltar que a jurisprudência majoritária, do Excelso Supremo Tribunal Federal (STF), criticada por vários doutrinadores, mormente pelo próprio Ministro Gilmar Ferreira Mendes, equipara essas técnicas, em seus julgamentos, ao demonstrar que a técnica da interpretação conforme a Constituição, na realidade, é considerada como um caso de declaração de nulidade, sem redução de texto e vice-versa.

Nesse diapasão, diante de uma norma jurídica polissêmica, existem várias interpretações, sendo possível discutir a sua constitucionalidade, tanto na via difusa, quanto na concentrada.

Na realidade, pela técnica da declaração de nulidade/inconstitucionalidade, sem redução de texto, o Tribunal diz quais das interpretações possíveis da norma seriam consideradas inconstitucionais, abrindo uma lacuna, no tocante às interpretações que seriam constitucionais, cabendo análise da constitucionalidade de outras interpretações.

No que tange à técnica de Interpretação conforme a Constituição, o Tribunal faz o caminho inverso e estabelece qual a única forma constitucional de interpretação, não deixando um “espaço” para o diálogo, no tocante a outro sentido que possa a vir a ser pensado. *In casu*, há restrição do alcance da hermenêutica jurídica.

Existe, ainda, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade ou ainda, vedação ao excesso, utilizando como parâmetros, a necessidade, a adequação e a ponderação.

Os magistrados buscam equilibrar a Justiça com a segurança jurídica; e assim, utilizam-se da adequação do pós-positivismo e das teorias hermenêuticas, adotando a argumentação jurídica, no intuito de combater a discricionariedade judicial, considerando que a decisão judicial subjetivista gera a insegurança jurídica.

Diante das considerações anteriores, cumpre esclarecer que o impacto econômico da decisão judicial considera o pós-positivismo, no combate do subjetivismo judicial, buscando evitar os riscos sistêmicos da economia. Dessa forma, o magistrado deve ponderar os valores, buscando unificar as normas jurídicas, diante de um caso concreto, à luz dos princípios de interpretação constitucional supracitados.

13. MÍDIA E PODER JUDICIÁRIO

O estudo comportamental da mídia e do Poder Judiciário torna-se relevante quando se consideram as questões sociais, políticas e econômicas, no que tange à convivência social.

Como fatores de identificação, observa-se que ambos buscam garantir os direitos fundamentais do homem, além de zelar pelos valores democráticos, como por exemplo, a luta histórica pela liberdade de manifestação do pensamento, com o fim da censura.

Mas, o fato é que o contexto social moderno exige uma *releitura* no âmbito da tecnologia, e, assim, tanto a mídia quanto o Poder Judiciário buscam se atualizar para acompanhar os parâmetros dessa nova era globalizada. A imprensa se moderniza com o jornalismo digital, enquanto que o Poder Judiciário insere em sua processualística, mudanças em seus procedimentos, como por exemplo, os processos virtuais e por via satélite, as audiências virtuais.

Nesse sentido, Gueiros Junior (2009, pp. 139/140) apregoa sobre as discussões no tocante às mudanças globais, adotando-se um sistema rápido, eficiente e confiável para acompanhar a celeridade dos negócios e comunicações digitais, com a possibilidade de *cibertribunais*, Cortes internacionais eletrônicas, julgamentos à distância e penas econômicas virtuais, *in verbis*:

“Vários países já se preocupam em consolidar sua legislação interna, tratando de criar mecanismos para salvaguardar os seus interesses no meio etéreo ao patamar mundial, para que possam com sucesso, superar os ainda distantes obstáculos que impedem a migração absoluta de todos os usos e costumes da sociedade do mundo físico para o mundo virtual.

Já existem iniciativas nesse sentido, com o painel denominado Global Cyberspace Jurisdiction Project, ou Projeto de Jurisdição/Global do Ciberespaço, em desenvolvimento pela Ordem dos Advogados dos Estados Unidos (American Bar Association) e por alguns órgãos do governo estadunidense. O tema central é alçar ao nível global um sistema rápido, eficiente e confiável para acompanhar a celeridade dos negócios e das comunicações digitais que ocorrem a cada segundo, sem, contudo precisar alterar muito profundamente a legislação já existente, bem como entregar as diversas culturas existentes no planeta sem lhes suprimir as características mais tradicionais.

Cibertribunais, cortes inteiramente eletrônicas, julgamentos a distância e penas econômicas virtuais são apenas algumas das idéias que já estão sendo debatidas por advogados, juristas e estudiosos do direito

eletrônico, no afã de conseguir acompanhar, com dispositivos e sistemas de controle correspondentes, a celeridade com que o mundo digital arrasta a humanidade para novos horizontes de conhecimento. E a sombra da convergência tecnológica de todas as mídias da sociedade precisará encontrar esteio nesse “admirável mundo novo”, de forma a se integrar pacificamente no cotidiano do nosso milênio, que a cada instante transforma inexoravelmente as nossas vidas em “zeros e uns” do código binário”.

É cediço que tanto o Poder Judiciário quanto a mídia desenvolvem um papel relevante perante a sociedade. Contudo, ambos apresentam deficiências. De um lado, a mídia demonstra falhas marcantes quanto à divulgação de notícias e a respectiva veracidade dos fatos, ocorrendo abusos e falta de responsabilidades; e de outro, o Judiciário aparece com deficiências em sua organização, tais como a impunidade e a morosidade.

São notórios os abusos e excessos midiáticos, mormente quanto à divulgação de notícias do Poder Judiciário. Eventualmente, a imprensa extrapola os seus limites funcionais, pela invasão de espaços, praticando tarefas que são devidamente reservadas a outras instituições, como se pode depreender pelo texto de Moretzsohn (2002, p. 10), no artigo “O caso Tim Lopes”: O mito da “mídia cidadã”, infratranscrito:

“O reconhecimento do papel político do jornalismo, porém, obviamente não lhe confere o direito de substituir outras instituições. Apesar disso, é notório que a imprensa vem procurando exercer funções que ultrapassam de longe o seu dever fundamental, assumindo frequentemente tarefas que caberiam à polícia ou à justiça. E essa invasão de espaços pode ser considerada justamente a partir de uma definição cara à imprensa: a qualificação de “quarto poder”, que data do início do século XIX e lhe confere o status de guardião da sociedade (contra os abusos do Estado), representante do público, voz dos que não têm voz. É certamente sustentada por essa visão mistificadora - porque encobridora dos interesses da empresa jornalística, desde sua constituição, há dois séculos, e especialmente agora na era das grandes corporações - que a imprensa se arroga o direito de penetrar em outras áreas.

Tal invasão busca legitimar a imprensa junto à opinião pública que ela mesma ajuda a formar, com a vantagem de atuar num reconhecido vácuo (a distância entre o aparelho judiciário e o homem comum, para ficar apenas no exemplo mais recorrente). Vicente Riccio chama a atenção para o fato de que as críticas usualmente feitas a essa invasão de espaços não

consideram justamente a dificuldade, nada inocente ou casual, de acesso do homem comum à justiça, mas peca por não perceber a mídia como ator do processo: talvez por isso considere que programas populares como o do Ratinho dão, de fato, voz ao público, esquecendo dos enquadramentos autoritários próprios a esses programas de variedades, que estão longe de ser um reconhecimento dos problemas e reivindicações populares.

Por seu turno, o Poder Judiciário apresenta falhas de impunidade, formalismo exagerado, nepotismo, morosidade, dentre outras. Malgrado exista um esforço interno para resolver essas questões, fatores exteriores a serem implementados também contribuem, citando como exemplos, a existência de uma legislação favorável à celeridade processual, o aumento da quantidade de juízes e servidores e maior rigor ao afastamento dos magistrados.

No que tange à morosidade do Poder Judiciário, o funcionamento judiciário é considerado burocrático e moroso. No mundo globalizado, a instantaneidade ganha destaque na mídia, que contribui com esse processo, incutindo nas pessoas, a ideia de que a velocidade é qualidade de vida com qualidade. A imprensa, por seu turno, não destaca a demora judicial como técnica da processualística, mas sim com imperícia, sobrecarga de serviço e exagero de recursos, dentre outros fatores. Na realidade, a mídia se utiliza da publicidade para a divulgação dos atos do processo. Em regra, o processo tem ampla publicidade, sendo aumentada pelo Judiciário quando é acompanhada pela imprensa.

Dessa feita, torna-se necessária a decretação do segredo de justiça, de forma excepcional, fazendo da mediatização processual um meio de credibilidade dos fatos. O público, por sua vez, não entende bem essa delimitação e acredita tratar-se de “fuga de informação”.

Assim, o que é apresentado pela imprensa, à sociedade, muitas vezes se insurge em uma imagem do Judiciário, distorcida da realidade. Nesse sentido, notícias referentes às matérias jurídicas de qualidade, deixam de ser divulgadas para a comunidade. Por outro lado, o Poder Judiciário tem a sua participação a todo esse equívoco, tendo em vista que apresenta pouco investimento em *marketing* e mídia, além de apresentar, muitas vezes assessorias com falhas na eficiência.

No que tange, à opinião pública, esta apresenta em seu processo de formação erros marcantes, posto que está fundada, muitas vezes, em informações equivocadas ou imprecisas, seja pelo desconhecimento da matéria ou pelos interesses da imprensa, no tocante à tramitação dos feitos no Judiciário, contribuindo para o descaso desse Poder. Assim, depreende-se que em muitas ocasiões, a mídia não oferece dados reais correspondentes à realidade.

Devido às diferenças marcantes na relação da mídia e o Judiciário, observa-se um distanciamento, uma linha imaginária entre os mesmos, marcada pelo desprezo e frieza entre essas instituições, através da rigidez excessiva e da própria linguagem judicial erudita.

O Ministro Sálvio de Figueiredo (*apud* Teixeira, 1996, pp. 19/20) defende a necessidade do estreitamento entre a mídia e o Poder Judiciário, através das seguintes reflexões quanto ao tema:

“5. Ao finalizar, e a título de contribuição, ficam as seguintes reflexões:

a) o conhecimento da atividade do Judiciário é direito do cidadão. Sendo os magistrados prestadores de serviço público, imprescindível se faz que essa atividade seja a mais transparente possível;

b) impõe-se, para o aprimoramento da democracia no País, que haja uma maior aproximação entre Judiciário e Imprensa, veículo que esta é da atuação e da postura dos diversos segmentos sociais, mostrando como atua o Judiciário, qual a sua competência, sua estrutura, seu alcance como Poder, suas deficiências, seus abusos reais;

c) fundamental, destarte, que sejam superadas as dificuldades apontadas, e outras que existirem, tornando-se o Judiciário mais acessível à divulgação e, via de consequência, ao público; esmerando-se a Imprensa, por seu turno, em aperfeiçoar o seu sistema de divulgação, com inteira liberdade, mas sem as distorções, os abusos e as omissões que o estágio atual está a demonstrar;

d) o Estado democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as nonas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma nova sociedade mais livre, justa e solidária;

e) cada vez mais, e o próximo século se encaminha para essa demonstração, o Judiciário terá participação maior e mais efetiva na sociedade, especialmente para conter os excessos do Poder dominante e melhor resguardar os direitos da cidadania. Nesse quadro, igualmente relevante será o papel a ser desenvolvido pela Imprensa. Daí a necessidade de ambos se aparelharem convenientemente, corrigindo suas atuais

e múltiplas deficiências, aprimorando seus mecanismos e buscando diretrizes que melhor atendam aos anseios de uma sociedade livre, justa, solidária e responsável.”

Verifica-se, também, um descontentamento com a mídia, por parte dos profissionais do Poder Judiciário. Isto se explica porque, em parte, os jornalistas desconhecem o próprio direito e como o Judiciário se compõe e funciona. Assim, aparecem severas críticas na imprensa, algumas sem razoabilidade, pela publicação de “meias-verdades”, demonstram um “desprezo” da mídia pelo próprio Poder. Em parte também, o descontentamento se verifica ante a carência de boas entrevistas com pessoas qualificadas do Judiciário (Ministro Sálvio de Figueiredo).

É cediço que a mídia divulga o que deseja, manipulando a opinião pública, no processo de legitimação junto à sociedade, distorcendo a verdade, inclusive, os próprios dados do processo judicial, influenciando na capacidade valorativa social. Nesse sentido, ainda que seja na forma de jornalismo investigativo, as empresas jornalísticas utilizam, como técnica, o destaque das deficiências do Poder Judiciário.

No que diz respeito ao desgaste com a imagem do Poder Judiciário, é preciso atentar para os inevitáveis danos causados na população. A imprensa, incansavelmente, promove o pânico e a insegurança, através de notícias negativas sobre o Poder Judiciário, alimentando a sensação de “caos generalizado” e insegurança jurídica. Deve ser ressaltado, que quando a mídia publica meias-verdades, o impacto gerado se consubstancia no aumento ainda maior quanto à desinformação do público alvo.

A mídia quer sensacionalismo e busca lucros exagerados, esquecendo-se de que se trata de um serviço público prestado à sociedade, desviando-se de seu fim. Quando esses elementos estão presentes na linha de fundo da divulgação da notícia, a imprensa se torna parcial e comprometida, além de afetar a democracia. Verifica-se nesse processo, que muitas vezes, a mídia traça o perfil de “criminoso”, especialmente por aqueles que ficam à margem da sociedade.

Observa-se que a imprensa tem notoriedade, perante o público. Assim, na visão da população, existem dois modos de ver os fatos: o primeiro diz respeito à confiança nas informações divulgadas pela imprensa; o segundo, ao descrédito pelo Poder Judiciário.

Deve ser consignado que a mídia pode ter um papel importante no processo evolutivo da democracia nacional. Isto se explica porque a informação deixa de ser veiculada só pelo divertimento, opiniões em seus editoriais, dentre outros,

passando a alcançar uma nova dimensão, à formação da cidadania nacional. Os jornalistas têm o dever, na sociedade democrática, em divulgar a verdade, com muita eticidade. A imprensa também deve ser colocada, quando for possível, em favor do Poder Judiciário, para auxiliar na formação da opinião pública, no tocante ao funcionamento do Órgão jurisdicional, assim como na processualística como um todo. Dessa feita, a sociedade passa a ter maiores esclarecimentos e a entender como funciona o Poder Judiciário e o processo.

Diante dessa reflexão, fica o desafio de como se podem estreitar essas barreiras entre a Justiça e a mídia.

14. A EDUCAÇÃO COMO MEDIDA DE AJUSTE ENTRE A JUSTIÇA E A MÍDIA

Diante da problemática existente entre a Justiça e a mídia, é mister buscar soluções que possam equilibrar as diferenças entre essas áreas, com o fito de construir a cidadania, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, na forma do inciso II, do artigo 1º, da *Magna Carta*.

Corroborando com essa pesquisa, convém analisar, a seguir, a possibilidade da Educação se traduzir numa medida de ajuste entre a Justiça e a mídia.

14.1 A IMPORTÂNCIA DA FORMAÇÃO E DA INFORMAÇÃO

Ab initio, convém ressaltar que o conhecimento tem sido a chave para o alcance do desenvolvimento. A partir da formação do indivíduo e do acréscimo de informação que este obtiver, as suas escolhas serão realizadas através de uma segurança, ainda que mínima, para que os seus passos contribuam em prol da construção de uma sociedade mais justa e evoluída.

Mesmo porque o conceito moderno de cidadania vai além do direito do indivíduo em participar ativa e passivamente do processo político. Nesse giro, a informação é o instrumento indispensável para a construção da cidadania, porque somente através do conhecimento dos direitos e o alcance dos mesmos é que será possível para o cidadão lutar pela conquista dos mesmos, o que dá relevância ao papel da educação, como um portal de entrada para a própria democracia.

Importa ressaltar que nessa visão moderna de cidadania, o Estado precisa traçar políticas no sentido de ofertar o mínimo existencial para garantir os direitos fundamentais aos indivíduos, aprimorando a educação do povo, facilitando o acesso à informação.

A educação vem contribuir para a cidadania, na democracia, principalmente no processo de evolução da pessoa humana, quanto à sua formação humanística, formando o caráter do profissional do amanhã. Nesse sentido, o indivíduo por meio de disciplinas de seu currículo, como também, através de atividades extracurriculares, aprofunda o seu entendimento e conhecimento para questões outras, tais como, as sociais, culturais, éticas e políticas governamentais do Estado, dentre outras, podendo participar de forma ativa, exercendo a sua cidadania.

Nesse diapasão, tanto os profissionais do direito quanto os da mídia, irão contribuir nesse processo participativo, dentro de cada grupo social. A sociedade civil apresenta um papel relevante na democracia, diferenciando-se do Estado e da economia, devendo esses limites ser garantidos na constituição democrática do país, gerando uma autolimitação da sociedade política diante da sociedade civil.

Assim, compreende-se o quanto é necessário para o processo democrático, a existência de um sistema judiciário imparcial, que deverá compatibilizar os projetos individuais dos cidadãos com a ação comunicativa da sociedade civil, com relação aos princípios universais democráticos. Mesmo porque na ação comunicativa, os interlocutores estão em igualdade de condições para expressar as suas opiniões pessoais, decidindo-se pelo princípio do melhor argumento (através do consenso e do discurso), as ações que melhor adequem a vida social desses cidadãos, em grupo. Isto porque o princípio do discurso dispõe que a validade das normas precisa do consentimento de todos os interlocutores, sendo o núcleo central da teoria da moral.

A democracia como teoria normativa, segundo Habermas, é a via institucionalizada dos processos discursivos de formação democrática da opinião e da vontade. A ação comunicativa é o elemento nuclear da política deliberativa e da teoria democrática.

Deve ser frisado, por oportuno, que a concepção habermasiana entende que a esfera pública vai além do papel de ação comunicativa para o autoentendimento dos cidadãos em grupo, apresentando inclusive, um papel de conflito, à medida que revela ideias opostas de seus interlocutores, representantes da sociedade civil, argumentos esses influenciados pelo mundo político e pelo mercado.

No que tange às consequências da política deliberativa e da democracia para a compreensão da legitimação e da soberania popular, Habermas ensina que no modelo liberal, a formação democrática da vontade tem por escopo, a legitimação do exercício do poder e no modelo republicano, a sua função precípua é a constituição da sociedade como comunidade política.

Assim, os profissionais de mídia e os jornalistas irão, nesse processo democrático, desempenhar uma função importante, à luz da orientação dos direitos humanos, em seu trabalho cotidiano, perante os meios de comunicação, devendo por seu turno, valorar o acesso à informação, à liberdade de expressão e à segurança.

14.2 PROGRAMA MUNDIAL EM DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

A Organização das Nações Unidas (ONU) lançou um Programa Mundial em três fases, que tem por escopo, a articulação dos esforços governamentais ou não, voltados para uma cultura voltada para a promoção e a defesa dos direitos humanos.

A primeira fase do Programa Mundial, desenvolvida em 2005-2009, traça recomendações, referências e sugestões em prol dos ensinos fundamental e médio.

A segunda fase, implementada em 2010-2014, enfatiza a prioridade no ensino superior, quanto à formação em direitos humanos em diversas classes, tais como: professores, servidores públicos, forças de segurança, bem como, militares.

Em 06 de maio de 2015, a Organização das Nações Unidas (ONU) lançou, em Brasília, na Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, durante o Seminário Internacional de Educação, a versão em português, do Plano de Ação da terceira fase de seu Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos.

Nessa terceira fase do Programa, em epígrafe, que se inicia em 2015 e vai até 2019, a ONU sustenta argumentos em prol à formação em direitos humanos de profissionais de mídia e jornalistas, sugerindo a inclusão do tema de direitos humanos nos currículos das faculdades de jornalismo, além de respeito a princípios básicos de direitos humanos, priorizando jornalistas, comunicadores sociais, blogueiros e demais profissionais da mídia.

Nesse Plano, há previsão de informações sobre a educação em direitos humanos e as ações necessárias para a sua promoção no meio da mídia, respaldando-se, por exemplo, a não incitação ao ódio, a confidencialidade e proteção das fontes, além da liberdade de informação e de expressão, pela garantia ao acesso à informação, a liberdade de expressão e a segurança.

Deve ser consignado que o Plano prevê um treinamento formal de todos os jornalistas e profissionais da mídia, primando pela igualdade de oportunidades de formação e em direitos humanos, através de um conhecimento básico e cursos de especialização em direitos humanos, o que promoverá um desenvolvimento profissional contínuo.

O Plano prevê, ainda, a responsabilidade e a estreita colaboração para a sua implementação, no tocante à realização de estratégias e atividades adequadas à educação em direitos humanos para profissionais de mídia e jornalistas, considerando a sua complexidade, apontando para tal fim, os seguintes atores:

- (a) institutos superiores ou universidades, bem como institutos de direitos humanos e Cátedras UNESCO de educação em direitos humanos;
- (b) sindicatos, organizações profissionais e de acreditação de profissionais de mídia e jornalistas;
- (c) empresas públicas e privadas de mídia e suas lideranças, em particular membros da direção da empresa e editores-chefes;
- (d) órgãos legislativos relevantes, incluindo comissões de direitos humanos e outras comissões parlamentares e grupos consultivos;
- (e) instituições nacionais de direitos humanos, tais como ouvidorias e comissões de direitos humanos;
- (f) redes de mídia nacionais, regionais e internacionais;
- (g) centros de pesquisa na área do jornalismo;
- (h) centros de formação e de recursos em direitos humanos, nacionais e locais;
- (i) organizações não governamentais e outros atores da sociedade civil;
- (j) organizações intergovernamentais, regionais e internacionais.

Convém ressaltar que o Plano também realiza a inclusão, como atores, outras partes interessadas, considerando que a responsabilidade é compartilhada por várias instituições governamentais ou não e grupos sociais, a saber:

- (a) os ministérios pertinentes, tais como ministérios das Comunicações, da Previdência Social, do Trabalho, da Justiça, das Mulheres e Juventude;
- (b) os Poderes Judiciário e Legislativo;
- (c) líderes culturais, sociais, religiosos e comunitários;
- (d) organizações da juventude;
- (e) povos indígenas e grupos minoritários;
- (f) e o empresariado.

É mister ressaltar, ainda, por oportuno, a responsabilidade governamental, no sentido de garantir proteção para os profissionais de mídia e jornalistas, através

de uma legislação que possa respaldar as normas jurídicas, relativas à liberdade de opinião e de expressão, à proteção e à segurança de profissionais de mídia e jornalistas, ao acesso à informação e aos meios de comunicação social, bem como a não discriminação e a diversidade nos meios de comunicação de massa.

Em conformidade com as ideias apresentadas acima, considerando que na visão moderna de cidadania, o Estado tem um papel essencial e digno de apreço, à medida que precisa garantir o exercício da cidadania, pela conquista dos direitos dos indivíduos, sejam eles enquadrados em quaisquer gerações e esses profissionais, em especial, precisam de proteção, segurança, liberdade de opinião e de expressão, dentre outras garantias fundamentais, no exercício de suas atividades na mídia.

14.3 A MÍDIA E A EDUCAÇÃO

Uma solução para se obter maior ajuste na relação da mídia e a Justiça seria a criação de disciplinas jurídicas nos cursos de comunicação social e jornalismo. Isto porque com o conhecimento técnico do direito, através de seus conceitos fundamentais, os jornalistas irão poder desenvolver as suas atividades com melhor aprimoramento, principalmente no que tange à responsabilidade da formação de opinião, que hodiernamente já está reconhecida pelo meio social.

É mister realizar uma interpretação extensiva quanto à expressão “profissionais de mídia”, abrangendo a todas as pessoas que trabalham em organizações de mídia, o que inclui repórteres e analistas, bem como outros profissionais, como técnicos e administradores e à “jornalista”, como o trabalhador da mídia e ao produtor de mídias sociais, conforme interpretação do próprio Plano de Ação da ONU, supracitado.

Cumprе ressaltar o relevante papel da ética profissional dos jornalistas e profissionais da mídia, caminhando ao lado do conhecimento jurídico mais aprofundando, importantes ferramentas para as notícias diárias, que de um modo ou outro irão formar opiniões.

O papel de interatividade dos jornalistas precisa ser exercido com responsabilidade; considerando que estes não apenas devem revelar os fatos, mas também, têm o dever de, ao apresentar a matéria, elucidar o texto, com comentários, no intuito de auxiliar a formação da opinião pública, participando do contexto social, exercendo a sua cidadania, através do esclarecimento de questões que ocupam as manchetes diárias, na busca da verdade, com mais justeza e eticidade, em prol da democracia.

É através da educação que os profissionais da mídia irão ter uma formação mais técnica sobre os direitos humanos, o que irá valorar o seu trabalho na imprensa, construindo a cidadania, através da “prevenção de abusos aos direitos humanos e de conflitos violentos, para a promoção da igualdade e do desenvolvimento sustentável, e para o aprimoramento da participação em processos de tomada de decisões em um sistema democrático”, conforme redação do texto da supracitada terceira fase do Programa Mundial para a elaboração em direitos humanos (p. 7).

Torna-se necessário esclarecer que o exercício de liberdade de expressão também apresenta deveres, devendo haver uma preocupação com a proteção e a segurança dos jornalistas e os profissionais da mídia, sobretudo em áreas de conflito, que nessas situações estão amparados pelo direito internacional humanitário.

Todos os jornalistas devem ter oportunidades iguais de formação em direitos humanos, sendo que a pesquisa e a avaliação, com o compartilhamento de resultados também são práticas que deveriam ser implementadas nesse processo de educação, promovendo, inclusive, atividades de formação e intercâmbios internacionais.

Vale explicitar, ainda, que os jornalistas e os profissionais da mídia deveriam ter uma visão mais técnica do direito e do próprio Poder Judiciário, para que na busca da verdade, possam desempenhar o trabalho com razoabilidade e cautela, ao lado do conhecimento e da informação; o que poderá minimizar as situações já criticadas no presente trabalho.

14.4 A JUSTIÇA E A EDUCAÇÃO

Por se tratar de um caminho de mão dupla, urge esclarecer que os cursos de direito também deveriam prever uma cadeira jornalística para que o estudante de direito, já compreenda a importância da mídia para o direito e a sociedade, inclusive para formar o futuro bacharel em direito, na importância de uma entrevista para a mídia, de forma mais compromissada e bem sucedida.

Nesse giro, haverá maior conscientização por parte do Poder Judiciário, que terão os seus membros uma formação desde a faculdade, o que irá influenciar o cotidiano jurídico, inclusive no trato com a mídia, que é muitas vezes impaciente na busca da verdade jornalística.

No que tange à esfera criminal, em especial, os direitos do acusado deverão ser cada vez mais respeitados, através da imparcialidade do Judiciário, mesmo quando

se é criada uma imagem fictícia do acusado, pela mídia, imagem essa, muitas vezes distorcida da realidade; o que para o jurista fica muito difícil, por exemplo, inocentar, quando a sociedade já vê o acusado como condenado e vice-versa.

Lidar com jornalistas e enfrentar momentos de tensão, torna-se muito impactante para o profissional do direito, por isso é mister uma veia mediática desde o tempo da faculdade de direito, época que se inicia a formação desse profissional.

Cumprir lembrar, que inúmeras vezes, o profissional do direito irá ter que ponderar princípios jurídicos nos estudos de casos jurídicos, considerando que a jurisprudência não é pacífica, ante a dificuldade de se enfrentar os temas que a mídia já traçou perfis e desenvolveu teorias, distante da realidade.

Mesmo na segurança em conceder entrevistas jornalísticas, importa ainda em adquirir paciência e maturidade para responder às inúmeras perguntas mediáticas, por isso se torna necessário preparar os profissionais de direito para lidar com a mídia.

Quanto à abrangência do Plano de Ação da ONU, supramencionado, verifica-se que este aponta outras pessoas como atores de sua implementação, inclusive os membros do Poder Judiciário, que neste sentido, devem ter, inclusive, uma formação multidisciplinar com o jornalismo para que se possa promover a cidadania, no Estado Democrático de Direito.

14.5 REGULAÇÃO DA MÍDIA

Outra medida que não se pode deixar de apontar nesse processo de ajuste entre a mídia e a Justiça, seria a preocupação com a própria regulação da mídia.

A mídia brasileira precisa aprimorar o seu processo de regulação, para se alcançar um maior desenvolvimento democrático, protegendo a sociedade civil dos abusos econômicos contra os cidadãos.

Isto ocorre porque, hoje, a mídia no Brasil, está centralizada nas mãos de poucas famílias, que controlam as principais empresas midiáticas no Brasil, concentrando o “poder da informação”, compondo uma oligarquia publicitária nas mãos de poucos grupos de comunicação, que distribuem as notícias em caráter nacional e regional, formando um bloco concentrado de informação.

Pode ser observado, que nos tempos atuais, diversos jornalistas são afastados ou demitidos antes de completarem 60 (sessenta) anos, outros apresentam redução em seus salários ou são transferidos ou perseguidos quando excedem os

discursos jornalísticos, opinando, contrariamente, aos interesses dessas empresas midiáticas brasileiras.

Importa ressaltar que se trata da necessidade de um processo de regulação midiática com a preocupação de não comprometer a garantia constitucional da liberdade de expressão brasileira, ante as preferências sociais e daqueles que exercem cargos políticos ou estão à frente de grandes Empresas.

Nesse diapasão, o Plano de Ação da ONU, em comento, também prevê o papel governamental para melhorar a legislação pátria e convém explicitar que as normas jurídicas não devem apenas prever as garantias dos jornalistas e demais profissionais da mídia, mas inclusive, a própria regulação da mídia, que no Brasil encontra-se defasada, em relação ao plano internacional, estando algumas famílias apenas, concentrando todo o poder de informação do país, adotando critérios subjetivos por ocasião da informação de notícias, penalizando os profissionais das empresas jornalistas, com baixos salários, demissões, dentre outras atitudes que descuram a democracia.

15. CONCLUSÕES

O grande desafio do direito é enfrentar as diferenças dos dois mundos: a individualização - que se encontra em período de transição-, bem como, a globalização. O Estado impõe às empresas a adoção de princípios éticos em seus atos negociais, esperando dessas um relacionamento transparente e pleno de eticidade. A mídia também se inclui nesse grupo, que em virtude da economia de mercado, é impelida ao diálogo com todos os seus públicos. Assim, a sociedade se relaciona com o jornalismo e todo o sistema midiático, interagindo o passado, presente e futuro, tendo em vista estar ligado ao próprio contexto socio-histórico.

Verifica-se assim, que a mídia, por um lado tem a missão de noticiar os fatos do dia-a-dia, e por outro, atua no próprio processo histórico da sociedade, devendo ser observado, como ocorre a inserção midiática no contexto social e analisar quais são as consequências desse processo.

A imprensa tem um papel relevante na sociedade, posto que o jornalista não apenas deve revelar os fatos, mas de forma interativa, deve ao apresentar a matéria, elucidar o texto, com comentários, no intuito de auxiliar a formação da opinião pública. Assim, o jornalismo deixa de ficar "em cima do muro", para externar opiniões e participar do contexto social. Ao esclarecer sobre questões mundiais e nacionais e resoluções de problemas contemporâneos, através da

formação da opinião pública, haverá uma grande contribuição para a formação de profissionais, com mais justeza e eticidade.

Mas, há formas diversificadas de conceber o mundo ou de se relacionar e compreender a sociedade, enfim, de observar os fatos e apresentar uma versão para os mesmos. Dessa feita, existem vários tipos de teorias e respectivamente, as suas versões. Pela teoria da democracia, é possível haver uma interação com outras ciências sociais, dentre elas, a filosofia, a sociologia e o próprio direito, tornando-se relevante o papel da mídia na formação do “homem social”, aprofundando esse processo de multidisciplinariedade, por ocasião da busca incessante da qualidade de informação, quando se firma a competência técnica aparelhada ao lado da liberdade democrática de expressão.

Também se observa a notoriedade tanto da empresa jornalística quanto do profissional de comunicação social, que se perfaz, inclusive com salários razoáveis e dignos, devendo ser considerada a participação de órgãos trabalhistas, tais como sindicatos, federações, nesse processo.

O estudo da teoria do jornalismo implica compreender o seu desenvolvimento ao longo do tempo, analisando os desafios, como também, observar o limite da linha imaginária divisora do campo de até aonde vai o jornalismo e de onde começam outros campos.

Nos tempos hodiernos, existe o pensamento de que se torna mister o desenvolvimento de uma teoria da ética jornalística, ao lado da própria teoria do jornalismo, como expressão da diversidade social, frente aos valores consagrados na Constituição da República, como a moralidade, democracia e o que mais se ofereça. Pois, à luz da ética (aplicando-se as idéias filosóficas tradicionais e modernas), se convém avaliar o comportamento da mídia, frente ao conhecimento global e imediato da realidade e a respectiva interpretação dos fatos.

Por seu turno, a existência da teoria da ética jornalística, ao lado da própria teoria do jornalismo, fundada na democracia dos meios de comunicação social, contribui sobremaneira para a dignidade da pessoa humana.

Observa-se que a partir do século XX, há uma proliferação dos códigos de ética jornalística, em diversos Países, que regulamentam a profissão de jornalista.

O jornalismo digital busca acompanhar a celeridade da globalização, em contraponto com o jornal na versão impressa, que tem maior tradição de pesquisa. Mas, deve ser consignado que a velocidade de disseminação da

Internet propicia uma *releitura* nos veículos de comunicação, transformando a rede mundial de comunicação num meio de disputa, com a televisão, o jornal e o rádio, ante a celeridade em fornecer notícias, entretenimentos e demais serviços.

Por outro lado, o tempo “lento” do Poder Judiciário é verificado no dia-a-dia, mas o fato é que a morosidade judicial, em certo sentido, culmina na legitimação da influência midiática, pela rapidez da informação e a própria formação da opinião pública. A mídia apresenta um tempo curto, imediato e instantâneo para dar a informação.

As garantias do processo judicial estão previstas na *Magna Carta*, mas muitas vezes não coadunam com a rapidez midiática. Há descompasso entre o tempo dos dois processos.

Nesse sentido, também se observa que a imprensa muitas vezes é responsável pela criação de famosos, que da noite para o dia, se tornam verdadeiras personalidades midiáticas, inclusive com participações em programas de televisão, entrevistas em jornais e revistas, faturando bons “cachês”, tornando-se celebridades, ainda que temporais.

Deve ser observada a extensão do comportamento jornalístico, ao dar a notícia, causando impacto econômico, à medida que vai formando a opinião pública.

Como resultado deste estudo, observa-se um evidente distanciamento entre o Poder Judiciário e a mídia, embora existam pontos convergentes entre elas.

Por um lado, o Judiciário dificulta o acesso aos profissionais da imprensa e, conseqüentemente, à sociedade; por outro, observa-se a falta de cultura jurídica necessária à compreensão dos assuntos da processualística judicial. Mesmo porque, os jornalistas não detêm do conhecimento processual técnico necessário, além do fato de que essas questões tramitam num órgão com peculiaridades específicas. Por seu turno, verifica-se que os noticiários buscam uma justiça, feita pelas próprias mãos, de forma imediata.

Em relação à imprensa, o Poder Judiciário, muitas vezes, denota um comportamento frio e distante, o que contribui sobremaneira para o distanciamento existente entre essas instituições, seja pela rigidez excessiva ou linguagem judicial erudita.

Nos tempos hodiernos, torna-se importante a existência de um diálogo entre a mídia e o Poder Judiciário, como forma de canal de comunicação, proporcionando maior interação entre essas instituições no cotidiano. O desenvolvimento democrático nacional prescinde dessa integração. A transparência dos sistemas,

através de informações que reflitam a realidade, colabora uma participação maior da população.

A mídia deve buscar compreender um pouco mais da processualística e o desempenho do Judiciário e, longe do sensacionalismo, divulgar as informações que correspondam à realidade, sem distorcer os fatos ou eleger “culpados”, como forma prevalente, aos lucros e sensacionalismo, perseguidos pelas empresas jornalísticas.

Quanto ao Poder Judiciário, este deve facilitar o próprio acesso à Justiça, esclarecendo questões jurídicas numa linguagem mais simples e entendida por todos, evitando-se decisões com termos em latim, por exemplo, dinamizando o diálogo com a população.

A sociedade democrática brasileira precisa ter uma consciência no que diz respeito aos seus direitos da cidadania e tanto a mídia e o Poder Judiciário têm uma importância nesse processo de formação e aprimoramento da cidadania. Nesse sentido, é mister que essas instituições destruam o muro do distanciamento entre elas e tracem uma política de “boa vizinhança”, convivendo melhor e colaborando entre si, em prol da própria democracia, que sempre tem sido uma luta nacional, inserida no contexto social e nos planos da imprensa e do Judiciário.

Analisando a interação midiática, observa-se o papel relevante do jornalismo, na qualidade de “motor” do processo democrático, pelo relacionamento entre a mídia e os Poderes da União, especificamente no caso, o Poder Judiciário. Cumpre ressaltar que é pela democracia que se obtém a sonhada liberdade, em prol da construção de uma sociedade “livre, justa e solidária”.

A liberdade de expressão é imprescindível para que um Governo seja considerado democrático. O fato é que a difusão da cultura, a importância da palavra, enfim, todo o desenvolvimento da liberdade de expressão se fundamenta no Estado Democrático de Direito, com diversos critérios, dentre eles, a transparência.

O jornalista, hoje, não apenas deve revelar os fatos, mas de forma interativa, deve esclarecer a matéria, no intuito de elucidar os comentários e auxiliar a formar a opinião pública, deixando de ter um comportamento imparcial para externar opiniões e participar da sociedade.

Quando se faz um estudo da ética, importa ressaltar a visão moderna da Ética discursiva de Habermas ou Apel, que se constitui num “divisor de águas” das teorias normativa (Apel, Tugendhat, Wellmer, Rawls, Hare e outros) e valorativa do viver bem (Aristóteles, São Tomás de Aquino e demais filósofos), apresentando preocupações deontológicas, formalistas e universalistas.

Habermas desenvolve a teoria normativa, fundada no “dever moral-valorando o que é direito ou justo”, trazendo a argumentação moral, em substituição ao imperativo categórico de Kant; passando o imperativo categórico a se constituir em um princípio universal, ao invés de ser um critério moral absoluto “puro”.

No entanto, sob a visão Kantiana, um princípio é considerado universalizável, de forma monológica; e na visão habermasiana, será através do discurso prático do grupo, realizado pelo argumento justo, correto e racional, sendo relevante o consentimento e a aceitação de todos aqueles que participam do discurso, pelo procedimento argumentativo. Assim, o conteúdo é de validade geral e não se constitui apenas uma intuição moral de uma cultura ou época específica.

Habermas consolida a ética discursiva, não na teoria formal, mas na *vulnerabilidade* da pessoa, pela dignidade da pessoa humana (teoria Kantiana), por princípios da justiça e da solidariedade.

A ética discursiva estabelece 03 (três) pressupostos: a competência comunicativa; os diálogos ideais e um sistema linguístico para o discurso teórico e prático. Habermas enumera 04 (quatro) “cargas político-morais”: a *fome* no terceiro mundo, a *tortura* institucionalizada, o *desemprego* crescente, as *ameaças do desequilíbrio ecológico* e aponta as ações comunicativa ou instrumental (parcialmente, pela técnica), como forma de solução desses problemas; que nem sempre são solucionados pela ética discursiva. Falhando essas ações, existirá, ainda, a ação estratégica, que através de condições materiais e políticas, favorecerá a ação comunicativa, pela interação de discurso prático.

Se, por um lado, a ética discursiva se opõe à teoria da moralidade de Kant, Durkheim e Piaget; por outro, sintetiza essas três teorias, quando aceita a dignidade do homem (Kant); dá relevância ao contexto social (Durkheim) e admite a origem psicogenética dos princípios (Piaget).

Vale acrescentar, nesse sentido, que alguns países preveem, em seus códigos de ética dos jornalistas, a cláusula de consciência, que garante a esses profissionais, o direito de agir segundo à sua consciência, podendo, inclusive, recusar coberturas ou matérias, que sejam contrárias às suas convicções interiores, explícita ou implicitamente. O código de ética dos jornalistas brasileiros prevê essa cláusula no bojo da redação do artigo 13.

Quando a mídia reporta um fato, ela alega que tem um compromisso em levar a informação às pessoas; em apregoar a verdade. Mas, é preciso desmistificar, uma vez que, muitas vezes, a notícia é veiculada pela imprensa, de acordo com a subjetividade do jornalista e não com a verdade dos fatos.

É preciso ressaltar que os meios de comunicação devem informar a notícia; difundir boas técnicas de trabalho, desenvolver estratégias objetivas, lembrando que a liberdade de imprensa é a liberdade das idéias; a liberdade social.

Por isso, o estudo comportamental da mídia e do Poder Judiciário torna-se relevante, quando se consideram as questões sociais, políticas e econômicas, no que tange à convivência social. Como fatores de identificação, observa-se que ambos buscam garantir os direitos fundamentais do homem, além de zelar pelos valores democráticos, como por exemplo, a luta histórica pela liberdade de manifestação do pensamento, com o fim da censura.

Mas, o fato é que o contexto social moderno exige uma *releitura* no âmbito da tecnologia, e, assim, tanto a mídia quanto o Poder Judiciário buscam se atualizar para acompanhar os parâmetros dessa nova era globalizada. A imprensa se moderniza com o jornalismo digital, enquanto que o Poder Judiciário insere em sua processualística, mudanças em seus procedimentos, como por exemplo, os processos virtuais e por via satélite, as audiências virtuais.

Deve ser consignado que a mídia tem um papel importante no processo evolutivo da democracia nacional. Hoje, a informação deixa de ser veiculada só pelo divertimento, opiniões em seus editoriais, dentre outros, passando a alcançar uma nova dimensão, à formação da cidadania nacional.

Os jornalistas têm o dever, na sociedade democrática, em divulgar a verdade, com muita eticidade. A imprensa também deve ser colocada em favor do Poder Judiciário, para auxiliar na formação da opinião pública, no tocante ao funcionamento do Órgão jurisdicional, assim como na processualística como um todo. Dessa feita, a sociedade passa a ter maiores esclarecimentos e a entender como funciona o Poder Judiciário e o processo.

Mas, o que pode ser feito para que haja maior estreitamento dos laços entre a mídia e a Justiça?

É cediço que o conhecimento tem sido a chave para o alcance do desenvolvimento. A partir da formação do indivíduo e do acréscimo de informação que este obtiver, as suas escolhas serão realizadas através de uma segurança, ainda que mínima, para que os seus passos contribuam em prol da construção de uma sociedade mais justa e evoluída.

Mesmo porque o conceito moderno de cidadania vai além do direito do indivíduo em participar ativa e passivamente do processo político. Nesse giro, a informação é o instrumento indispensável para a construção da cidadania, porque somente através do conhecimento dos direitos e o alcance dos mesmos é que

será possível para o cidadão lutar pela conquista dos mesmos, o que dá relevância ao papel da educação, como um portal de entrada para a própria democracia.

Importa esclarecer que nessa visão moderna de cidadania, o Estado precisa traçar políticas no sentido de ofertar o mínimo existencial para garantir os direitos fundamentais aos indivíduos, aprimorando a educação do povo, facilitando o acesso à informação.

A educação vem contribuir para a cidadania, na democracia, principalmente no processo de evolução da pessoa humana, quanto à sua formação humanística, formando o caráter do profissional do amanhã. Nesse diapasão, o indivíduo por meio de disciplinas de seu currículo, como também, através de atividades extracurriculares, aquilata o seu entendimento e conhecimento para questões outras, tais como, as sociais, culturais, éticas e políticas governamentais do Estado, dentre outras, podendo participar de forma ativa, exercendo a sua cidadania.

Assim, tanto os profissionais do direito quanto os da mídia, irão contribuir nesse processo participativo, para a democracia, dentro de cada grupo social, à luz da orientação dos direitos humanos, em seu trabalho cotidiano, perante os meios de comunicação, devendo por seu turno, valorar o acesso à informação, à liberdade de expressão e à segurança.

A sociedade civil também colabora desse processo democrático, diferenciando-se do Estado e da economia, devendo esses limites ser delineados e garantidos na constituição democrática do país.

Como resposta a esses entraves democráticos, a educação deve ser apontada como forma de ajuste, uma vez que os profissionais da mídia irão ter uma formação mais técnica sobre os direitos humanos, o que irá valorar o seu trabalho na imprensa, construindo a cidadania.

Todos os jornalistas devem ter oportunidades iguais de formação em direitos humanos, sendo que a pesquisa e a avaliação, com o compartilhamento de resultados também são práticas que deveriam ser implementadas nesse processo de educação, promovendo, inclusive, atividades de formação e intercâmbios internacionais.

Vale explicitar, ainda, que os jornalistas e os profissionais da mídia deveriam ter uma visão mais técnica do direito e do próprio Poder Judiciário, para que na busca da verdade, possam desempenhar o trabalho com razoabilidade e cautela, ao lado do conhecimento e da informação; o que poderá minimizar as situações já criticadas no presente trabalho.

Por se tratar de um caminho de mão dupla, urge esclarecer que os cursos de direito também deveriam prever uma cadeira jornalística para que o estudante

de direito, já compreenda a importância da mídia para o direito e a sociedade, inclusive para formar o futuro bacharel em direito, na importância de uma entrevista para a mídia, de forma mais compromissada e bem sucedida.

Nesse giro, haverá maior conscientização por parte do Poder Judiciário, que terão os seus membros uma formação desde a faculdade, o que irá influenciar o cotidiano jurídico, inclusive no trato com a mídia, que é muitas vezes impaciente na busca da verdade jornalística.

Também se verifica a necessidade da mídia brasileira em alcançar maior aprimoramento quanto ao seu processo de regulação, para fins de se atingir um maior desenvolvimento democrático, protegendo a sociedade civil dos abusos econômicos contra os cidadãos.

Deve ser lembrado, que a mídia brasileira, hoje, está centralizada nas mãos de poucas famílias, que controlam as principais empresas midiáticas, concentrando o “poder da informação”, compondo uma oligarquia publicitária nas mãos de poucos grupos de comunicação, que distribuem as notícias em caráter nacional e regional, formando um bloco concentrado de informação.

Nessa reflexão, pode ser observado que as normas jurídicas não devem apenas prever as garantias dos jornalistas e demais profissionais da mídia, mas inclusive, a própria regulação da mídia, que no Brasil encontra-se defasada, em relação ao plano internacional, estando algumas famílias apenas, concentrando todo o poder de informação do país, adotando critérios subjetivos por ocasião da informação de notícias, penalizando os profissionais das empresas jornalistas, com baixos salários, demissões, dentre outras atitudes que descuram a democracia.

Por fim, à luz dos pensamentos de Habermas, cumpre ressaltar que o Estado existe não para proteger os direitos subjetivos privados, mas para garantir o processo de formação da opinião e da vontade, através do qual, verifica-se um acordo mútuo entre cidadãos livres e iguais, o que se denota uma exigência do cidadão republicano superior aos seus próprios interesses, construindo desta forma, a cidadania, amparada pelos pilares do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*, in *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 253-270, 2002. Disponível em www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf.

- BERGER, Christa. "Do Jornalismo: toda notícia que couber, o leitor apreciar e o anunciante aprovar, a gente publica". Capítulo 2 do livro *Campos em confronto: a terra e o texto*. Disponível em www.bocc.uff.br/pag/berger-christa-campos-2.html
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Atualizada até a EC nº 87, de 16.04.2015. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CAVALCANTI FILHO, José Paulo. O drama da verdade (ou discurso sobre alguns mitos da comunicação), in *Observatório da Imprensa* nº 311, 11 de janeiro de 2005.
- Disponível em <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=311CGL003>
- CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião. O novo jogo político*. Petrópolis: Vozes, 1998
- CHAREAUDEAU, Patrick. *Discurso das mídias*. São Paulo: Contexto, 2009.
- COSTA, Caio Tulio. *Ética, jornalismo e nova mídia: uma moral provisória*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão. Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- _____; ALLARD, J. *Les juges dans la mondialisation*. Paris: Le Seuil, 2005.
- GENRO FILHO, Adelmo. *O segredo da pirâmide*. Porto Alegre, Tchê!, 1987
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GOMES, Wilson. *Jornalismo, fatos e interesses. Ensaios de teoria do jornalismo*. Florianópolis: Insular, 2009.
- GUEIROS JUNIOR, Nehemias. Mundo Jurídico quer acompanhar celeridade digital. *Convergência das Mídias*. In KAMINSKI, Omar (Org.). *O Direito na Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2009; pp. 137/140.
- KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet Legal: O Direito na Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2009.
- KARAM, Francisco José Castilhos. *A Ética Jornalística e o Interesse Público*. São Paulo: Summus, 2004.
- _____. *Jornalismo, Ética e Liberdade*. São Paulo: Summus, 1997.
- KOVACH, Bill e ROSENSTIEL, Tom Rosenstiel. *Os elementos do jornalismo. O que os jornalistas devem saber e o público exigir*. São Paulo : Geração Editorial, 2003.
- LAGE, Nilson. *Linguagem jornalística*. 8. ed. São Paulo: Ática, 2006.
- LAGO, Richard Romancini Cláudia. *História do Jornalismo no Brasil*. Florianópolis: Insular, 2007.
- LECLERC, Henry; THÉOLLEYRE, Jean-Marc. *As mídias e a justiça: liberdade de imprensa e respeito ao Direito*. São Paulo: Edusc, 2007.
- LIMA, Venício de A. *A Justiça na visão da imprensa*, in *Cadernos do CEJ*, vol. 2. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1992, pp. 157-164.

- _____. de. Liberdade de expressão x liberdade de imprensa. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.
- LUCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords). Direito & Internet: Aspectos jurídicos relevantes. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MARTINS, Franklin. Jornalismo Político. São Paulo: Contexto, 2008.
- MEUNIER, Jean-Pierre e PERAYA, Daniel. Introdução às Teorias das Comunicações. Petrópolis: Vozes, 2008.
- MORETZSOHN, Sylvia. Jornalismo em “tempo real”: O fetiche da velocidade. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- _____. O caso “Tim Lopes”: O mito da “mídia cidadã” in Discursos Sediciosos –Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, n. 12, p. 1-28, 2002 Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/moretzsohn-sylvia-tim-lobes.html>
- _____. Pensando contra os fatos: jornalismo e cotidiano: do senso comum ao senso crítico. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 4d. São Paulo: Savaiva, 2010.
- PINHO, J. B. Jornalismo na Internet: Planejamento e produção da informação on-line. São Paulo: Summus, 2003.
- PULITZER, Joseph. A escola de jornalismo. A opinião pública. Florianópolis: Insular, 2009.
- SCHREIBER, Simone. A publicidade opressiva nos julgamentos criminais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SPONHOLZ, Liriam. Jornalismo, conhecimento e objetividade: além do espelho e das construções. Florianópolis: UFSC/Insular, 2009.
- TEIXEIRA, SÁLVIO DE FIGUEIREDO. A Imprensa e o Judiciário. In Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 15, ago./nov. 1996, pp. 15-20, disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20397/imprensa_judiciario.pdf?sequence=3, em 11/10/2010
- THOMPSON, John B. A mídia e a modernidade. Petrópolis: Vozes, 2001.
- TRAQUINA, Nelson. Teorias do Jornalismo: Porque as notícias são como são. 2. Ed. Florianópolis: Insular, 2005, v. I.
- VASCONCELOS, Frederico. Juízes no banco dos réus. São Paulo: Publifolha, 2005.
- VAN DIJK, Teun. Discurso e poder. São Paulo: Contexto, 2008.
- VASCONCELOS, Frederico. Anatomia da reportagem. São Paulo: Publifolha, 2008. WARD, Mike. Jornalismo Online. São Paulo: Roca, 2006.

Sites visitados:

- [http://www.anj.org.br/quem-somos/codigo-de-etica/?searchterm=codigo de ética](http://www.anj.org.br/quem-somos/codigo-de-etica/?searchterm=codigo%20de%20ética), em 06/10/2010
- <http://info.abril.com.br/noticias/internet/brasil-e-campeao-de-tempo-gasto-na-internet-06052009-18.shl>, em 1º/10/2010.
- <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002329/232922POR.pdf>, em 25/10/2015

A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO EM FACE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVIES

Alexandre Chini¹ e Felipe Borring Rocha²

Resumo: Este trabalho busca fazer uma análise sobre a controvérsia jurídica existente acerca da competência para o julgamento das reclamações por violação jurisprudencial (art. 988, II, III e IV, do Código de Processo Civil Brasileiro) impetradas em face de decisão proferida pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/1995), decorrente da antinomia existente entre a determinação expressa na Resolução nº 03/2016 do Superior Tribunal de Justiça e as regras constitucionais e legais. O objetivo do estudo é tentar construir uma reflexão sobre a questão e indicar qual seria o melhor caminho a ser seguido, com vistas à promoção do acesso à justiça dentro do Sistema dos Juizados Especiais.

Palavras-chave: Direito processual civil. Juizados especiais cíveis. Competência. Reclamação.

¹ Pós-Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (1993). Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ. Membro da Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais – COJES e integrante da 4ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça Rio de Janeiro – TJRJ.

² Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA (2001). Professor de cursos de graduação e pós-graduação em Direito e cursos preparatórios para concursos públicos. Articulista, palestrante e autor, dentre outros, dos livros Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Teoria e Prática, Sistema dos Juizados Especiais, Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais e Juizados Especiais Cíveis: Novos Desafios. Membro do IAB e do IBDP. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

THE COMPETENCE FOR JUDGING THE CORRECTION IN FACE OF THE DECISIONS PRONOUNCED BY THE COURTS OF APPEALS OF THE CIVIL SMALL CLAIM COURTS

Abstract: This work seeks to analyze the legal controversy regarding the competence to judge the corrections for case law's breach (article 988, II, III and IV, of the Brazilian Civil Procedure Code) proposed in the face of the decision handed down by the Courts of Appeals of the Civil Small Claim Courts (Act 9.099 of 1995), due to the antinomy existing between the determination expressed in the Resolution 3 of 2016 edited by the Superior's Justice Court and the constitutional e legal rules. The objective of the study is to try to construct a reflection on the question and indicate the best way to be followed, with a view to promoting access to justice taking in consider the Small Claim Courts System.

Keywords: Civil procedure law. Small claim courts. Competence. Correction.

1. INTRODUÇÃO

Dentre os meios típicos de impugnação das decisões judiciais, a reclamação sempre foi tratada no Brasil como um remédio "menor", sem uma natureza jurídica muito clara ou um regulamento geral e sistemático. Esse quadro, no entanto, começou a mudar com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – CF, que previu que a reclamação seria o instrumento adequado para a preservação da competência e da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF (art. 102, I, I) e do Superior Tribunal de Justiça – STJ (art. 105, I, f). Posteriormente, este mesmo mecanismo foi estendido para o controle da aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, introduzido pela EC nº 45/2008) e para a observância da competência e da autoridade das decisões do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, § 3º, introduzido pela EC nº 92/2016).

Desse modo, a importância da reclamação no sistema de controle dos atos judiciais foi se avolumando, assim como sua participação nas pautas dos tribunais superiores. Apenas para exemplificar, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 2008, dentre os 283.291 procedimentos em curso no STJ, apenas 128 eram reclamações. Em 2015, dos 373.534 procedimentos presentes em seu acervo ativo, o número de reclamações no STJ havia pulado para 6.352.³ Não por outro motivo, o Novo Código de Processo Civil – CPC dedicou um capítulo inteiro ao tema (Capítulo IX do Título I do Livro III da Parte Especial – arts. 988 a 993), visando não apenas unificar o instituto, mas também promovendo a

³ Dados obtidos junto ao site do CNJ (http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios), onde estão expostos os relatórios das pesquisas realizadas sobre o Poder Judiciário brasileiro, desde 2004, reunidos em cadernos chamados Justiça em Números.

sua sistematização, realçando o seu papel de garantidor da competência e da autoridade das decisões dos tribunais.

Dentre as regras presentes no CPC, merece destaque aquela que estabelece que a competência para julgamento da reclamação é do “órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir” (art. 988, § 1º). Apesar disso, logo após a entrada em vigor do Novo Código, no dia 7 de abril de 2016, o STJ editou a Resolução nº 3, que determinou que caberia às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do STJ (art. 1º).⁴

O objetivo deste texto, portanto, é analisar a questão da competência para julgamento das reclamações por violação da jurisprudência do STJ interpostas em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais Cíveis e indicar qual seria o melhor caminho a ser seguido, com vistas à promoção do acesso à justiça e à luz das diretrizes presentes na CF, no CPC e no Sistema dos Juizados Especiais.

2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Apesar do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.153/2009, que trata do Juizado Fazendário, colocar a questão de maneira restritiva,⁵ a moderna doutrina aponta que o Sistema dos Juizados Especiais seria formado pela visão integrativa não apenas da Lei nº 9.099/1995 (Juizados Estaduais) e da Lei nº 12.153/2009, mas também da Lei nº 10.259/2001 (Juizados Federais). Esse Sistema seria pautado por um diálogo constante entre os três Diplomas, que formaria um estatuto comum.⁶ Não obstante, o entendimento predominante tem sido no sentido de que cada um dos modelos integrantes do Sistema dos Juizados deve se submeter às regras específicas dos procedimentos previstos nas suas respectivas

⁴ O TJRJ editou o Aviso Conjunto nº 08/2016, tratando da distribuição de reclamação destinada a dirimir divergência entre acórdão prolatado pelas Turmas Recursais e a jurisprudência do STJ, dispondo que ficaria “determinado, em caráter excepcional e até que se estruture eventual órgão competente (Turmas de Uniformização) ao novo encargo, que a distribuição será feita às Seções Cíveis, em caráter precário, por serem os órgãos similares aos noticiados na Resolução STJ/GP nº 03 de 07 de abril de 2016, publicada em 08 de abril de 2016.”

⁵ Art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 12.153/2009: “O sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal é formado pelos Juizados Especiais Cíveis, Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais da Fazenda Pública”.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados especiais estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3; ROCHA, Felipe Borring. Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 19.

legislações, sobretudo no que toca à forma de uniformização da jurisprudência das Turmas Recursais, tanto internamente, como em relação à jurisprudência dos tribunais superiores.

Nesse ponto, necessário sublinhar que a Lei nº 9.099/1995 não definiu qualquer mecanismo de revisão das decisões das Turmas Recursais,⁷ nem de Uniformização de Jurisprudência⁸ ou adequação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Exatamente por isso, Fábio Lima Quintas e Luciano Corrêa Gomes⁹ anotaram que:

“É certo que a Lei n. 9.099/1995 não estabelece mecanismo de controle externo das decisões dos Juizados Especiais. (...). Essa posição não foi repetida na lei que instituiu os Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001). Com efeito, talvez por conta da experiência adquirida com o tempo, talvez por envolver interesses do Estado, essa lei previu mecanismos de controle das decisões proferidas pelos Juizados Especiais Federais. No âmbito federal, a Lei n. 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão proferida pela turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização (art. 14). Semelhante sistemática foi também instituída no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, por intermédio da Lei n. 12.153/2009, que previu mecanismos para uniformização de jurisprudência e previu a possibilidade de acesso ao STJ quando as decisões proferidas por Turmas de diferentes Estados contrariarem súmula do STJ ou derem à lei interpretações divergentes”

Por certo, a falta dos mecanismos de uniformização presentes nos Juizados Federais e Fazendários dificulta sobremaneira o controle das divergências existentes entre as Turmas Recursais dos Estados, bem como a observância da jurisprudência e das sumulas do Superior Tribunal de Justiça, criando uma *“lacuna no sistema recursal brasileiro”*.¹⁰

⁷ A Lei nº 9.099/1995 previa, no seu art. 47, um recurso de divergência dirigido ao Tribunal de Justiça. Esse artigo, no entanto, foi vetado, para evitar que as causas processadas perante os Juizados Especiais pudessem desembocar na Justiça Ordinária.

⁸ O Regimento Interno das Turmas Recursais do Rio de Janeiro (Resolução nº 05/2013 do TJRJ) prevê em seu art. 41 a criação de uma Turma de Uniformização, destinada a dirimir divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais, que será presidida pelo Desembargador Presidente da COJES e composta pelos integrantes das Turmas Recursais da competência onde foi verificada a divergência de julgados e pelo Juiz Coordenador das Turmas Recursais.

⁹ A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os Juizados Especiais Cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 440.

¹⁰ CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinicius Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo

3. A RESOLUÇÃO Nº 12/2009 DO STJ

Na sessão do dia 26/08/2009, o Pleno do STF, conduzido pela Min. Ellen Gracie, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 571.572/BA, proferiu uma decisão que reconheceu a perplexidade causada pelo fato de o STJ não exercer controle sobre a interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais (Súmula 203 do STJ), especialmente após a edição da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, prevendo o pedido de Uniformização da Jurisprudência para aquela Corte (art. 14). Assim, o Pleno do STF determinou que, enquanto não fosse criada a Turma de Uniformização para os Juizados Especiais Estaduais (medida perseguida, dentre outros, pelo Projeto de Lei da Câmara nº 16/2007), o STJ teria competência para julgar as reclamações propostas em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis, quando elas violassem a jurisprudência consolidada sobre a interpretação da lei federal existente naquela corte. Veja-se a ementa dessa decisão:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/01 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que

judiciário e segurança jurídica. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 303.

inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional”.

Assim, apesar de muitas resistências por parte dos ministros, a reclamação contra decisão de Turma Recursal Estadual foi regulada, no STJ, pela Resolução nº 12/2009. Desse modo, o STJ definiu que a reclamação seria cabível para dirimir divergência sobre direito material¹¹ entre acórdão¹² prolatado por Turma Recursal Estadual e a sua jurisprudência, consagrada em suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais repetitivos. Essa Resolução vigiu até ser revogada, em 16/03/2016, pela Corte Especial do STJ, através da Emenda Regimental nº 22/2016, abrindo espaço para a edição da Resolução nº 3/2016.

4. A ORIGEM DA RESOLUÇÃO Nº 3/2016

A Resolução nº 3/2016 foi editada a partir de entendimento firmado pela Corte Especial do STJ, em decorrência da questão de ordem suscitada em 03/02/2016 pelo Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do agravo regimental interposto na Reclamação nº 18.506/SP, relatado pelo Ministro Raul Araújo.

Na sessão do dia 03/02/2016, o Ministro Salomão suscitou a nulidade da Resolução n. 12/2009 e, por conseguinte, sustentando sua inaplicabilidade a partir daquela data, *“ressalvando os atos que já foram praticados com base nela, não mais se admitindo nesta Corte as reclamações oriundas do sistema de Juizados Especiais”*. Em seguida, pediu vista o Ministro Felix Fischer. Na sessão de 02/03/2016, o Ministro Fischer acompanhou o voto do Ministro Salomão, mas o julgamento foi novamente interrompido, pelo pedido de vista da Ministra Fátima Nancy Andrighi.

¹¹ Nesse sentido, veja-se: “A expressão ‘jurisprudência consolidada’ engloba apenas questões de direito material, excluindo questões processuais” (STJ – 2a Seção – AgRg na Rcl 6034/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 29/02/12).

¹² Por certo, não cabe reclamação em face de decisão monocrática do relator. Nesse sentido, veja-se: “O art. 1º da Resolução 12, de 14 de dezembro de 2009, prevê que a reclamação por ela regulamentada destina-se a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência desta Corte. Incabível em face de decisão monocrática do relator” (STJ – 2a Seção – AgRg na Rcl 5598/TO – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25/05/11).

Poucos dias depois, em 16/03/2016 a própria Corte Especial do STJ aprovou a Emenda Regimental nº 22, que, dentre outras providências, revogou a Resolução nº 12/2009, que tratava das reclamações impetradas para dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência do STJ. Assim, na sessão do dia 06/04/2016, a Ministra Nancy Andrighi apresentou seu voto, julgando prejudicado o agravo regimental¹³ e apresentando uma proposta de edição de uma nova resolução para tratar especificamente da competência para processamento e julgamento das referidas reclamações.

A proposta de resolução apresentada pela Ministra Andrighi previa a delegação da competência ao órgão especial ou ao órgão correspondente dos Tribunais de Justiça, para processamento e julgamento das reclamações oriundas das Turmas Recursais. Nas palavras do relator, o Ministro Araújo:

“Seguiu-se profícuo e enriquecedor debate acerca dos termos da resolução proposta, tendo a Corte chegado a um consenso sobre a questão, do qual decorreu a retificação de voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão e deste Ministro Relator, decidindo esta eg. Corte Especial, por unanimidade, em questão de ordem, aprovar a proposta de resolução sobre a delegação da competência às Câmaras Reunidas ou Seção Especializada dos Tribunais de Justiça, para processamento e julgamento, em caráter excepcional, até a criação das Turmas de Uniformização, de Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte”

Destarte, foi encerrado o julgamento do agravo regimental interposto em face da Reclamação nº 18.506/SP, que restou assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. JUIZADOS ESPECIAIS. RESOLUÇÃO N. 12/2009-STJ. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. PREJUDICADO. POSTERIOR ADVENTO DA EMENDA REGIMENTAL 22/2016-STJ REVOGANDO A RESOLUÇÃO N. 12/2009-STJ. DELIBERAÇÃO DE EDIÇÃO DE NOVA RESOLUÇÃO SOBRE A COMPETÊNCIA PARA DIRIMIR DIVERGÊNCIAS ENTRE TURMA REGIONAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO PREJUDICADO. 1. Com o advento da Emenda Regimental nº 22-STJ, de 16/03/2016, ficou revogada a Resolução n. 12/2009-STJ, que dispunha sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. 2. Com isso, fica

¹³ Por certo, como a reclamação sob julgamento foi proposta sob a vigência da Resolução nº 12/2009, não poderia o agravo regimental ter sido considerado prejudicado pela superveniência da revogação operada pela Emenda Regimental nº 22/2016. A própria Resolução nº 3/2016 diz isso, expressamente, no seu art. 4º. Esse recurso, portanto, foi indevidamente fulminado.

prejudicado o incidente de inconstitucionalidade que ataca a Resolução n. 12/2009-STJ. 3. A matéria passará a ser tratada por nova resolução, editada à luz do novo Código de Processo Civil, nos termos debatidos pela Corte Especial. 4. Agravo regimental prejudicado”

Em seguida, a Resolução nº 3/2016 foi editada, prevendo aquilo que fora proposto pela Ministra Andriahi, ou seja, que a competência para julgar as reclamações oriundas das Turmas Recursais dos Juizados Especiais seria do Tribunal de Justiça correspondente, valendo destacar:

“Art. 1º. Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes”.

5. A ANTINOMIA EXISTENTE ENTRE A RESOLUÇÃO Nº 6/2016 DO STJ E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Durante o período de *vacatio legis* do Novo CPC, a doutrina começou a construir o entendimento de que diversos aspectos da Resolução nº 12/2009 do STJ seriam invalidados e a disciplina da reclamação impetrada contra as Turmas Recursais passaria a ser feita pelo seu art. 988.¹⁴ Uma questão, entretanto, se manteria inalterada: a competência para julgar essas reclamações permaneceria no STJ, pois, tanto na Resolução nº 12/2009, como no art. 988, § 1º, do CPC, apontavam nesta mesma direção.

Não obstante, como visto, antes mesmo do debate ser aprofundado, o próprio STJ revogou a Resolução nº 12/2009 (art. 4º da Emenda Regimental 22/2016) e editou a Resolução nº 3/2016, que deslocou para as Seções Especializadas ou Câmaras Reunidas dos Tribunais de Justiça a competência para julgar as reclamações oriundas das Turmas Recursais. Diz a referida Resolução:

“Art. 1º. Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as

¹⁴ Nesse sentido, veja-se o artigo de CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha, Novo CPC: Reclamação contra decisões em Juizados Especiais Cíveis. Revogação da Resolução 12/2009-STJ. Aliás, atualmente, o entendimento é que o Novo CPC revogou as regras tratando da reclamação no STJ, previstas nos arts. 13 a 18 da Lei nº 8.038/1990 (Lei dos Recursos Extraordinário e Especial).

Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes”.

No plano formal, é preciso considerar que a regra citada contém não propriamente uma determinação de organização judiciária, o que estaria entre as atribuições do STJ (art. 96, I, a, da CF), mas de definição da competência judicial, matéria eminentemente processual e de regulamentação privativa do Congresso Nacional (art. 22, I, da CF). Além disso, a regra disciplina o tema de forma diferente daquela prevista na Lei Federal (CPC). *In verbis*:

“Art. 988. (...)

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir”.

Portanto, num primeiro momento, a Resolução nº 3/2016 parece ser simultaneamente inconstitucional (por vício formal de competência legislativa – art. 22, I, da CF) e ilegal (por contrariar as regras previstas no CPC – art. 988, § 1º).

6. OS IMPACTOS DA REVOGAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 12/2009 E DA EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 3/2016

Em decorrência de suas peculiaridades, o legislador optou por dar uma sistemática recursal diferenciada aos órgãos do sistema dos Juizados Especiais. Os recursos em face das sentenças proferidas pelo juiz do Juizado serão julgados pela Turma Recursal e não pelo Tribunal de Justiça. A Turma Recursal compõe-se de um colegiado formado por três juízes de primeira instância e está instalada na estrutura dos Juizados Especiais. As decisões monocráticas proferidas pelos relatores (art. 932 do CPC) desafiam agravo interno¹⁵ e as decisões colegiadas abrem caminho para

¹⁵ Enunciado 102 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em desacordo com Súmula ou jurisprudência dominante das Turmas Recursais ou da Turma de Uniformização ou ainda de Tribunal Superior, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de cinco dias” e Enunciado 103 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá dar provimento a recurso se a decisão estiver

a interposição de embargos de declaração¹⁶ e recurso extraordinário,¹⁷ não sendo cabível a interposição de Recurso Especial.¹⁸ A impossibilidade, no caso, decorre da previsão exclusiva do art. 105, III, da CF, a qual atribui ao STJ a competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quanto à decisão recorrida. Por outro lado, o recurso extraordinário é cabível contra causas decididas em única ou última instância por qualquer órgão jurisdicional (art. 102, II, da CF).

Por outro lado, o acesso ao STJ está expressamente garantido nos Juizados Federais e nos Juizados Fazendários. De fato, a Lei do Juizado Especial Federal (Lei nº 10.259/2001) prevê que a parte poderá formular pedido de Uniformização de Jurisprudência para a Turma Regional de Uniformização – TRU ou para a Turma Nacional de Uniformização – TNU (art. 14). A Lei dos Juizados da Fazenda Pública também adotou a possibilidade de pedido de Uniformização de Jurisprudência quando as Turmas de diferentes Estados derem à lei federal interpretações divergentes ou a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do STJ (arts. 18 e 19). Em ambos os casos, quando a orientação acolhida pelas Turmas de Uniformização contrariar a jurisprudência do STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

Na seara dos Juizados Especiais Estaduais, entretanto, como a Lei nº 9.099/95 não previu uma forma de fazer prevalecer a jurisprudência adotada pelo STJ, era a Resolução nº 12/2009 que possibilitava à parte ajuizar reclamação no STJ contra a decisão de Turma Recursal quando esta afrontasse a sua jurisprudência. A revogação dessa resolução, pela Emenda Regimental nº 22/2016, portanto, recriou a lacuna que existia nos Juizados Estaduais antes de 2009, com o agravante de que, agora, os dois outros modelos de Juizados Especiais integrantes do Sistema tinham mecanismos próprios de acesso ao STJ.

Essa lacuna, por sua vez, não foi suprida pela edição da Resolução nº 3/2016, que manteve a inacessibilidade do STJ ao prever que a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal e a jurisprudência do STJ seria dos próprios Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

em manifesto confronto com Súmula do Tribunal Superior ou Jurisprudência dominante do próprio juizado, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de 5 dias”.

¹⁶ Enunciado 63 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “Contra decisões das Turmas Recursais são cabíveis somente os embargos declaratórios e o Recurso Extraordinário”.

¹⁷ Súmula 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

¹⁸ Súmula 203 do STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

Além disso, diante das questões apontadas, alguns Tribunais já estão declinando da competência das reclamações que lhes são dirigidas, com fulcro na Resolução nº 3/2016, ou suscitando conflito negativo de competência para o STF daquelas reclamações declinadas pelo STJ. Neste sentido, veja-se o seguinte aresto:

“Direito processual civil. Direito constitucional. Reclamação contra decisão de Turma Recursal por divergir de decisão proferida pelo STJ em sede de recurso especial repetitivo. Decisão do STJ declinando da competência para este Tribunal de Justiça, por força da Resolução nº 3/2016 daquele Tribunal Superior. Impossibilidade de ampliação da competência de Tribunal de Justiça por ato normativo infraconstitucional. Disposição contida na Constituição da República estabelecendo que as competências dos Tribunais de Justiça dos Estados devem ser estabelecidas pelas Constituições Estaduais. Expressa previsão, no CPC/2015, do cabimento de reclamação contra decisão que contraria tese firmada em REsp repetitivo, atribuindo ao STJ a competência para dela conhecer. Conflito de competência que se suscita, a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal” (TJRJ – 2ª Seção Cível – Rcl 0048611-23.2016.8.19.0000- Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, j. em 24/11/2016)

De sorte que o quadro atual é de absoluta incerteza, onde não se sabe qual o juízo competente para julgamento das reclamações referentes à divergência entre a decisão da Turma Recursal e a jurisprudência do STJ.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, conclui-se que o STJ não poderia ter delegado aos Tribunais de Justiça, por meio de resolução, sua competência para analisar por meio de reclamação se a decisão da Turma Recursal afrontou ou não sua jurisprudência. De fato, a Resolução nº 3/16 não apenas desconsidera a determinação oriunda do STF (ED Rext 571.572/BA), como também viola a competência legislativa constitucional para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF) e o art. 988, § 1º, do CPC, que regula a competência para julgamento da reclamação.

Assim, apesar da citada Resolução, parece correto afirmar que as reclamações referentes à inobservância pelos órgãos dos Juizados Especiais das teses jurídicas consagradas pelo STJ deverão ser julgados neste tribunal, como já ocorria durante a vigência da Resolução nº 12/2009, mas agora sob o regulamento do CPC (arts. 988 a 993).

Nesse sentido, necessário sublinhar que o julgamento da reclamação oriunda dos Juizados Especiais não pode ter a sua competência delegada, uma vez que ela representa um instrumento fundamental para a preservação da eficácia e da autoridade das decisões proferidas pelo STJ, que é o guardião da lei federal no País. Esse papel não é de um tribunal estadual ou distrital. E, ainda que fosse, restaria indagar: caso a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça ofendesse a jurisprudência do STJ, caberia reclamação da reclamação?

Por fim, necessário reconhecer que a melhor maneira de resolver a questão, em caráter definitivo, seria promover uma alteração na Lei nº 9.099/1995 para introduzir um incidente de uniformização da jurisprudência nos Juizados Especiais Estaduais, aos moldes do que já existe nos Juizados Federais e nos Juizados Fazendários, para preservar a uniformidade da jurisprudência entre as Turmas Recursais Estaduais e entre estas e a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional.

8. REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados especiais estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinícius Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 295/314.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha, Novo CPC: Reclamação contra decisões em Juizados Especiais Cíveis. Revogação da Resolução 12/2009-STJ. Disponível em <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-61-novo-cpc-reclamacao-contradecisoes-em-juizados-especiais-civeis-revogacao-da-resolucao-122009-stj/>. Acessado em 05/09/2017.
- QUINTAS, Fábio Lima Quintas; GOMES, Luciano Corrêa. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os Juizados Especiais Cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 433/459.
- ROCHA, Felipe Borring. Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017

UM BREVE PROÊMIO SOBRE A BIODIVERSIDADE E A DINÂMICA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

André R. C. Fontes^{1*}

Dada a aspiração do homem de alterar o meio social no qual projeta sua própria personalidade, interesses, objetivos e pontos de referência, serve o meio ambiente ainda para formar seus ideais concretos e a atitude emocional em relação aos acontecimentos sociais. Uma verdadeira confrontação com esse meio ambiente se apresenta e é determinada pela busca de satisfação das suas necessidades. O sistema na qual se forma essa realidade está marcado pela biodiversidade. Por *biodiversidade* se entende o conjunto das formas viventes, geneticamente diversas e dos ecossistemas a ela correlatos. Os elementos de seu conceito incluem os genes, as espécies e os ecossistemas. Mesmo os recursos genéticos são uma componente da biodiversidade.

A despeito de se popularizar como um neologismo, a biodiversidade é tomada a partir da contração do que significaria, e que acabou por se tornar termo (locução) para uma verdadeira definição: a *diversidade biológica*. O termo biodiversidade provém etimologicamente do grego *bio* (vida) e do latim *diversitas*. É autoenunciativo, especialmente se tomada a locução diversidade biológica.

Na esfera da Biologia, a biodiversidade se refere ao número de populações de organismos e espécies distintas, o mesmo não ocorre com os ecologistas, que incluem a diversidade de interações duráveis entre as espécies e seu

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

ambiente imediato ou biotipo, o ecossistema e os grupos em que vivem. Em cada ecossistema, os organismos vivos são parte do todo e atuam reciprocamente entre si, além da água, ar e solo que os rodeiam.

A base objetiva das tecnologias que envolvem a Biologia e a biodiversidade ainda está assentada na biotecnologia agrícola e farmacêutica. Os grandes centros de debates estão limitados a esses dois pontos: agricultura e farmacêutica. A concentração industrial relacionada a esses temas e suas consequências estão intimamente ligadas ao futuro da agricultura e da produção de remédios em geral. Conseqüentemente, as relações entre o Norte industrializado e o Sul do mundo, que continua a prover o Norte de matérias-primas, desembocam em uma insuperável internacionalização, com uma necessária revisão do significado do papel do Estado moderno na construção dos mercados internos e da globalização, de modo a gerar uma nova arquitetura das suas instituições de governo.

A variedade de pesquisadores e correspondentes operadores econômicos que atuam na área biotecnológica são característica principal da atividade destinada a produzir mais alimentos e mais remédios para combater a fome e as doenças e assim responder às exigências de uma rápida e crescente necessidade mundial. De outro lado, seriam tais exigências formas de pôr em risco ou, contraditoriamente, de salvar o ambiente, com a utilização do melhor dos recursos naturais, que se sabe serem limitados e escassos.

As exigências da nova Biotecnologia são, desta forma, consideradas estratégicas na competitividade das empresas e das nações, de modo a gerar um campo privilegiado das batalhas econômicas, sociais e institucionais nas quais o fim será chegar à primeira classificação tomada do mercado.

Uma aparente alternativa seria a agricultura química que, sabidamente, também não prescinde de aplicação da Biotecnologia. Desse modo, as demais soluções técnicas possíveis reforçam, em realidade, o modelo baseado no aperfeiçoamento biotecnológico, e não afastam os temores para uma estabilidade do ecossistema.

A prática demonstra que se criou um verdadeiro mercado de recursos genéticos, que geram as condições para a apropriação da riqueza agrícola conhecida e do patenteamento da matéria viva. A coesão e quase indivisibilidade dos países desenvolvidos a respeito do assunto tem alimentado um caso de divisão entre nações, provocando conflitos comerciais até então inimagináveis.

O debate ainda hoje polarizado entre os beneficiários e os adversários não permite nenhuma solução à vista sobre questões biotecnológicas. Nenhuma discussão ampla é considerada, de modo que a apropriação de conhecimentos que se convertem em patentes é, aos poucos, uma questão de fato consumado e certamente irreversível.

Uma disciplina calcada em regras e princípios meramente contratuais, com cláusulas e salvaguardas de sigilos prévios assentidos não garantirá de *per se* a conservação, o resgate e o reconhecimento da importância e do valor dos conhecimentos dos povos tradicionais como sugere a convenção sobre Diversidade Biológica e como reclamam os representantes de populações tradicionais que têm tido acesso aos debates.

Para garantir proteção e promover conhecimentos, é necessário muito mais que um mecanismo de consulta às comunidades que garantem benefícios decorrentes do seu uso consentido, mas urge que se garantam benefícios territoriais, base material onde os conhecimentos são desenvolvidos, criados e recriados e políticas que permitam aos povos, criadores e recriadores dos saberes tradicionais, opções dentre seus usos, costumes e tradições. Mais que isso, é importante garantir às populações tradicionais irrestrito acesso aos conhecimentos não tradicionais como forma de permitir a integração sem assimilação.

Em resposta às questões discutidas, destacamos abaixo os pontos mais relevantes que, na opinião da corrente que sugere um sistema *sui generis* de proteção aos direitos intelectuais coletivos, se adotados pela legislação nacional, permitirão uma relação mais justa e solidária entre os detentores dos saberes originários e a sociedade envolvente e a efetiva proteção dos direitos dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos:

1. consentimento prévio e informado;
2. repartição justa de benefícios;
3. reconhecimento do conhecimento tradicional como saber e ciência;
4. possibilidade de povos indígenas e comunidades locais negarem o acesso;
5. indisponibilidade e imprescritibilidade do direito dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos;

6. respeito às formas de organização social e de representação política;
7. previsão expressa de que são nulas de pleno direito as patentes baseadas direta ou indiretamente sobre conhecimentos tradicionais;
8. previsão de inversão do ônus da prova em favor das comunidades tradicionais;
9. criação de um sistema nacional de registro;
10. administração supervisionada do sistema nacional de registro por um conselho com representação paritária;
11. prevalência do princípio da precaução.

O consentimento prévio e informado deve ser o pressuposto material de todo negócio a ser realizado se os conhecimentos tradicionais forem o objeto. E todo uso que se pretenda fazer do conhecimento tradicional deve ser precedido igualmente de um processo amplo de discussão com a comunidade detentora do conhecimento em questão. Deverá ser respeitada a sua organização social, os usos e costumes da comunidade titular, de modo que toda informação seja plenamente dada do que se pretenda fazer com os produtos decorrentes do conhecimento tradicional associado. O uso pretendido e as vantagens a serem auferidas devem ser garantidos ainda por tempo suficiente para elaborar tais informações que permitam à comunidade decidir e autorizar, ou não, o uso de seu conhecimento para o fim almejado. Hoje, a disciplina sobre o tema trata apenas de anuência da comunidade que vem interpretada como um simples documento cartorial, que não satisfaz às premissas da CDB de valorizar e promover os conhecimentos tradicionais e garantir a ampla participação dos povos tradicionais no uso desses saberes. O consentimento prévio e informado significa a bilateralidade da informação e que deve ser iniciado antes do acesso ou da utilização do recurso genérico ou do conhecimento tradicional a ele associado. A utilização dos recursos e conhecimentos referidos fica condicionada à manutenção do consentimento ao longo da parceria. Para cada subproduto ou novo uso específico pretendido, ainda que do mesmo conhecimento ou recurso cujo acesso já tenha sido consentido, deve haver novo consentimento.

Os pormenores do processo, do conteúdo e dos agentes envolvidos na consulta devem ser definidos em comum acordo com as lideranças dos povos indígenas detentores dos recursos naturais ou genéricos, dos conhecimentos associados e da imagem cujo acesso é pretendido, em respeito à organização social, aos seus usos, costumes e tradições.

Relativamente à repartição justa de benefícios decorrente diretamente de um

processo bem-sucedido de consentimento prévio e informado sobre o uso que se pretende dar ao conhecimento, a repartição de benefícios deve levar em conta a contribuição efetiva do conhecimento tradicional para o desenvolvimento do produto, reconhecendo-se como um instrumento valioso de produção de saber. Para efeito de estabelecimento da repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos da utilização de recursos naturais e genéricos, de conhecimentos associados dos povos indígenas, caiçaras ou ribeirinhos, quilombolas e todas as demais comunidades tradicionais envolvidas, a parte interessada no acesso deverá dar total transparência sobre os investimentos envolvidos, lucros esperados e sobre o plano de negócios relacionado aos recursos, conhecimento e até mesmo à imagem dos povos tradicionais envolvidos.

A parte interessada no acesso deverá, sempre que necessário, disponibilizar aos povos indígenas e tradicionais apoio técnico, jurídico e científico independente durante todo o processo de consulta e ao longo da vigência da parceria.

O reconhecimento do conhecimento tradicional como saber e ciência e seu tratamento equitativo em relação ao conhecimento científico ocidental é fundamental para que o Estado estabeleça políticas de ciência e tecnologia que afirmem a importância dos conhecimentos tradicionais, envolvendo seus atores nos programas governamentais, dando-lhes treinamento, oferecendo recursos para sua promoção, desenvolvimento e difusão. Garantir aos povos tradicionais envolvidos irrestrito acesso aos conhecimentos não tradicionais relacionados.

Quando examinados o sentido e a importância, por exemplo, de uso do conhecimento que seja aceito pelos titulares, ficará a possibilidade de povos indígenas e comunidades locais negarem o acesso aos conhecimentos tradicionais e aos recursos genéticos existentes em seus territórios, sem o qual não há que falar em consentimento prévio e informado. As comunidades e etnias envolvidas podem a qualquer momento da parceria, sem a necessidade de anuência da parte interessada, recusar o uso dos recursos genéricos ou naturais existentes em seus territórios e de conhecimentos associados, notadamente quando entenderem que possa haver algum risco de dano sociocultural, ambiental ou econômico às suas comunidades ou ainda na hipótese de não se sentirem plenamente informados sobre a natureza, objetivo e dimensão da atividade, seus riscos e benefícios.

Algo mais incompleto é a expressa afirmação em lei da indisponibilidade e imprescritibilidade do direito dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos associados aos recursos genéricos e a definição de tais recursos como bens de interesse público ou ao menos social. A indisponibilidade e imprescritibilidade

que gravam os direitos sobre os conhecimentos tradicionais devem-se fundamentalmente ao caráter difuso da titularidade que se espalha no tempo (intergerações) e no espaço (compartilhados por povos distintos que, não raramente, vivem em países diferentes).

Aqui devemos delimitar claramente que, dos aspectos mencionados, o consentimento prévio informado relacionado ao uso de um conhecimento ou recurso genérico pertencente a uma ou mais comunidade ou etnia diretamente envolvida na parceria não exclui direitos de terceiros grupos (da mesma ou de outra etnia) que dominem o mesmo conhecimento cujo acesso se pretende obter.

A fim de dar respeito às formas de organização social e de representação política tradicional, todos os povos envolvidos durante o processo de consulta e ao longo de toda parceria devem ter ampla, geral e irrestrita participação. A criatividade teórica permite dizer que a previsão expressa de que são nulas de pleno direito, e não produzem efeitos jurídicos, as patentes ou quaisquer outros direitos de propriedade intelectual (marcas comerciais, direitos autorais etc.) concedidos sobre processos ou produtos direta ou indiretamente resultantes da utilização de conhecimentos de comunidades indígenas ou tradicionais.

Fica prevista a inversão do ônus da prova em favor das comunidades tradicionais em que ações sejam ajuizadas com o propósito de anular patentes concedidas indevidamente sobre processos ou produtos resultantes de seus conhecimentos tradicionais.

A criação de um sistema nacional gratuito, facultativo e meramente declaratório de registro de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade não seria condição para o exercício de quaisquer direitos, mas apenas um meio de prova pré-constituída. Esse sistema nacional de registro deveria ter a sua administração supervisionada por um conselho com representação paritária de órgãos governamentais, não governamentais e associações indígenas representativas.

Observando cada vez mais o princípio da precaução, todos os riscos previsíveis que possam resultar da atividade devem ser informados às comunidades envolvidas. Como conclusão, todas as medidas acautelatórias para evitar os riscos previsíveis devem ser adotadas ainda que não se tenha certeza provável do risco. O mero risco de danos sociais, culturais, ambientais ou econômicos pode fundamentar a recusa ao acesso ou ao uso dos bens pretendidos, inclusive a revogação do uso anteriormente consentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAS PEÑATE, Salvador. Biotecnologia. São José da Costa Rica: Editorial DEI, 1990.
- ARROYO, Gonzalo. La biotecnología y el problema alimentario en México. México: UAM, 1989.
- BALASSA, BELA. Et alii. Uma nova fase de crescimento para a América Latina. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.
- BALLETTI, Franca. Sapere tecnico sapere locale. Florença: Alinea, 2007.
- BARTON, John H. La adaptación del sistema de propiedad intelectual a las nuevas tecnologías. Revista del Derecho Industrial, n.º 44/45, maio-dezembro de 1993. Depalma, Buenos Aires. P.311-343.
- BARCELLONA, Pietro. et alii. El derecho ante la biotecnología. Barcelona: Icaria, 2008.
- BARDINI, L. Análise de conteúdo. Lisboa: Edições 70, 1977.
- BARROS, Benedita da Silva. GARCÉS, Claudia Leonor López. MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. PINHEIRO, Antônio do Socorro Ferreira. Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais. Belém: Museu Emilio Goeldi, 2007.
- BECHER, Tony. Tribus y territorios académicos. Trad. Andrea Menegotto. Barcelona: Gedisa, 2001.
- BELLO, Angela Ales. Culturas e religiões. 2ª ed. Trad. de Antonio Angonese. São Paulo: EDUSC, 1998.
- BENAVIDES, Carlos A. Tecnología, innovación y empresa. Madrid: Pirámide, 1998.
- BERGMANN, Gustav. Filosofía de la ciencia. Trad. Manuel Medina Ortega. Madrid: Tecnos, 1971.
- BETANCOURT POSADA, Alberto; CRUZ MARÍN, José Efraín. Del saber indígena al saber transnacional. México: UNAM, 2009.
- BISBAL, Joaquim. VILADÀS, Carles. Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia. Barcelona: Ariel, 1990.
- BORDALÍ S., Andrés. Tutela jurisdiccional del medio ambiente. Santiago: Fallos del mes, 2004.
- BUNGE, Mario. Laciencia, su método y su filosofía. Buenos Aires: Siglo Veinte, s/d.
- CALDERWOOD, James D. BIENVENU, Harold J. Padrões de desenvolvimento econômico. Trad. Francisco M. da Rocha Filho. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Sociedade e direito. Porto: Resjurídica, s/d.
- DONATO, Luz Marina. et alii. Mujeres indígenas, territorialidad y biodiversidad en el contexto latinoamericano. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007.
- ELLUL, Jacques. A técnica e o desafio do século. Trad. Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.
- FAUSTO NETO, Antonio et alii. Anais do Encontro nacional de unidades de assessoria e transferência de conhecimentos tecnológicos e sociais. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1995.
- FERNÁNDEZ, R. Tecnología Aquisição, desenvolvimento, proteção, transferência e comercialização. Rio de Janeiro: Firjan, 1998.
- FERRAZ, Maria Cristina Comunian Ferraz. BASSO, Heitor Cury. Propriedade intelectual e conhecimento tradicional. São Carlos: UFSCAR, 2011.

- FERRETI, Degmar Aparecida. La protección jurídica de los conocimientos tradicionales. Curitiba: Juruá, 2013.
- FIGUEIREDO, Nuno Fidelino de. A transferência de tecnologia no desenvolvimento industrial do Brasil. Rio de Janeiro: Ipea, 1972.
- FODELLA, Gianni. Diffusione della tecnologia e organizzazione nello sviluppo econômico. Milão: Giuffrè, 1988.
- FONTE, Maria. Organismi geneticamente modificati. Milão: Franco Angeli, 2004.
- FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 1996.
- GARRABOU SEGURA, Ramón; GONZÁLES DE MOLINA, Manuel. La reposición de la fertilidad en los sistemas agrários tradicionales. Barcelona: Icaria, s/d.
- GARCIA BACCA, Juan David. Historia filosófica de la ciência. México: Unam, 1963.
- GONZÁLEZ GARCIA, Marta I. LÓPEZ CERESO, José A.. LUJÁN LÓPEZ, José L. Ciencia, tecnologia y sociedad. Madri: Tecnos, 1996.
- GONZÁLEZ GRANDIÓN, Ximena Andrea. Legitimación de conocimientos tradicionales. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011.
- GRENIER, Louise. Conocimiento indígena. Trad. Oscar Chavarría Aguilar. Cartago: Editorial Tecnológica de Costa Rica, 1999.
- HANNIGAN, John. Sociologia ambiental. Trad. Annahid Burnett. Petrópolis: Vozes, 2009.
- IACOMINI, Vanessa. Biodireito e o combate à biopirataria. Curitiba: Juruá, 2009.
- KHOR, Martin. Proprietà intellettuale, biodiversità e sviluppo sostenibile. Trad. Raffaella Patriarca. Milão: Baldini, 2004.
- KOSZUOSKI, Adriana, Conhecimentos tradicionais. Cuiaba: Carlini & Caniato, 2006.
- LAYTON, Robert. Teorie antropologiche. Trad. Stefano Montes. Milão: Il Saggiatore, 2201.
- LEMONS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.
- LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do direito. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LITTLE, Paul E. Conhecimentos tradicionais para o século XXI Etnografias da intercienficidade. São Paulo: Annablume, 2010.
- LÓPEZ Y RIVAS, Gilberto. Antropologia, etnomarxismo y compromiso social de los antropólogos. México: Ocean Sur, 2010.
- LUSTOSA, João Augusto. O papel do sistema de patentes na transferência de tecnologia aos países em desenvolvimento. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1979.
- MAGALHÃES, Luís Mauro Sampaio. Arborização e Florestas Urbanas-Terminologia Adotada para a Cobertura Arbórea das Cidades Brasileiras. Série Técnica, Florestas e Ambiente, p. 23-26, 2006.
- MARGENAU, Henry. La naturaleza de la realidad física. Trad. Adolfo Martin, Madri: Tecnos, 1970.
- MEYLAN, Jacques-H. Essai pour une systématique du droit. Bruxelas: Bruylant, 2010.

- MICHAUD, Yves. Qu'est-ce que les technologies?V. 5. Paris: Editions Odile Jacob, 2001.
- MIES, MARIA, SHIVA, VANDANA. Ecofeminismo.Trad. Fernando Dias Antunes. Lisboa: Piaget, 1993.
- MILIBAND, Ralph. O Estado na sociedade capitalista. Trad. Fanny Tabak. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.
- MIRANDA ROSA, F.A.. Sociologia do direito. 6ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- MORAN, Emilio F. OSTROM, Elinor. Ecossistemas florestais. São Paulo: Edusp, 2009.
- MOREIRA, Eliane. Conhecimento tradicional e a proteção. Revista T&C Amazônia. nº 11, junho de 2007. p. 33-41.
- MORGENBESSER, Sidney. Filosofia da ciência. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972.
- PAMPILLÓN OLMEDO, Rafael. Un análisis empírico de la transferencia internacional de tecnología. Revista Española de Economía. Madri: Instituto Nacional de Prospectiva, Octubre-Dicembre 1979. p. 57.
- PÉBEREAU, MICHEL. La politique économique de la France. 2ªed. Paris: Armand Colin, 1987.
- PEREZ MIRANDA, Rafael. SERRANO MIGALLON, Fernando. Tecnologia y derecho economico. México: Porrúa, 1983.
- PETIT, Paul. História Antiga. Trad. de Pedro Moacyr Campos. São Paulo: Difel, 1964.
- PLATIAU, Ana Flávia Barros. VARELLA, Marcelo Dias. Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- POINCARÉ, Henri, O valor da ciência. Trad. Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.
- PRENTIS, Steve. Biotecnologia. Barcelona: Salvat, 1986.
- PUNTEL, Lorenz B. Estrutura e ser. Trad. de Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- RAPELA, Miguel Angel. Derechos de propiedad intelectual em vetegales superiores. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- RAMOS, Arthur. As culturas européias e europeizadas. Rio de Janeiro: CEB, 1975.
- RIOS, Montserrat. DE LA CRUZ, Rodrigo. MORA, Arturo. Conocimiento tradicional y plantas útiles del Ecuador. Quito: Abya-Yala, 2008.
- GONZÁLEZ GRANDIÓN, Ximena Andrea. Legitimación de conocimientos tradicionales. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Biotecnología y derecho. Bilbao: Comares, 1998.
- RUSSELL, Bertrand. El conocimiento humano. Trad. Antonio Tovar. Madri: Taurus, 1959.
- SACARRÃO, Germano da Fonseca. A Bio-Ecologia da água. Lisboa: Secretaria de Estado do Urbanismo e Ambiente, 1982.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, concorrencial e interesse público. Revista de Direito Público da Economia nº 7, julho/setembro de 2004. Belo Horizonte, editora Fórum.
- SANCHEZ, Enrique. ROLDAN, Roque. SANCHEZ, Maria Fernanda. Derechos e identidad. Bogotá: Disloque, 1993.

- SÁNCHEZ MUÑOZ, María Paloma. La dependencia tecnológica española: contratos de transferencia de tecnología entre España y el exterior. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, 1984.
- SCARDI, Vicenzo. Introduzione alla biotecnología. Milão: Garzanti, 1989.
- SÉROUSSI, Roland. Introduction aux relations internacionales. Paris: Dunod, 2010.
- SERRA ROJAS, Andres. Ciencia Política. México: Porrúa, 1978.
- SHERWOOD, Robert M. Propiedad intelectual y desarrollo económico. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1995.
- SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética e biosegurança. São Paulo: Gaia, 2006.
- SILVA, José de Arimatéa. Organizações da Administração Florestal Federal no Brasil: e (in) volução 1912-2014. Gráfica Drumond, 2014.
- SILVA, José Robson da. Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. Propriedade intelectual e biotecnología: aspectos jurídicos e éticos. Notícia do direito brasileiro, nº 5, 1 semestre de 1998. P. 91-115.
- SILVA, José Robson. Paradigma Biocêntrico: do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SIVERA TEJERINA, Maria Asuncion. Los cambios técnicos de la agricultura en el termino rural de Malaga: Siglos XVIII-XIX. Málaga: Grafima, 1988.
- SOUZA, Allan Rocha de. Direitos culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue, 2013.
- TAVARES, E. M. F. Avaliação de políticas públicas de desenvolvimento sustentável: dilemas teóricos e pragmáticos. Hologos, anos 21, maio, 2005.
- THOMSON, J. Arthur. Introdução à ciência. Trad. Antonio Sérgio. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1941.
- TOBON, Natalia. Los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual en la Comunidad Andina. Derechos intelectuales. Buenos Aires: Astrea, 2003. P. 135-151.
- VALLE, José Ribeiro do. A farmacología no Brasil. São Paulo: DAG, 1978.
- VARGA, Andrew C. Problemas de bioética. Trad. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Unisinos, 1982.
- VINATEA MEDINA, Ricardo G. Propuestas para la protección jurídica de los conocimientos tradicionales en el marco del tratado de libre comércio Perú-EE.UU. Lima: Edição do autor, 2008.
- WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Patentes & conhecimento tradicional. Curitiba: Juruá, 2009.
- WIONCZEK, Miguel S. BUENO, Gerardo M. NAVARRETE, Jorge Eduardo. La transferencia internacional de tecnología – el caso de México. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- WITKOWSKI, Nicolas. Ciencia e tecnología hoje. São Paulo: Ensaio, s/d.
- ZANIRATO, Silvia Helena. RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual das organizações multilaterais. Revista Ambiente & Sociedade. V X, nº I, janeiro-novembro de 2007. pa. 39-45.

O FASHION LAW E OS SEUS REFLEXOS NO MERCADO DE MODA NO BRASIL

Auristela Fatima Marques¹

Resumo: O presente artigo tem como escopo expor sobre o que consiste o Fashion Law, o seu significado em alguns países estrangeiros nos quais seu estudo é mais conhecido e, especificamente, no Brasil. Também será feita uma exposição sobre as principais questões que permeiam o Fashion Law no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a legislação por ele utilizada, notadamente, a de propriedade intelectual, bem como a sua aplicação na resolução dos conflitos judiciais no mercado da moda. Por fim, serão apresentados alguns casos concretos em âmbito internacional e nacional para ilustrar de que forma o Fashion Law vem sendo utilizado para a resolução dos casos jurídicos.

Palavras-chave: Fashion Law. Aplicação. Propriedade Intelectual. Conflitos Judiciais. Mercado de Moda.

Abstract: The purpose of this article is to explain the meaning of Fashion Law, its meaning in some foreign countries in which its study is better known, and specifically in Brazil. It will also make an exposition on the main issues that permeate Fashion Law in the Brazilian Legal System, the legislation that it uses, notably the intellectual property law, as well as its application in resolving judicial conflicts in the fashion market. Finally, concrete examples will be presented at the international and national levels to illustrate how Fashion Law has been used for the resolution of legal cases.

Keywords: Fashion Law. Application. Intellectual property. Judicial Conflicts. Fashion Market

1. INTRODUÇÃO

A Moda possui grande significado para a sociedade desde tempos mais antigos, agigantando-se cada vez mais os negócios nessa indústria,

¹ Bacharel em Direito, Jornalista e Publicitária pelas Faculdades Integradas Hélio Alonso (FACHA).

movimentando grandes somas de dinheiro. Isso também gera um outro efeito: na mesma proporção crescem os litígios envolvendo essa indústria e a necessidade de orientar juridicamente os criadores e designers de moda para evitar novos conflitos, o que reclama, portanto, o desenvolvimento específico de mecanismos jurídicos para a proteção adequada às suas criações.

O estudo jurídico aplicado ao mercado da moda denominado Fashion Law ainda é pouco conhecido no Brasil e também em outros países, ganhando notoriedade na última década nos EUA, país em que surgiu tal termo.

O objetivo deste artigo acadêmico é de tentar mostrar um pouco em que constitui o Fashion Law em âmbito internacional e, notadamente, em âmbito nacional e como ele vem se desenvolvendo no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a legislação aplicada a ele.

Serão também expostas algumas questões ligadas à sua aplicabilidade no Brasil e a forma como atualmente se encontra delimitado, como um ramo específico do direito ou apenas com o fim de resolver casos concretos ligados ao mercado da moda.

Para viabilizar tais exposições, será feito primeiro um breve panorama sobre a origem da moda e no que ela constitui nos tempos atuais. Após, discorrer-se-á sobre a legislação aplicada ao Fashion Law no Brasil e, por fim, serão apresentados alguns casos judiciais de grande repercussão nessa área, de acordo com a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial realizada para a elaboração deste artigo.

2. A MODA E A SUA ORIGEM

A Moda não possui um conceito fechado, com uma definição acabada em que poucas palavras sejam capazes de traduzi-la em sua inteireza.² No entanto, é possível afirmar, inerente a qualquer conceituação, que a moda é um fenômeno social que se manifesta no tempo e o espaço. E é por isso mesmo que é tão difícil realizar uma definição precisa sobre o que seja moda, notadamente, porque varia em cada cultura e em que cada época.

Há quem entenda que a moda esteja ligada mais propriamente ao campo

² Nesse sentido: SVENDSEN, Lars. *Moda: uma filosofia*. Trad. Maria Luiza X.de A.Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p.12.

do vestuário, “aquele reservado às mudanças periódicas de vestimentas e da ornamentação pessoal”³. Há entendimento também de que a moda não se resume apenas ao vestuário, sendo mais que isso, abrangendo, especialmente, o gosto⁴. Para os sociólogos, a moda encontra-se em linha de oposição aos costumes. Enquanto estes se voltam para o culto do passado, aquela se volta para o culto do presente, da novidade⁵.

Não é possível afirmar, com grau de certeza, de onde se origina a moda, embora seja objeto de estudo por diversos doutrinadores, notadamente, filósofos e sociólogos. Apesar disso, podem-se enquadrar as diversas explicações sobre a sua origem em duas principais teorias, quais sejam, a teoria do “status” ou “gotejamento” e a teoria do *Zeitgeist*.⁶ Em verdade, o que essas teorias tentam fazer é dar uma explicação sobre como surgiu a necessidade da moda para o povo e a partir de quando ocorreu essa necessidade.

Segundo a teoria do “status”, a moda e a posição social estão estritamente relacionadas, isto porque se vestir de uma determinada forma representaria o “status” social de uma determinada pessoa.

Com base nessa teoria, aponta-se que foi no final da Idade Média que, de fato, surgiu a moda. Na Antiguidade, embora houvesse uma certa preocupação sobre a noção do vestuário, inclusive, por alguns filósofos⁷, não havia ainda a

³ De acordo com a orientação dada por Gilda de Mello e Souza conforme citam os autores IBAIXE, João; SABÓIA, Valquíria. *Fashion Law e o conceito de Moda*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI205054,61044-Fashion+Law+e+o+conceito+de+Moda>, acesso em: 19 Out. 2017.

⁴ STEELE, Valerie (Prefácio). *FOGG, Marnie. Tudo sobre moda*. Rio de Janeiro: Sextante, 2013, p13 apud Lagassi, Veronica. *Fashion Law: Da Propriedade Intelectual ao Direito Societário*, qual seria o meio ideal de resguardá-lo? In: *Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI*. Coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori; João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 370.

⁵ IBAIXE, João; SABÓIA, Valquíria. *Fashion Law e o conceito de Moda*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI205054,61044-Fashion+Law+e+o+conceito+de+Moda>, acesso em: 19 Out. 2017. Lars Svendsen distingue em duas categorias principais sobre o que é a moda. Para ele, ela pode referir ao vestuário ou a um mecanismo, uma lógica ou ideologia geral que se aplica à área do vestuário, vide SVENDSEN, Lars. *Op. Cit.*, p.12.

⁶ IBAIXE Jr, João; SABÓIA, Valquíria. *Teorias sobre a origem da Moda*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204319,41046-Teorias+sobre+a+origem+da+Moda>, acesso em: 16 Out. 2017; Ainda sobre as origens da Moda. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204682,51045-Ainda+sobre+as+origens+da+Moda>, acesso em: 16 Out 2017.

⁷ No artigo *Teorias sobre a origem da Moda*, citado na referência 4, os autores situam uma certa preocupação de Platão em demonstrar que Sócrates não se preocupava com a qualidade dos tecidos de sua túnica, nem em andar calçado, o que aponta, portanto, um interesse do filósofo em dar uma explicação no sentido de que o vestuário era algo secundário em uma sociedade.

noção de moda como questão social.⁸ Na Idade Média, considerando o domínio da Igreja Católica e dos dogmas cristãos, havia uma grande preocupação em combater o luxo de forma a não corromper a formação humana e, curiosamente, manter a estratificação social característica do período feudal, a exemplo das Leis Suntuárias (vigente do Século XIII ao século XVII) que buscavam reprimir o uso ostensivo de objetos e roupas de caráter luxuoso.⁹ Desse modo, somente a partir da Idade Moderna é que propriamente passou-se a dar uma atenção maior à Moda.

Neste momento, surge uma nova classe social, a burguesa, que queria alcançar *status* na sociedade. E uma forma seria a reprodução do estilo e vestuário dos nobres. É nessa época também que as classes nobres se preocupam com o luxo propriamente dito dos vestuários e dos objetos, num inequívoco objetivo de ostentar. A exemplo da Corte Francesa de Luís XIV, que, por meio da vaidade, deixaria para a moda os artigos de luxo e extravagância nos perfumes, os sapatos de salto alto e o surgimento da alta costura¹⁰, que são ainda características marcantes da moda francesa nos dias de hoje.

Ainda na visão da teoria do “status”, com a Revolução Industrial, a moda ganha expansão entre as pessoas “comuns”, isto é, da classe trabalhadora. Nesse contexto, o maior acesso ao vestuário surge como uma forma dessa classe angariar uma melhor posição social pela imitação dos modos e dos gostos das classes mais abastadas. Por outro lado, as classes abastadas buscariam na moda uma forma de inovarem e se diferenciarem do usual, do comum.¹¹

No tocante à teoria do *Zeitgeist*, desenvolvida inicialmente por Hegel e adaptada para o estudo da moda pelo sociólogo Norte-Americano Hebert Blumer, a origem da Moda pode ser explicada como a necessidade humana de apreender o espírito de uma época. Nesta teoria, a diferenciação de classes não dá origem à moda, apenas se manifesta nela. Neste caso, as classes mais abastadas teriam

⁸ Lars Svendsen entende que não se podia falar em moda na Antiguidade grega e romana na forma como é compreendida atualmente, “porque não havia autonomia estética individual na escolha de roupas – ainda que houvesse certas possibilidades de variação.” Vide em SVENDSEN, Lars. Op. Cit., p.22.

⁹ IBAIXE JR, João; Sabóia, Valquíria. Teorias sobre a origem da Moda. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204319,41046-Teorias+sobre+a+origem+da+Moda>, acesso em: 16 Out. 2017

¹⁰ MAIA, Livia Barbosa. A proteção da moda pela propriedade intelectual. Revista da ABPI. N.141. Mar/Abr 2016, p.6.

¹¹ Uma compreensão nesse sentido é desenvolvida por Kant no texto “Antropologia de um ponto de vista pragmático”, que defende a moda como uma imitação, e, posteriormente, por Georg Simmel com o ensaio “Filosofia da Moda”. Vide em IBAIXE JR, João; SABÓIA, Valquíria. Teorias sobre a origem da Moda. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204319,41046-Teorias+sobre+a+origem+da+Moda>, acesso em: 17 Out. 2017.

melhores condições de apreciar esse modo de ser de uma época do que as classes inferiores, mas as classes sociais, em si, não são as causas do fenômeno da moda. A grande crítica que se faz a essa teoria é o seu alto grau de abstração, incapaz de oferecer elementos concretos sobre o que significaria o “espírito do tempo”.¹²

Nos tempos atuais, as explicações dadas à moda constituem variantes das duas teorias mencionadas. De um modo geral, entende-se que a moda pode exprimir uma forma de comunicação, de reprodução de padrões já aceitos pela sociedade e,, ao mesmo tempo, um meio da pessoa se individualizar na sociedade, ou seja, de se diferenciar.¹³ A moda consiste em uma reprodução de um padrão socialmente aceito, sendo tal significado de grande monta para compreender de que maneira ela possui utilidade industrial, nesse sentido:

De forma bastante objetiva, podemos afirmar que a moda pode ser tida como um padrão momentaneamente imposto e que somente como tal pôde surgir a partir do momento em que o homem consegue replicar a indumentária criada, daí a sua inegável relação com a revolução Industrial e com a Propriedade Industrial e Intelectual stricto sensu. Diante disso, será inevitável o estabelecimento de uma relação entre a moda e o Direito.¹⁴

3. FASHION LAW

3.1. Fashion Law no Direito Estrangeiro

Diferentemente do Brasil, que ainda não detém uma proteção jurídica específica da moda, países, como França e os EUA, possuem um ramo de direito especializado que trata sobre a moda consistentes no *Droid du Luxe* e no *Fashion Law*. Tal necessidade de desenvolver um estudo do direito mais ligado a moda em ambos os países ocorreu ao longo dos anos 2000, tendo em vista o aumento de mais de 50% no volume de negócios das empresas de luxo desde 2002.¹⁵

¹² IBAIXE JR, João; SABÓIA, Valquíria Ainda sobre as origens da Moda. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204682,51045-Ainda+sobre+as+origens+da+Moda>, acesso em: 16 Out 2017.

¹³ RODRIGUES, Manuela Silva. A concorrência e a cópia do design de moda no Brasil. Monografia apresentada ao final do curso de graduação da PUC-RIO no ano de 2014, p. 47 apud MAIA, Livia Barbosa. A proteção da moda pela propriedade intelectual. Revista da ABPI. N.141. Mar/Abr 2016, p.6 .

¹⁴ LAGASSI, Veronica. Fashion Law: Da Propriedade Intelectual ao Direito Societário, qual seria o meio ideal de resguardá-lo? In: Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line} organização CONPEDI. Coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori; João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 370.

¹⁵ GAUBERTI, Annabelle. Droit du luxe: Un Mariage Heureux. Disponível em: <https://www.village-justice.com/articles/Droit-et-secteur-luxe,12156.html>, acesso em: 05 Nov 2017.

Há também outras razões, tais como: i) a tendência das grandes empresas de moda se expandirem e absorverem outras menores na última década, crescendo a necessidade de advogados que entendam sobre essa indústria; ii) a necessidade de analisar de que forma a proteção pela propriedade industrial está disponível para os designers *fast fashion*, considerando a tecnologia de hoje que possibilita a rápida produção os *knock-off* (imitações baratas, em tradução livre), permitindo que os imitadores produzam artigos de moda para o mercado de forma mais rápida que a própria empresa autorizada para tanto e iii) a necessidade de profissionais do direito com entendimento sobre o assunto para cuidar de questões relacionadas às preocupações éticas e desenvolver códigos de conduta atinentes aos tratamento dado pelos empregadores das fábricas e outros processos ligados a criações dos produtos da moda.¹⁶

O estudo mais avançado do direito da moda em âmbito internacional traz consequências para o Brasil, como, por exemplo, a maior atração de estilistas e designers do país para registro no exterior, em busca da maior segurança de suas criações que a melhor técnica jurídica proporciona.¹⁷

A França é o país na Europa que conta com uma legislação mais desenvolvida no campo do Fashion Law, sendo lá denominado de *droid du luxe*. Com efeito, o país possui um código próprio de Propriedade Intelectual criado pela Lei 92.597 de 1º de Julho de 1992, que compila as antigas leis do país que disciplinam a propriedade industrial, literária e artística¹⁸. A primeira parte cuida da propriedade literária e artística e a segunda parte sobre a propriedade industrial. Na segunda parte, o livro V trata dos desenhos e modelos.¹⁹ As criações de moda gozam de expressa proteção no referido código, em seu artigo L112-2, 14º, contido na primeira parte, que considera como criações do espírito, portanto, albergado pelo direito autoral, aquelas criações das indústrias sazonais de vestuário e adorno. Vale afirmar que a própria disposição legal esclarece que é característica de tais criações renovarem com frequência.

Os EUA, diferentemente da França, não possuem um código próprio de propriedade intelectual nem uma legislação específica sobre Fashion Law. Os designers ou estilistas são protegidos por meio da lei que disciplina os desenhos

¹⁶ GREENBERG, Cory. Review of Fashion Law – A Guide for Designers, Fashion Executives, and Attorneys 1 Pace. Intell.Prop.Sports& Ent.L.F. 71. 2011, p.72-73.

¹⁷ LUCAS, André Rafael Monteiro; BRETAS, Hugo Ribas. Direito e Moda: As formas de registro de marcas e patentes. Letras Jurídicas. V.3. N.2. 2 Semestre 2015, p.1.

¹⁸ LUCAS, André Rafael Monteiro; BRETAS, Hugo Ribas. Op. Cit., p.26.

¹⁹ Code de la propriété intellectuelle. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>, acesso em: 05 Nov. 2017.

industriais, além disso, o trâmite na realização dos registros é burocrático e caro, o que não proporciona tanta acessibilidade à tutela²⁰. Uma alternativa mais viável de proteção é buscada por meio do *trade dress*, disciplinado pelo *Lanham Act*²¹. Nos EUA, em vista da falta de legislação, os criadores de moda também se valem das construções jurisprudenciais na área.

Em que pense não haver ainda uma proteção jurídica mais específica à moda nos EUA, a difusão do Fashion Law e o seu reconhecimento internacional deve-se justamente a este país, em que se nota um crescimento cada vez maior do estudo ligado ao direito e a moda, sendo o primeiro país no qual foi ministrado um curso ligado a esse ramo numa Escola de Direito, no ano de 2006, na Fordham Law School, pela professora Susan Scafidi. A referida professora escreveu, posteriormente, sobre o tema em 2008, alcançando notoriedade no mundo, sendo ela também responsável pela fundação do Fashion Law Institute localizado na mesma Universidade.²²

3.2. Definição e Configuração no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O mercado de moda cresce cada vez mais no Brasil, movimentando grandes somas de dinheiro. Junto à grande demanda, acompanhada pela sua relevância econômica, surge também a necessidade de regular questões jurídicas relacionadas a esse mercado que ainda não dispõe de um regramento específico no país.

É nesse contexto que começa a se desenvolver aqui o Fashion Law que não consiste, propriamente, em um ramo do direito dotado de autonomia, tal como o Direito Civil e o Empresarial. Em verdade, ele caracteriza-se mais como um microsistema que reclama proteção específica²³, pois tenta trazer soluções jurídicas aos casos concretos ligados ao mercado da moda com base,

²⁰ PLÁCIDO, Lucila de Castro. Fashion law: a relevância jurídica da moda. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15833&revista_caderno=27, acesso em: 11 Nov. 2017.

²¹ O *trade dress* consiste no conjunto-imagem de um produto. Assim, ao haver violação do *trade dress*, não haverá especificamente a cópia de uma marca ou desenho industrial, mas de determinadas características que individualizam um produto. No Brasil, apesar de não haver na legislação de propriedade industrial disposição específica sobre o *trade dress*, ele vem sendo aplicado pelos Tribunais Brasileiros, vide RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Você sabe o que é “*trade dress*”? Disponível em: <https://alcramos.jusbrasil.com.br/artigos/121943290/voce-sabe-o-que-e-trade-dress>, acesso em: 11 Nov. 2017.

²² Informações disponíveis em: https://www.fordham.edu/info/23380/susan_scafidi, acesso em: 05 Nov. 2017.

²³ MAIA, Lívيا Barbosa. Op. Cit., p.4.

precipuaente, nas legislações de propriedade industrial e do direito do autor, que concernem nos dois ramos da propriedade intelectual, ou seja, o Fashion Law tenta trazer uma nova roupagem jurídica aplicada à indústria da moda, a qual necessita de proteção, notadamente, após os avanços tecnológicos que possibilitaram a facilitação da produção em escala.

A existência de uma abordagem jurídica específica à moda traduzida pelo Fashion Law é importante por não constituir, propriamente, em casos clássicos ligados à propriedade intelectual, nem ao direito empresarial propriamente dito. Todavia, por inexistir ainda um regramento específico, a legislação clássica aplicada a ela deve sofrer adaptações que se adequem a essa nova demanda, principalmente, em virtude da efemeridade que norteia este mercado.

A indústria de moda, de grande relevância econômica no mundo atual, também traz questões jurídicas complexas que não se resolvem apenas com as normas de propriedade intelectual. Outras áreas também contribuem para o seu desenvolvimento, desde o direito constitucional e o civil, relacionados aos direitos da personalidade como o de nome e imagem, até o direito penal, por meio da repressão de práticas criminosas ligadas a esse setor. Também não é demais lembrar que as normas existentes em nosso ordenamento jurídico não são suficientes para regulamentar o mercado de moda, sendo, portanto, de grande valia também as decisões judiciais e a doutrina, em especial, a estrangeira, para completar esse subsistema²⁴.

A problemática jurídica em torno do mercado de moda diz respeito a como dar proteção efetiva às criações dos designers e estilistas por meio da legislação atual da propriedade intelectual existente no país e se tal proteção é suficiente.

De uma forma geral, entende-se que ela é eficaz para tal intento. Embora não haja ainda uma legislação específica, o ordenamento jurídico pátrio "possui robusta base legal para dar suporte à titularidade de criações e reprimir violações de direitos, sejam eles tipificados ou não".²⁵

A questão tormentosa não se refere especificamente à falta de legislação, mas de conhecimento sobre a proteção legal do trabalho inventivo pelos criadores

²⁴ FERREIRA FILHO, Alberto Esteves. Ordenamento nacional já tem base legal para reprimir violações de direitos, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-05/ordenamento-base-legal-reprimir-violacoes-direitos>, acesso em: 17 Out. 2017.

²⁵ Idem.

da moda²⁶, o que enseja os conflitos nesta área, tornando imprescindível a intervenção dos advogados que nela atuam, a fim de buscar soluções no próprio direito. Eis a importância de um estudo específico sobre o direito aplicado a moda, o que se viabiliza pelo Fashion Law.

No tocante à proteção jurídica das criações realizadas na moda, a legislação de propriedade intelectual é que fornece os instrumentos necessários para tanto, por constituir no ramo do direito que se destina a tutelar as criações do intelecto humano.²⁷ Ela se subdivide na propriedade industrial e nos direitos autorais.

Assim, convém explicitar a questão existente no que concerne à exata delimitação da proteção da moda pela Lei de Propriedade Industrial - LPI (Lei 9.279/96) e pela Lei de Direitos Autorais - LDA (Lei 9610/98).

A Propriedade Industrial destina-se a proteger as criações intelectuais que tenham uma destinação industrial²⁸, ou seja, uma produção em escala, por meio de instrumentos explicitados na Lei 9.279/96 que viabilizem tal proteção. Tais instrumentos consistem, propriamente, no registro e na patente. A proteção pelo registro e pela patente é temporária, dura por um certo período de tempo, justamente para estimular que o detentor da exclusividade na exploração industrial do bem ora protegido inove em suas criações, sendo de interesse social o desenvolvimento tecnológico, o estímulo a pesquisa científica e o aprimoramento dos produtos.²⁹

A proteção detém natureza constitutiva, uma vez que é conferida apenas após a concessão do registro ou da patente, vigendo da data do depósito do pedido. É estudado pelo direito empresarial. As invenções e os modelos de utilidades são protegidos por meio da patente. Por sua vez, são tutelados, por meio do registro, as marcas e os desenhos industriais.³⁰

²⁶ MEDEIROS, Maria Clara de Miranda. As novas possibilidades jurídicas decorrentes da relação entre propriedade intelectual e direito da moda. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 20, n. 4353, 2 jun. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39668>>. Acesso em: 18 out. 2017.

²⁷ Para Dênis Borges Barbosa, a propriedade intelectual confere uma “exclusividade que recai sobre uma atividade econômica específica que consiste na exploração no mercado de uma criação estética, um investimento numa imagem, ou então uma solução técnica, cujo valor merece proteção pelo Direito” Vide BARBOSA, Dênis Barbosa. *Tratado da Propriedade Intelectual*. V.1.1ª ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.286.

²⁸ BARBOSA, Dênis Barbosa. *Introdução à Propriedade Intelectual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.23.

²⁹ Nesse sentido dispõe a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXIX.

³⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquemático*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p.140.

Os direitos autorais, embora tutelem obras advindas também da criação humana, difere-se da propriedade industrial, pois destina-se a proteger a obra artística e não as criações destinadas à aplicação industrial³¹. O autor da obra protegida pelo direito autoral detém exclusividade na sua exploração, mesmo que não tenha realizado qualquer registro junto a instituição competente para a sua concessão (Lei n.9.610/98, art.18), nascendo a proteção a partir de sua criação. Assim, havendo registro, o mesmo é meramente declaratório. É objeto de estudo do direito civil.

No tocante às criações da moda, existe uma polêmica relacionada ao que é objeto de proteção pelos direitos autorais e o que é pela propriedade industrial. Com efeito, pode-se inferir, em linhas gerais, que as criações que tenham uma finalidade mais estética, caracterizando-se como uma obra de arte propriamente dita, constituem objeto de proteção pelos direitos autorais. Por sua vez, as criações, quando possuem uma aplicação industrial, são objeto de tutela pela propriedade industrial.

Todavia, tal separação não é estanque nas criações de moda. Em que pese a Lei de Propriedade Industrial não considerar como invenção e modelo de utilidade e proíba o registro de marca das obras artísticas objeto de proteção pelos direitos autorais (Lei n.9.610/98, arts.10, IV e 124, XVII), o fato de o âmbito de proteção pela propriedade industrial e pelo direitos autorais ser diferente não impede que as criações da moda possam constituir objeto simultâneo de tutela por ambos os ramos da propriedade intelectual, uma vez que a legislação não proíbe que o desenho industrial seja tutelado também pelos direitos autorais.

Desse modo, o âmbito de proteção dos direitos autorais não exclui a proteção da moda caso seja registrada como desenho industrial ligado ao design, sendo até estimulada, por angariar uma dupla proteção. Para tanto, faz-se necessário que, além da composição notoriamente estética, a criação tenha também finalidade industrial, dois requisitos comumente presentes no design de moda. Nesse sentido:

Adotando a dualidade de proteção, tão combatida pelos autores franceses, a lei, entretanto, não exclui a possibilidade da cumulação das leis sobre a propriedade artística e sobre desenhos e modelos, em casos especiais. As obras artísticas, e só elas, continuam protegidas pelo Código Civil e lei especial; os desenhos e modelos industriais regem-se pela sua lei especial. Nada impede, porém, que tratando-se de obra artística aplicada

³¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. Cit., p.133.

*a um objeto industrial ou posta no comércio como modelo industrial, seu autor invoque a proteção do Código Civil para a obra considerada sob a sua natureza intrínseca de obra de arte, e a da lei especial para o modelo. A reprodução de uma obra de arte por processos industriais ou a sua aplicação à indústria não a desnaturam, não lhe tiram o caráter artístico. (...).*³²

A proteção pelos direitos autorais às criações de moda também se torna necessária em determinadas situações em que estas não possam ser protegidas pela propriedade industrial. Isso se nota, por exemplo, com as criações ligadas à alta costura, que constituem verdadeira obra de arte e nem sempre há interesse na sua produção em escala industrial, notadamente, pelo alto custo de suas peças e pela qualidade na sua elaboração.³³

Há também os casos de criações que não gozam de originalidade, requisito marcante para a proteção por meio do registro do desenho industrial (Lei n. 9.279, art.95) muito em virtude pelo fato de que nem sempre é fácil criar um peça, ou item de vestuário a partir do zero, havendo, por parte dos estilistas, um grande trabalho de inspiração e também a necessidade de seguir determinados modelos pré-concebidos de vestuário³⁴, que não se confunde, entretanto, com a cópia, que é combatida pelos próprios direitos autorais, denominada tal prática de contrafação (Lei n. 9.610/98, art.5º, VII). Assim, as criações que não possam ser objeto de tutela pela propriedade industrial podem o ser pelo direito autoral.

Do que foi, portanto, já exposto é possível afirmar que, em virtude do reforço da proteção das criações já tuteladas pela propriedade industrial e pela impossibilidade, em alguns casos, de sua proteção, vem crescendo o âmbito de proteção pelo direito autoral no Fashion Law.³⁵

Especificamente, no que concerne à proteção pela propriedade industrial às criações ligadas ao mercado de moda, questiona-se se o tempo de duração de sua proteção é adequada à efemeridade característica desse ramo de mercado.

³² CERQUEIRA, João da Gama. Tratado de Propriedade Industrial. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.2010 apud MEDEIROS, Maria Clara de Miranda. Op. Cit.

³³ MEDEIROS, Maria Clara de Miranda. Op. Cit.

³⁴ Em vista do caráter efêmero da moda e da demanda cada vez maior pelo novo, isso acaba por repercutir na própria novidade, em vista do pouco espaço de tempo para se pensar novas criações, nesse sentido: “Por outro lado, podemos perguntar em que medida ainda existe alguma coisa nova. Dado o número de desfiles de moda a cada ano, é óbvio que há pouco tempo para desenvolver novas ideias. Pareceria mais natural criar variações em torno de modas anteriores.” Vide SVENDSEN, Lars. Op. Cit., p.32.

³⁵ LAGASSI, Veronica. Op. Cit., p.380.

Com efeito, como exposto mais acima, a duração da proteção dada ao detentor da exclusividade na produção e comercialização dos bens patenteados ou objeto de registro é por um breve período de tempo, justamente para estimular o desenvolvimento econômico e tecnológico. Por outro lado, no âmbito da moda, não é considerado tão breve assim, porquanto ela é efêmera, tão efêmera, que as coleções lançadas são por estações.³⁶

Desse modo, deve-se questionar se a burocracia inerente ao procedimento administrativo para a proteção pela propriedade industrial e o tempo de duração da proteção são adequadas a todas as criações de moda ou se deveria haver uma adequação a uma finalidade mais específica que atraíssem estilistas e designers de moda.

Isso é uma discussão que deve ser travada em âmbito legislativo, uma vez que envolve possíveis alterações na legislação atual brasileira ou, até mesmo, a criação de uma lei específica para tanto. Discussões à parte em relação a isso, cabe-nos, na proposta deste artigo, discutir como a legislação atual em nosso país pode ajudar a resolver conflitos no mercado de moda e de que forma os profissionais do direito, notadamente, os advogados, podem orientar os seus clientes em busca de uma melhor proteção às suas criações.

A fugacidade inerente às criações de moda, notadamente, àquelas em que há uma exigência maior pela mudança e pelo lançamento de novas coleções, a

³⁶ Há que ressaltar, no entanto, que a questão relativa à efemeridade presente na moda varia conforme o preço das peças e o público destinatário. Na estrutura piramidal realizada por Raustiala e Sprigman em *The piracy paradox: Innovation and intellectual property in fashion design*. *Virginia Law Review*. V. 92, n.9, p.1687-1777. Dez.2006, p.1693-1694, encontra-se no topo da pirâmide as linhas mais sazonais com um design sofisticado, diretamente ligadas à alta costura, logo abaixo encontram-se as linhas que possuem também um design refinado, também passíveis de mudanças sazonais, são as chamadas linhas pret-à-porter. Abaixo de ambas as categorias referidas acima encontra-se a “moda” melhor (“better” fashion), com preços mais moderados, e, na base da pirâmide, estão os artigos de moda comercializados pelas lojas de departamentos. Neste último caso, com menos apelo à sofisticação quanto ao design e com uma maior comercialização, não há tanta exigência por mudanças sazonais. Vide em CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Costurando um modelo de proteção da moda pelo direito de autor: os desafios e perspectivas dos direitos autorais na proteção às criações de moda*. PIDCC. Aracaju. Ano V. V.10, n.1, p.216-233.Fev.2016,p.219. E possível inferir, portanto, que o grau de sofisticação e do preço das pelas produzidas estão diretamente relacionadas à maior efemeridade e à demanda por mudanças em menor período de tempo. Disso denota-se que o tempo de proteção da Lei de Propriedade Industrial no Brasil pode não ser tão eficaz aos itens de alta costura, em vista da burocracia inerente ao procedimento de proteção junto ao INPI e o tempo considerado excessivo de tutela das criações. Todavia, também é possível afirmar que, nos tempos atuais, outro problema ligado à efemeridade da moda tem se notado nas empresas fast fashion. Tais empresas comercializam os itens de moda em uma escala de produção mais rápida e barata, lançando coleções frequentemente aos consumidores por preços mais acessíveis. Vide em OSTEGA, Azahara Martin. *Fashion Law – o Direito na moda*. Disponível em: <https://jota.info/advocacia/fashion-law-o-direito-na-moda-30102014>, acesso em: 11 Nov. 2017.

exemplo do *fast fashion* e da moda de luxo, encontra também óbice na proteção em virtude da morosidade da resolução dos conflitos em âmbito judicial, o que leva os profissionais ligados ao ramo a defenderem a utilização da arbitragem³⁷, meio alternativo para a solução de conflitos em que uma terceira pessoa, o árbitro, “julga o litígio a ele submetido e impõe às partes uma solução definitiva, tal como ocorre no processo jurisdicional”.³⁸

4. QUESTÕES JURÍDICAS ATINENTES A DIREITO E MODA

Neste presente tópico, serão expostos alguns casos concretos sobre direito de moda, no âmbito internacional e nacional, ilustrando os conflitos judiciais existentes no mercado de moda, de modo a se entender um pouco como o Fashion Law é aplicado nos Tribunais para a resolução de tais conflitos.

1º Caso – Christian Louboutin x grife Yves Saint Laurent³⁹

Após a grife Yves Saint Laurent (YSL) relançar um modelo de sapato monocrático vermelho, que comercializara nos anos 1970, o estilista Christian Louboutin ajuizou ação judicial em Nova York em face da grife YSL por entender que houve violação de sua marca atinente ao solado de sapato vermelho - “Red Sole Mark”, que registrara em 2008 junto ao USPTO – instituto norte-americano assemelhado ao INPI no Brasil – após anos de comercialização de sapatos de luxo com a cor vermelha desde 1992.

Em primeira instância, Louboutin perdeu a causa sob o fundamento de que a

³⁷ Verônica Lagassi, em seu artigo Fashion Law: Da Propriedade Intelectual ao Direito Societário, qual seria o meio ideal de resguardá-lo?, cuja referência completa se encontra na roda de rodapé n.11, enumera alguns motivos pelos quais a arbitragem é mais atrativa para a submissão de conflitos no mercado de moda se comparada ao Poder Judiciário, são eles: “cobrança inicial de apenas 50% do valor das custas, ao passo que no processo judicial o pagamento exigido é o integralidade; pressupõe prazo de duração de 180 dias – o que apesar de poder ser prorrogado ou postergado, ainda assim, reflete em maior celeridade que a do processo judicial-; na arbitragem o processo tramita em sigilo, enquanto no processo judicial poderá tramitar ou não; além disso, a sentença arbitral é irrecorrível, já o processo judicial mesmo com o atual Código de Processo Civil permite a propositura de uma diversidade de recursos; Diferentemente ao que ocorre no processo judicial, na arbitragem as partes não são intimadas para comparecerem à audiência. Elas comparecem espontaneamente e tampouco são obrigadas a constituírem advogados. Este último, que no processo judicial apenas é possível em causas de pequena monta propostas em âmbito dos Juizados Especiais de pequenas causas ou ainda, na esfera trabalhista.” LAGASSI, Verônica. Op. Cit., p.377.

³⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial esquematizado. 2.ed. São Paulo: método, 2012, p.595.

³⁹ IBAIXE JR, João; SABÓIA, Valquíria. Caso Christian Louboutin contra Yves Saint Laurent: Nascimento do Direito da Moda. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203478,91041Caso+Christian+Louboutin+contra+Yves+Saint+LaurentNascimento+do>, acesso em 13 Nov. 2017.

cor não pode ser objeto de marca no mundo da moda, determinando, inclusive, o cancelamento do registro no USPTO.

Louboutin, então, recorreu ao Juízo de Segunda Instância que reformou a sentença de primeiro grau, entendendo pela legitimidade de sua marca, mantendo o registro. A grife YSL em recurso – parecido com o recurso de embargos de declaração – garantiu o seu direito à produção e comercialização dos sapatos de solado vermelho desde que fossem monocromáticos.

Este caso é de interesse e importância para o Fashion Law. Não se pode afirmar que ele inaugurou pura e simplesmente tal ramo do direito nos EUA, uma vez que conflitos no mundo da moda sempre existiram. No entanto, ele foi responsável por dar projeção a um conflito específico no âmbito da moda pelos Tribunais, sendo determinante para a constituição do conceito de Fashion Law nos EUA.

2º Caso – Osklen – Sapatênis⁴⁰

No referido caso, as partes autoras ajuizaram ação de abstenção de uso de marca com pedido cumulado de indenização por dano moral, alegando que os sapatos comercializados pela parte ré reproduzem inteiramente o conjunto imagem-design (*trade dress*) do produto titularizado pelas partes autoras, o denominando “sapatênis” da Osklen.

Em primeiro grau, a ação foi julgada parcialmente procedente, determinando que a parte ré se absteresse da produção e comercialização dos calçados que, de fato, imitem os produtos depositados ou efetivamente registrados pela parte autora, condenando também à indenização por uso indevido da marca.

Em segundo grau, a 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro desproveu o recurso da parte ré e deu parcial provimento ao recurso das partes autoras para condenar a parte ré no pagamento de lucros cessantes decorrentes da prática de concorrência desleal ao reproduzir de forma similar e comercializar calçados que imitem o *trade dress* do sapatênis da Osklen, acarretando confusão e dúvida ao consumidor.

No Superior Tribunal de Justiça, no agravo em recurso especial interposto pela parte autora, foi reconhecida, por meio de voto monocrático, a condenação

⁴⁰ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0180932-58.2012.8.19.0001. 21ª Câmara Cível. Desemb. Rel. Lucia Helena do Passo. Desemb. Rev. Denise Levy Tredler. Data da Publicação: 04.12.2014. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>, acesso em 16 Nov. 2017.. Superior Tribunal de Justiça. AREsp. n. 734.597/ RJ. Decisão Monocrática Min. Rel. Marco Buzzi. Data de Publicação 09.12.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, acesso em: 16 Nov.2017.

em indenização por dano moral *in re ipsa* – sem necessidade de comprovar o dano - havendo contrafação ou uso indevido da marca da empresa prejudicada.

A importância deste caso refere-se ao reconhecimento de dano *in re ipsa* daquele que sofre com o uso indevido de sua marca por outra empresa, seja por meio de imitação ou falsificação. Além disso, mostra um exemplo de proteção do *trade dress*, que não goza de proteção específica na legislação de propriedade industrial, mas vem sendo reconhecida pelos Tribunais Brasileiros.

3º Caso – Village 284 x Hermès⁴¹

A empresa Village 284 ajuizou ação declaratória, perante à Justiça Estadual de São Paulo, em face da Hermès com objetivo de declarar a inexistência de relação, no tocante à referida empresa francesa, de direitos autorais e de existência de concorrência desleal quanto à produção e comercialização da “Bolsa 284” da linha “I am not the original”, em vista da notificação extrajudicial feita pela segunda empresa para suspender a produção de tal linha de produtos.

Segundo a empresa Hermès, houve usurpação da criatividade e da originalidade na produção de tais bolsas, havendo imitação da “Bolsa Birkin” que pertence a sua linha de produtos. Sustenta, como defesa e também como fundamento da reconvenção também apresentada, que é detentora dos direitos autorais sobre o produto. Por tal razão, alega que a produção e comercialização de produtos que violem os seus direitos autorais constitui prática de concorrência desleal.

Em primeiro grau, a sentença julgou improcedente o pedido declaratório formulado pela Village 284, julgando, por sua vez, procedente o pedido reconvenicional para condenar a aludida empresa na obrigação de se abster de produzir produtos que violem os direitos autorais da Hermès sobre a “Bolsa Birkin” ou qualquer linha de produtos desta empresa e a pagar indenização por danos morais e materiais a esta empresa, entendendo ter havido contrafação e prática de concorrência desleal por parte da Village 284.

Em segundo grau, a 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença, assentando o entendimento de que a proteção pela propriedade industrial não exclui a tutela pelo direito autoral, sustentando pela possibilidade da dupla proteção, desde que as criações apresentem, ao mesmo tempo, caráter estético e conotação utilitária, característica marcante nas bolsas Hermès.

⁴¹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº0187707-59.2010.8.26.0100. 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Desemb. João Omar Marçira. Data de Publicação: 17.08.2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>, acesso em: 12 Nov. 2017.

A importância desse julgado consiste no fato de que ele reconhece que um produto protegido pela propriedade industrial pode também gozar de proteção pelo direito autoral, prescindindo de registro para tanto, sob o fundamento de que as bolsas das Hermès detêm característica notoriamente estética constituindo uma verdadeira obra de arte, embora também tenham aplicação industrial, sendo de grande comercialização.

5. CONCLUSÃO

Nesse artigo objetivou-se mostrar as principais questões ligadas ao Fashion Law e a sua influência na construção de um subsistema jurídico de proteção ao mercado de moda em âmbito internacional e nacional.

Em linhas gerais, do que foi visto, é possível inferir que, no Brasil, o Fashion Law ainda está em fase de construção e desenvolvimento, constituindo, atualmente, como um subsistema de proteção para a resolução de conflitos jurídicos no âmbito da moda a partir da legislação vigente, dotado de uma feição, portanto, mais pragmática, não podendo ser considerado como um ramo do direito, tal como o direito civil e empresarial, por não ser dotado de autonomia.

A sua importância como estudo e desenvolvimento revelou-se a partir do momento em se percebeu a necessidade de se disciplinar um mercado que ganha cada vez mais notoriedade no âmbito da economia mundial e também nacional, movimentando muitas cifras de dinheiro e gerando milhares empregos, sendo fundamental para solucionar os conflitos nessa área decorrentes, principalmente, pela falta de conhecimento jurídico dos criadores e servindo, inclusive, para nortear a conduta dos empregadores para com os empregados.

Foi também explicado que o Direito da Moda no Brasil se utiliza de várias legislações de cada área do direito, desde o direito civil e empresarial, passando pelo direito constitucional e até mesmo pelo direito penal. Apesar disso, é possível afirmar que a legislação de propriedade intelectual, abrangida pela propriedade industrial e pelo direito autoral, é que fornece os meios de proteção adequados para viabilizar a tutela das criações e designs realizados no mundo da moda, justamente por constituir em ramo do direito que se destina a tutelar as criações oriundas do intelecto humano, sendo fundamental o seu estudo para os operadores do direito que desejam atuar no Fashion Law.

6. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Dênis Barbosa. *Introdução à Propriedade Intelectual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual*. V.1.1 ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0180932-58.2012.8.19.0001. 21ª Câmara Cível. Desemb. Rel. Lucia Helena do Passo. Desemb. Rev. Denise Levy Tredler. Data da Publicação: 04.12.2014. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>, acesso em 16 Nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp. n. 734.597/ RJ. Decisão Monocrática Min. Rel. Marco Buzzi. Data de Publicação 09.12.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, acesso em: 16 Nov.2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação no0187707-59.2010.8.26.0100. 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Desemb. João Omar Marçira. Data de Publicação: 17.08.2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>, acesso em: 12 Nov. 2017.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de Propriedade Industrial*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.2010.

CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>, acesso em: 05 Nov. 2017.

FERREIRA FILHO, Alberto Esteves. Ordenamento nacional já tem base legal para reprimir violações de direitos, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-05/ordenamento-base-legal-reprimir-violacoes-direitos>, acesso em: 17 Out. 2017.

GAUBERTI, Annabelle. Droit du luxe: Un Mariage Heureux. Disponível em: <https://www.village-justice.com/articles/Droit-et-secteur-luxe,12156.html>, acesso em: 05 Nov 2017.

GREENBERG, Cory. Review of Fashion Law – A Guide for Designers, Fashion Executives, and Attorneys 1 Pace. *Intell.Prop.Sports& Ent.L.F.* 71. 2011.

IBAIXE, João; SABÓIA, Valquíria. Fashion Law e o conceito de Moda. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI205054,61044Fashion+Law+e+o+conceito+de+Moda>, acesso em: 19 Out. 2017.

_____. Ainda sobre as origens da Moda. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204682,51045Ainda+sobre+as+origens+da+Moda>, acesso em: 16 Out 2017.

_____. Caso Christian Louboutin contra Yves Saint Laurent: Nascimento do Direito da Moda. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203478,91041Caso+Christian+Louboutin+contra+Yves+Saint+LaurentNascimento+do>, acesso em 13 Nov. 2017.

- LAGASSI, Verónica. Fashion Law: Da Propriedade Intelectual ao Direito Societário, qual seria o meio ideal de resguardá-lo? In: Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori; João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2017.
- LUCAS, André Rafael Monteiro; BRETAS, Hugo Ribas. Direito e Moda: As formas de registro de marcas e patentes. Letras Jurídicas. V.3. N.2. 2 Semestre 2015.
- MAIA, Livia Barbosa. A proteção da moda pela propriedade intelectual. Revista da ABPI. N.141. Mar/Abr 2016.
- MEDEIROS, Maria Clara de Miranda. As novas possibilidades jurídicas decorrentes da relação entre propriedade intelectual e direito da moda. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 20, n. 4353, 2 jun. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39668>. Acesso em: 18 out. 2017.
- OSTEGA, Azahara Martin. Fashion Law – o Direito na moda. Disponível em: <https://jota.info/advocacia/fashion-law-o-direito-na-moda-30102014>, acesso em: 11 Nov. 2017.
- PLÁCIDO, Lucila de Castro. Fashion law: a relevância jurídica da moda. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15833&revista_caderno=27, acesso em: 11 Nov. 2017.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Você sabe o que é “trade dress”? Disponível em: <https://alcramos.jusbrasil.com.br/artigos/121943290/voce-sabe-o-que-e-trade-dress>, acesso em: 11 Nov. 2017.
- _____. Direito Empresarial Esquematizado. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p.140.
- RODRIGUES, Manuela Silva. A concorrência e a cópia do design de moda no Brasil. Monografia apresentada ao final do curso de graduação da PUC-RIO no ano de 2014.
- STEELE, Valerie (Prefácio). FOGG, Marnie. Tudo sobre moda. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.
- SVENDSEN, Lars. Moda: uma filosofia. Trad. Maria Luiza X.de A.Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

AS PARTICULARIDADES NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DO NOVO PERFIL DO POLICIAL

Fernanda Barreto Alves¹ e Rafael Meireles Saldanha²

1. INTRODUÇÃO

As desigualdades sociais acentuadas ao longo de décadas, juntamente com políticas públicas ineficientes, somadas à crescente e exacerbada especulação imobiliária, na qual as camadas menos abastadas da sociedade são segregadas e forçadas ao isolamento, montam a atual conjuntura social vivida no Rio de Janeiro.

Dessa forma, ocorre a segregação social destes indivíduos que vivem nas comunidades, formando as diversas favelas existentes neste estado, não obstante abandonados já que, por vezes, o único braço do Estado a chegar nessas áreas é a Polícia.

A violência é utilizada nessas comunidades como forma de afirmação da identidade cultural destes indivíduos que buscam, por meio da força, a legitimação de poder nos locais onde ocorre o vácuo estatal. Por outro lado, o Estado, representado pelas polícias, utiliza-se também de violência por falta de preparo de seus agentes, o que acaba por fomentar a manutenção do atual paradigma social.

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.

Cumpra esclarecer que não se pretende responsabilizar o policial que é apenas a “ponta do iceberg”. Este não deve ser considerado culpado pela falta de preparo, já que é dever do Estado que seus funcionários sejam bem qualificados, tanto no momento de sua seleção quanto no decorrer de sua carreira, sobretudo quando se trata da área de segurança.

Analisando os três eixos principais de atuação do Estado - educação, saúde e segurança pública – a polícia, promotora da segurança pública, é o único eixo que, na falta de todos os mencionados, sempre quando acionada, ainda que precariamente, atende ao chamado das camadas sociais mais pobres. Deste modo, fica patente a enorme responsabilidade e sobrecarga na área de segurança pública.

Portanto, como bem observou Balestreri, a formação do operador de segurança pública deve ser tão inventiva e abrangente quanto à atual necessidade encontrada em sua atuação:

Precisamos perguntar-nos se, apesar de todas as dificuldades estruturais e conjunturais apresentadas, uma mudança em nossa estratégia formativa dos operadores não poderia trazer melhores e até surpreendentes resultados³.

Nesta esteira, o autor identifica a problemática dos policiais antigos já estarem “viciados”⁴ pela atual conjuntura, o que corrobora com a importância de bem treinar os novos policiais para que estes possam oxigenar as instituições de segurança pública.

No entanto, o curso de capacitação dos novos policiais tem, como principais educadores, policiais antigos, não exigindo desses nenhuma qualificação que não seja o próprio tempo de serviço. Observa-se ainda pouca didática e entusiasmo, ocasionando o oposto do resultado pretendido.

Dessa maneira, pretende-se com o presente trabalho dar um passo além nos estudos de capacitação de novos policiais, dando ênfase à qualificação do próprio educador de agentes de segurança, para que este seja habilitado a maximizar os benefícios na educação policial, bem como sua valorização como importante peça de atuação na ruptura do atual paradigma social.

³ BALESTRERI, Ricardo. Qualificar o processo qualificando a pessoa. 2.ed. Passo Fundo: Capec, 2002. p. 1.

⁴ Ibidem.,p. 4

2. O NOVO PERFIL: POLICIAL CIDADÃO, PEDAGOGO DA CIDADANIA

A Constituição Brasileira em seu artigo 144 confere a todos os cidadãos o direito e dever de garantir a segurança pública: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

No entanto, a problemática enfrentada pelo Estado está na busca de delimitação das fronteiras que separam a esfera pública da esfera privada da sociedade civil. Ao preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio é inevitável que Administração Pública tenha que restringir alguns dos direitos fundamentais dos cidadãos, ainda que momentaneamente. Nessa esteira a lição de Dias Neto⁵:

A noção de liberdade é definida negativamente, como ausência de impedimentos ou condicionamentos da autonomia individual por qualquer forma de poder coletivo. A doutrina liberal rompe assim com a versão estatizante do contrato social de Hobbes e postula o Estado mínimo que deve pautar a sua relação com a sociedade no princípio da mínima interferência: “O Estado é um mal necessário, mas é um mal” (Bobbio, 1984:132). É a retratação das relações públicas (entre Estado e indivíduo) e a expansão das relações privadas, a maximização da esfera das ações permitidas” e a “minimização da esfera das ações proibidas” (Bobbio, 1965:162). Libertado das amarras absolutistas, o indivíduo ultrapassa o “estágio de menoridade” para tornar-se um adulto com independência para fazer “uso público de sua razão” e assumir a responsabilidade pelo seu próprio destino (Kant [1783], 1994:55).

O referido autor bem demonstra que apesar de serem necessárias às restrições impostas aos indivíduos estas não deixam de ser um mal. Colocando em foco o sistema penal, percebe-se diversas contradições em seu discurso, sobretudo no plano das normas do “dever ser”, e a realidade vivenciada pelos cidadãos que concretizam o plano do “ser”. Essas contradições acabam por causar a descrença no poder coercitivo Estatal. Importante lição nos dá Zaffaroni⁶:

Fica clara a negação da coerência interna do discurso jurídico-penal quando se esgrimem argumento tais como: ‘assim diz a lei’, ‘o faz porque o legislador o quer’, etc. Estas expressões são frequentemente usadas

⁵ DIAS NETO, Theodomiro. Policiamento comunitário e o controle sobre a polícia: a experiência norte americana. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 19.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 17

em nossa região e implicam a confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de construção racional e, por conseguinte, legitimadora do exercício do sistema penal.

Além disso, soma-se a demora na apuração das infrações penais, que muitas vezes são arquivadas sem que se ache a autoria do delito e ainda ao modelo do próprio sistema penal que é baseado na submissão da população a regramentos que impossibilitam a resolução de conflitos de uma forma alternativa.

O perigo está na possibilidade de se criar um Estado extremamente autoritário e arbitrário em uma vã tentativa de prevenir as práticas de crimes e saciar o sentimento de insegurança que se instala com cada vez mais força na sociedade.

O Direito penal é caracterizado por ser a *ultima ratio*, ou seja, a última alternativa quando todas as outras falharem. O caminho para um Estado que busca todas as respostas unicamente neste ramo do Direito irá ocasionar uma atuação exacerbada nas liberdades individuais dos cidadãos acabando por atingir simples relações sociais cotidianas que normalmente não seriam por ele disciplinadas. Nesta esteira, bem ensina Silva Sanches⁷:

O risco que se assume com tudo isso é evidente: descontextualizada uma determinada solução de direito substantivo de seu marco processual e institucional, é bem provável que o Direito Penal global resulte em conjunto mais repressivo qualquer que seja dentre os sistemas o que haja contribuído com sua gênese.

Não se pretende questionar a importância do Direito penal para a vida em sociedade, e sim que essa expansão do uso coercitivo do Estado não é a alternativa mais acertada para prevenir os crimes. Como bem ressalta Silva Sanches⁸ “tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que se transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar”.

Entretanto, ainda que o Estado seja um mal necessário e que por vezes seja indispensável o uso de coercibilidade é imprescindível que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam sempre respeitados. Essas condutas repressivas são feitas pelos agentes públicos que devem agir sempre no estrito dever legal, respeitando o ordenamento jurídico o qual representam. Para melhor entendimento se faz necessário conceituar o poder de polícia, instrumento o

⁷ SILVA SANCHES, Jesús-María. A expansão do direito penal. São Paulo: RT, 2002. p. 78

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 162, out./dez. 1995.p. 72

qual o Estado utiliza para limitar as liberdades individuais em nome do interesse público. Cretella Junior⁹ bem define:

Poder de polícia é a causa, o fundamento; a polícia é a sua consequência. O poder de polícia é algo impotente, traduzindo in actu, pela ação policial. Poder de polícia é a faculdade discricionária da administração, de dentro da lei, limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo.

A doutrina moderna, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, afirma que o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Leciona Di Pietro que o cidadão pode exercer seus direitos, mas o Estado pode condicioná-los ao bem estar coletivo através do poder de polícia.

O poder de polícia é definido na regra do ordenamento jurídico brasileiro previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional, abaixo reproduzida:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou de autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública e ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

No entanto, o agente público responsável a utilizar o poder de polícia deve fazê-lo pautando-se nas leis vigentes e tendo como finalidade exclusivamente o interesse público. É uma contradição a desobediência estatal, através de seu agente, a utilização do poder de polícia de forma arbitrária e autoritária, pois fere o ideal do Estado democrático de Direito, ou seja, o Estado governado pelo povo e para o povo e que reconhece e respeita seu próprio ordenamento jurídico.

Nessa esteira, Celso Antônio de Bandeira Mello¹¹ alerta sobre a impropriedade

⁹ Ibidem, p. 20.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.p. 111.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 717.

da expressão “poder de polícia”, pois pode levar ao entendimento equivocado de reconhecer poderes a Administração Pública inconcebíveis ao Estado democrático de Direito:

[...] a expressão “poder de polícia” traz consigo a evolução de uma época pretérita, a do “Estado de Polícia”, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas existentes em prol do “príncipe” e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma “natural” titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato “poder de polícia”.

Daí imaginar-se algumas vezes, e de modo mais ingênuo, que tal ou qual providência - mesmo carente de supedâneo em lei que a preveja - pode ser tomada pelo Executivo por ser manifestação de “poder de polícia”

A abordagem policial - compreendida como a atividade material desempenhada pelas autoridades legalmente investidas nas funções públicas dotadas de competência para a ação preventiva e repressiva tendo como fundamento o poder de polícia – é um ato administrativo e, portanto, deve preencher os requisitos legais para sua utilização.

Contudo, como bem ressalta Cretella Junior¹², não basta a previsão legal para que se utilize o poder de polícia é necessário que o agente público seja capaz de reconhecer, no caso concreto, a real necessidade do seu emprego:

Do mesmo modo que os direitos individuais são relativos, assim também acontece com o poder de polícia que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo pôr em perigo a liberdade e a propriedade. Importando, regra geral, o poder de polícia, restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, para que não se configure o abuso do poder. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação.

A restrição de direitos e a limitação das liberdades fundamentais não violentam o princípio da legalidade, pois é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia do interesse da coletividade. A questão é como fazê-lo sem excessos. A segurança integra o rol das funções do Estado e deve ser garantida ao cidadão de maneira efetiva, porém humanizada. A

¹² Op. cit. p.199

cidadania é uma relação de direitos e deveres, portanto deve ser consolidada tanto para a sociedade como para os responsáveis de garanti-la.

A implementação da filosofia da polícia comunitária nas instituições policiais tem justamente este objetivo – valorizar os direitos humanos aperfeiçoando a atuação policial.

Não resta nenhuma dúvida que para o sucesso do sistema de segurança pública é imperioso que a relação Estado-sociedade seja a melhor possível e que haja entre eles uma troca contínua de informações com fim de melhorar o serviço público, sendo o policial o representante estatal. Dias Neto¹³ bem coloca a nova postura adota pelo policial:

[...] passa a atuar como mediador de conflitos, catalisador de recursos e articulador de políticas voltadas à afirmação de direitos fundamentais, contribuindo, assim, para o fortalecimento dos alicerces de uma sociedade civil autônoma e democrática.

Os fundamentos da polícia comunitária é a prevalência da prevenção a despeito da repressão, a introdução do ideal do policial agente da paz social, como ressalta Skolnick¹⁴:

A premissa central do policiamento comunitário é que o público deve exercer seu papel mais ativo e coordenado na obtenção de segurança. A polícia não consegue arcar sozinha com a responsabilidade, e, sozinho, nem mesmo o sistema de justiça criminal pode fazer isso. Numa expressão bastante adequada, o público deve ser visto como “co-produtor” da segurança e da ordem, juntamente com a polícia. Desse modo, o policiamento comunitário impõe uma responsabilidade nova para a polícia, ou seja, criar maneiras apropriadas de associar o público ao policiamento e à ordem.

A ideia não é somente melhorar a imagem geral das polícias, entender quais são as reais necessidades de uma comunidade local levará a uma elaboração de condutas mais eficientes, de forma a prevenir a criminalidade antes que esta ocorra, evitando a repressão policial. A repressão é perigosa não unicamente para a comunidade, mas também para o próprio policial, devendo, portanto, ser utilizada somente como último recurso.

¹³ Op. cit. p. 127.

¹⁴ SKOLNICK, Jerome H.; BAYLEY, David H. Policiamento comunitário: questões e práticas através do mundo. São Paulo: EDUSP, 2002. p :18

Bem definiu Souza¹⁵ as características da Polícia Comunitária:

A polícia se dedica a manter ou a restabelecer a segurança, sendo que suas ações são norteadas visando ao respeito a garantias fundamentais, alicerces do Estado Democrático de Direito, implantado com a Constituição Federal de 1988;

A polícia é o público e o público é a polícia: os policiais são aqueles membros integrantes da comunidade que recebem uma remuneração para destinar maior atenção às obrigações dos cidadãos;

Na relação com as demais instituições de serviço público, a polícia é apenas uma das instituições governamentais responsáveis pela qualidade de vida da comunidade. Não há supremacia das instituições policiais sobre as demais instituições;

O papel da polícia é dar um enfoque mais amplo, visando à resolução de problemas, principalmente, por meio da prevenção;

A eficácia da polícia é medida pela sensação de segurança entre os membros de uma comunidade e não pelo maior número de prisões efetuadas;

O que determina a eficácia da polícia é o apoio e a cooperação do público;

O profissionalismo policial se caracteriza pelo estreito relacionamento com a comunidade;

O policial trabalha voltado para a população de sua área, que são pessoas de bem e trabalhadoras;

O policial emprega a energia e eficiência, dentro da lei, na solução dos problemas com a marginalidade em sua área;

O policial presta contas de seu trabalho ao superior e à comunidade.

Como visto, o policial é a peça principal para a transformação social e deve ser capaz de perceber e dialogar com a sociedade, sendo o elo entre as necessidades da comunidade e as políticas públicas que serão adotadas pelo Estado. Esse novo policial: pedagogo da cidadania, essencial para a ruptura do atual paradigma social, é definida por Balestreri¹⁶:

Há assim, uma dimensão pedagógica no agir policial que, como em outras profissões de suporte público, antecede as próprias especificidades de sua especialidade.

¹⁵ SOUZA, Elenice. Avaliação do policiamento comunitário em Belo Horizonte. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – UFMG, 2001. p. 8

¹⁶ BALESTRERI, Ricardo. Direitos Humanos: Coisa de Polícia. Passo Fundo: Capec, 1998, p. 2.

Os paradigmas contemporâneos na área da educação nos obrigam a repensar o agente educacional de forma mais incluyente. No passado, esse papel estava reservado unicamente aos pais, professores e especialistas em educação. Hoje é preciso incluir com primazia no rol pedagógico também outras profissões irrecusavelmente formadoras de opinião: médicos, advogados, jornalistas e policiais, por exemplo.

O policial, assim, à luz desses paradigmas educacionais mais abrangentes, é um pleno e legítimo educador. Essa dimensão é inabdicável e reveste de profunda nobreza a função policial, quando conscientemente explicitada através de comportamentos e atitudes.

Entretanto, a transformação do agente de segurança pública não acontece naturalmente, é necessário capacitá-los para desempenharem essas novas atribuições. Esse ponto é dividido em dois momentos distintos, a capacitação de novos policiais que estão ingressando neste momento na corporação e os policiais já antigos que precisam de cursos de reciclagem e aperfeiçoamento.

De fato, a oxigenação da corporação com novos policiais que ainda não estão “viciados” com a rotina de trabalho, ou melhor, policiais que ainda não foram traumatizados de alguma forma por experiências negativas dentro da corporação é de suma importância, pois contribui muito para a mutação dos antigos agentes ao novo perfil exigido de policial.

Em igual importância devem-se trazer de volta às academias os policiais antigos. Primeiro porque a atividade policial necessita de constante treinamento já que quando usado como instrumento de repressão pode ser, ainda que no estrito cumprimento do dever legal, letal. Segundo, para capacitá-los a exercer as novas atribuições necessárias ao policial. Balestreri¹⁷ ressalta a importância das Academias:

A superação desses desvios poderia dar-se, ao menos em parte, pelo estabelecimento de um “núcleo comum”, de conteúdos e metodologias na formação de ambas as polícias, que privilegiasse a formação do juízo moral, as ciências humanísticas e a tecnologia como contraponto de eficácia à incompetência da força bruta.

Aqui deve-se ressaltar a importância das academias de Polícia Civil, das escolas formativas de oficiais e soldados e dos institutos superiores de ensino e pesquisa, como bases para a construção da Polícia Cidadã. Seja através de suas intervenções junto aos policiais ingressantes, seja

¹⁷ Op. cit. p.7.

na qualificação daqueles que se encontram há mais tempo na ativa. Um bom currículo e professores habilitados não apenas nos conhecimentos técnicos, mas igualmente nas artes didáticas e no relacionamento interpessoal, são fundamentais para a geração de policiais que atuem com base na lei e na ordem hierárquica, mas também na autonomia moral e intelectual. Do policial contemporâneo, mesmo o de mais simples escalão, se exigirá, cada vez mais, discernimento de valores éticos e condução rápida de processos de raciocínios na tomada de decisões.

Percebe-se a importância das Academias Policiais para o sucesso das políticas públicas na área de segurança. O treinamento, o aprendizado, e o compartilhamento das experiências, se tornam essenciais se é pretendida uma genuína transformação.

O treinamento do agente de segurança é uma tarefa complexa e diversificada tanto quanto são complexas as habilidades e discernimento exigidos para a solução de conflitos nos casos concretos do dia-a-dia policial.

Essa formação deve ser realizada de forma a propiciar que os agentes sejam capazes de cumprir seu papel como policial pedagogo da cidadania, e além, entendendo o porquê desse aprendizado e sua enorme importância para as mudanças que estão por vir.

Não se pode permitir a constante visão da subcultura policial em que existe um “inimigo” a ser derrotado. Primeiro, porque o inimigo leva ao entendimento que a sociedade estaria em guerra, outra nomenclatura totalmente equivocada. O suposto inimigo nada mais é do que o reflexo dos nossos defeitos como cidadãos, falhando sistematicamente na tentativa de viver em sociedade.

A repressão, necessária para o estabelecimento da ordem em determinados casos, deve ser utilizada somente com alternativa planejada, consciente, cirúrgica, sempre respeitando os direitos fundamentais e com a única finalidade de atender o interesse público.

Portanto, as Academias devem estar aptas a capacitar os agentes seguindo uma orientação pautada na ética, estudando também a sociedade e seus problemas, com a finalidade de torná-los sensíveis às dificuldades enfrentadas por aqueles que ficam, literalmente, colocados à margem da sociedade.

O problema estava na ausência de políticas preocupadas com a formação do agente de segurança, e do aperfeiçoamento daqueles que já fazem parte das

corporações policiais. Deve-se educar os novos policiais de forma a habilitá-los a atuação policial adaptada a nova função do policial (o policial cidadão), como também capaz de propiciar que esta atuação policial seja especializada na medida das necessidades da comunidade.

Surge a necessidade de propostas inovadoras, modelos de formação e aperfeiçoamento que englobem todos os conceitos de policiamento comunitário, demonstrando ao policial sua importância dentro da sociedade, valorizando sua imagem de símbolo da lei e da ordem, que defende o ordenamento jurídico vigente, o verdadeiro homem da lei. E ainda sua faceta pedagógica que dialoga e ensina a sociedade, o policial cidadão.

3. CONCLUSÃO

Apesar de a repressão ser um dos instrumentos necessário à preservação da ordem social, este não deve ser considerado o único meio de combater a criminalidade, devendo-se dar preferência à prevenção.

O policial no contexto atual das políticas na área de segurança passa a ser a peça chave para o sucesso deste programa. Este profissional é o representante direto do Estado, sendo o símbolo da própria Lei. Esta característica inerente ao cargo que ocupa qualifica-o como cidadão diferenciado que pode interagir com a sociedade de forma a não só garantir a segurança como ser também ser o promotor dos Direitos Humanos.

No entanto, para que isto seja possível, é indispensável à capacitação dos agentes de segurança pública, inserindo no aprendizado policial o ideal motriz das políticas públicas contemporâneas.

Observa-se então, que o treinamento policial deve possuir particularidades da mesma forma como são diferenciadas a atuação deste profissional. Busca-se então, o diálogo, resgatando a humanidade do policial para assim valorizá-lo.

A questão central é reconhecer as subjetividades na abordagem policial como de grande valia para a construção do processo de aprendizagem. Este processo deve ser tão inventivo quanto são complexas as relações sociais, área de atuação dos operadores de segurança.

Resta claro, então, a fundamental participação dos educadores na formação policial. O objetivo deste profissional é instigar os agentes de segurança a se descobrirem, promover o debate das experiências adquiridas no dia-a-dia policial e assim construir o próprio processo de aprendizagem.

Para tanto é imprescindível que o poder público agencie a valorização dos educadores. O Estado não pode omitir-se na seleção e formação daqueles que formam outros profissionais.

4. BIBLIOGRAFIA

BALESTRERI, Ricardo. Qualificar o processo qualificando a pessoa. 2.ed. Passo Fundo: Capec, 2002.

_____. Direitos Humanos: Coisa de Polícia. Passo Fundo: Capec, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 162, out./dez. 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS NETO, Theodomiro. Policiamento comunitário e o controle sobre a polícia: a experiência norte americana. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA SANCHES, Jesús-María. A expansão do direito penal. São Paulo: RT, 2002.

SKOLNICK, Jerome H.; BAYLEY, David H. Policiamento comunitário: questões e práticas através do mundo. São Paulo: EDUSP, 2002.

SOUZA, Elenice. Avaliação do policiamento comunitário em Belo Horizonte. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – UFMG, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

O GNÔTHI SEAUTÓN APÓS O PRAGMATISMO E A DIFICULDADE DE ENXERGAR O OUTRO. O RESGATE DO DIÁLOGO COMO REQUISITO PARA A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO SOCIAL ¹

Flávia Martins Affonso²

Resumo: Vivemos em uma sociedade em que o outro e os deveres para com o outro deixam de ter importância no dia-à-dia do indivíduo, com implicações na organização social e na forma inclusive de enxergar o Direito. Passamos por tempos de exacerbação dos direitos subjetivos e esquecimento dos deveres correlatos. Contudo, não foi sempre assim. Na Grécia antiga, o homem tinha que ser lembrado do *gnôthi seautón* (“o conheça-te a ti mesmo”). O fato é que a ausência do enxergar o outro e do consequente diálogo social vem produzindo consequências negativas no que afeta e atinge os direitos, e a própria solução jurídica dada pelo Judiciário.

Palavras-chaves: O *gnôthi seautón*. Pragmatismo. O apagar da figura do outro. Direitos coletivos. O resgate do diálogo.

THE GNÔTHI SEAUTÓN AFTER THE PRAGMATISM AND THE DIFFICULTY TO SEE THE OTHER ONE. THE RESCUE OF DIALOGUE AS A REQUIREMENT FOR THE MAINTENANCE OF SOCIAL BALANCE

Abstract: We live in a society in which the other and the duties towards the other are of no importance in the daily life of the individual, with implications for social organization and the way of seeing the Law. We live in times of exacerbation of subjective rights and forgetfulness of related duties. However, it has not always been so. In ancient Greece,

¹ O presente artigo é o trabalho final da disciplina “Epistemologia e Justiça Administrativa”, coordenada pelo Prof. Dr. Gilvan Hansen, do Doutorado em Justiça Administrativa, no segundo semestre de 2016.

² Advogada da União. Doutoranda em Justiça Administrativa na Universidade Federal Fluminense- UFF.

man had to be reminded of the *gnôthi seautón* ("know thyself"). The fact is that the absence of seeing the other and the consequent social dialogue has produced negative consequences in what affects and reaches the collective rights, and the legal solution given by the Judiciary.

Keywords: The *gnôthi seautón*. Pragmatism. The erase of the figure of the other. Collective rights. The rescue of the dialogue.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade onde os indivíduos precisam ser lembrados constantemente da presença do outro, seja por um mal estacionar do carro, seja mesmo ao esquecer que atrelado a seu direito subjetivo sempre existem deveres correlatos. Desde o som acima do limite do razoável, até a exigência ao Estado de fornecimento de medicamentos excepcionais, em detrimento do fornecimento básico, ou exacerbação dos direitos subjetivos sem o pensamento de deveres correspondentes.

Tal comportamento dificulta inclusive a existência de diálogo entre os indivíduos, e de uma forma maior, entre os órgãos, ou mesmo entre os poderes, na busca de uma melhor solução para as demandas sociais.

O "eu" se encontra exacerbado e oculta o "outro".

Todavia, nem sempre foi assim. Na Grécia antiga, Sócrates apresentava-se como aquele que tinha por função incitar os outros a se ocuparem consigo mesmos, pelos preceitos "*gnôthi seautón*" ("conheça-te a ti mesmo") e *epiméleia heautoû* ("cuidado de si mesmo").

A pergunta que deve ser feita é o que poderia ter influenciado essa mudança, bem como as repercussões advindas dela.

O artigo defenderá que o pragmatismo com a crença na liberdade e na força de personalidade, com a busca esperançosa de autorrealização na comunidade pode ter aberto espaço para o esquecimento do outro, apesar de trazer efeitos benéficos da autorrealização.

O equilíbrio deve ser perseguido, entre o individual (homem em sua essência) e o coletivo (relações sociais). De nada adianta uma sociedade que funcione

harmonicamente com homens subjugados em seu pensamento e gostos. Ao mesmo tempo, infrutífera a garantia dessa liberdade, se o retorno que temos da sociedade é de atitudes desrespeitadoras e que nos causem pânico, a volta do *"homo homini lúpus- homem é o lobo do homem"*³.

2. O GNÔTHI SEAUTÓN (CONHEÇA-TE A TI MESMO)

O preceito *"gnôthi seautón"*, como todo preceito délfico, em sua origem, endereçava-se aos que vinham consultar o deus e devia ser lido como uma espécie de regra, recomendação ritual em relação ao próprio ato de consulta. Significava *"no momento em que vens colocar questões ao oráculo, examine bem as questões que tens a colocar, que queres colocar; e, posto que debes reduzir ao máximo o número delas e não as colocar em demasia, cuida de ver em ti mesmo o que tens precisão de saber"*⁴.

Percebe-se o seu surgimento como uma forma limitadora do homem.

Quando aparece na filosofia, está atrelada ao personagem de Sócrates, especialmente no que diz respeito ao princípio do *epimeloû heautoû* ("cuida de ti mesmo"). A regra geral é no sentido de que é preciso que te ocupes contigo mesmo, que não te esqueças de ti mesmo, que tenhas cuidados contigo mesmo. Usava a expressão na crítica de que as pessoas se ocupavam a adquirir o máximo de riqueza, fama e honrarias e não se importavam e nem cogitavam da razão, da verdade e de melhorar a alma. Sócrates entende, porém, que a sua tarefa de incitar os outros a se ocuparem consigo mesmo lhe foi confiada pelos deuses, e na medida em que os deuses se ocupam com os atenienses, enviaram a eles Sócrates.

Verifica-se que o "cuidado consigo mesmo" estava ainda atrelado a uma ideia do outro, de religioso. A missão de Sócrates, para com o Atenisense, tinha sido confiada por Deus.

Sócrates somente ouviu Deus para dirigir a palavra a Alcebiades quando se volta para o governo dos outros, alguém que teria a tarefa de transformar o privilégio de *status*, a primazia estatutária em governo dos outros. Alcebiades

³ Criada por Plauto (254-184- a.C) e popularizada por Thomaz Hobbes, século XVII, em *Leviatã*.

⁴ As referências sobre o preceito "gnôthi seautón" foram extraídas de FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito: curso dado no Collège de France (1981-1982)*. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, tradução Márcio Alves da Fonseca.

tinha em mente mais do que a vontade de tirar proveito, ao longo da vida, de suas relações, de sua família, de sua riqueza. Ocupar-se com o próprio Alcebiades significa ocupar-se não com o seu corpo, mas com sua alma.

Temos o paradoxo de que o preceito do “cuidado de si” que, para nós, tem conotação de egoísmo, durante tantos séculos foi um princípio positivo matricial relativamente a morais extremamente rigorosas. Essas regras austeras foram por nós reaclimatadas, transferidas para o contexto de uma regra geral do não egoísmo, seja sob a forma cristã de uma obrigação de renunciar-se a si, seja sob a forma moderna de uma obrigação para com os outros.

Na Grécia, o “cuidar-se de si” estaria atrelado a missão divina com a *polis*.

No século XVII, foi colocada a questão da relação entre as condições de espiritualidade e o problema do percurso e do método para se chegar à verdade, na questão – “Que condição devo lhe impor para poder ter acesso à verdade, e em que medida esse acesso à verdade me concederá o que busco, isto é, o soberano bem”? O ato de conhecimento permanece ainda ligado às exigências da espiritualidade.

A fórmula do *gnôthi seautón* foi requalificada, porém, no momento cartesiano, que instaurou a evidência no ponto de partida do procedimento filosófico; o “conhecimento de si” como forma de consciência. Mas se o procedimento cartesiano requalificou o preceito, ao mesmo tempo contribuiu para desqualificar o princípio do “cuidado de si” e excluí-lo do campo do pensamento filosófico moderno.

Na Idade Moderna, o acesso à verdade tão somente se dá pelo conhecimento, e não mais concernente à espiritualidade.

3. A MODERNIDADE

Na Modernidade, conforme ensinamentos de Gilvan Luiz Hansen⁵, a autonomia da razão é fundamental para o conhecimento e para a existência, pois somente a razão despojada de pressupostos e livre de amarras sócio-culturais pode colocar tudo sob discussão, de sorte a não aceitar coisa alguma como verdadeira sem antes dissecá-la nos mínimos detalhes.

⁵ HANSEN, Gilvan Luiz. Modernidade, utopia e trabalho. Londrina: CEFIL, 1999, p. 45.

Existe na razão moderna uma necessidade de autonomia, um rompante de subjetividade. O racionalismo de René Decartes enfatiza o caráter subjetivo que começa a determinar o tom das reflexões subsequentes⁶.

Antes, porém, Bacon já havia inaugurado uma nova fase, da era da razão formal, não mais atrelada ao jugo de entidades supra-sensíveis, uma vez que a natureza possui uma regularidade, a qual deve ser conhecida pela experiência e respeitada, a fim de que o ser humano possa vir a dominá-la⁷.

A opção cartesiana elege o duvidar como ato de consciência a servir de base metodológica para a sua própria reflexão. Como consequência, restitui o *status* da subjetividade como instância de fundamentação do conhecimento e criadora de significações.

Hume, já mais a diante, em 1748, causa maior abalo ao princípio da metafísica, ao pôr em dúvida o princípio da causalidade, ao afirmar que toda a experiência é sempre particular. A obra de Hume trará uma decisiva contribuição para a concepção de uma razão formal e autônoma, não mais submetida à metafísica⁸.

Seguindo os passos de Hume, Kant⁹ afirma que todo o conhecimento começa na experiência, o que não quer dizer que se origine da experiência. Kant argumentará que conhecimento é sempre conhecimento através de conceitos, e que a estes necessariamente corresponde uma intuição sensível e uma referência advinda de experiência.

Começa Kant a criticar o uso da racionalidade das ciências naturais para as ciências humanas, buscando por, por um conhecimento estético, um universalismo no entendimento do humano.

Por sua vez, para Hegel, o “Ser”, inicialmente vazio de significações, assume gradativamente determinações e, a partir destas, adquire consciência de suas reais potencialidades; é a dialética hegeliana. O Ser apresenta duplo sentido em seu movimento; um interno, na forma de movimento lógico, e um externo, que se dá enquanto história. Graças à noção de movimento dialético interno e externo que o acesso progressivo à verdade torna-se viável em Hegel. Para o filósofo, a liberdade era decisiva¹⁰.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morijão. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁰ Ibidem.

Percebe-se, porém, em sua obra, uma preocupação com o social e econômico, ao apontar que a sociedade burguesa proporciona o espetáculo tanto do excesso como da miséria e da ruína física e ética de ambos¹¹, o que veio influenciar a obra de Marx.

4. A VIRADA DO SÉCULO XX, CIÊNCIAS EXATAS E O PRAGMATISMO

No final do século XIX, buscou-se um resgate às ideias de Kant, por terem percebido os contemporâneos que passara a época da confiança da filosofia na força da razão e das grandes interpretações históricas. A crítica kantiana da razão mostrara que a atividade cognitiva do homem é uma forma do mundo. Nesse sentido, influencia Kant o pragmatismo ao afirmar que, se por um lado, toda experiência sem a forma de um conceito é cega, o conceito sem o conteúdo da experiência é vazio.

O pragmatismo surgiu no final do século XIX e início do século XX, tendo por fundador Charles Pierce e como criador do nome William James. O termo grego *pragma* significa ação. Peirce associa o pensamento a uma regra de ação, ele equipara o objeto como a soma de seus efeitos¹².

Por sua vez, William James sustenta que o que está em jogo é captar adequadamente a multiplicidade e a concretude do mundo real em seu curso¹³.

Existe em ambos uma forte crença na liberdade e na força da personalidade, na busca de auto-realização da sociedade.

Assim, se pudéssemos resgatar o preceito de *gnôthi seautón*, estaria atrelado a uma realização pessoal, com ênfase na liberdade e na força da personalidade. O homem dissociado do coletivo.

O pragmatismo toma a ação criativa do homem como ponto de partida para suas reflexões. Verifica-se de muito que não é mais a sociedade. Para os pragmatistas, uma crença deve ser julgada verdadeira na medida em que as consequências práticas da adoção dessa crença sejam boas¹⁴.

¹¹ HELFERICH, Christoph. História da filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2006, trad. Luiz Sérgio Repa, p. 281.

¹² DE WAAKS, Cornelis. Sobre o pragmatismo. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

¹³ Ibidem

¹⁴ RUSSELL, Bertrand. Philosophical Essays. London: Longmans, Green, and Co., 1910.

O homem individual, o indivíduo, é um ser ainda não social. O homem que transcende o seu particularismo, o ator ou agente jurídico, é uma Pessoa. *Persona* é o nome da máscara usada pelos atores no teatro grego. O homem, nessa relação com o mundo, pode se colocar em uma posição de uma divindade que o anule, que o amesquinhe, temos nesse caso a teoria teocêntrica. Pode-se assumir como rei do universo, numa visão antropocêntrica, de tudo dever girar a sua volta, em uma postura egoísta, o que acaba fazer exercitar o particularismo.¹⁵

O pragmatismo acaba tendendo para esse último ponto, da exacerbação do indivíduo, ao tornar o homem e não a sociedade como ponto de partida para as suas reflexões e apostar em uma crença como verdadeira a partir de seus resultados.

Com isso, se oculta também a força do amor da massa a um líder, seja Deus, Cristo, a santa, a pátria, ou qualquer outro símbolo ou valor, capaz de suplantar os narcisismos individuais e o ódio constitutivo que nos separa uns dos outros¹⁶. Cuida-se da psicologia teórica da massa, desenvolvida por Freud, mas criada por Le Bon. Freud afirma que se os indivíduos na massa estão ligados numa unidade, decerto tem de haver algo que os ligue, e esse aglutinante poderia ser precisamente aquilo que é característico da massa¹⁷.

Apesar de em uma massa psicológica poder surgir o problema de o ser humano perder a sua inteira personalidade consciente agindo como um ser hipnotizado, com a orientação dos pensamentos e sentimentos na mesma direção por meio da sugestão e do contágio e tendência à execução imediata das ideias sugeridas¹⁸, igualmente o apagar da figura do “outro”, integrante das massas, pode ter reflexos sociais perversos à organização da sociedade.

Uma das consequências que podemos apontar é o surgimento da doença do pânico, segundo Freud, fenômeno que ocorre quando uma dessas massas se desagrega, pois cada um deve cuidar de si, sem consideração pelo outro, cessando as ligações afetivas que até então minimizavam o perigo para ele¹⁹.

Não é sem razão que a Síndrome do Pânico tem sido qualificada como mal do século XXI, conforme inúmeras reportagens²⁰.

¹⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 255/256.

¹⁶ FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu*. Tradutor Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 28. Trecho do prefácio de Edson Sousa.

¹⁷ *Ibidem*, p. 41.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 46/47.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 83/86.

²⁰ <http://descompliquecp.blogspot.com.br/2011/06/sindrome-panico-seculo-xxi.html>, acesso em 20 de maio

O pai da horda primordial era livre, seus atos intelectuais eram fortes e independentes mesmo no isolamento, e sua vontade não precisava da confirmação do outro. Era pouco ligado libidinosamente; ele não amava ninguém exceto a si mesmo e amava os outros apenas na medida em que serviam as suas necessidades²¹.

Enquanto na reunião dos indivíduos da massa, por um efeito negativo, todas as inibições individuais são anuladas e instintos cruéis são despertados, as massas também são capazes de atos elevados de renúncia, altruísmo e dedicação a um ideal.

5. ANÁLISE DO HOMEM EMANCIPADO

O indivíduo não é um corpo isolado, mas sim relacionado a coletivos afetivos, como a família e a comunidade.

À pessoa livre, permite-se a racionalidade, mas reduz-se entre elas o liame do amor, base da solidariedade.

A emancipação e sua liberdade como condição para sua autorrealização deve ser uma busca, porém não isolada. Como forma de garantir o bem social e por último da própria pessoa, mecanismos de diálogo devem ser estimulados e mantidos como forma de permitir o equilíbrio social e o bem-comum.

Nesse sentido, deve-se visar o equilíbrio entre o indivíduo, como ser emancipado, e regras de uma sociedade justa e solidária.

Percebe-se em Kant, apesar de ter influenciado o pragmatismo, a preocupação com o outro, tendo por princípio básico da ética o respeito à autonomia do outro, e o “conhecimento moral comum”, que identifica o conceito de dever. Também aponta como o objetivo geral o de “buscar e estabelecer o princípio supremo da moralidade”, sustentada pela consciência da espontaneidade da razão. Pertencendo a um mundo inteligível, a vontade de um ser racional terá por isso mesmo a qualidade que tem que ter para que o princípio moral prescreva a ela algo que ela seja capaz de querer²².

de 2017, às 22 h 17 m, <http://somostodosum.ig.com.br/clube/artigos/autoconhecimento/eft-combatendo-um-grande-mal-do-seculo-a-sindrome-de-panico--41372.html>, acesso em 20 de maio de 2017, às 22 h 18 m, <http://abp.org.br/portal/clippingsis/exibClipping/?clipping=3343>, acesso em 20 de maio de 2017, às 22 h 19 m.

²¹ Ibidem, p. 132.

²² KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Trad. nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

Percebemos a influência de Kant tanto em Gadamer quanto Habermas, no sentido de busca do conceito ético e moral que deve guiar a sociedade e que igualmente inclui o outro no contexto da análise. Ambos estabelecem as manifestações linguísticas como critério para a análise do saber.

A linguagem não é de um ser isolado, mas convenções sociais cristalizadas.

Gadamer²³, com base na fenomenologia e inspirado nas lições de Heidegger, aposta na elevação da historicidade da compreensão como um princípio hermenêutico e na pré-compreensão do homem da análise do outro a partir de seu lugar, na capacidade de ouvir e na aposta da tradição.

Como afirma o filósofo²⁴:

...compreender significa, de princípio, entender-se uns com os outros. Compreensão é, de princípio, entendimento. Assim os homens se entendem entre si, na maioria das vezes imediatamente, isto é, vão se pondo de acordo até chegar a um entendimento. Acordo é sempre, portanto, acordo sobre algo. Já a linguagem mostra que o que o "sobre quê" e o "em quê" não são apenas um objeto qualquer do discurso, do qual a compreensão mútua pudesse prescindir ao buscar seu caminho, mas são, antes, caminho e meta do próprio compreender-se.

Por sua vez, para Habermas²⁵, a pretensão de validade revelada na linguagem e na ação coloca os intérpretes à mercê da avaliação da coletividade. Em Habermas, qualquer que seja a manifestação ou emissão, para que seja racional deve poder ser submetida à crítica. Habermas percebe que o desenvolvimento cognitivo humano envolve a atividade construtiva de uma subjetividade que se lança ao conhecimento do mundo objetivo, mas ganha vigor pelo relacionamento intersubjetivo, a partir do qual o discurso sobre o mundo objetivo adquire pretensões de verdade, a convivência social passa a gerar suas normas prático-morais e a subjetividade é respeitada no que tange à expressividade.

Assim, percebemos de uma concepção egocêntrica passamos para uma concepção ampla, o que de fato inclui a presença do outro no discurso, assim como a própria.

²³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método- Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Paulo Meurer. Rev. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

²⁴ Ibidem, p. 282.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

Nesse sentido, verifica-se o agir comunicativo como solução, pois ao “cuidar-se de si”, e procurar o melhor para si o indivíduo terá que dialogar com o outro para fins de comprovação de sua verdade, e por grande parte das vezes, poderá ser convencido do contrário, ou de que outra postura deve ser adotada como benefício social.

O outro não é apagado, mas chamado à cena, o que pode contribuir para uma sociedade menos individualista, uma vez que a participação do maior número de pessoas legitima a decisão a ser tomada.

Aprende-se, nesse sentido, a criar uma maior solidariedade das pessoas, que sofrerão menos com o individualismo.

Ao mesmo tempo, as mesmas deverão se conhecer e afirmar-se livre para verdadeiramente sustentar as suas convicções.

Habermas vem defender que, no agir comunicativo, parte-se da ideia de que todos os participantes são atores capazes de se justificarem. Assim, convincente seria o que poderia ser aceito como racional. A aceitabilidade racional dependeria de um procedimento que não protege “nossos” argumentos contra ninguém nem contra nada. O processo de argumentação como tal deve permanecer aberto para todas as objeções relevantes e para todos os aperfeiçoamentos das circunstâncias epistêmicas.

Ademais, de grande relevo o fato de que indivíduos não reflexivos e dotados de pouco conhecimento sobre si próprios não conseguem efetivamente estabelecer um diálogo.

Assim, é impossível se falar em agir comunicativo sem termos seres verdadeiramente emancipados, sob consequência de estarmos diante de uma fraude democrática.

O “*gnôthi seautón*” (“conheça-te a ti mesmo”) é novamente chamado à cena, como condição básica para o debate, e atrelado a *epiméleia heautoû* (“cuidado de si mesmo”), por ser o fim último particular do diálogo.

“Eu” debato porque me conheço e assim opero em respeito a um cuidado comigo mesmo, para provar que o meu pensamento, o “eu” como sujeito emancipado, é melhor do que o “outro”. O “eu” e o “outro” em status de equilíbrio.

6. CONCLUSÃO

Enquanto na Grécia antiga, o homem devia ser lembrado do “cuidar-se de si” e mesmo assim estando atrelado ao seu papel na *polis*, com a Idade Moderna e o racionalismo, a autonomia da razão levou ao homem uma subjetividade, que o livra das amarras sociais.

O preceito do *gnôthi seautón* (conheça-te a ti mesmo) e o princípio do do *epimeloû heautoû* (“cuida de ti mesmo”) estavam atrelados a ideia da missão na polis, o dever-se conhecer estava ligado umbilicalmente a missão confiada por Deus.

No momento cartesiano, a fórmula do *gnôthi seautón* foi requalificada, “o conhecimento de si” como forma de consciência, e ao mesmo tempo afastada, pois o acesso à verdade se daria tão só com base no conhecimento.

Na modernidade, a autonomia da razão é fundamento para o conhecimento e para a existência, pois somente a razão despojada de pressupostos e livre de amarras sócio-culturais pode colocar tudo sob discussão, de sorte a não aceitar coisa alguma como verdadeira sem antes dissecá-la nos mínimos detalhes.

Começa Kant a criticar o uso da racionalidade das ciências naturais para as ciências humanas, buscando, por um conhecimento estético, um universalismo no entendimento do humano.

No final do século XIX e início do século XX, Kant, ao afirmar que, se por um lado, toda experiência sem a forma de um conceito é cega, o conceito sem o conteúdo da experiência é vazio, acaba por influenciar a forma de pensar conhecida como pragmatismo, de grande força nos Estados Unidos.

O pragmatismo toma a ação criativa do homem como ponto de partida para suas reflexões. Verifica-se de muito que não é mais a sociedade. Para os pragmatistas, uma crença deve ser julgada verdadeira na medida em que as consequências práticas da adoção dessa crença sejam boas.

A pessoa acaba adotando a postura de rei do universo, se destacando da massa e do amor que liga os indivíduos na massa.

Como ponto positivo, temos a emancipação do indivíduo, como ponto negativo o crescimento da doença do pânico e o esquecimento do outro e, por consequência, dos seus deveres para com a sociedade.

A emancipação e a liberdade como condição para a auto-realização devem ser realidade, mas, ao mesmo tempo, e de forma equilibrada, o outro deve ser chamado à cena como forma de harmonia e correto regramento social. O “eu” e o “outro” devem estar no mesmo status.

A forma que mais parece alcançar esses objetivos é do agir comunicativo, pois ao “cuidar-se de si”, e procurar o melhor para si o indivíduo terá que dialogar com o outro para fins de comprovação de sua verdade, e por grande parte das vezes, poderá ser convencido do contrário, ou de que outra postura deve ser adotada como benefício social.

O “*gnôthi seautón*” (“conheça-te a ti mesmo”) é novamente chamado à cena, como condição básica para o debate, e atrelado a *epiméleia heautoû* (“cuidado de si mesmo”), pois o que leva o indivíduo a se movimentar é esse último princípio.

É impossível se falar em agir comunicativo sem termos seres verdadeiramente emancipados, sob consequência de estarmos diante de uma fraude democrática.

No debate, inclusive, posso ser convencido do contrário em benefício do bem-comum, quando o “eu”, voluntariamente, resolve dar lugar ao “outro”.

7. REFERÊNCIAS

- CUNHA, Paulo Ferreira da. Filosofia do Direito. Coimbra: Almedina, 2006.
- DE WAAKS, Cornelis. Sobre o pragmatismo. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- FOUCAULT, Michel. A hermenêutica do sujeito: curso dado no Collège de France (1981-1982). 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, tradução Márcio Alves da Fonseca.
- FREUD, Sigmund. Psicologia das massas e análise do eu. Tradutor Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 28. Trecho do prefácio de Edson Sousa.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método- Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Paulo Meurer. Rev. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Trad. nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HANSEN, Gilvan Luiz. Modernidade, utopia e trabalho. Londrina: CEFIL, 1999.
- HELFERICH, Christoph. História da filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2006, trad. Luiz Sérgio Repa
- RUSSELL, Bertrand. Philosophical Essays. London: Longmans, Green, and Co., 1910.

O CONTRATO DE IMPACTO SOCIAL (CIS) E A MODELAGEM JURÍDICA PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO: UMA INOVAÇÃO NA FORMA DE FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

*Gustavo Madureira Fonseca¹, Juliana F. Barbeito de Vasconcellos²
e Thiago Cardoso Araújo³*

Resumo: Este artigo analisa os contratos de impacto social, apresentando sua estrutura, atores envolvidos, histórico da experiência internacional e brasileira, benefícios e desafios em sua utilização e modelagens jurídicas possíveis. Ao longo do estudo, comprovou-se a existência de arcabouço jurídico suficiente para a implementação de um CIS. Assim, partindo-se da metáfora do direito administrativo como caixa de ferramentas, verificou-se que já existem as regras jurídicas necessárias para a aplicação do contrato de impacto social.

Palavras-chave: Contrato de impacto social (CIS), políticas públicas, inovação, modelagem jurídica.

Abstract: This article analyzes the social impact bonds presenting its structure, actors involved, international history and Brazilian experience, benefits and challenges in its use and possible legal structure. Throughout the study, it was verified the existence of sufficient legal framework for the implementation of a SIB. Thus, starting from the metaphor of administrative law as a toolbox, it has been found that the legal rules necessary for the application of the social impact bond already exist.

Keywords: Social Impact Bond (SIB), public policies, innovation, legal structure.

¹ Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado da Agência de Fomento do Estado do Rio de Janeiro.

² Pós-graduanda em Direito e Planejamento Tributário pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada da Agência de Fomento do Estado do Rio de Janeiro.

³ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Ronald Cohen, presidente do *Global Social Impact Investment Steering Group*⁴, Grupo de Trabalho de Investimento de Impacto Social estabelecido pelo G8, ao estudar as transformações sofridas pelo capitalismo, deparou-se com um dilema: muito embora tivesse sido bem sucedido em desenvolver formas de atrair desenvolvimento para empreendimentos que associavam risco à promessa de um retorno financeiro, falhou ao não encontrar mecanismos capazes de angariar capital para aqueles que desejam ajudar os outros⁵.

O contrato de impacto social (CIS), nome que vem sendo usado para traduzir a expressão *social impact bond (SIB)*, surge como mais uma tentativa de superação deste dilema, buscando financiar intervenções sociais ao redor do mundo, por meio de modelagem inovadora que introduz a noção de “pagamento por resultado”, transferindo o risco de insucesso da execução de políticas públicas aos investidores privados.

ADIB e SCHIEFLER (2016) definem o contrato de impacto social como o vínculo jurídico por meio do qual o Estado, o terceiro setor (de presença opcional) e a iniciativa privada dividem, cada qual em suas esferas, um complexo conjunto de direitos e obrigações e tem por finalidade principal a consecução de uma política pública determinada com o intuito de gerar ganhos sociais mensuráveis. Uma vez atingidas metas preestabelecidas, possibilita-se, via Estado ou terceiros, retorno financeiro aos investidores privados. Percebe-se, assim, que, diferentemente dos modelos tradicionais de execução de políticas públicas, o risco de insucesso da intervenção social é transferido do Estado para o agente privado que, uma vez não alcançado o alvo, perderá (em favor da sociedade), a inversão inicialmente realizada.

Essa transferência do risco de sucesso da intervenção se mostra ainda mais desejável no cenário de notória e aguda crise fiscal, atualmente vivenciada por Estados e Municípios, reduzindo-se a incapacidade desses entes em efetivar os investimentos sociais plasmados na Constituição Federal.

⁴ Sucessor do Grupo de Trabalho de Investimento de Impacto Social estabelecido pelo G8. O GSG continua o trabalho da Força Tarefa em catalisar um mercado global de investimentos de impacto, em uma ampla participação. Os seus membros incluem 13 países, mais a UE, bem como observadores ativos do governo e de organizações de rede líderes que apoiam os investimentos de impacto.

⁵ BARTON, Dominic - The changing landscape of social impact investing, 2017 – disponível em <https://www.mckinsey.com/industries/private-equity-and-principal-investors/our-insights/the-changing-landscape-of-social-impact-investing>. Data de acesso: 06/11/17.

Com efeito, a despeito da crise fiscal, os entes permanecem com a obrigação constitucional de aplicar determinados percentuais da arrecadação tributária em setores prioritários, tais como saúde e educação. O art. 212 da Constituição Federal, por exemplo, prevê que a União aplicará, anualmente, ao menos 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita de impostos, inclusive a proveniente de transferências, em educação.

Neste contexto, mostra-se salutar a busca de mecanismos eficientes de implementação de políticas públicas que não dependam da aplicação prévia ou concomitante de recursos estatais, o que será empreendido nas próximas seções.

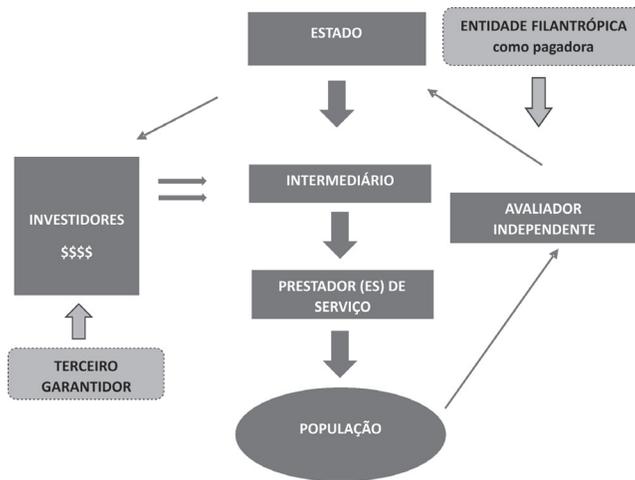
2. ESTRUTURA DE UM CONTRATO DE IMPACTO SOCIAL: ATORES ENVOLVIDOS

Numa análise subjetiva, a configuração mínima de um contrato de impacto social apresenta os seguintes atores: (a) O Estado (*lato sensu*, compreendendo União, estados e municípios, bem como componentes da administração direta e indireta desses entes), que poderá pagar os investidores, caso as metas preestabelecidas sejam alcançadas; (b) investidores privados, que aportaram os recursos necessários para o desenvolvimento do CIS e suportam todo o risco pelo não atingimento das metas acordadas com o Estado; (c) intermediário, que terá relação direta com o Estado e será responsável pela celebração de todos os contratos necessários para colocar o CIS em operação; (d) avaliador independente, que será responsável por analisar e atestar que as metas foram cumpridas ou não; (e) prestador (es) de serviço, que desenvolverá as atividades necessárias para o atingimento dos alvos do CIS e que terá relação direta com os beneficiários e f) população, grupo de pessoas beneficiadas pelo contrato de impacto social.

Cabe ressaltar que, embora esses sejam os atores mínimos (embora seja possível que o intermediário invista seu próprio capital ou obtenha financiamento, dispensado a figura dos investidores), outros podem integrar a estrutura do contrato de impacto. É possível a inclusão de um terceiro garantidor, que pode constituir garantias reais ou fidejussórias em favor dos investidores, caso o CIS não atinja as metas preestabelecidas ou, ainda, para garantir o cumprimento da obrigação de pagamento pelo Estado (importante para Estados com risco de

crédito elevado). Outra estruturação possível é a participação de uma entidade filantrópica como pagadora pelos resultados, hipótese em que haverá o chamado DIB (*development impact bond*)^{6,7}

Pelo caráter didático, colaciona-se esquema sobre a estrutura de um contrato de impacto social (os quadros azuis indicam os atores típicos, ao passo que os verdes mostram os agentes opcionais). Confira-se:



3. UM BREVE HISTÓRICO SOBRE A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E OS CONTRATOS DE IMPACTO SOCIAL NO BRASIL

Desde a adoção do primeiro contrato de impacto social, em setembro de 2010, na Inglaterra, já foram implementados 76 desses instrumentos ao redor do mundo⁸, estando em fase de desenvolvimento outros 31, sendo 2 deles no Brasil⁹.

⁶ O *development impact bond*, é uma variação do contrato de impacto social, no qual uma instituição privada (por exemplo, uma fundação) figura no papel do Estado, remunerando os investidores, caso o impacto almejado seja atingido. Para os fins do presente artigo, serão utilizados os termos CIS e DIB para ambos os casos. Poder-se-ia alegar que, nessa situação, haveria duplicação desnecessária de ator responsável pelo financiamento do projeto. Mas há aí uma distinção importante. O investidor, num DIB, toma o risco do projeto, não sendo remunerado em caso de não atingimento da meta. Tal circunstância poderá afastar a injeção de recursos advindos de uma entidade filantrópica, que por uma política interna de desembolsos, poderá não incorrer em tal risco.

⁷ Embora, formalmente, no DIB não haja participação do Estado, recomenda-se que, ao menos, seja celebrado convênio com o Estado, de modo a viabilizar a utilização da base de dados oficial.

⁸ INSTIGLIO. SIBs World Map. Bogotá, 2017. Disponível em: <<http://www.instiglio.org/en/sibs-worldwide/>>. Acesso em 25 de outubro de 2017.

⁹ No Ceará a SITAWI Finanças do Bem assinou um termo de cooperação técnica com o governo do Estado para estruturação de um CIS na temática de “desospitalização” de pacientes crônicos. Já em São Paulo o

A primeira experiência foi desenvolvida na Prisão Peterborough¹⁰, tendo como objetivo diminuir a taxa de reincidência criminal, por meio de intervenções sociais, que consistiram em um pacote de serviços de suporte intensivo, incluindo assistência domiciliar, tratamento de drogas e álcool, assistência ao emprego, suporte à família e apoio à saúde mental¹¹.

O projeto envolveu de 3.000 presos, a partir de 18 anos, sentenciados a menos de 12 meses. O objetivo, a ser mensurado, era a redução da taxa de reincidência em relação à média de um grupo de controle composto por outros infratores em situação análoga, ao longo dos doze meses após a libertação. O prazo de duração foi de 7 anos, com um dispêndio de 5 milhões de libras. A prestação de serviço foi estruturada pela criação de uma sociedade de propósito específico (SPE), composta por cinco prestadores de serviços. Foi estabelecido que o retorno financeiro dos investidores corresponderia ao aporte inicial, remunerado à taxa de 3% ao ano, se houvesse ao menos uma redução de 7,5% nos eventos de reincidência. Com efeito, ao final do programa detectou-se que a SPE foi bem-sucedida em reduzir o número de eventos de reincidência entre os libertos em 9,7%, tornando-a elegível à contrapartida estatal.

Na América Latina, merecem destaque os contratos de impacto social estabelecidos na Colômbia¹² com objetivo de combater o desemprego em segmentos vulneráveis da população por meio de treinamentos profissionais e capacitação técnica, auxiliando os beneficiários, na entrada no mercado de trabalho e manutenção de sua permanência, nas cidades de Bogotá, Cali e Pereira. As metas a serem alcançadas incluem a obtenção de um emprego (50% da métrica) e a permanência no posto de trabalho, por pelo menos 3 meses (50% da métrica). Caso haja a retenção por 6 meses será pago um bônus de 10% sobre o valor global do contrato. No primeiro ano os valores serão pagos pelo Departamento de Prosperidade Social do Governo da Colômbia. A partir

INSPIER Metrics, em parceria com o Governo do Estado e o BID, está realizando um estudo de viabilidade de um CIS focado em alunos do ensino médio em regiões de alta vulnerabilidade social. FORÇA TAREFA FINANÇAS SOCIAIS. Avanço das recomendações e reflexões sobre o fortalecimento das Finanças Sociais e Negócios de Impacto no Brasil. São Paulo: 2016. Disponível em <<http://forcatarefafinancassociais.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Relatorio-resultados-vfinal.pdf>>. Data de acesso: 23/10/17.

¹⁰ RAND EUROPE. Lessons Learned From the Planning and Early Implementation of the Social Impact Bond at HMP Peterborough. Santa Monica: 2011.

¹¹ SITAWI. Contratos de Impacto Social – Webinar. São Paulo, 2017. Disponível sob requerimento no site da organização.

¹² INSTIGLIO. Há outros 2 em fase de implementação, tendo como objeto a permanência estudantil e combate à gravidez precoce.

do segundo ano os valores serão pagos pelo BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento) e pelo Governo da Suíça. Esse CIS foi notável em razão do diminuto lapso temporal havido entre a concepção (julho de 2016) e assinatura do contrato (março de 2017) e por ser o primeiro a ser assinado em um país em desenvolvimento.¹³

No Brasil, o primeiro contrato de impacto está sendo estruturado pelo Governo de São Paulo, que, em 23 de novembro desse ano, abriu consulta pública para a coleta de sugestões acerca da minuta de edital, termo de referência e contrato¹⁴.

O objetivo geral deste CIS é fortalecer as condições para que estudantes de determinadas escolas estaduais de ensino médio, localizadas em regiões vulneráveis da Região Metropolitana de São Paulo, completem o ciclo de aprendizagem do ensino médio com bom desempenho e no período esperado (três anos). Os objetivos específicos do projeto são: (i) introduzir um modelo inovador na rede estadual de ensino, envolvendo atividades especializadas de apoio aos alunos e às famílias, que sejam interligadas à gestão escolar, objetivando melhores resultados de fluxo com boa aprendizagem no ensino médio; (ii) potencializar resultados obtidos com recursos já empregados pela Secretaria da Educação na rede estadual de ensino médio; (iii) testar a eficácia de uma ferramenta inovadora, o CIS, já utilizado em diversos países, para atrair capital privado para projetos de impacto na área de educação e possibilitar a contratação de prestadores de serviços com base em metas e resultados mensuráveis.

¹³ BROOKINGS. Colombia leads the developing world in signing the first Social Impact Bond contracts. Washington: 2017.

¹⁴ As principais informações sobre esse CIS, retiradas dos documentos citados, são as seguintes: (i) modalidade da licitação: concorrência, regida pela Lei 8.666/93; (ii) critério de julgamento: menor preço; (iii) tipo de contratação: empreitada global; (iv) prazo: 54 meses; (v) meta: aumento da aprovação e redução da evasão no Ensino Médio, por meio da contratação de serviços de execução e gerenciamento de ações pedagógicas (a Contratada poderá subcontratar, do objeto deste ajuste, a execução das ações pedagógicas, ficando vedada a subcontratação para o gerenciamento de tais ações; (vi) valor estimado: R\$ 17 milhões; (vii) potenciais licitantes: entidades sem e com fins lucrativos; (viii) sistemática de pagamento: dependem do orçamento. Sem garantia para risco de crédito do Estado de São Paulo (além disso, o contratado fica vedado de captar recursos); (viii) Pagamentos: até 25% do valor total, para a primeira parcela, referente aos resultados obtidos no ano 02; até 25% do valor total, para a segunda parcela, referente aos resultados obtidos no ano 03; até 50% do valor total, para a terceira parcela, referente aos resultados obtidos no ano 04; (ix) métrica: adotará por base um grupo de tratamento (escolas que receberão as intervenções) e um grupo de controle (escolas selecionadas que não receberão as intervenções.); (x) métricas e metas a serem acompanhadas pelo CIS: indicadores relativos ao fluxo escolar (aprovação, reprovação, evasão e conclusão do ensino médio) e indicadores relativos ao aprendizado do aluno ao longo do ensino médio; e (xi) primeira parcela: diferença entre as taxas de aprovação da 1ª para a 2ª série nas escolas do grupo de tratamento e nas escolas do grupo de controle, sempre em favor daquelas, calculada conforme Termo de Referência.

4. BENEFÍCIOS NA ADOÇÃO DE UM CONTRATO DE IMPACTO SOCIAL

Além da mencionada transferência do risco do insucesso da intervenção social, outro importante traço característico do CIS é a introdução de métricas objetivas e consistentes com o propósito de mensurar o ganho social efetivamente experimentado e quantificar a economia do orçamento estatal com a intervenção implementada, sendo catalisador das externalidades positivas.

Enquanto a sistemática tradicional se contenta com a comprovação de que os valores aportados foram aplicados em um projeto, o CIS incorpora a necessidade adicional de verificação do ganho social que tal investimento gerou. Muda-se, assim, o foco de meras entregas para efetivos ganhos sociais gerados com a intervenção, não bastando, por exemplo, atingir um quantitativo de crianças que completaram o ensino médio sem repetência, mas quantas delas ingressaram no mercado de trabalho, em virtude da inversão realizada. É possível notar, porquanto, que há uma clara mudança de paradigma nos alvos a serem atingidos, não sendo mais a escolha do destinatário da alocação de recursos, mas sim o indicador social a ser melhorado com o investimento.

Como consequência da inserção de metas quantificáveis e demonstráveis a serem atingidas, o contrato de impacto social tem o grande potencial de trazer novos atores para o campo de financiamento de políticas públicas, já que exige que os investimentos sociais sejam geridos por estruturas capazes de comprovar que os valores dispendidos, de fato, geraram um retorno social, contribuindo para a disseminação de uma cultura de avaliação e monitoramento de intervenções sociais¹⁵. Além disso, há o potencial de trazer tradicionais investidores do campo da filantropia, que buscam diversificar sua forma de atuação e ampliar os resultados almejados.

Vale registrar que as métricas estabelecidas, o acompanhamento e a verificação são efetuados por um terceiro, fora do âmbito de influência do prestador de serviço, que precisa atingir a meta. E deve encontrar-se também fora do comando do Estado, que pagará aos investidores, caso e tão logo a meta tenha sido atingida. Nessa estrutura, busca-se que a instituição avaliadora tenha a maior isenção possível ao analisar os resultados do projeto.

¹⁵ Em última instância, o CIS gera uma externalidade positiva, criando novos incentivos para o exercício do controle social das políticas públicas. Em lugar de se guiarem pelas chamadas virtudes cívicas, os cidadãos assumem a feição de investidores, concretizando a ideia subjacente ao adágio norteamericano *put your money where your mouth is*.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao CIS ser um veículo propício para a propagação de soluções inovadoras e eficientes para a resolução de problemas sociais, dotada de alguma escalabilidade, uma vez que novos arranjos, submetidos ao teste da realidade e bem-sucedidos, poderão ser replicados. O potencial disruptivo verifica-se tanto em uma nova forma de entregar serviços sociais, quanto no oferecimento destes serviços para um novo segmento da população ou em uma região geográfica não atingida ou pela combinação de todos esses fatores. (OECD, 2016).

Um exemplo emblemático é o DIB em execução no distrito de Bhilwara, zona rural do Rajastão, Índia, iniciado em 2015. A intervenção social tem como um dos objetivos melhorar a escolaridade de meninas¹⁶. Nesse caso relatado, é possível verificar a inovação que teve por foco atingir um novo segmento da população (meninas), combinada com uma região geográfica desatendida (distrito de Bhilwara, zona rural do Rajastão)¹⁷

Por fim, o contrato de impacto social tem o potencial de prover impactos sustentáveis, porquanto uma vez atingida a meta e atestada a eficiência de determinada intervenção, ela poderá ser reproduzida ao longo do tempo. Isso pode se dar tanto pelo reinvestimento da remuneração paga aos investidores em novos CIS com a mesma estrutura, em maior escala ou mesmo pela possibilidade de financiamento privado de outros investimentos sociais que necessitam de soluções inovadoras, liberando recursos do erário.

5. RISCOS E DESAFIOS

Embora seja possível elencar vários benefícios que os contratos de impacto social podem gerar, há também entraves que precisam ser superados para que essas ferramentas venham a ser difundidas no Brasil.

O primeiro ponto de atenção volta-se à determinação de resultados que sejam mensuráveis e monetizáveis. Assim, se por um lado, a possibilidade de

¹⁶ Constatou-se que 40% das meninas não atingem a 5ª série nessa região, e estudos têm sugerido que para cada ano escolar adicional na vida de uma mulher, a renda familiar aumenta de 10 a 25%. Além disso, meninas com maior grau de escolaridade também são três vezes menos propensas a contrair HIV, casam-se mais tarde (três anos), geram menos filhos e educam suas filhas (INSTIGLIO, 2015)

¹⁷ INSTIGLIO. Educate Girls Development Impact Bond, Improving Education for 18,000 Children in Rajasthan. Bogotá, 2017.

mensuração de resultados é algo bastante positiva, por outro, representa um enorme desafio.

Merece, igualmente, cautela a escolha criteriosa do prestador de serviço, preferencialmente por meio de uma *due diligence*, de modo a aumentar as chances de sucesso de um CIS.

Indo além, verifica-se que os CIS e DIBs são intervenções, via de regra, de baixa escala e de alta complexidade. Segundo estudo realizado (GUSTAFFSON-WRIGHT, 2015), dentro de um universo de 30 DIBs analisados, 25 deles tiveram como público alvo menos de 1.000 beneficiários. Inversamente, ainda segundo os mesmos autores (2015), o tempo de estruturação desses instrumentos variou de 6 meses a 3 anos e envolvendo atores diversos, com assessorias técnicas especializadas, elevando-se os custos de transação.

Devida à baixa maturidade dos CIS, ainda não estão claros, especialmente no Brasil, todos os custos de transação envolvidos no desenvolvimento de um CIS. Isso é acentuado pelo fato dessa ferramenta não possuir uma modelagem padrão. É importante ressaltar que, conforme aumente a utilização do CIS, tais custos tendem a reduzir, como consequência da tendência de padronização do processo e da adoção de instrumentos jurídicos similares. Ao redor do mundo, já foram colocados em prática 76 contratos de impacto, estando 36 em fase de estudo. Grande parte deles, no entanto, estão localizados em países desenvolvidos, cuja realidade muito se distancia da brasileira, tornando mais tortuosa a replicação de suas estruturas em território nacional. Mencione-se que a publicação de edital de licitação pelo Estado de São Paulo é um importante passo na redução dos custos de transação. Hoje, qualquer estado ou município brasileiro poderia adotar a mesma modelagem para criação de seus contratos de impacto.

Atualmente existem 27 contratos de impacto¹⁸ implementados ou em fase de estudo em países em desenvolvimento, o que enriquecerá o cenário de experiências mais próximas da realidade nacional, podendo contribuir para a redução dos custos de transação.

Mencione-se, ainda, que a ausência de precedentes é indicada por 24 dos 42 *stakeholders* entrevistados em pesquisa (GUSTAFFSON-WRIGHT, 2015) como sendo um grande desafio para o contrato de impacto social. Como bem apontado

¹⁸ INSTIGLIO. SIBs World Map. Bogotá, 2017. Disponível em: <<http://www.instiglio.org/en/sibs-worldwide/>>. Acesso em 25 de outubro de 2017.

pela OECD (2015), qualquer processo decisório em que não há exemplos pretéritos, efetivamente performados e concluídos, nos quais se basear, gera incerteza e desestímulo. Do ponto de vista legal, esse ponto é bastante sensível, pois não se sabe quais discussões judiciais podem surgir no âmbito de sua aplicação.

O contrato de impacto social alia recursos da iniciativa privada, que busca investir em projetos sociais, mas também garantir, eventualmente, retornos financeiros com recursos do Estado, que serão desembolsados de modo condicional e diferido, ou de entidades filantrópicas. Some-se a essa equação, a execução das intervenções sociais por prestadores de serviços sociais potencialmente capazes de atingir as metas previamente estabelecidas pelo Estado. Todos esses elementos deverão ser equacionados por uma modelagem jurídica apta a dar conta da pluralidade de atores e interesses envolvidos.

6. POSSÍVEIS MODELAGENS JURÍDICAS

Nesse cenário, pode-se citar, de início, as sugestões de modelagem jurídica trazida por MONTEIRO e ROSILHO (2017). Para os autores, um contrato de impacto social poderá ser executado por meio de organizações sem fins lucrativos, com base nas Leis nº 9.637/98 (Lei das Organizações Sociais), 9.790/99 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) ou 13.019/14 (Lei das parcerias voluntárias com organizações da sociedade civil).

Escolhendo-se a via da Lei 9.637/98 (Lei das Organizações Sociais), resumidamente, seria celebrado um contrato de gestão, instrumento que formaliza o vínculo entre Estado e organização social, dispondo sobre os objetivos do pacto, os direitos e obrigações de ambas as partes¹⁹.

Nos termos do art. 5º da referida lei, essa modelagem jurídica estaria limitada às áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Assim sendo, um contrato de impacto, por exemplo, na área de segurança, não poderia se valer desse arcabouço jurídico.

¹⁹ Segundo CARVALHO FILHO (2016), a despeito da denominação dada pela lei, o ajuste não estampa propriamente um “contrato”, assemelhando-se muito mais, em razão de sua fisionomia e objeto, à modalidade de convênio – este sim, instrumento compatível com o regime de parceria que serve de núcleo para aquele negócio jurídico

O processo de seleção da OS não se submete a procedimento licitatório, embora, conforme orientação do Tribunal de Contas da União (Acórdão 3239/2013) recomende-se a utilização de chamamento público. (arts. 23 a 32 da referida Lei), procedimento, segundo OLIVEIRA (2015), que tem por objetivo selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, com a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, dentre outros.

Importante mencionar que a celebração de contrato de gestão depende do empenho prévio de recursos orçamentários pelo Poder Público, o que poderá desestimular seu emprego. Cabe ressaltar que o modelo do contrato pode dispor sobre metas e indicadores de qualidade, não possuindo prazo máximo disposto em lei, dando ao administrador público um ganho em não ter que renovar os contratos.

Sendo escolhida uma OSCIP para a estruturação de um CIS, devem ser observados os ditames da Lei 9.790/99. Conforme conceitua DI PIETRO (2016):

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos²⁰, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.

O art. 3º da lei elenca, exaustivamente, os objetivos sociais, que devem ser perseguidos pelas OSCIPs²¹. O processo de seleção da OSCIP está previsto no art. 23 do Decreto 3.100/99, dispondo que a celebração de Termo de Parceria

²⁰ Conforme prevê o art. 1 da Lei 9.790/99, a entidade sem fins lucrativos é aquela que “não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social”

²¹ Assistência social; cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação de forma complementar; promoção gratuita da saúde de forma complementar; segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; voluntariado; desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas anteriormente

deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos. Cabe esclarecer que não se trata da modalidade de licitação chamada concurso e que está prevista na Lei 8.666/93. O concurso de projetos tem natureza de chamamento público, permitindo que todos os interessados apresentem projetos para avaliação da Administração Pública.

Outro ponto importante é a necessidade de inclusão dos gastos com a OSCIP no orçamento estatal, conforme indicam os arts. 12 e 13 do referido decreto. Ressalte-se, ademais, que não há previsão legal sobre a obrigatoriedade de o Poder Público apresentar garantias, em caso de inadimplir com suas obrigações.

Cumprir indicar que o termo de parceria não deverá observar prazos máximos e mínimos, o que representa uma facilidade, por dispensar novas negociações e elaboração de minutas. A legislação de regência também prevê a possibilidade de subcontratação, desde que a OSCIP permaneça responsável pela concepção, direção e gerenciamento da atividade. De modo análogo à Organização Social, a OSCIP deverá publicar, em até 30 dias após a assinatura do termo de parceria, regulamento de contratações.

O ponto de atenção, que também vale para as Organizações Sociais, reside no fato dos estados e municípios poderem dispor em suas legislações de maneira diversa da prevista nos normativos federais, o que passa a ser um aspecto desafiador, na medida em que dificulta a padronização e, por consequência, a redução dos custos de transação.

Por fim, restam as parcerias voluntárias que, segundo o art. 1º da Lei 13.019/14, são parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação. As parcerias são formalizadas por termos de colaboração (instrumentos de parceria para consecução de finalidades públicas propostas pela Administração, nos termos do art. 16 da Lei) ou termos de fomento (instrumentos de parceria para consecução de finalidades públicas propostas pelas organizações da sociedade civil, segundo art. 17) e, conforme indica OLIVEIRA (2015), ambos os instrumentos têm natureza de convênio, a despeito da nomenclatura diversa. A formalização da relação entre o Estado e a organização da sociedade civil poderá ocorrer por um desses dois

instrumentos (termo de colaboração ou fomento), visto que ambos permitem o repasse de recursos financeiros, elemento necessário à estruturação de um contrato de impacto. Importante mencionar que a lei não elenca as atividades que poderão ser desenvolvidas pelas organizações da sociedade civil, mostrando-se, assim, uma maior flexibilidade para a estruturação de um CIS que trate de qualquer matéria, posto que sempre estará presente o interesse público, elemento exigido pela legislação.

Para a celebração de termo de colaboração ou de fomento faz-se necessária a realização de chamamento público, observando-se os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, nos termos do art. 2, XII da Lei 13.019/14. O art. 18 prevê o procedimento de manifestação de interesse social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria. A proposta a ser encaminhada à administração pública deverá conter a identificação do subscritor da proposta; a indicação do interesse público envolvido e o diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida. Ressalte-se, entretanto, que é vedado condicionar a realização de chamamento público ou a celebração de parceria à prévia realização de procedimento de manifestação de interesse social.

Importante notar que, embora seja a regra, nas hipóteses dos arts. 30 e 31, é inexigível o chamamento público. Exemplificadamente, a administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público, no caso de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos.

A legislação prevê um tempo mínimo de constituição da organização da sociedade civil para celebrar parceria com o Estado. No caso da União será, no mínimo, 3 anos; Estado e Distrito Federal 2 anos e municípios 1 ano.

MONTEIRO e ROSILHO (2017) manifestam possíveis ganhos na adoção desta modalidade: (i) lei não exige que a organização da sociedade civil edite regulamento de compras; (ii) a pessoa jurídica não precisa de qualificação jurídica especial para poder celebrar o instrumento de parceria; e (iii) em face do tempo curto de aplicação da lei, há maior espaço para inovação por parte dos aplicadores.

Diferentemente das legislações das Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, os termos de colaboração e de fomento terão o prazo máximo de 10 anos, sendo necessária a indicação prévia de recursos orçamentários para honrar as obrigações correlatas à parceria.

Alternativamente, o modelo de contratação de pessoas jurídicas com fins lucrativos pode ser estruturado a partir das seguintes possibilidades: (i) celebração de contrato administrativo, com base nas Leis 8.666/93 e 12.462/11; ou (ii) contrato de concessão administrativa, tendo por suporte a Lei 11.079/04.

Utilizando-se a celebração de contrato administrativo, modelagem adotada pelo Governo de São Paulo, faz-se necessária a realização de licitação. Tomando por base a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (12.462/11), o campo de atuação é mais restrito, nos termos do que prevê seu art. 1º. Assim, vislumbra-se possível o emprego do RDC no caso de ações no âmbito da segurança pública e de ações de órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. O RDC possui as seguintes fases: (I) preparatória; (II) publicação do instrumento convocatório; (III) apresentação de propostas ou lances; (IV) julgamento; (V) habilitação; (VI) recursal; e (VII) encerramento (art. 12), admitindo a lei que o orçamento estimado para a contratação só venha a público após o encerramento da licitação

Em ambos os casos (utilização da Lei 8.666/93 ou Lei 12.462/11) é possível a participação de sociedades empresárias ou organizações sem fins lucrativos. Considerando que o montante de um contrato de impacto tende a ultrapassar o limite de R\$ 650.000, a modalidade a ser escolhida será a concorrência, a se utilizar a lei geral de licitações. A pessoa jurídica, em ambos os casos, deverá comprovar sua aptidão técnica para prestar o serviço almejado. Quanto ao julgamento, parece ser o mais indicado o critério “melhor preço”, embora os outros critérios também sejam de possível aplicação, trazendo, entretanto, maior complexidade operacional o emprego destes últimos.

Quanto ao prazo, a Lei 8.666/93 determina o prazo de, no máximo, 5 anos para serviços contínuos. A Lei do RDC não explicita o prazo máximo de duração de um contrato, uma vez que o contexto de sua edição se voltava à concretização de obras destinadas à Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, implicando celebração de contratos de escopo definido. Informa-se, ademais, que quanto à remuneração variável, vinculada ao desempenhado, o RDC possui previsão expressa no art. 10º de sua legislação²². No âmbito da Lei 8.666/93, MONTEIRO e ROSILHO (2017) manifestam-se favoravelmente a sua utilização²³.

Embora em ambas as legislações não haja previsão do Poder Público oferecer garantias de cumprimento de suas obrigações, entende-se que tal procedimento é possível, uma vez que não há vedação expressa em nenhuma das leis de regência. Mencione-se, ainda, que é cabível a subcontratação, desde que mantida a responsabilidade da contratada pela concepção, direção e gerenciamento do serviço, conforme art. 72 da Lei 8.666/93.

Um ponto de atenção trazido por MONTEIRO e ROSILHO (2017) é a exigência de ambas as leis em trazer o objeto do contrato minuciosamente detalhado, gerando certo engessamento se, ao longo da contratação forem necessárias adaptações na execução do serviço.

Por fim, mais uma abordagem possível para a estruturação do CIS é a adoção da legislação de parcerias público-privadas, especificamente na figura da concessão administrativa²⁴.

A concessão administrativa traz a vantagem de permitir, a partir de previsão

²² Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

²³ Contudo, em relação aos contratos de eficiência, os mesmos autores indicam que somente poderão ser utilizado no âmbito do RDC e, portanto, as matérias para esses contratos estão restritas às hipóteses elencadas no art. 1º da Lei 12.462/11.

²⁴ Assim definida por CARVALHO FILHO (2016): “A segunda modalidade é a concessão administrativa, assim considerada a prestação de serviço “de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (art. 2º, § 2º). Diversamente do que ocorre com a concessão patrocinada, a concessão administrativa não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, eis que o pagamento da obra ou serviço é efetuado diretamente pelo concedente. Poderão os recursos para pagamento, contudo, ter origem em outras fontes. Embora haja entendimentos que contestem esse tipo de remuneração exclusiva do Poder Público ao concessionário (tarifa-zero), domina o pensamento de que, tratando-se de modalidade especial de concessão, inexistente vedação constitucional para sua instituição, o que realmente nos parece acertado.”

normativa explícita, o oferecimento de garantia pelo Poder Público²⁵. O art. 11, parágrafo único da Lei 11.079/04 prevê que o edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado. Tal hipótese confere maior segurança jurídica e previsibilidade (diminuindo os custos financeiros, por consequência), pois seu cumprimento passa a ser garantido por instrumento que escapa à lógica das despesas orçamentárias ordinárias, satisfeitas por meio de precatório, em caso de inadimplemento. Nesse quesito, cabe mencionar que o art. 16 da lei prevê que ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6 bilhões de reais, em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

Prosseguindo, tem-se que a licitação no âmbito da Lei 11.079/04 ocorre na modalidade concorrência, podendo adotar os critérios de julgamento “menor contraprestação para o Poder Público pelo serviço” ou “menor contraprestação combinada com a melhor técnica de execução do serviço”.

No âmbito das contratações realizadas por parcerias público-privadas, faz-se necessária a constituição de uma sociedade de propósito específico (SPE). Conforme já mencionado, a constituição de um SPE é figura bastante utilizada nos contratos de impacto celebrados no exterior²⁶.

Segundo os preceitos da Lei 11.079/04, a concessão administrativa terá o prazo mínimo de 5 anos e máximo de 35 anos e o valor não poderá ser inferior a R\$ 10 milhões. Mencione-se que o valor mínimo foi alterado de 20 para 10 milhões pela Lei 13.529/17. Essa diminuição de valor, por certo, favorecerá a adoção da modelagem de parcerias público-privada para contratos de impacto social²⁷.

²⁵ Art. 8o As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, VI – outros mecanismos admitidos em lei.

²⁶ Em relação à estruturação, Ressalte-se, por oportuno, a possibilidade do Poder Público utilizar procedimento de manifestação de interesse (PMI) para recebimento de propostas de interessados, a fim de decidir sobre a abertura de procedimento de licitação. Conforme indicado por MONTEIRO e ROSILHO (2017), “essa seria uma chance de consultar o mercado sobre sua disposição para investir nesse modelo de investimento social. Essa possibilidade não existe nos contratos de prestação de serviços (sejam os da Lei 8666/93 ou do RDC)”.

²⁷ Para tal, importante que as leis estaduais e municipais

No contexto das concessões administrativas, vislumbra-se a possibilidade de criação de uma SPE, formada pelos investidores privados e a prestadora do serviço social, sendo que esta sociedade participaria da licitação, detendo direitos e obrigações no âmbito do contrato de impacto social.

Sobre os esquemas de pagamento, toma-se a legislação do Estado do Rio de Janeiro como exemplo. Consoante o art. 27 da Lei estadual 5.068/07, as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública poderão ser garantidas: (i) com recursos do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), instituído pelo art. 30 da Lei, mediante autorização do Conselho Gestor do PROPAR e manifestação da Secretaria de Estado de Fazenda; (ii) pela vinculação ou cessão fiduciária de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da CF, inclusive receitas oriundas do Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal- FPE, até o limite de 40%, dividendos de empresas em que o Poder Público Estadual tenha participação e outras receitas cuja cessão não seja constitucional ou legalmente vedada, (iii) pela instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei e (iv) pela contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público. O Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas está previsto no art. 30 e seguintes, sendo o patrimônio do Fundo formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

Após a análise minuciosa das modelagens que podem ser adotadas para a estruturação de um contrato de impacto social, parece aos autores que a concessão administrativa, especialmente considerando que o valor mínimo, hoje, é de R\$ 10 milhões, mostra-se como modelo mais indicado, sem prejuízo da avaliação, no caso concreto, do benefício na utilização de outro modelo.

Importante mencionar, ainda, que ADIB e SHIEFLER (2016) indicam três modelos jurídicos a serem adotados, de modo similar a MONTEIRO e ROSILHO (2017), todos tomando como parâmetro o Estado como pagador pelos resultados que venham a ser atingidos em um contrato de impacto.

Ainda sobre o tema de pagamentos e garantias, percebe-se que o CIS estruturado em São Paulo não prevê qualquer garantia de pagamento, em caso de não atingimento das metas estabelecidas. Embora tal mecanismo seja complexo e custoso, sua estruturação é recomendável, uma vez que se volta a alavancar essa nova forma de financiamento políticas públicas.

Muito embora essa modelagem discrepe do desenho original do CIS, na qual o risco é todo suportado pelo investidor privado, essa formatação que pode ser adotada nos primeiros contratos de impacto, a fim de disseminar sua utilização, minorando o potencial prejuízo do particular. Além disso, o edital posto em consulta pública não traz nenhuma forma para mitigar o risco de crédito do Estado de São Paulo. Essa hipótese é relativamente nova para o CIS, já que em países desenvolvidos tal risco é improvável. Contudo, em países em desenvolvimento, como o Brasil, trata-se de risco relevante, seja pelo cenário de crise fiscal dos entes, seja pela falta de comprometimento da classe política já que, alterando-se o partido do governo, há uma tendência a não serem cumpridos compromissos fechados pela administração predecessora. Uma hipótese para solucionar essa questão seria a utilização de um fundo garantidor, com patrimônio robusto ou, ainda, a dação de fiança ou seguro por organismos multilaterais, o que pode funcionar como um catalisador para o êxito do CIS paulista.

O CIS em fase de estudos²⁸ no Ceará parece ter endereçado tais questões, indicando sua superação a partir da escolha pela concessão administrativa, tendo por base a Lei 11.079/04²⁹. O contrato de impacto social que está sendo desenhando terá o valor de, aproximadamente, R\$ 30 milhões e garantia do Fundo Garantidor de PPPs do Estado do Ceará.

Especialmente considerando os cenários que estão sendo traçados pelos Estados de São Paulo e Ceará, parece-nos, em princípio, que a formação de uma SPE (sociedade de propósito específico), que agregaria os investimentos privados e celebraria os contratos respectivos, pode representar uma boa opção. Nessa sociedade, fariam parte do Conselho de Administração representantes dos investidores, Estado patrocinador e intermediário. Tomando por base o modelo utilizado pelo Estado de São Paulo, uma SPE seria constituída para participar da licitação e, ao final, receber os recursos no caso de atingimento das metas para posterior distribuição entre os investidores. Vencido o certame pela SPE seus recebíveis do contrato administrativo poderiam, inclusive, servir de lastro para a captação de recursos financeiros.

Prospectivamente, vislumbra-se, ainda, a inserção das agências de fomento e bancos de desenvolvimento no processo de desenho e implementação de um contrato de impacto. Para os fins desse trabalho, opta-se por analisar somente a

²⁸ Em realidade, encontra-se em estudo a adoção de chamamento público ou procedimento de manifestação de interesse (público recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas), que contará com a participação da Secretaria Estadual de Planejamento, Secretaria Estadual de Saúde e Procuradoria do Estado.

²⁹ Informações prestadas em entrevista com a SITAWI, que está assessorando o Estado do Ceará.

hipótese de participação de agências de fomento, considerando que os projetos de contratos de impacto tendem a ter como foco problemas locais ou regionais, estando essas entidades mais aptas a equacionar tais questões.

As agências de fomento são instituições financeiras, constituídas sob a forma de sociedades de economia mista, pertencentes à Administração Indireta dos Estados, cujo objetivo principal é financiar capital fixo e de giro para empreendimentos na Unidade da Federação onde tenham sede³⁰.

Nesse cenário, a participação de agências de fomento pode figurar, por exemplo, como intermediadora de um CIS, considerando que já possui *know-how* para a estruturação de projetos e rege-se por altos padrões de governança corporativa, visto estar sujeita às fiscalizações do Banco Central, de órgãos de controle estaduais, bem como sujeição à Lei 13.303/16, que positivou muitas regras de governança corporativa.³¹

Do que já foi exposto, percebe-se que o arcabouço legal brasileiro já possui as regras jurídicas necessárias para implementação de um contrato de impacto social, notadamente, o direito administrativo já dispõe de normas suficientes capazes de guarnecer essa nova forma de financiamento de políticas públicas. Deveras, possui mais de uma opção de modelagem que poderá adequar-se conforme o caso concreto. RIBEIRO (2016) bem sintetiza a utilização do arcabouço já existente para a aplicação de novos institutos jurídicos, na seara do Direito Administrativo, valendo-se da metáfora de uma caixa de ferramentas. Veja-se:

Situadas diante dos contornos da política e da gestão pública — que já assimilaram a lógica da caixa de ferramentas na escolha de meios para endereçar as finalidades que se quer alcançar, de modo a racionalizar esse processo — as estratégias do direito administrativo como caixa de ferramentas revelam a capacidade de colaborar com o aprimoramento dos arranjos institucionais vigentes, e a formulação de novos arranjos. Dessa maneira, sem abandonar a lógica jurídica tradicional, muitas vezes reduzida apenas a uma avaliação de legalidade/ilegalidade das questões concretas que se põem, assimilar o direito administrativo como caixa de ferramentas importa também em perceber seu papel-chave na

³⁰ Segundo o art. 3º da Resolução CMN 2.828/01, as agências de fomento podem desenvolver as seguintes atividades, dentre outras: financiamento de capitais fixo e de giro associado a projetos; prestação de garantias em operações compatíveis com seu objeto social; prestação de serviços de consultoria e de agente financeiro; prestação de serviços de administrador de fundos de desenvolvimento. Ressalte-se que é vedado às agências de fomento a captação de recursos junto ao público.

³¹ Um critério marcante quanto à governança refere-se ao processo decisório, que é pautado por decisões colegiadas, à fiscalização do Banco Central, que acompanha as atividades dessas instituições, bem como as novas regras trazidas pela Lei 13303/06 (Lei das Estatais). Tal lei teve o intuito de fortalecer e tornar obrigatória regras de governança corporativa.

consistência dos arranjos jurídicos para instrumentalizar os objetivos esperados, à luz dos incentivos que são capazes de produzir.

Em face do exposto, entende-se que todos os modelos propostos são válidos, a depender do caso concreto, sendo a maior prova dessa constatação a publicação do edital de licitação na modalidade concorrência, com base na Lei 8.666/93, pelo Governo de São Paulo e a perspectiva próxima da adoção do modelo de concessão administrativa, com base na Lei 11.079/04, pelo Governo do Ceará.

A despeito da existência de institutos jurídicos suficientes para implementar um contrato de impacto social, cabe mencionar que em setembro de 2017 foi aberta consulta pública pelo MIDC para contribuições da sociedade sobre a legislação do ENIMPACTO (Estratégia Nacional de Negócios de Impacto). Resumidamente, o documento traz como eixos de trabalho a ampliação da oferta de capital, o aumento do número de negócios de impacto, o fortalecimento das organizações intermediárias, a promoção de um macroambiente institucional e normativo favorável aos investimentos e negócios de impacto.

Diferentemente de todos os outros países em que o CIS foi implementado, o Brasil será a primeira nação a possuir uma Estratégia Nacional de Impacto Social.

Entretanto, a edição de legislação que institua um marco regulatório dos negócios de impacto, bem como preveja a formatação de garantias e a concessão de benefícios fiscais para seus investidores, parece ser um bom instrumento para disseminar a adoção de contratos de impacto social.³²

7. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou analisar o contrato de impacto social, avaliando sua conceituação, características, atores envolvidos, benefícios, riscos e desafios e experiência internacional, juntamente com a elaboração de hipóteses de modelos jurídicos que podem ser adotados nessa espécie de operação, a fim de verificar a viabilidade de sua adoção no Brasil.

Com efeito, conclui-se que o Brasil já possui arcabouço jurídico capaz de fornecer o regramento jurídico para a implementação de um CIS.

Adicionalmente, analisou-se a experiência internacional dos “*social impact bonds*” já implementados, empreendendo-se uma breve avaliação dos principais deles, avaliando-se, inclusive, a possível atuação de instituições financeiras brasileiras de desenvolvimento nesse processo.

³² Informações disponíveis no site <http://www.participa.br/estrategia-nacional-de-investimento-e-negocios-de-impacto/blog/estrategia-nacional-de-investimentos-e-negocios-de-impacto-enimpacto>.

O estudo estruturou-se de forma teórica e hipotético-dedutiva, investigando os elementos que estão presentes em um contrato de impacto social, bem como os possíveis modelos de estruturação desse instrumento, valendo-se, ainda, de um viés dialético, já que foram apontados eventuais benefícios e dificuldades que podem vir a ser vivenciados, considerando as especificidades nacionais.

Como metodologia auxiliar foram empregados os métodos histórico e comparativo, avaliando o contrato de impacto social sob uma perspectiva histórica, trazendo as experiências já verificadas na esfera internacional, na Inglaterra, Portugal, Colômbia e Índia, que foram citadas expressa ou implicitamente, buscando-se, ainda, semelhanças e diferenças entre os modelos adotados no exterior, construindo-se, assim, um paralelo com a realidade nacional.

Apresentou-se, ademais, dois contratos de impacto, que estão sendo estruturados pelos governos de São Paulo e do Ceará, discorrendo sobre algumas sugestões de melhoria, com base na experiência internacional e as especificidades nacionais, notadamente a necessidade de mitigação do risco de crédito dos entes federados.

Pretendeu-se com a pesquisa entender os fatores necessários para a implementação de contratos de impacto social no Brasil, apresentando modelos jurídicos passíveis de serem adotados, tomando-se por base o ordenamento pátrio vigente, mas sem prejuízo da identificação de inovações legislativas necessárias ou desejáveis.

Em paralelo, buscaram-se eventuais pontos que podem dificultar a estruturação de um contrato de impacto social, como por exemplo, o estabelecimento inicial das metas e a forma de mensuração do seu atingimento, assim como possíveis benefícios, na medida em que o financiamento de políticas públicas por investidores privados traz para a cena novos atores na dinâmica dos investimentos sociais, fomentando-se, assim, inovações para esse nicho, tradicionalmente tocado apenas pelo Estado.

Conclui-se, portanto, que o estudo desse instituto e sua aplicabilidade no Brasil poderá contribuir para a busca de mecanismos inovadores e eficientes de consecução de políticas públicas, capazes de trazer benefícios para a sociedade como um todo, gerando desenvolvimento econômico e social, sem depender direta e necessariamente de recursos orçamentários do Estado.

Talvez o CIS seja a resposta ao dilema apontado por Ronald Cohen no início do presente estudo.

8. REFERÊNCIAS

- ABID, Luccas Augusto Nogueira e SCHIEFLER Gustavo Henrique Carvalho. Títulos de desenvolvimento social: utilizando a lógica do mercado de capitais para financiar políticas públicas no Brasil. Revista digital de direito administrativo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 3, n. 1, p. 69-103, 2016.
- BARTON, Dominic - The changing landscape of social impact investing, 2017 – disponível em <https://www.mckinsey.com/industries/private-equity-and-principal-investors/our-insights/the-changing-landscape-of-social-impact-investing>. Data de acesso: 06/11/17.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- DE MARIZ, Frederic. et al. Investindo em impacto social UBS white paper sobre Social Impact Bonds (Contratos de Impacto Social) Perspectivas para o Brasil. 1ª. Ed. São Paulo: UBS, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo: 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FIRJAN. A Situação Fiscal dos Estados Brasileiros. Rio de Janeiro: 2017
- GUSTAFFSON-WRIGHT, Emily. The Potential and Limitations of Impact Bonds LESSONS FROM THE FIRST FIVE YEARS OF EXPERIENCE WORLDWIDE: 1a. ed. Massachusetts: Brookings, 2015.
- INSTIGLIO. Educate Girls Development Impact Bond, Improving Education for 18,000 Children in Rajasthan. Bogotá, 2017
- INSTIGLIO. SIBs World Map. Bogotá, 2017. Disponível em: <<http://www.instiglio.org/en/sibs-worldwide/>>. Acesso em 25 de outubro de 2017.
- MDIC. Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto (ENIMPACTO). 2017. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/index.php/noticias/2814-governo-lanca-consulta-para-estrategia-nacional-de-investimentos-e-negocios-de-impacto>. Data de acesso 07/12/17.
- MONTEIRO, Vera e ROSILHO, André. Como o Estado pode celebrar Contrato de Impacto Social/CIS? O Direito Administrativo na Atualidade, organizadores Wald,Arnold e Justen Filho,Marcal. 1ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo: 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Understanding Social Impact Bonds, Working Paper. 2016. OCDE, Paris.
- RAND EUROPE. Lessons Learned From the Planning and Early Implementation of the Social Impact Bond at HMP Peterborough. Santa Monica: 2011
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago, 2016.
- SITAWI - Finanças do Bem. Website. Disponível em <https://www.sitawi.net/>. Acesso em 01/12/17.

CONVERSÃO DE MULTAS AMBIENTAIS

Jessé Torres Pereira Júnior, Desembargador do TJ/RJ e Thaís Marçal, Advogada, Mestranda em Direito da Cidade pela UERJ

Conta-se que prestigiosa instituição cultural empenhou-se na importação de uma múmia para compor o acervo de seu museu de egiptologia, todavia enfrentava o aflitivo dissabor de ver embargado o ingresso da peça no país porque os agentes alfandegários não conseguiam enquadrá-la em norma alguma de autorização. Desafiado a examinar a questão, veterano especialista em administração aduaneira, após compulsar as regras vigentes, encontrou a solução: a peça seria enquadrada como “carne seca”, que contava com expressa norma de admissão.

O criativo - embora um tanto macabro - chiste pretende ilustrar o apego ao exacerbado positivismo que predominou - talvez ainda impressione largo contingente de setores da administração pública - na aplicação do princípio da legalidade, interpretado em seu sentido estrito de que ao gestor público somente é dado fazer o que a lei expressamente determine, quedando-se paralisado à falta da norma legal.

É o que traz à memória a leitura do Decreto nº 9.179, de 23/10/2017, que, ao alterar o Decreto nº 6.514/2008, institui o Programa de Conversão de Multas Ambientais emitidas por órgãos e entidades da União, integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Dito decreto – ato administrativo privativo de chefe de poder executivo – põe em prática o entendimento de que, mesmo no campo das sanções administrativas, à legalidade estrita sucede, no direito público pós moderno, a juridicidade, que, a partir da supremacia da Constituição e da efetividade dos princípios, deve passar a orientar as decisões dos administradores públicos segundo novos paradigmas, o que inclui a dinâmica para a dosimetria da sanção,

inspirada no raciocínio da ponderação e no senso de proporcionalidade quanto ao resultado de interesse público a obter-se.

Exatamente por isto o Decreto nº 9.179/2017 colhe importante oportunidade para dinamizar o norte traçado pelo art. 225 da Constituição da República, no sentido de que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O decreto ilustra o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, projetado em todas as Cartas Fundamentais promulgadas, no curso da segunda metade do século XX, com o fim de, traçando políticas públicas cogentes que assinam obrigações de fazer e de não fazer, fixar limites que as autoridades públicas devem respeitar em face da sociedade e dos direitos fundamentais que a embalam (individuais, sociais, econômicos, ambientais). No dizer de Luis Prieto Sanchis, festejado lente das Universidades Castilla-La Mancha e de Toledo, “se conciben tanto la Constitución y la justicia constitucional como los derechos fundamentales como artificios jurídicos que cobran todo su sentido al servicio de la limitación del poder y de la garantía de la inmunidad y libertad de las personas” (*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Madri: Trota, 2009, p. 9).

É nessa constitucionalização que se vão plasmando os novos paradigmas do controle jurídico da gestão pública: a efetividade dos princípios a que a administração pública deve obediência; a explicitação compulsória dos motivos do ato administrativo; o alcance da discricionariedade por controles; a processualização da atividade decisória; a responsabilidade universal dos agentes públicos, afastado qualquer nicho de irresponsabilidade; a consensualidade que vincula a ação administrativa às prioridades da sociedade objetivamente aferidas; a gestão sustentável dos bens e recursos públicos.

O Decreto nº 9.179/2017 introduziu, no Decreto nº 6.514/2008, que dispõe sobre infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelecendo o respectivo processo administrativo federal para sua apuração, alterações reveladoras do novo compromisso do direito punitivo estatal com a efetividade da reparação decorrente da imposição de sanção pecuniária, abrindo alternativa à vetusta tendência de que seria apenas mais uma fonte de receita para o erário.

Assim não mais deve ser, sobretudo tratando-se de danos ambientais, daí o art. 143, § 1º, com a redação do Decreto nº 9.179/2017, sublinhar que “independentemente do valor da multa aplicada, o autuado fica obrigado a reparar integralmente o dano que tenha causado”.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União entendia pela possibilidade da conversão de multas por investimentos. Por exemplo, pode ser citado o caso em que determinada operadora de telefonia celebrou um TAC, o qual prevê a conversão de R\$ 2,199 bilhões em multas aplicados pela Anatel contra a referida em R\$ 4,87 bilhões em investimentos na rede da própria empresa.

No âmbito do STJ, diversos são os precedentes concluindo pela redução da multa aplicada por entidades ambientais. Confira-se:

*AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA OBJETIVANDO A REDUÇÃO DA MULTA APLICADA PELO IBAMA DECORRENTE DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. O QUANTUM FORA ESTIPULADO EM RAZÃO DAS PECULIARIDADES DISPOSTAS NOS AUTOS, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES DO INFRATOR, O GRAU DE INSTRUÇÃO E A SUA SITUAÇÃO ECONÔMICA. OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGRAVO INTERNO DO IBAMA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nota-se dos autos que o ajuizamento da ação penal pública ambiental visava à recuperação da área degradada mediante o plantio de mudas nativas, bem como à condenação com o pagamento de multa. 2. **A fixação da multa fora estipulada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, em especial, considerando a baixa capacidade econômica do infrator, em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.** Assim, mostra-se inviável, em sede de Recurso especial, a análise de tais premissas fáticas, pois demandaria necessariamente a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ 3. Agravo Interno do IBAMA a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1371298/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 20/03/2017) – os grifos não constam do original.*

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL.

PARCELAMENTO OU LOTEAMENTO IRREGULAR DO SOLO URBANO (ART. 50, INCISO I, E PARÁGRAFO ÚNICO, I E II, DA LEI N. 6.766/1979). APTIDÃO DA DENÚNCIA. TIPICIDADE. MATÉRIA SUPERADA POR

SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. EXASPERAÇÃO FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. MULTA. REDUÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A denúncia expôs o fato criminoso, com todas as circunstâncias relevantes para o entendimento do caso concreto. A tipicidade penal ressaltada é evidente quando, a partir da descrição fática, imputou-se ao agravante a adesão subjetiva, livre e consciente, ao grupo de pessoas responsáveis pela implantação do loteamento clandestino denominado "Mansões Chácaras do Lago".

(...)

8. A fixação da pena pecuniária deve manter a proporcionalidade para com a pena corporal cominada e, no caso concreto, sem perder de vista a capacidade econômica do agente, uma vez que o tipo penal violado, em seu preceito secundário, já especifica a multa em valores diretos - 10 (dez) a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no País. *9. Agravo regimental provido parcialmente, apenas para reduzir a pena de multa, fixando-a em 60 (sessenta) vezes o salário mínimo vigente à época do fato. (AgRg no REsp 1361945/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)*

Importante destacar, inclusive, que o princípio da eficiência na tutela ambiental é maximizado no momento em que se empreende meios de reparação direta ao meio ambiente ao invés de cobrar valores pecuniários, haja vista que se evita que verba seja destinada para fins diversos do que a reparação daquela área que sofreu o dano.

Ademais, a lógica punitiva estatal deve ser utilizada como última *ratio* em matéria sancionadora administrativa, uma vez que se deve conferir primazia a práticas restaurativas do *status operandi* ético. Neste cenário, mostra-se de fundamental importância o estabelecimento de critérios normativos para regular o processo de conversão. A implementação de programas de *compliance* também atende tal desiderato, permitindo que a empresa retome sua atividade, em conformidade com a regulação estatal, ensejando, assim, o exato cumprimento de sua função social.

Chega-se ao ponto nodal das preocupações do decreto, qual seja o do caráter pedagógico-reparatório da multa ambiental e de sua possível conversão, a ser

manejada com o fim de coibir, com inteligência, senso de proporção e utilidade, violações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nos termos do art. 145, "Por ocasião do julgamento do auto de infração, a autoridade julgadora deverá, em decisão única, julgar o auto de infração e o pedido de conversão da multa", julgamento no qual considerará, acrescenta o § 1º, "as peculiaridades do caso concreto, os antecedentes do infrator e o efeito dissuasório da multa ambiental, e poderá, em decisão motivada, deferir ou não o pedido de conversão formulado pelo autuado", decerto que, di-lo o § 4º, cabendo "recurso hierárquico da decisão que indeferir o pedido de conversão".

A tais pertinentes homenagens ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório também em sede administrativa (CF/88, art. 5º, LIV e LV) aditem-se duas observações: (a) a função punitiva constitui prerrogativa da administração; (b) todo ato que aplica penalidade administrativa é um ato jurídico, destinado que é a restringir ou suprimir direitos, impor obrigações de fazer, de não fazer ou de tolerar, seguindo-se que o seu editor deve zelar por que se apresente íntegra a respectiva estrutura morfológica.

Para bem apreender a natureza e os limites da primeira observação, é necessário conceituar prerrogativa, que se não confunde com privilégio. No jargão do direito público, prerrogativa traduz um dever-poder de agir com o fim de assegurar a satisfação do interesse público. Não se trata de um direito propriamente, muito menos de um direito personalizado, como na excepcionalidade do privilégio. Prerrogativa exprime um dever que compele o agente público a agir, sob pena de omissão de seu dever funcional, sempre que perceba em risco o adequado desempenho da função pública. Não lhe é facultado agir. É de seu dever jurídico agir.

Aplicando-se o conceito de prerrogativa ao tema ambiental, entenda-se que ao gestor público não se concede escolher entre punir e não punir o causador do dano. É de seu dever puni-lo, desde que, respeitadas as garantias da defesa e do contraditório em processo regular, resulte comprovada a falta atraente da sanção. A esse dever servem poderes meramente instrumentais de agir. Não o poder como manifestação de prestígio ou força, mas o poder como instrumento de ação subordinada a um dever indesviável. Se a autoridade deixa de punir quando era o caso de fazê-lo, ou pune inadequadamente - com excesso ou indulgência -, estará agindo com abuso de poder ou desvio de finalidade, figuras igualmente caras aos essenciais fundamentos do direito público, cuja incidência corrompe

a idoneidade do desempenho do cargo público. Por isto que toda prerrogativa está limitada pelos fins legais que a circunscrevem: no caso de dano ambiental, a prerrogativa de aplicar sanções se justifica em face de comprovada violação. Nem mais, nem menos.

A segunda observação deve pautar o agir da autoridade administrativa por técnica e precisão. Todo ato punitivo, sendo, como é, um ato administrativo, deve nascer e sustentar-se a partir do exercício regular da competência do órgão e do agente; veiculado pela forma escrita e na sede processual que lhe atestem a seriedade; tendo por conteúdo um objeto de inequívoco interesse público; enunciando os motivos que lhe demonstrem a juridicidade (fatos verazes e comprovados, submetidos a normas regentes de inuidosa incidência no caso concreto, fatos e normas sopesados com razoabilidade e proporcionalidade); de sorte a alcançar os resultados justificadores da finalidade do regime protetivo do meio ambiente.

Toda atenção deve ser posta para precaver vícios de competência (a sanção ser imposta por autoridade que não era a competente); de forma (o instrumento formalizador da sanção não era apto a expressá-la); de objeto (a sanção aplicada esconde o propósito de prejudicar o autuado, e, não, o de tão só conformar-lhe a conduta aos ditames da preservação ambiental); de motivo (os fatos puníveis inexistem, ou não são aqueles que embasaram a sanção, ou esta adotou severidade incompatível com o grau da falta); de finalidade (a sanção em pouco ou nada contribuirá para que se obtenha o resultado planejado com a execução da multa ou a sua conversão em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, tismada pela conduta do autuado).

Em presença de vícios comprometedores dos elementos de sua estrutura morfológica - competência, forma, objeto, motivo e finalidade -, o ato da sanção estará sujeito à invalidação, seja por autoridade administrativa hierarquicamente superior, em cuja competência funcional se insira a revisão do ato sancionador, ou da autoridade judiciária, se o penalizado provocá-la pela via própria.

DO TRANSCONSTITUCIONALISMO À TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE – PRIMEIRA PARTE

*José Alfredo dos Santos Júnior, Doutorado pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra, Portugal*

1. ENTRE A CONCEPÇÃO PÓS-MODERNA DA MODERNIDADE, A RAZÃO TRANSVERSAL, O TRANSCONSTITUCIONALISMO E A TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE

“Die Strukturen transversaler Vernunft - die Aufforderungen, welche sie enthält, und die Kompetenzen, die sie begründet - vermögen auch Lebensformen zu prägen. Transversale Vernunft ist imstande, unser Denken und Verhalten zu modifizieren und ihm (in oft unmerklichen Prozessen) andere Konturen zu verleihen. Manchmal geht es anscheinend sogar um weniger: nur um einen anderen Stil oder eine neue Nuance - aber unter uns Menschen kommt so vieles auf die Nuancen an.”

(Wolfgang Welsch, Vernunft, Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft, Suhrkamp, 1996, p. 948.)

1.1. Por uma teoria da constituição dentro de seu tempo

Esta investigação nasceu da curiosidade e da incompreensão das várias teses que aspiram um lugar proeminente na teoria da constituição. Ao que parece as teorias clássicas, de Kelsen, Schmitt, Heller, Hart, Smend, Ross não permitem uma adequada compreensão da atual pluralidade constitucional, marcada por novos desafios que exorbitam as fronteiras dos respectivos estados e alcança outras ordens jurídicas, inclusive não-estatais. O jurista e filósofo François Ost, inaugura sua obra *“De la Pyramide au réseau”*, com a constatação de que Kelsen,

Hart, Ross, alguns dos melhores intérpretes do pensamento jurídico escreveram suas obras em meados do século XX, que apesar das catástrofes políticas, ainda prevalecia uma visão de mundo caracterizada pela ordem e estabilidade. Decerto tal ordem e estabilidade não mais existem, pois hoje não estamos em condições de identificar uma ordem política centrada exclusivamente no estado, com poder supremo na ordem interna e soberano nas relações internacionais. Sem evidentemente excluir, o diagnóstico de que a ordem jurídica fundada *in toto* na norma, imperativa e unilateral, sob ameaça de coerção habita outro tempo-histórico¹. Nos inícios do século passado, quando das formulações clássicas da teoria constitucional os desafios eram outros. Neste intervalo que nos separa de Kelsen, Hart e Ross o mundo drasticamente mudou, sem qualquer pretensão de apresentar um rol exaustivo. Ost acaba por invocar, a globalização dos mercados financeiros, a crescente interdependência entre as economias, o surgimento da sociedade de informação, a integração europeia, o enfraquecimento da capacidade de ação dos estados, a emergência do poder privado (corporações transnacionais e organizações não-governamentais), aumento do poder dos juizes, culto dos direitos humanos, multiculturalismo no interior do estado-nação, etc².

Portanto, urge uma teoria da constituição orientada para a realidade política, social e econômica do nosso tempo. Não podemos, e sobretudo não devemos centrar os nossos esforços teóricos em ícones de uma memória histórica esquecida. Já não é possível pensar a teoria da constituição com base na “unidade da ordem jurídica” ou na “unidade do Estado”. Neste sentido, ou conservaremos a teoria da constituição como memorial de uma realidade falecida ou esforçaremos-nos verdadeiramente por uma teoria da constituição dentro do seu tempo. Se por um lado é fácil diagnosticar as insuficiências da teoria da constituição e do direito constitucional, por outro lado é bastante difícil formular novas categorias teóricas, conceitos e métodos de conhecimento no contexto da pós-modernidade. Sem a pretensão de abarcar todas as vicissitudes da teoria da constituição, podemos principiar por apontar que a constituição fora concebida como complexo normativo hierarquicamente superior e bastante para decidir os problemas jurídicos surgidos numa comunidade constitucionalmente organizada. Nesta senda, decerto as constituições programaticamente dirigentes

¹ OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, nº 94, 2002, p. 11.

² *Ibid.*, p. 12.

representam a forma mais apurada de auto-suficiência normativo-constitucional³. As constituições dirigentes impregnadas de pretensões emancipatórias comprometem a pluralidade e os dissensos. O *telos* deste modelo implica renúncia aos diferendos e aos litígios ideológicos em razão da força conformadora que acaba por exercer sobre toda a sociedade. A essência da democracia parece residir na presunção fundamental de que na sociedade existem pretensões diferentes, igualmente legítimas, e em última análise irreconciliáveis. Neste sentido, a democracia como forma política de institucionalização do dissenso legítimo representa a intenção política da pós-modernidade. Portanto, a pós-modernidade é tão radicalmente plural que somente se pode realizar de forma democrática. Em essência a democracia está tão constitutivamente definida pela pluralidade, que somente se realiza de modo pós-moderno⁴.

Em segundo lugar, o direito constitucional e a teoria da constituição desenvolveram-se a partir da concepção estado-soberano. Com o aprofundamento das relações políticas, econômicas e culturais entre estados os problemas de direito constitucional ultrapassaram as respectivas fronteiras, tornando-os relevantes para outras ordens jurídicas, inclusive não-estatais. Hoje a solução de um problema constitucional poderá invocar tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais. Atento e sensível a esta complexidade, o brilhante jurista Marcelo Neves formulou a tese do transconstitucionalismo. Convém esclarecer que esta irrisignação para com a teoria da constituição é compartilhada já algum tempo por ilustres cultores do conhecimento como Lucas Pires⁵, Bruce Ackerman⁶, Pernice⁷, Canotilho⁸,

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, p. 1345.

⁴ WELSCH, Wolfgang, *Postmoderne-Pluralität als ethischer und politischer Wert*, Köln, 1988, p. 55; *Unsere postmoderne Moderne*, p. 182; *Wege aus der Moderne. Schlüsseltexte der Postmoderne-Diskussion*, Weinheim, 1988, p. 39.

⁵ LUCAS PIRES, Francisco, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (seu sentido, problemas e limites)*, Almedina, 1997.

⁶ ACKERMAN, Bruce, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Virginia Law Review* n° 83, 1997.

⁷ PERNICE, Ingolf, *Deutschland in der Europäischen Union*, in Josef Insensee e Paul Kirschhof (orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VIII, Heidelberg: Müller; *Multilevel Constitutionalism and Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, vol. 36, n° 4, 1999; *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review* n° 27, 2002; *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe*, Humboldt-Universität zu Berlin, paper n° 7, 2004; *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, in *The Columbia Journal of European Law*, vol. 15, n° 3, 2009.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Interconstitucionalidade e Interculturalidade*, in “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Almedina, 2008.

Maduro⁹, Tushnet¹⁰, dentre outros. A tese do transconstitucionalismo surgiu da constatação de que os problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornaram-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica¹¹. Neste sentido, o direito constitucional se emancipa *relativamente* do estado, pois é cada vez mais comum o envolvimento de duas ou mais ordens jurídicas na solução de certos problemas constitucionais. O autor recorre ao conceito de razão transversal de Welsch, mas reconhece que se afasta desta construção para centrar os seus esforços nos limites e nas possibilidades de existência de racionalidades transversais parciais, o que chama de “*pontes de transição*” tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais quanto entre ordens jurídicas. Ele aponta para a necessidade de promoção de “*conversações constitucionais*”, do fortalecimento de entrelaçamentos entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. Também propõe a superação do conceito de acoplamento estrutural entre sistemas funcionais (Niklas Luhmann) pelo conceito de racionalidade transversal com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as esferas da sociedade. Neste sentido, considera a constituição não apenas como um acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, mas como um mecanismo da racionalidade transversal entre a política e o direito. Em poucas linhas, o autor defende o transconstitucionalismo como fator de integração sistêmica da sociedade hipercomplexa, entretanto com uma forma diferenciada de comunicação entre as esferas.

1.2. Na constelação “pós” nem todas posturas pós-metafísicas são pós-modernas e nem todas posturas pós-modernas são pós-metafísicas

Consideramos imprescindível a compreensão dos pressupostos teóricos que alicerçam a tese do Professor Marcelo Neves, só assim estaremos em condições de testar a coerência da tese do transconstitucionalismo no horizonte de

⁹ MADURO, Miguel Poiães, *Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action, in Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003; *Europe and the Constitution: What if This Is as Good as It Gets?* in *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, 2003; *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *The European Charter of Fundamental Rights*, Baden-Baden, Nomos, 2003; *The Importance of Being Called A Constitution: Constitutional Authority and the Authority of Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol 3, 2005; *A Constituição Plural: Constitucionalismo e União Européia*. Cascais: Principia.

¹⁰ TUSHNET, Mark, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, disponível in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1317766>.

¹¹ NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*. São Paulo: tese apresentada à Faculdade de Direito da USP em concurso para provimento do cargo de professor titular de direito constitucional, introdução, XV.

possibilidades, que se converteu hoje a teoria da constituição. Principiaremos por uma breve incursão na obra de Welsh, a partir da mudança de paradigmas, do unitário para o pluralista, do metafísico para o pós-metafísico, do moderno para o pós-moderno. Inicialmente, convém esclarecer que pós-metafísica e pós-modernidade não coincidem totalmente, vez que nem todas posturas pós-metafísicas são pós-modernas, o melhor exemplo temos em Habermas, que declara superada a filosofia do sujeito e da consciência pelo paradigma linguístico-comunicativo, no entanto almeja recuperar o projeto iluminista com tom normativo, e para além disso acusa o pensamento pós-moderno de neoconservadorismo e irracionalismo. Portanto, nem todas posturas pós-modernas são pós-metafísicas, o pensamento pós-moderno somente será pós-metafísico se afirmar sem reservas a pluralidade e renunciar no âmago toda e qualquer intenção de restauração da unidade total. Assim, o pensamento moderno será pós-moderno se afirmar a pluralidade como condição elementar e irreduzível da realidade, sem nostalgia por uma unidade perdida e última. Por outro lado, o pensamento pós-moderno será moderno ou pré-moderno se afirmar explícita ou implicitamente a unidade como condição básica da realidade. Na verdade, subjacente ao debate modernidade/pós-modernidade é possível identificar a tensão entre as concepções unitarista e pluralista da razão e da realidade. A aceitação da pluralidade radical somente se dá no pensamento pós-moderno e pós-metafísico. Não obstante, a aceitação da pluralidade ocorre tanto no pensamento moderno quanto no pós-moderno. A diferença reside na forma pela qual a pluralidade é encarada, se por um lado há teóricos que consideram a pluralidade como uma espécie de doença que reclama algum tipo de intervenção unitarista (Habermas). Por outro, há aqueles que festejam a pluralidade como sintoma de saúde e como tratamento antitotalitarista e anti-unitarista (Lyotard). Portanto, a fronteira entre a modernidade e a pós-modernidade está no reconhecimento efetivo da pluralidade.

1.3. “Unidade plural” e não unidade no plural

O pensamento da pluralidade afasta-se da idéia repressora de unidade, entendida como totalidade e identidade. O reconhecimento da pluralidade obriga a Welsh a revisar radicalmente o conceito de unidade, assim a unidade não pode ser pensada já como identidade do todo e da parte e sim como *relações e conexões plurais*. Assim, a unidade será unidade plural e não unidade

no plural. Neste sentido, Wittgenstein denuncia o despotismo da abstração idealista: a unidade se dá como se dá, quando se dá e do modo em que se dá, nem sempre univocamente, nem definitivamente, nem identicamente, nem necessariamente¹². O problema da unidade-pluralidade não se resolve pela negação *a priori* de quaisquer dos seus termos. Nem à Lyotard, que ao afirmar a pluralidade rechaça preventiva e demasiadamente a unidade em qualquer de suas formas, incapacitando-se para explicar a pluralidade, vez que sem algum tipo de unidade a pluralidade torna-se irreconhecível. Muito menos à Habermas, que teoricamente reconhece a pluralidade, mas enfraquece-a com adoção de posturas modernas comunicativo-discursivas¹³. Igualmente não se resolve pela afirmação exclusiva de um dos termos. Se por um lado a afirmação absoluta da unidade conduz a repressão, por outro, a afirmação absoluta da pluralidade leva a desintegração. Para Welsch o debate modernidade/pós-modernidade gira em torno do *conceito de razão*. Para o pensamento da pluralidade, a razão não poderá ser unitarista, ou seja, pretender salvar a unidade a qualquer preço, com a constituição de sínteses últimas ou consensos¹⁴. A essência da pluralidade reside precisamente na possibilidade de dissensos. A razão que reconhece efetivamente a pluralidade não considera fracasso, se ao final da análise não se puder chegar a uma unidade ou consenso. Basta apenas o desejo de unidade, esta poderá existir ou não, mas jamais poderá decorrer de uma imposição/suposição. Neste sentido, o pensamento da pluralidade é anti-unitarista, entretanto não é necessariamente um pensamento anti-unidade, contrário a toda e qualquer forma de unidade. A pluralidade pode ser diversamente apreendida, em Lyotard a pluralidade fora concebida exclusivamente a partir da heterogeneidade absoluta, de modo mosaico e atomista, sem transitividade ou conectividade possível entre as racionalidades ou gêneros de discurso, sem dúvida fruto de uma interpretação exacerbada do arquipélago Kantiano e dos jogos de linguagem wittgensteinianos. Esta pluralidade acaba por ser irreal, pois não há separação absoluta entre as racionalidades ou discursos. Parece-nos que para cada tipo de

¹² WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, vol. 1, Frankfurt a. M., 1993, p. 225-618.

¹³ HABERMAS, Jürgen, *The Theory of Communicative Action*, trad. Thomas McCarthy, vol. 2, Boston: Beacem Press, 1984, vol. I, p. 397. Para WELSCH há o primado da auto-compreensão sobre a comunicação, pois toda a comunicação intersubjetiva baseia-se sobre a implantação interna da razão. Todos os nossos processos de comunicação exigem uma compreensão do argumento e do ponto de vista da outra pessoa (sujeito-reflexão interna). Daí o primado do sujeito interno ao longo da comunicação intersubjetiva. Cf. WELSCH, Wolfgang, *Reason and transition on the concept of transversal reason*, p. 3, <http://www2.uni-jena.de/welsch/>

¹⁴ HEGEL, Friedrich, *The Difference Between Fichte's and Schelling's System of Philosophy*, Albany: State University of New York, 1977, p. 90.

racionalidade ou discurso pertencem constitutivamente componentes de outros, não são absolutamente autônomos, e para além disso entre eles há *transitividade*.

1.4. Pluralidade a partir da heterogeneidade e conectividade

O filósofo Welsch concebe a pluralidade a partir da heterogeneidade e da conectividade, assim os momentos de imbricações entre o diferente converte a pluralidade externa em pluralidade radical interna. Ou em outros termos, ele internaliza o princípio da pluralidade dentro de cada paradigma, o que permite o reconhecimento tanto do outro como do outro em si mesmo. Neste sentido, a pluralidade não é só um fenômeno externo, mas um princípio constitutivo e interno da estrutura do racional e do real. Decerto esta forma de pensar a pluralidade alcança tanto a pluralidade em si mesma quanto a unidade. A referida conectividade exterioriza-se a partir de um complexo rizomático com cruzamentos, imbricações, interseções e transições entre paradigmas e âmbitos de racionalidades, o que efetivamente potencializa tanto a pluralidade quanto a unidade. Convém esclarecer que o pensamento pós-metafísico enquanto pensamento da complexidade afasta-se das idéias de simplicidade, ordem sistemática e totalidade conclusa para sustentar a complexidade, a inabarcabilidade e ilimitabilidade da realidade plural e da racionalidade. Portanto, simplicidade, transparência e ordem são conceitos insuficientes para dá conta da complexidade crescente da realidade¹⁵. Neste sentido, a razão enquanto pensamento da complexidade não pode conceber-se como uma competência de simplificação, mas sim analítica de mediação e transição entre as constelações racionais, sem qualquer pretensão de concluir em sistema. Se por um lado é possível estabelecer pontes de unidade onde aparentemente reina a heterogeneidade, por outro, a heterogeneidade onde aparentemente predomina a unidade. Eis as potencialidades da razão pensada a partir da complexidade. A pluralidade radical para ser pensada enquanto tal, exige considerar a complexidade interna de qualquer paradigma. Neste sentido, o modelo moderno de tipos autônomos de racionalidade – cognitiva/objetiva, prático/moral e estética/expressiva é insuficiente, pois as fronteiras do racional não são tão nítidas como se pensava. Hoje mais do que nunca adquirem

¹⁵ LYOTARD, J. F. *Le postmoderne expliqué aux enfants*, Paris, 1986, p. 112. “L’exigence de simplicité apparaît en général, aujourd’hui comme une promesse de barbarie. (...) Il apparaît déjà que la simplification est barbare, réactive”.

relevância as zonas fronteiriças, os espaços cinzentos, o que impede a elaboração de um mapa definitivo entre as racionalidades. Portanto, o pensamento da complexidade oferece-se como pensamento antitotalitário e anti-sistêmico.

O transconstitucionalismo parece ser fruto da simbiose entre a tese da razão transversal de Welsch e da teoria dos sistemas de Luhmann. Temos sérias dúvidas quanto à possibilidade de tal aproximação. Não obstante o autor enfatize a tentativa de reconstruir a razão transversal a partir de outros pressupostos teóricos¹⁶. O que se verifica efetivamente é a transposição-projeção da idéia de transversalidade para o universo do funcionalismo sistêmico jurídico como ferramenta corretiva dos “ruídos de comunicação” entre os subsistemas sociais, dada a insuficiência do denominado “acoplamento estrutural”. A razão transversal fora pensada para atuar na relação entre as racionalidades e tem por escopo o estabelecimento de cruzamentos, imbricações, interseções e transições entre paradigmas e âmbitos de racionalidades. O que Welsch propõe é essencialmente uma nova concepção de razão. A razão transversal não é um conceito específico da razão, mas a forma fundamental da razão como tal. Portanto, a razão seria determinada pela transversalidade. Os acoplamentos estruturais, em essência, constituem mecanismos de irritações entre subsistemas sociais. Ocorre que estas irritações apenas possibilitam que cada sistema ponha reciprocamente à disposição do outro complexidade desordenada, o subsistema que a recebe possui apenas uma complexidade incompreensível por operar com outros códigos¹⁷. Neste sentido, fica excluída a possibilidade de que a complexidade de um subsistema torne efetivamente acessível ao outro. O jurista Marcelo Neves parece partir desta incapacidade comunicacional entre os subsistemas para sustentar a construção de uma racionalidade transversal entre as esferas autônomas de comunicação, que possibilitará o intercâmbio construtivo entre os subsistemas ou discursos. E conclui com idéia de que racionalidade transversal e acoplamento estrutural seriam afins, pois a afirmação da primeira pressupõe a existência do segundo, entretanto, a noção de racionalidade transversal importaria um *plus* em relação à de acoplamento estrutural¹⁸. Obviamente sem estar em condições ainda de exprimir juízos peremptórios, parece-nos demasiadamente redutora a utilização que é dada a tese da razão transversal de Welsch nos escritos de Neves.

¹⁶ NEVES, op. cit., p. 33

¹⁷ LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. 1984, Frankfurt: Suhrkamp, p. 291.

¹⁸ NEVES, op. cit., p. 33.

1.5. Por uma razão transformada

Welsch propõe um conceito transformado de razão que passa pela aceitação da impossibilidade de uma “razão una e pura”¹⁹. A razão demandada pela complexidade é uma “razão débil” e o sujeito capaz de desenvolvê-la neste novo contexto é um sujeito “débil” (Vattimo). Hoje a crítica da razão pura converte-se em crítica da razão plural e complexa. A razão não pode, sobretudo não deve ser pensada como super-instância reflexiva que insiste em não enxergar o real. Os problemas que se colocam com aceitação da realidade plural podem ser resumidos a partir de duas perguntas capitais, a saber: α) como pensar a unidade em um contexto de pluralidade, sem necessidade de invocar um tipo de síntese última, que em última análise não responderia adequadamente à pluralidade? β) Como pensar a pluralidade sem necessidade de negar qualquer forma de unidade? Para Welsch a resposta está na razão transversal, que concomitantemente respeita a unidade e a pluralidade sem absolutizá-las nem enfraquecê-las, de forma a evitar que a unidade culmine em totalidade e a pluralidade em desintegração. Sem dúvida, as vantagens da razão transversal são evidentes, se por um lado permite submeter a crítica a própria pluralidade, por outro impede os extremismos tanto unitaristas quanto pluralistas. Neste sentido, o objetivo é aprofundar o conceito de pluralidade e dotá-lo de dignidade, a partir da reformulação da razão para além da metafísica. Não seria nenhum exagero afirmar que a razão transversal trouxe luz para discernir entre “pós-modernidade honorável” e outras formas difusas ou integracionistas de pós-modernidade, como pretendia Lyotard.

1.6. A racionalidade no contexto da pluralidade

Para a adequada compreensão da tese da razão transversal, impõe-se num primeiro momento a realização de uma breve reflexão sobre a racionalidade no contexto da pluralidade. Welsch propõe a transformação constitutiva do conceito de razão, ou por outros termos, pensar a razão a partir da pluralidade radical²⁰. Ele considera que o debilitamento da razão não é motivo suficiente para

¹⁹ LYOTARD, *Le postmoderne expliqué...* p. 104; SCHNÄDELBACH, H., *Zur Rehabilitierung des “animal rationale”*, *Vorträge und Abhandlungen* 2, Frankfurt a M., 1992, p. 76.

²⁰ WELSCH, *Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*, Frankfurt a M., 1995, p. 429; *Rationality and reason today*, in *Criticism and Defense of Rationality in Contemporary Philosophy*, eds. Dane R. Gordon and Józef Niznik, Amsterdam: Rodopi, 1998, 17-31.

o seu abandono ou mesmo para a decretação do seu fim. Pelo contrário, esta razão débil revela-se como gérmen de um novo tipo de razão²¹. Inicialmente, ele aponta a contradição das críticas formuladas em face da razão, vez que se dão a partir da própria razão. São críticas da razão por meio da razão²². A racionalidade na contemporaneidade caracteriza-se sobretudo pela sua institucionalização objetiva e pela pluralidade²³. O fenômeno da institucionalização da racionalidade ilustra a negação progressiva de uma racionalidade ligada a filosofia do sujeito e da consciência e a afirmação de uma racionalidade objetivada em instituições com competências próprias. O que significaria um “salto” perigoso da razão subjetiva para razão objetiva. Até mesmo a utilização da palavra razão tem sido evitada, para não despertar suspeitas metafísicas e especulativas. Racionalidade, ao contrário, é considerada uma expressão com mais solidez científica, mais operativa, mais objetiva, mais funcional – perigosamente funcional. Neste sentido, a racionalidade teria se emancipado da razão, ou seja, teria se objetivado²⁴. Isto é, da razão subjetiva à razão objetiva, do conceito de razão como faculdade de reflexão a um conceito de razão objetivada, com conteúdo racional concreto, cristalizado em instituições e sistemas sociais diferenciados, como direito, política, economia, ciência, educação, arte, etc. Esta idéia encontra-se onipresente na filosofia e sociologia, sendo possível identificá-la no pensamento de Weber, Habermas, Foucault, Luhmann. Todos estes teóricos tem em comum a idéia de que a modernização coincide com um processo de racionalização das estruturas e dos sistemas sociais, caracterizado pela especialização, profissionalização e institucionalização. O que supõe necessariamente o deslocamento da racionalidade do âmbito da subjetividade para o da objetividade. O desafio para Welsch consistirá, justamente, em resgatar um conceito de razão que não se reduz a racionalidade, mas um conceito de razão que pode operar em meio a racionalidade objetivada sem sucumbir aos imperativos sistêmicos e funcionalistas. Seria uma razão intermédia, nem razão sistêmica e nem razão “das luzes”, dotada de estruturas *a priori* com valor universal²⁵. No que concerne à tese do transconstitucionalismo, a aproximação empreendida entre razão transversal e teoria dos sistemas parece-nos intrinsecamente inconciliável, haja vista o distanciamento que Welsch mantém das construções que objetivam a

²¹ Ibid, p. 427; Und sie bewegt uns doch. Vernunft nach ihrer Kritik, in *Universitas*, 42/12, 1991, p. 1130-1146.

²² Ibid, p. 428.

²³ Ibid, p. 429.

²⁴ Ibid, p. 430.

²⁵ Ibid, p. 602.

razão. Portanto, a razão transversal não se renderia aos imperativos sistêmicos e funcionalistas.

O fenômeno da pluralidade parece ser um fato incontestável no contexto atual da racionalidade: fragmentação e separação da racionalidade em esferas diferentes com competências próprias. A pluralidade tem sido reconhecida por diversas propostas, podemos aferir, entre outras nas de Weber do politeísmo de valores e diferenciação das esferas de racionalidade; Habermas na diferenciação dos âmbitos de racionalidade e pretensões de validade; Wittgenstein, nos jogos linguísticos; Lyotard na heterogeneidade e pluralidade dos gêneros de discursos. Certamente, com a pluralidade consolida-se a transição de uma concepção unitária de razão para uma concepção diferenciada de racionalidade. Entretanto, esta pluralidade traz consigo algumas dificuldades, o risco de atomização e de desordem racional, por exemplo. A atomização decorre da especialização ocorrida no seio da racionalidade. Se por um lado a atomização contribui para precisão e produção de conhecimento mais exaustivo, por outro traz consigo os riscos do despotismo de um determinado tipo de racionalidade sobre os demais. Em face desta tendência, Welsch apresenta como antídoto uma análise mais profunda da própria pluralidade. Ele considera que atomização e fragmentação não são as últimas palavras do processo de pluralização, mas ao mesmo pertencem constitutivamente cruzamentos, transições, ligações, conexões e interseções entre os tipos de racionalidades e dos conjuntos de paradigmas. Neste sentido, o modelo insular da heterogeneidade de Lyotard é irreal, pois em verdade o terreno da racionalidade forma-se a partir de uma teia ou rede de conexões em níveis e escalas diferentes. Sem dúvida, o modelo de rede afasta o problema de atomização, todavia gera outros, como perda de transparência, precisão e ordem. Neste sentido, as implícitas uniões e transições entre os tipos de racionalidades conduzem a uma falta de clareza e ordem à racionalidade em sua totalidade, que parece insolúvel²⁶. Entretanto, ele considera justamente esta complexidade e impossibilidade de aceder a uma visão global da racionalidade a descoberta decisiva em matéria de racionalidade²⁷. Portanto, Welsch não demoniza a pluralidade e esforça-se para formular uma razão que dê conta tanto da unidade quanto da pluralidade.

²⁶ Ibid, p. 435.

²⁷ Ibid, p. 573.

1.7. Distinção entre razão e racionalidade

O pensamento pós-moderno parece sustentar o fim da distinção entre razão e racionalidade²⁸. Welsch neste aspecto aproxima-se de Kant que considera que a razão nunca manteria uma relação imediata com os objetos, mas somente com o entendimento²⁹. Em outras palavras, enquanto a racionalidade lida com os objetos, a razão cuida das formas de racionalidades. Welsch distingue racionalidade de razão dentro do contexto da atual pluralidade. Racionalidade corresponderia ao que normalmente se há entendido por conhecimento - “*Verstand*” - o que conduz a formação de áreas específicas, com competências próprias, tal como desenvolveu-se a modernidade. Razão - “*Vernunft*” - corresponderia a uma competência operativa no âmbito global da racionalidade e a uma competência analítica das relações entre as distintas esferas da mesma. Assim a racionalidade teria por objeto a separação, e a razão as inter-relações³⁰. Embora sejam distintas razão e racionalidade estas não devem ser separadas³¹. A razão é inerente à racionalidade, pois a racionalidade utiliza os operadores lógicos que nós identificamos na razão. Portanto, a razão é necessária à racionalidade³² e a mesma conduz à correção da estreiteza da racionalidade³³. Se por um lado a razão não pode assumir a responsabilidade dos tipos de racionalidades para fazer afirmações sobre objetos e de constituir domínios. Por outro, a racionalidade não pode assumir a responsabilidade da razão para esclarecer as relações entre as racionalidades. Portanto, razão e racionalidade, embora diferentes, completam-se³⁴. A razão em relação às racionalidades mostra-se soberana, pois não está vinculada a conteúdos específicos. Neste sentido a razão é pura. Todavia, ela atua por meio de operadores lógicos, tais como, o princípio do contraditório, as categorias elementares, como identidade e diferença; singularidade e multiplicidade; constância e mudança; causa e efeito; motivo e consequência; conformidade e contradição; potencialidade e necessidade; unidade e totalidade, particularidade, coerência, dentre outras. Portanto, a razão é essencialmente

²⁸ WELSCH, Wolfgang, Reason and transition on the concept of transversal reason, p. 1, <http://www2.uni-jena.de/welsch/> ; Rationality ... p. 20.

²⁹ KANT, Immanuel, Critique of Pure Reason, New York: St. Martin's Press, 1965, p. 532 f. [A 643].

³⁰ WELSCH, Vernunft, p. 437 ss. ; Reason: traditional and contemporary or why should we still speak of reason after all ? in International Philosophy Today, vol. IV, Beijing, 2000, p. 65-66.

³¹ Idem, Reason ... p. 2.

³² Ibid, p. 9.

³³ Ibid, p. 10.

³⁴ Ibid, p. 10 ; Rationality ... p. 21.

uma capacidade lógica³⁵. Não obstante os tipos de racionalidades sejam a matéria principal da atividade da razão, não devemos olvidar que a razão também reflete sobre seus próprios procedimentos³⁶. A própria razão é titular de princípios lógicos e é neste sentido pura, e necessita ser pura para merecer o nome de razão. Mas também os operadores lógicos representam precisamente as ferramentas de auto-purificação da razão. Neste sentido, a razão carrega em si mesma a obrigação de auto-purificação, bem como os meios de sua auto-crítica. Portanto, a auto-purificação representa uma dinâmica indiscutível da razão³⁷. Muito especialmente a outra face da pureza da razão está na impossibilidade de uma meta-ordem, pois sendo destituída de conteúdo material, a razão não estabelece uma meta-ordem³⁸. Portanto, a razão é justamente a faculdade de questionar e refletir sobre todos os conteúdos, todos os conjuntos de princípios básicos, alegadamente, todas as ordens. Decerto este aspecto é crucial para a discussão sobre razão e para a idéia de razão transversal³⁹.

Neste aspecto Welsch aproxima-se de Wittgenstein que acreditava na impossibilidade de uma metafísica⁴⁰. Raciocinemos *a contrario sensu*, se a razão estivesse realmente de posse de um conjunto de princípios fundamentais e repleta de conteúdo, ou seja, constituísse uma meta-ordem para toda a nossa compreensão, então a razão, não seria razão, mas apenas um outro tipo de racionalidade. Portanto, a pureza da razão e a impossibilidade de uma meta-ordem decorrem simplesmente da compreensão da razão como faculdade reflexiva⁴¹. Parece que Welsch faz um diagnóstico preciso quando afirma que a maioria de nossa atividade filosófica e científica é realizada através da racionalidade e o seu núcleo reside na argumentação (silogismo). Entretanto, o alcance da argumentação é limitado porque depende da certeza das premissas e as primeiras premissas não podem ser asseguradas pela via da argumentação. Por outro lado, a busca de premissas mais profundas pode conduzir a uma

³⁵ Ibid, p. 7.

³⁶ Ibid, p. 10 ; Reason: traditional and contemporary or why should we still speak of reason after all ? p. 72.

³⁷ Ibid, p. 8.

³⁸ WELSCH, Rationality ... p. 22 ; Reason: traditional and contemporary ... p. 69.

³⁹ Idem, Reason ... p. 8.

⁴⁰ Cfr. WITTGENSTEIN, Ludwig afirmou: “We might so present all that we have to say that (i. e. the impossibility of a metaphysics) this would appear as a leading principle” in *Philosophical Grammar*, Los Angeles: University of California Press, 1974, Pt. I, 72, p. 116. Neste mesmo sentido: “All that philosophy can do is to destroy idols. And that means not making any news ones – say out of ‘the absence of idols’” Idem, “Big Typescript”, p. 413, von-Wright nº 213 apud Anthony Kenny, *Wittgenstein on the nature of philosophy in The Legacy of Wittgenstein*, New York: Blackwell, 1984, p. 42.

⁴¹ WELSCH, *Reason* ... p. 9.

regressão infinita⁴². Assim, a razão é necessária para garantir as primeiras premissas, neste sentido a razão precisa ser diferente na sua estrutura em relação às racionalidades e à argumentação. Parece que a filosofia tradicional viu a necessidade de conceber duas faculdades cognitivas: a razão como responsável pelos primeiros princípios e a racionalidade como competência para operar e argumentar com base nestes princípios⁴³. Em Kant a razão já não fornece os primeiros princípios de cognição. Ela apenas fornece a perspectiva de totalidade, levando-nos a estar insatisfeito com o parcial. Os princípios primeiros são fornecidos pela racionalidade. Assim, a racionalidade torna-se mais poderosa que a razão. Agora é a racionalidade que fornece os princípios constitutivos da cognição, ao passo que a razão desempenha apenas um papel secundário, fornecendo idéias regulativas. Em síntese, a racionalidade retoma o antigo papel da razão: a prestação dos primeiros princípios⁴⁴. Sem excluir evidentemente que hoje a defesa da abolição da razão é uma consequência tardia da mudança iniciada por Kant⁴⁵. Neste sentido, Feyerabend paradigmaticamente já proclamou: “*Farewell to Reason*”⁴⁶. Como a racionalidade estabelece os seus próprios princípios, a razão não seria mais necessária. Welsch concorda que a razão em seu sentido tradicional como fornecedora dos princípios primeiros já não é sustentável, pois a racionalidade assumiu este papel⁴⁷. Todavia, ele defende a necessidade de uma razão renovada. Qual faculdade usamos quando distinguimos os vários tipos de racionalidades? Decerto, isto não pode ser feito por qualquer tipo de racionalidade. Portanto, a existência da razão é *conditio sine qua non* para a teoria dos diferentes tipos de racionalidades⁴⁸.

O que precisamos levar em consideração é que a razão em relação à racionalidade não é um elemento externo, mas um processo interno. Portanto, a razão e a racionalidade são diferentes camadas e modos funcionais da atividade reflexiva. O que Welsch exemplarmente propõe é a razão e a racionalidade novamente juntas como dois modos da capacidade reflexiva. Ele não é contrário à racionalidade, apenas não aceita a tese do “Adeus à razão” vivamos com as

⁴² Idem, Reason: traditional and contemporary or why should we still speak of reason after all ? p. 66.

⁴³ Ibid, p. 67.

⁴⁴ Ibid, p. 68.

⁴⁵ Ibid, p. 69.

⁴⁶ FEYERABEND, Paul, Farewell to Reason, New York/London: verso 1987.

⁴⁷ WELSCH, Reason: traditional and contemporary ... p. 71 e 76.

⁴⁸ Ibid, p. 72.

racionalidades⁴⁹. Parece que a tese do transconstitucionalismo desconhece e por desconhecer afasta-se da distinção realizada por Welsch entre razão e racionalidade. Após a transposição-projeção da idéia de transversalidade para a teoria dos sistemas, o autor chama razão transversal de racionalidade transversal⁵⁰. Decerto o problema terminológico é *minus*, se comparado com os desdobramentos teóricos que podem está em causa. Como já vimos, Welsch afasta-se claramente das tentativas de objetivação da razão e atribui competências distintas à racionalidade e à razão. Para além disso, o autor parece cometer uma incongruência quando afirma que Welsch "(...) não aceita a concepção pós-moderna da inexistência de metadiscurso ou de uma meta-narrativa que sirva de referência orientadora dos discursos particulares, especialmente nas relações entre si"⁵¹. Para ele uma das faces da pureza da razão está justamente na impossibilidade de estabelecimento de uma meta-ordem, neste sentido a razão, entendida como capacidade de reflexão, recusa qualquer meta-ordem.

1.8. A "Pós-modernidade honorável"

As objeções formuladas ao termo "pós-moderno" nascem dos mais diversos quadrantes. Inicialmente, a expressão pós-moderna não deve traduzir conotações meramente temporais: um novo momento histórico depois da modernidade, diferente e superador do anterior. Quando, verdadeiramente, a modernidade segue plenamente vigente. Parece-nos que a despedida da modernidade não é real e sobretudo não nos parece desejável. Sem dúvida, é importante realçar a "força expansiva" da expressão que tem penetrado em diversas disciplinas acadêmicas, tais como literatura, arquitetura, filosofia, pedagogia, história, direito, arte, sociologia, psiquiatria, antropologia, etc. O que decerto tem provocado novos enfoques e diferentes perspectivas que as habituais⁵². A expressão opera como indicador de um processo de transformações múltiplas, que afeta todos os âmbitos da realidade sócio-cultural, podendo-se elencar, exemplificativamente, os seguintes fenômenos, a saber: a) a mudança de um sociedade industrial em pós-industrial de serviços e de comunicação; b) a mudança nas estruturas de comunicação com advento de novas tecnologias; c) interesse da ciência em

⁴⁹ Ibid, p. 77.

⁵⁰ NEVES, op. cit., p. 33.

⁵¹ Idem, op. cit., p. 34.

⁵² WELSCH, Postmoderne-Pluralität als ethischer und politischer Wert, Köln, 1988, p. 21.

processos de indeterminação, auto-organização, caos; d) a despedida filosófica do racionalismo estrito e do cientificismo dogmático e a transição para a aceitação de uma pluralidade de paradigmas⁵³. Por outro lado, a expressão acaba por desempenhar uma “função terapêutica”, na medida em que impõe a revisão do conceito de modernidade, a percepção das deficiências do projeto moderno, a necessidade de se obter um conceito mais preciso de modernidade. Neste sentido, é bastante difícil prescindir do mesmo⁵⁴.

Quanto à genealogia da expressão “pós-moderna” remeteremos o leitor a uma vasta bibliografia, por considerarmos que uma análise mais detida deste tema exorbitaria dos estreitos limites desta investigação⁵⁵. No intuito de evitar confusões Welsch empreende a distinção entre *pós-modernidade difusa*, *integrativa* e *pluralista*. A pós-modernidade difusa é o pseudo-modernismo do indiferentismo, do arbitrarismo, do esteticismo anestésico. Aparentemente afirma a pluralidade, mas na verdade dissolve a realidade diferente e heterogênea em novas formas de uniformismos e reducionismos. Segundo Welsch, o seu erro principal é entender o pluralismo como “licença de dissolução” e não como “imperativo reflexivo”⁵⁶. Já a pós-modernidade integrativa seria uma outra forma de pseudo-modernismo, que reconhece a pluralidade, mas sem renunciar a nostalgia unitarista⁵⁷. E a pós-modernidade pluralista é pós-modernidade autêntica à Lyotard, que aceita e potencializa a pluralidade como um fato vinculante, impregnado de promessas libertadoras, sem nostalgia ou estratégias unitaristas compensatórias. Neste sentido, não reclama nenhuma unidade última, porque não identifica unidade com totalidade. Para além disso, toma a sério e defende a diferença, o dissenso e o marginal, porque não acredita em sínteses ou instâncias últimas legitimadas em si mesmas. Decerto esta pós-modernidade não é a de um parque de diversões, mas de confrontação real; não é a da cultura de consumo, mas da pluralidade da realidade, não é de “*feuilleton*”, mas dos mundos da vida⁵⁸. Portanto, a “pós-modernidade honorável” não é uma invenção de teóricos e artistas, mas é a nossa realidade/tempo, marcada por fluxos complexos e pela multiplicidade de formas heterogêneas de vida, diversidade de sentido, constelações de discursos e de tipos de racionalidades e contínua interpenetração e concorrência de paradigmas.

⁵³ Idem, *Unsere postmoderne Moderne*, Weinheim, Acta humaniora, 1991, p. 11

⁵⁴ Idem, *Postmoderne-Pluralität ...* p. 36

⁵⁵ Idem, *Unsere ...* p. 12-39; *Postmoderne-Pluralität ...* p. 68-70.

⁵⁶ *Ibid*, p. 81.

⁵⁷ *Ibid*, p. 54-55.

⁵⁸ *Ibid*, p. 3.

Welsch distingue entre “*Neuzeit*”, “*neuzeitliche Moderne*”, “*Moderne des 20. Jahrhunderts*” e “*Postmoderne*”⁵⁹. Quanto ao “*Neuzeit*”, a modernidade filosófica começa com Descartes e perdura até o século XVII. As principais características deste momento são as seguintes, a saber: a) a idéia de uma “*mathesis universalis*”; b) a pretensão de formular uma ciência exata para o domínio da natureza; c) projeto de progresso que chega até os nossos dias; d) pretensão de universalidade, com a persecução da ciência e do método com valor e aplicação universais. Portanto, esta primeira modernidade inaugura o programa da razão instrumental e a lógica do domínio universal, totalizante e uniformizante. Quanto ao “*neuzeitliche Moderne*” dos séculos XVIII e XIX, este momento caracterizou-se pela tensão entre racionalismo e anti-racionalismo, ilustração e anti-ilustração. Neste momento, é possível identificar a oposição à racionalização em diversas instâncias, na história e na retórica com Giambattista Vico, na moral com Rousseau, na estética com Baumgarten. É importante perceber que esta dinâmica ação-reação permanece dentro da mesma lógica da modernidade inicial. Em outras palavras, a “*neuzeitliche Moderne*” mantém o mesmo espírito e os mesmos critérios dos “*Neuzeit*”: o “*pathos*” de superação, universalidade e exclusividade, radicalidade e novidade. Portanto, a contramodernidade, que procura sanar os males da modernidade, acaba por reproduzir os seus vícios, por exemplo, a totalidade é pensada em termos de unidade e integração, a pluralidade é relegada ou enfraquecida. Já na “*Moderne des 20. Jahrhunderts*”, ou seja, na modernidade do século XX há uma profunda mudança de paradigma: do unitário ao plural. Aqui, a filosofia “autenticamente pós-moderna” aceita jubilosamente a pluralidade radical como estrutura última da realidade, renuncia as utopias universalistas, abdica do projeto de superação e de progresso linear e excludente. Welsch explica que pós-modernidade não significa precisamente novidade, mas *pluralismo*⁶⁰. Portanto, a pós-modernidade em sentido estrito não é pós-moderna, não é nem anti-moderna, nem transmoderna, não está fora da modernidade e nem rechaça a modernidade *in toto*. Por isso Welsch fala da pós-modernidade como modernidade pós-moderna - “*Unsere postmoderne Moderne*”, onde a modernidade define o conteúdo e a pós-modernidade a forma atual de realização da modernidade⁶¹.

Destarte, a pluralidade radical caracteriza o essencial da pós-modernidade, em

⁵⁹ Ibid, p. 65-85.

⁶⁰ Ibid, p. 82.

⁶¹ Ibid, XV, 3.

sentido estrito, pode-se dizer que a pós-modernidade é pós-moderna somente em relação à modernidade universalista e totalitária à “*mathesis universalis*”. Assim, o conceito de pós-modernidade não é temporal, mas transtemporal, sendo uma sensibilidade ou modo de considerar a realidade e a história a partir da “lente” da pluralidade. Deste modo, Welsch sustenta que a pós-modernidade não é anti-moderna nem transmoderna, mas dirige-se unicamente contra toda e qualquer tendência que se oponha ao pluralismo fundamental, seja pré-moderna, moderna ou hiper-moderna⁶².

1.9. Pluralidade como concorrência simultânea de paradigmas diferentes dentro de um mesmo tipo de racionalidade

As breves reflexões que se seguem concentram-se numa das exigências capitais do estudo da racionalidade, Welsch empreende uma análise profunda da pluralidade, distingue-a em dois estágios, a saber: pluralidade como diferenciação e separação da razão unitária em diferentes tipos de racionalidades; e pluralidade, em sentido estrito, como concorrência simultânea de paradigmas diferentes dentro de um mesmo tipo de racionalidade⁶³. A pluralidade setorial caracteriza-se pela diferenciação e separação da razão em esferas autônomas com fronteiras precisas e competências próprias. Este modelo padrão de racionalidade pode ser encontrado desde Kant, retomado por Weber e Habermas, supõe autonomia e contornos nítidos entre os diferentes tipos de racionalidades (cognitiva, prático-moral e estética). Neste sentido, a clareza nos limites evitaria interferências e cruzamentos indevidos, e garantiria o funcionamento harmônico da racionalidade: convivência pacífica e ordem global⁶⁴. Welsh afasta-se claramente deste modelo, pois considera que a suposta clareza nos limites dos tipos de racionalidades seja apenas aparente. Nem separação absoluta muito menos ordem racional, mas cruzamentos e desordem entre os tipos de racionalidades. Ele procura primeiro demonstrar a inconsistência do modelo padrão de racionalidade, a partir da constatação de que os tipos de racionalidades estão intrinsecamente constituídos por cruzamentos com elementos dos outros tipos, e não apenas em pontos periféricos, mas em aspectos centrais⁶⁵. Em segundo lugar, que a estrutura geral

⁶² Ibid, p. 83, nota 52.

⁶³ WELSCH, Vernunft, p. 441; Rationality ... p. 17.

⁶⁴ Ibid, p. 442.

⁶⁵ Ibid, p. 442.

de funcionamento entre os tipos de racionalidade não se dá de forma harmônica, mas na forma de uma rede complexa, inter-racional e inter-relacional, o que não permite falar de convivência pacífica e ordem global no campo da racionalidade. Portanto, pensar em domínios e províncias de racionalidade, numa espécie de “nacionalismo” de racionalidades não contribui em nada para a compreensão da constituição atual da racionalidade⁶⁶.

A pluralidade, em sentido estrito, traduz-se na concorrência simultânea de paradigmas diferentes dentro de um mesmo tipo de racionalidade. A relação entre paradigmas concorrente produz conflito e desordem. Assim cada paradigma funciona com métodos e critérios diferentes sobre um mesmo campo de racionalidade. Para além disso, a constituição interna dos paradigmas é inter-setorial ou trans-setorial, ou seja, marcada por cruzamentos, contatos, empréstimos em níveis e escalas diferentes entre paradigmas de diversos tipos de racionalidades. Este caráter interparadigmático converte os paradigmas em geradores efetivos dos tipos de racionalidades. Portanto, entre os diversos paradigmas formam-se associações ou grupos que variam segundo os objetivos e os critérios diversos empregados. Eles funcionam como redes ou constelações geradoras que transformam permanentemente o panorama da racionalidade⁶⁷. É sem dúvida no âmbito dos paradigmas que ocorre o verdadeiro processo de pluralização. Welsch entende por paradigma a estrutura racional de diferentes concepções⁶⁸. É preciso ter em mente que os paradigmas formulam afirmações divergentes sobre um mesmo tema, proposições que podem ser contrárias e discutíveis segundo a perspectiva de outros paradigmas concorrentes. Na medida em que é ínsito aos paradigmas a pretensão de validade e isto que faz com que sejam paradigmas, portanto os conflitos são inevitáveis⁶⁹. A única característica comum a todos os paradigmas é sua pretensão de validade. Desta maneira, é impossível formular uma decisão racional “objetiva” e com fundamentos últimos válida para todos os paradigmas concorrentes⁷⁰. Portanto, falar de um tipo de racionalidade será sempre e em cada caso falar de um tipo de racionalidade específica determinada por um paradigma. Na verdade, os paradigmas são os reais definidores de uma racionalidade radicalmente plural.

⁶⁶ Ibid, p. 443.

⁶⁷ WELSCH, Rationality ... p. 18 -19.

⁶⁸ Idem, Vernunft, p. 544. O autor assume o conceito Kuhniano de “matriz disciplinar” acentuando a simultaneidade sincrônica de diferentes paradigmas em concorrência.

⁶⁹ Ibid, p. 548.

⁷⁰ Ibid, p. 558.

Os paradigmas possuem uma função transcendental e *status* originário no campo da racionalidade, vez que são geradores de tipos de racionalidades. Neste sentido, Welsch subverte a relação moderna entre racionalidade e paradigma: os paradigmas não são definidos por uma suposta racionalidade, mas a racionalidade e seus tipos são definidos pelos paradigmas. Portanto, os paradigmas constituem o núcleo gerador e definidor da racionalidade em face da concepção do modelo moderno tripartido e a concepção do modelo insular lyotardiano de gêneros de discursos heterogêneos. Pois são os paradigmas que desenvolvem a função normalmente atribuída aos tipos de racionalidades, como definir um âmbito objetivo, suas regras de constituição e de relação, seus critérios e princípios. Assim, os paradigmas são autônomos e originários e representam efetivamente o “DNA” da racionalidade⁷¹. Podem existir entre paradigmas imbricações ou cruzamentos, ainda que em pontos decisivos predomine a heterogeneidade⁷². Em primeiro lugar, os paradigmas não nascem do nada, mas de um campo já habitado por paradigmas. E decerto as relações interparadigmáticas não ocorrem de modo unidirecional, normativo e universal, mas multidirecional, bastante similar aos “parecidos de família”. Neste sentido, os paradigmas formam “grupos de paradigmas” ou “associações de paradigmas”, com contornos difusos e mutáveis, porém reconhecíveis como grupos de relativa coerência. Na verdade, estes grupos são para o autor tipos de racionalidades ou discursos.

Portanto, o diagnóstico global da racionalidade caracteriza-se pela impossibilidade de ordem e a possibilidade de diferentes versões: “em cada parte se encontra frente a frente múltiplas opções e em geral diferentes versões da totalidade. Isto destrói definitivamente qualquer esperança de ordem harmônica. É preciso reconhecer a desordem racional como a constituição real da racionalidade”⁷³. O que precisa ficar claro é que a constatação da desordem racional não significa irracionalidade, pois não há contradição entre clareza e precisão metodológico-analítica e o resultado de confusão e imprecisão. Neste sentido, o diagnóstico geral de desordem não se confunde com liberar potencialidades irracionais. Trata-se tão-somente de uma consequência da pluralidade da racionalidade, que afeta a relação entre racionalidades e paradigmas. Todavia, estes últimos podem ser reconstruídos racionalmente em seus mecanismos e em sua lógica. Em última análise trata-se, portanto, de um resultado racional⁷⁴. Em tom de desfecho

⁷¹ Ibid, p. 559.

⁷² Ibid, p. 563.

⁷³ Ibid, p. 446 e 447.

⁷⁴ Ibid, p. 447.

parcial, é perfeitamente possível afirmarmos que esta pluralidade radical pode ser considerada o novo *topos* da racionalidade. Isto posto, a constituição efetiva da racionalidade é marcada por cruzamentos, transições, ligações, conexões e interseções entre os tipos de racionalidades e conjuntos de paradigmas, o que torna impossível concebê-la como uma ordem global e harmônica. Assim a compreensão do caráter conectivo representa hoje a tarefa fundamental e o ponto decisivo da teoria da racionalidade⁷⁵.

A concepção moderna de separação entre as racionalidades (cognitiva, prático-moral e estética) não corresponde à constituição efetiva da racionalidade. Welsch esforça-se para demonstrar a insustentabilidade da tese de separação absoluta e estrita entre os diversos âmbitos de racionalidades. Neste sentido, as conexões inter-setoriais e intra-setoriais são constitutivas e ocorrem no interior de cada tipo de racionalidade ou discurso, assim o discurso estético está unido constitutivamente com momentos da racionalidade moral; a racionalidade cognitiva tem como base momentos estéticos e a racionalidade prático-moral não se realiza sem intervenções do juízo estético⁷⁶. Ele considera que já não se poderá saber com segurança se é um discurso cognitivo, estético ou moral⁷⁷.

1.9.1. Imbricações éticas no discurso estético

Principiaremos pelas imbricações éticas no discurso estético, Welsch exemplifica tal imbricação a partir de uma leitura bastante peculiar da obra *“La Kritik der Urteilskraft”* de Kant e do discurso esteticista de *“l’art pour l’art”*. A obra de Kant é considerada o marco inaugural da autonomia estética, entretanto ele considera que subjacente haveria, na verdade, uma moralização da estética. Mas em que se baseia o referido autor para formular esta construção? Ele explica que o pressuposto da declaração de autonomia da estética é determinado por um ideal antropológico e moral da tradição clássica: o ideal de superioridade moral da liberdade e da autonomia em face do reino inferior da necessidade, da dependência e das utilidades materiais. Sendo possível a identificação a partir de algumas expressões utilizadas por Kant quando trata da beleza, da liberdade e da moral⁷⁸. Neste sentido, a natureza da autonomia estética repousaria sobre

⁷⁵ Ibid, p. 448.

⁷⁶ Ibid, p. 462.

⁷⁷ Ibid, p. 463.

⁷⁸ Cfr. WELSCH cita: “Ein Geschmacksurteil, auf welches Reiz und Rührung Keinen Einfluss haben

o ideal de autonomia moral. Assim, a autonomia estética se converte numa expressão privilegiada do ideal de autonomia moral e a estética kantiana seria fundamentalmente uma continuação da filosofia moral⁷⁹. Não há expressão que mais intensamente festeje a autonomia do discurso estético do que *“l’art pour l’art”*, cuja escrita principal encontra-se no prólogo do livro *“Mademoiselle de Maupin”* de Gautier. A liberdade criativa e a ausência de finalidade da arte sustentada pelos seus teóricos contrapõe-se a qualquer forma de utilitarismo e funcionalização social da arte. Não obstante esta proposta escape à dinâmica interna de moralização, acaba por ser em si mesma uma moral alternativa, que proclama a liberação de desejos reprimidos, por exemplo o anúncio utópico de novas formas de existência (Adorno).

O esteticismo representa um ideal existencial de vida e cumpre uma função social. O aparente amoralismo da modernidade estética esconde na verdade uma nova forma de moralidade. Assim o esteticismo seria concomitantemente um ideal estético e de vida. É justamente, o aspecto ético e moral que protesta veementemente contra a existência medíocre. *“l’art pour l’art”* tem fundamentalmente sentido enquanto ideal de vida – ideal estético de vida para poucos. Welsch concluirá, citando uma frase de Nietzsche: “em todos os juízos estéticos se escondem juízos morais”⁸⁰. Sem excluir evidentemente que o discurso estético não possui apenas componentes morais, mas cognitivos, basta invocarmos os projetos de teorização da estética, por exemplo o manifesto da *“l’art pour l’art”*. As consequências desta imbricação podem ser aferidas na transformação do próprio conceito de arte, na mudança nas relações entre teoria estética e processos cognitivos, na ampliação da percepção da realidade. Neste sentido, a racionalidade estética é híbrida, constituída por componentes morais, estéticos e cognitivos. Portanto, a racionalidade estética não é fechada em si mesma, mas formada constitutivamente por fundamentos morais e perspectivas cognitivas.

1.9.2. Imbricações estéticas e morais no discurso cognitivo

A partir de agora nos ocuparemos, por algumas poucas linhas, das imbricações estéticas e morais no discurso cognitivo. Para demonstrar que a racionalidade cognitiva não constitui um campo perfeitamente delimitado e autônomo

... ist ein reines Geschmacksurteil”; “(...) unter allen Arten des Wohlgefallens, das des Geschmacks am Schönen einzig und allein ein uninteressiert und freies Wohlgefallen sei”; “Symbol des Sittlich-Guten”; “Beurteilungsvermögen der Versinnlichung sittlicher Ideen” em Vernunft, p. 472-475

⁷⁹ Ibid, p. 475.

⁸⁰ Ibid, p. 482 nota 43.

Welsch inicialmente centra as suas análises no fenômeno da “estetização epistemológica”⁸¹, em outras palavras, na presença de elementos estéticos na epistemologia. A tese é bastante simples: a idéia de verdade não se dá sem elementos estéticos, a verdade está fundada esteticamente. Os momentos estéticos seriam intrínsecos à idéia de verdade⁸². Em essência, a verdade sempre esteve fundamentada esteticamente, só que tradicionalmente não se queria ver⁸³. Por “estetização epistemológica” entende-se a estetização constitutiva e geral do saber, da verdade e da realidade⁸⁴. Neste sentido, acredita o autor que se possa falar de uma viragem estética na filosofia em geral. Que em essência, seria a expressão de um processo de estetização geral da realidade. Para chegar as referidas conclusões o autor realiza uma profunda análise da estética moderna, desde Baumgarten até Nietzsche. O pensamento moderno estético surgiu como “ciência do conhecimento sensível” e o seu primeiro escrito foi “*Aesthetica*” (1750) de Baumgarten. No início, a estética destacava-se pelo seu caráter epistemológico e nesta altura não se reconhecia nenhuma conotação artística⁸⁵. O projeto da estética consistia em corrigir as deficiências do conhecimento científico, pois desde Descartes houve a separação entre ciência e percepção sensorial e a consideração do conhecimento científico como única instância competente para apreender a verdade universal. Então qual seria o papel da estética? O conhecimento lógico-científico necessitaria ser complementado com o estético-científico, que seria o conhecimento que conjuga ciência com percepção sensorial e que proporciona, por sua vez, a possibilidade de apreensão da verdade individual das coisas. Desde o primeiro “ato” do pensamento moderno estético observa-se a tendência de a estética disputar o terreno da ciência ou discutir questões epistemológicas nucleares, não se limitando portanto as questões de gosto ou estritamente artísticas. Baumgarten não concebia a estética como sendo transcendental, mas indispensável na sua atuação corretiva da ciência⁸⁶. Posteriormente com Kant tanto na “*Kritik der reinen Vernunft*” como na “*Kritik der Urteilskraft*” a estética adquire caráter transcendental (transcendentalização da estética). Para ele os fatores estéticos alicerçam o conhecimento. Aqui o ato de conhecimento é configurado como um ato construído e criativo da síntese da

⁸¹ Ibid, p. 487 ss; Grenzgänge der Ästhetik, Stuttgart, 1996, p. 73-105

⁸² Idem, Aestheticization Processes: Phenomena, Distinctions and Prospects, in *Undoing Aesthetics*, 1997, Sage Publications, p. 20; Basic Aesthetic Features in Contemporary Thinking, in *Undoing Aesthetics*, p. 46.

⁸³ Idem, *Vernunft*, p. 486.

⁸⁴ Ibid, p. 508; Grenzgänge ... p. 96.

⁸⁵ WELSCH, The Return of Beauty? in *Filozofski Vestnik*, 2/2007, p. 18.

⁸⁶ Idem, *Basic Aesthetic ...* p. 40.

percepção. Neste sentido, a relação entre realidade e entendimento adquire caráter poético, ou por outros termos, estético⁸⁷. Neste sentido, a realidade e cognição incluem necessariamente elementos estéticos. Aqui a estética adquire a condição de protodisciplina do conhecimento científico. A estética seria a base da cognição. Nenhum discurso cognitivo pode ter êxito sem a consciência dos seus elementos estéticos fundamentais, neste sentido, não há cognição sem estética⁸⁸. Assim, Welsch fala de uma “protoestética da cognição” em Kant⁸⁹. Sem dúvida, com Nietzsche há uma radicalização do pensamento estético, pois não só intervêm elementos estéticos na cognição, mas a própria realidade é uma ficção⁹⁰. Ele sustenta o caráter estético-ficcional do conhecimento e da própria realidade. O processo de conhecimento é constitutivamente um processo de “metaforização”. A ciência seria um produto estético, similar a criação de uma obra de arte⁹¹. Em Nietzsche, o caráter poético-construtor do conhecimento e o caráter construído-ficcional da realidade constituem o núcleo das questões epistemológicas, que marcam o desenvolvimento da filosofia e da teoria do conhecimento. Para Welsch confirma-se uma “nietzscheanização” da epistemologia e da teoria da ciência no século XX. Decerto a crise de fundamento metafísico e a aceitação da idéia de que realidade e teoria são construções constituem pontos aceitos por diferentes matizes da reflexão epistemológica. Ele explica que constituição estética da nossa realidade é uma convicção não só de muitos “estetas”, mas da maioria dos teóricos da realidade e dos teóricos da ciência deste século⁹². No âmbito da epistemologia, por exemplo a filosofia hermenêutica sustenta, entre outras teses, a ausência de ponto arquimédico, exterior e independente a uma interpretação; considera o conhecimento como exercício interpretativo de recomposição e a realidade como produto de interpretação. Na mesma senda, a filosofia analítica

⁸⁷ Cfr. As idéias são para Kant: “heuristische Fiktionen”; a imaginação uma faculdade: “ohne die wir überall gar keine Erkenntnis haben würden”; a atividade intelectual é um ato de construção: “Wir machen alles selbst” in WELSCH, Vernunft, p. 494.

⁸⁸ Idem, Basic Aesthetic ... p. 39.

⁸⁹ Idem, Vernunft, p. 495.

⁹⁰ Idem, Aestheticization Processes ... p. 21; Basic Aesthetic ... p. 42.

⁹¹ Cfr. Die Wissenschaft unter der Optik des Künstlers zu sehn, die Kunst aber unter der des Lebens, F. Nietzsche; Die Geburt der Tragödie aus dem Geiste der Musik, idem, Gesamte Werke, Kritische Studienausgabe, vol. 1, eds. G. Colli y M. Montinari, München, 1993, p. 14. Na obra On Truth and Lies in a Nonmoral Sense de 1873, Nietzsche escreveu: “(...) one may certainly admire man as a mighty genius of construction, who succeeds in piling up an infinitely complicated dome of concepts upon an unstable foundation, and, as it were, on running water. Of course, in order to be supported by such a foundation, his construction must be like one constructed of spiders’ webs: delicate enough to be carried along by the waves, strong enough not to be blown apart by every wind” in Daniel Breazeale (ed.) Philosophy and Truth: Selection from Nietzsche’s Notebooks of the Early 1870’s. New Jersey: Humanities Press, p. 85.

⁹² WELSCH, Vernunft, p. 498 ; Aestheticization Processes ... p. 21; Basic Aesthetic ... p. 43.

e pós-analítica considera, vênia pelos óbvios reducionismos que cometeremos, a linguagem como lugar central da epistemologia, a realidade como descrição, a verdade como função primariamente linguística.

No âmbito da teoria da ciência, a sua evolução não é linear, mas submetida a revoluções e transformações de paradigmas, inspirados e produzidos de modo similar às mudanças de paradigmas estéticos (Bachelard, Kuhn, dentre outros). A ciência não diferenciava-se substancialmente da arte (Feyerabend). Este último autor, acaba por sustentar a equivalência entre cognição e estética. A verdade e a realidade na ciência seriam tão relativas quanto o estilo é na arte⁹³. Na recente análise da filosofia o diagnóstico é similar ao realizado em outros ramos. Richard Rorty fala de uma “cultura poetizada”, cujos fundamentos são constituídos esteticamente, como artefatos culturais que somente podem ser confrontados com outros artefatos culturais, mas nunca em face da realidade em si mesma⁹⁴. Nelson Goodman de maneira semelhante à Rorty, já apontou um paralelismo entre a atividade artística e a científica⁹⁵. A própria consideração do trabalho científico como trabalho de produção, segue esta tendência. Na verdade, a diferença entre racionalidade científica e racionalidade estética é apenas gradual, uma vez que a racionalidade cognitiva está entrelaçada em sua constituição por momentos estéticos. A mencionada utilidade de critérios e processos estéticos e intuitivos para a ciência não é portanto curiosa, mas previsível e natural⁹⁶. Portanto, o fenômeno da “estetização epistemológica” traz consigo profundas consequências teóricas e práticas. Hoje a consciência do caráter fundamentalmente estético do conhecimento impõe-se ao mais comum da vida cotidiana. A estética tem-se introduzido nos poros da sociedade e nas mentes dos indivíduos⁹⁷. Neste sentido, as orientações assumem crescentemente características estéticas, justificando-se, inclusive, o afastamento das normas tradicionais com base em argumentos estéticos⁹⁸. Para Welsch a “estetização epistemológica” é um fato incontestável e indício de uma viragem estética⁹⁹

⁹³ FEYERABEND, Paul, *Wissenschaft als Kunst*, Frankfurt a. M: Suhrkamp, 1984, p. 77.

⁹⁴ RORTY, Richard, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge University Press, 1989, p. 53f. Quanto ao conceito de cultura poetizada ver pp. 65, 67 e 69.

⁹⁵ GOODMAN, Nelson, *Languages of Art. An Approach to a Theory of Symbols*, Brighton: Harvester Press, 1981, p. 264f.

⁹⁶ WELSCH, Vernunft, p. 506.

⁹⁷ Idem, *Aestheticization Processes ...* p. 23; *Aesthetics beyond aesthetics for a new form to the discipline*, in *Undoing Aesthetics*, 1997, Sage Publications, p. 81

⁹⁸ Idem, *Vernunft*, p. 507.

⁹⁹ Cfr. WELSCH, *Ästhetik und Anästhetik*, in Welsch e Ch. Pries (eds.), *Ästhetik im Widerstreit. Interventionen zum Werk von Jean-François Lyotard*, Weinheim, 1991, p. 67-87; *Grenzgänge der Ästhetik*, Stuttgart, 1996; *Ästhetisches Denken*, Stuttgart, 1991.

ocorrida no âmbito da cognição em geral: a estrutura da realidade e da cognição é fundamentalmente estética¹⁰⁰. Neste sentido, o discurso cognitivo está constitutivamente impregnado de elementos estéticos, podendo-se mesmo afirmar que na base daquele há uma “protoestética da cognição”. A estética não tem o *status* de uma ciência fundamental e não formula nenhum fundamento. E é justamente isto que caracteriza esta mudança de paradigma¹⁰¹.

A racionalidade cognitiva não é apenas esteticamente fundada, mas também moralmente determinada. A ciência não constitui um domínio alheio à ética. Ela segue determinados *ethos* e imperativos práticos. A tese da neutralidade científica não passa de mais um mito da modernidade. Desde os contextos em que são produzidos, passando pelas circunstâncias pessoais do investigador até os condicionamentos institucionais não permitem a produção de conhecimento “desinteressado” ou “puro”. A ciência pode ser entendida como um modo de organizar a vida individual e social, ou de colocá-las em perigo¹⁰². Assim a ciência através da técnica é o principal agente de transformação da realidade e intervém decisivamente na configuração das formas de vida. Portanto, não se sustenta a defesa de separação estrita entre discurso cognitivo e moral.

1.9.3. Imbricações estéticas no discurso moral: “estetização da ética”

Welsch identifica imbricações antropológicas, cognitivas e estéticas no discurso moral, aqui destacaremos apenas as imbricações estéticas, a denominada “estetização da ética”¹⁰³. Para ele, ética e estética estão mais interligadas do que comumente se assume¹⁰⁴. O autor considera que a justiça – em relação a uma vida bem sucedida – deve ser determinada definitivamente como justiça dentro de um todo. Mas este todo e o relacionamento das condutas só podem ser determinadas através da reflexão de natureza estética. Neste sentido, toda argumentação prático-moral – tanto ética quanto política – estaria permeada por momentos estéticos¹⁰⁵. A estetização do discurso ético manifesta-se na ideia de globalidade da ética, na idealização de sistemas morais, no discernimento moral-prático e na escolha moral diante de um quadro de pluralidade de modelos de

¹⁰⁰ Idem, *Vernunft*, p. 507.

¹⁰¹ Idem, *Grenzgänge der Ästhetik*, p. 97; *Vernunft*, p. 509; *Basic Aesthetic ...* p. 47-48

¹⁰² Idem, *Vernunft*, p. 511.

¹⁰³ Idem, *Grenzgänge ...* p. 106-134; *Vernunft*, p. 516-525.

¹⁰⁴ Idem, *Vernunft*, p. 520

¹⁰⁵ *Ibid*, p. 516.

vida e sistemas de sentido. Em primeiro lugar, a idéia de justiça (retidão) dá-se debaixo de um ideal de vida humana e será a partir deste que se poderá mensurar a adequação ou inadequação da justiça. Segundo, a ideia de globalidade como tal é estética, vez que a representação da totalidade depende da fantasia. Pois a ideia de totalidade não surge das experiências do mundo sensível. Além disso, a configuração da vida de acordo com um ideal moral indica que a moral concebe-se cada vez mais como um ato estético: arte de viver, forma de vida, estilo de vida, vida como obra de arte, vida como relato, identidade como narrativa. São algumas expressões utilizadas pelo discurso ético. Desde Nietzsche a estética teria se apropriado do núcleo da moral (construída, descrita, sem normativa e fundamento último universais). Nesta mesma senda, o discernimento sobre a adequação das ações em relação ao ideal ético adquire *in concreto* alguns traços estéticos, tais como sensibilidade, equilíbrio, mensuração. Por fim, a decisão moral entre diferentes sistemas éticos seria fundamentalmente estética, vez que os critérios utilizados não são estritamente éticos, mas estéticos, como demonstra a privatização do projeto moral da própria vida. Assim o discurso moral estaria constitutivamente impregnado de elementos estéticos, podendo-se mesmo afirmar que no âmago daquele há uma referência estética.

Provavelmente se poderá atribuir a cada ética uma estética estruturalmente correspondente e a cada estética uma ética. O modo de articular-se caracterizará, respectivamente, as formas de organização social e os estilos artísticos. Neste sentido, uma grande teoria estética pode concomitantemente ter significado de uma filosofia moral e social, como mostra o exemplo da teoria estética deixada por Adorno¹⁰⁶ Na verdade, o discurso prático-moral só é realizado plenamente como discurso cognitivo e estético ao mesmo tempo¹⁰⁷.

1.9.4. Suspensão reflexiva

Nesta altura parece-nos apropriado compartilharmos algumas conclusões parciais sobre a racionalidade nos escritos de Welsch. Inicialmente, ele invalida a tese da separação estrita entre os tipos de racionalidades por considerá-la impositiva e simplista, portanto, nega validade ao teorema da separação e autonomia¹⁰⁸. Mas também ele considera impossível pensar uma nova unidade

¹⁰⁶ Ibid, p. 523 ss. nota 148.

¹⁰⁷ Ibid, p. 526.

¹⁰⁸ Ibid, p. 528.

integral da racionalidade, vez que as imbricações são de diversos tipos e ocorrem em diferentes níveis¹⁰⁹. Welsch também não admite qualquer tipo de redução ou submissão de um tipo de racionalidade a outro, seja na forma de usurpação, de totalitarismo ou priorização¹¹⁰. É justamente a constituição “permeada” dos tipos de racionalidades que afasta o perigo de absolutizações, seja da unidade, seja da particularidade. O autor utiliza o termo “*Majorisierung*” para explicar uma forma particular de unidade redutora por absorção e anulação entre as racionalidades. Convém esclarecer que as teses da heterogeneidade não obstante defendam claramente a não intromissão e o respeito mútuo entre os tipos de racionalidades não dá conta do fenômeno da “*Majorisierung*”. Deste modo, a defesa da separação e autonomia entre os tipos de racionalidade, embora provida de boa intenção, incorre também em “*Majorisierung*”. Ele explica que a relação entre os tipos de racionalidade desenvolve-se com uma relação dialética e pendular de exclusão decretatória e em princípio impera a lógica “*aut-aut*”¹¹¹. Por isso, considera que o teorema das imbricações mútuas distancia-se por um lado, das teses da heterogeneidade que ignora qualquer tipo de união e por outro, dos conceitos unitaristas que acabam por incorrer subliminarmente em “*Majorisierung*”¹¹². Welsch sustenta um tipo de discurso estético, cognitivo e prático-moral cuja unidade resulta por similaridade, como os “parecidos de família” de Wittgenstein. Em sentido estrito, existe uma propriedade comum ou familiaridade de versões de um tipo de discurso pela adstrição ao respectivo conglomerado discursivo¹¹³. Os modos de adstrição a estes conglomerados ocorrem a partir de relações de interseção fragmentária entre os subconjuntos¹¹⁴. Os subgrupos possuem subconjuntos comuns e ocorrem de vez em quando conexões, semelhanças, uniões entre subgrupos. Entretanto, não é possível afirmar que estes fenômenos ocorram a partir de uma regra geral aplicável a todo grupo¹¹⁵. Na verdade, o desconhecimento da condição “epitelial” e rizomática dos tipos de racionalidade favorece a ocorrência dos fenômenos de “*Majorisierung*”.

É imprescindível pensar a racionalidade como constitutivamente plural e resistente à uma ordem geral. Assim sendo o caráter conectivo não é precisamente

¹⁰⁹ Ibid, p. 528 ss.

¹¹⁰ Ibid, p. 529-534.

¹¹¹ Ibid, p. 530-533. Welsch considera modos de “*Majorisierung*” cognitiva, estética e ética no pensamento moderno as obras de Hegel, Nietzsche y Habermas.

¹¹² Ibid, p. 534.

¹¹³ Ibid, p. 535.

¹¹⁴ Ibid, p. 537-538.

¹¹⁵ Ibid, p. 537.

um aspecto secundário ou derivado, nem tão pouco uma limitação ou perigo, mas o aspecto central, estrutural e constitutivo dos tipos de racionalidades. Nem sínteses, nem autonomia, mas imbricações e interseções múltiplas. Destarte, a racionalidade já não caracteriza-se pela clareza e distinção, mas pela “confusão” e “desordem” constitutivas¹¹⁶.

1.10. Razão transversal

Superada este breve estudo sobre a racionalidade no contexto da pluralidade, as reflexões que se seguem concentram-nos numa das exigências do discurso da razão transversal, o desafio agora é compreender a razão transversal nos seus pormenores. A tese do transconstitucionalismo, não obstante o seu autor enfatize a tentativa de reconstruir a razão transversal a partir de outros pressupostos teóricos, o que se verifica efetivamente é a transposição-projeção da idéia de transversalidade para o universo sistêmico como ferramenta corretiva dos “ruídos de comunicação” entre os subsistemas sociais. Entendemos que apenas com a compreensão da razão transversal estaremos em condições de testar a coerência da tese do transconstitucionalismo. Como já vimos, a racionalidade é intrinsecamente plural e complexa, neste sentido impõe-nos uma nova forma de pensar a razão. As soluções devem partir da pluralidade e da “desordem racional”, pois a competência plural fortalece-se com o trato da pluralidade¹¹⁷. Assim a unidade não deve ser pensada como síntese última nem a pluralidade como fragmentação absoluta. Que concepção de razão permitirá pensar a pluralidade sem as referidas unilateralidades? Para Welsch a resposta está na ideia de transversalidade, pois o diagnóstico da pluralidade e “desordem racional” revela também a existência de cruzamentos, imbricações, interseções e transições entre paradigmas e âmbitos de racionalidades. Assim, esta razão será pensada como essencialmente transitiva, ou seja, como razão transversal¹¹⁸. Isto posto, a razão transversal é essencialmente uma razão de transições, que estabelece conexões entre diferentes complexos¹¹⁹. Estas transições não objetivam formar sistemas ou sínteses finais, são simplesmente transições dialéticas sem síntese final¹²⁰. Assim, o poder da razão reside justamente na sua liberdade, na possibilidade de operar

¹¹⁶ Ibid, p. 613.

¹¹⁷ Ibid, p. 782; Rationality ... p. 24.

¹¹⁸ Ibid. p. 761; Reason ... p. 12.

¹¹⁹ WELSCH, Rationality ... p. 23.

¹²⁰ Ibid, p. 25.

a partir de qualquer ponto de vista¹²¹. É precisamente a neutralidade da razão que lhe permite atender as demandas da pluralidade radical, isto é, promover transições dentro da pluralidade¹²². O termo aparece pela primeira vez em Sartre numa única citação sem maior repercussão¹²³. Deleuze e Guattari elevam o termo à categoria filosófica¹²⁴. Igualmente será estudado por Foucault, Derrida e Lyotard. Entretanto, será em Welsch que a transversalidade torna-se o centro da reflexão¹²⁵. Decerto a razão transversal está especificamente adequada para a situação atual: pluralidade interconectiva que exige uma razão que seja capaz de transições¹²⁶. A razão transversal é a forma por excelência de realizar a razão. Convém esclarecer que a razão transversal não é uma faculdade absolutamente nova, ela apenas acentua uma característica que sempre pertenceu a razão: as transições¹²⁷. O autor sustenta que a transversalidade define aquilo que denominamos razão. Neste sentido, não são os diferentes conceitos de razão – como instância preexistente – que definem a transversalidade, mas esta que define a razão. Ou por outros termos, a razão transversal não é um conceito específico da razão, mas a forma fundamental da razão como tal. Portanto, a razão é determinada pela transversalidade¹²⁸. Desta forma, a transitividade em Welsch não é linear, contínua e una, não é a transitividade hegeliana, baseada na dialética da superação e do progresso, mas uma transitividade ateleológica, descontínua e não necessariamente predeterminada à unidade¹²⁹. A transitividade possui movimentos variáveis, imprevisíveis, sem ponto de partida ou chegada¹³⁰. Neste sentido, a transitividade torna-se a competência principal e específica da razão.

O autor vê a razão transversal quase como uma necessidade existencial, haja vista a confrontação diária com uma pluralidade de opções provenientes de diferentes culturas e visões de mundo. Para lidarmos com esta pluralidade necessitamos da transversalidade a fim de comunicarmos com os outros, bem

¹²¹ Idem, Reason ... p. 12.

¹²² Idem, Reason: traditional and contemporary or why should we still speak of reason after all ? p. 74.

¹²³ Idem, Vernunft, p. 367-371; SARTRE, Das Imaginäre. Phänomenologische Psychologie der Einbildungskraft, Frankfurt, 1971, p. 58. Convém assinalar que o texto aparece em 1940.

¹²⁴ Cfr. GUATTARI, Félix, La Transversalité, in Psychothérapie institutionnelle, n° 1, 1964/65, p. 91-106; DELEUZE, Gilles, Vorwort. Drei Gruppenprobleme, in Guattari, Psychotherapie, Politik und die Aufgaben der institutionellen Analyse, p. 7-22.

¹²⁵ WELSCH, Vernunft, p. 371.

¹²⁶ Ibid. p. 775.

¹²⁷ WELSCH, Rationality ... p. 27.

¹²⁸ Idem, Vernunft, p. 915 ; Reason ... p. 12.

¹²⁹ Ibid. p. 749 e 753; Unsere postmoderne Moderne, p. 309.

¹³⁰ Ibid. p. 753 e 757.

como com nós mesmos, pois estamos cada vez mais internamente afetados e caracterizados pela pluralidade. Neste sentido, a transversalidade é um componente interno do raciocínio das pessoas e dos projetos de vida. A formação cultural cada vez mais híbrida das pessoas contribui para esta viragem para a transversalidade¹³¹. Welsch esforçar-se em formular um conceito de razão viável nas condições atuais, não só em termos teóricos, mas sobretudo prático. Deste modo, a razão transversal seria uma importante ferramenta de orientação no dia-a-dia¹³². A consequência de considerar-se a razão como competência de transições será uma nova interpretação da unidade e da pluralidade. Levar a sério tais argumentos significa muito especialmente que a unidade ocorrerá em conexões pontuais em decorrência de movimentos ocasionais e locais. A pluralidade ocorrerá com pluralidade de imbricações¹³³. Transversal aqui significa poder pensar conjuntamente heterogeneidade e conectividade, pluralidade e transitividade¹³⁴. Como já vimos, um dos esforços teóricos de Welsch centra-se na necessidade de manutenção da distinção entre razão e racionalidade. Para ele a razão situa-se numa posição intermédia, pois não se esgota na particularidade de cada racionalidade, e tampouco é uma super-racionalidade. A razão dá-se em meio as racionalidades sem ser um forma de racionalidade especial nem identificar-se com uma forma particular de racionalidade. Uma razão atualmente válida deverá entender-se como razão puramente formal, ou seja, sem conteúdo material próprio das racionalidades. Mas também como competência puramente relacional entre as racionalidades e paradigmas, ou seja, uma forma operativa específica no seio das racionalidades.

A forma de relação da razão não se confunde com a das racionalidades, que é particularizante e exclusivista. O objeto específico da razão é a relação entre os diversos tipos de racionalidades e paradigmas. Razão e racionalidade não são faculdades separadas mas a mesma faculdade reflexiva com diferentes funções e competências. A primeira apresenta competência reflexiva para o universal e a segunda competência reflexiva para o particular. Há uma clara diferença funcional entre razão e racionalidade que não admite subversão: a razão não pode assumir a tarefa da racionalidade e esta não pode assumir o papel da razão¹³⁵. Convém acrescentar que a razão é sobrecarregada nas suas funções,

¹³¹ WELSCH, Reason: traditional and contemporary ... p. 75.

¹³² Ibid, p. 76.

¹³³ Idem, Vernunft, p. 756.

¹³⁴ Ibid, p. 762.

¹³⁵ Ibid, p. 635 ss.

pois além da correta relação entre os tipos de racionalidades entre si, orientará também a relação de cada racionalidade com o todo¹³⁶. Portanto, é justamente esta faculdade pura operativamente transitiva que permite considerar o diferente, transitar entre o divergente, de julgar comparativamente suas características e de determinar corretamente relações do diferente de modo global, que temos em mente quando dizemos: razão¹³⁷. A racionalidade necessita de uma razão transitiva que move-se em meio a racionalidade. Esta razão não está sobre as racionalidades, nem constitui um ponto arquimédico¹³⁸. Por isso, a razão transversal é necessária para relacionar os diversos tipos de racionalidades, será portanto uma razão puramente formal, procedimental, sem conteúdo material específico¹³⁹. A razão transversal pode ser resumida como pura transitividade¹⁴⁰. É precisamente a ausência de conteúdo material próprio que a converte numa razão estruturalmente débil, entretanto operativamente forte. Este aspecto demonstra uma clara aproximação entre a razão transversal de Welsch e o pensamento débil de Vattimo. Paradoxalmente a razão transversal assume a debilidade e precisamente nela que encontra sua força¹⁴¹.

A concepção tradicional de razão repousa sobre metáforas topológicas, territoriais e espaciais (fundamento, base, âmbito, domínios, etc) o que contribui para a percepção da razão como sede ou entidade vocacionada ao domínio territorial. Este “pensamento territorial” é um pensamento de domínio, baseado em mecanismos de delimitação, exclusão e simplificação¹⁴². A racionalidade é intrinsecamente plural e complexa, marcada por imbricações e cruzamentos dos mais diversos tipos. Assim não há mais sentido a utilização de metáforas territoriais. Todo o pensamento de fundamento e de edificação – verdadeiro negócio imobiliário de epistemologia filosófica tradicional – conserva hoje somente traços míticos¹⁴³. Por isso, Welsch propõe a introdução de metáforas dinâmicas, como tecido, rizoma, rede, fluxo¹⁴⁴. Em vista disso, a razão transversal é uma pura competência, uma capacidade em sentido estrito, uma operatividade. A razão como tal não existe, mas acontece, na sua prática transversal. Transversalidade

¹³⁶ Ibid, p. 625.

¹³⁷ Ibid, p. 915.

¹³⁸ Ibid, p. 760 ss.; Reason ... p. 10 ; Reason: traditional and contemporary ... p. 76.

¹³⁹ Ibid, p. 634 e 763 ss.

¹⁴⁰ Ibid, p. 760.

¹⁴¹ WELSCH, Reason ... p. 11.

¹⁴² Idem, Vernunft, p. 942.

¹⁴³ Ibid. p. 942; Unsere postmoderne Moderne, p. 307.

¹⁴⁴ Ibid. p. 943.

seria precisamente o processo dinâmico do acontecer racional. Razão significa a capacidade de poder mover-se por transições em meio à pluralidade¹⁴⁵. A razão transversal não é a razão de permanência ou de princípios apriorísticos fixos, mas uma razão de movimento, fundamentalmente uma faculdade¹⁴⁶. Pelo seu modo de ser é dinâmica, realiza-se em processos. Transversalidade não é por causalidade um conceito de movimento. “A razão não é, a razão acontece”¹⁴⁷.

1.10.1. Razão transversal como razão subjetiva e pragmática

A razão transversal é uma razão subjetiva e pragmática, como já vimos, a transversalidade é pura competência de movimentos em meio à pluralidade. Esta competência acentua o seu caráter subjetivo, pois trata-se de competência de sujeitos particulares (contingente). Neste sentido afasta-se tanto da razão objetivada em instituições, tipos de discursos e práticas sociais quanto da razão hipostasiada, substantiva, universal e puramente especulativa. A razão transversal é uma competência individual e pragmática, que não se realiza fora dos indivíduos: ou se realiza individualmente ou não se realiza enquanto tal. A razão só é real como razão de indivíduos¹⁴⁸. O discurso sobre razão diferencia-se do discurso sobre racionalidade, pois o primeiro refere-se necessariamente ao momento individual de sua realização. Assim, a razão transversal apresenta-se estritamente como faculdade de sujeitos, ou seja, como razão subjetiva. Quanto aos pressupostos teóricos do transconstitucionalismo, temos dúvidas quanto à possibilidade de utilização da razão transversal como ferramenta superadora do déficit de comunicação entre os subsistemas sociais. Como vimos, a razão transversal é estritamente uma faculdade de sujeitos, a razão não é, mas realiza-se. Ela não se realiza fora dos indivíduos: ou se realiza individualmente ou não se realiza enquanto tal. A transposição da razão transversal para a teoria dos sistemas (Luhmann) parece subverter completamente a percepção da razão como intrinsecamente dependente do momento individual. Parece-nos uma construção que emancipa a razão do sujeito e a conduz para o âmbito das construções sistêmicas e funcionalistas.

¹⁴⁵ Ibid. p. 934.

¹⁴⁶ WELSCH, Rationality ... p. 30.

¹⁴⁷ Idem, Vernunft, p. 934 ; Unsere ... p. 308.

¹⁴⁸ Ibid, p. 935.

1.10.2. Razão transversal e a relação entre razão e totalidade

Pensar a razão a partir da transversalidade impõe-nos pensar de outra maneira a relação entre razão e totalidade. Para Welsch trata-se de superar duas ideias arraigadas: a identificação de totalidade com unidade e a de razão com unidade. Ele considera que o pensamento moderno reconhece a pluralidade, entretanto segue formulando fórmulas de unidade. Ao passo que o pensamento pós-moderno aceita a pluralidade sem reservas e sem recurso a uma unidade última¹⁴⁹. Ele considera errôneo esperar que a intervenção da razão possa acabar com a pluralidade¹⁵⁰ ou que a razão terá fracassado quando não consegue realizar nenhuma síntese última¹⁵¹. Não é preciso pensar o todo como unidade, nem a unidade como síntese. Welsch – a partir de Kant – explica que totalidade é uma ideia regulativa. Não é um objeto de conhecimento, mas uma perspectiva. Não é uma categoria, mas uma ideia¹⁵². O todo é inabarcável e ilimitado. Qualquer tentativa de objetivação do todo traduz-se como elemento novo do todo, porém não é o todo. Portanto, uma compreensão adequada da totalidade é aquela que a considera inconclusa, aberta e ilimitada¹⁵³. Por outro lado, ele esforçar-se também para superar a identificação entre razão e unidade. Kant havia atribuído à razão uma “necessidade” natural de constituir sistema, uma tendência à sistematização, um “interesse arquitetônico”¹⁵⁴. A partir da constatação da pluralidade radical Welsch reinterpreta Kant e distingue interesse e objetivo da razão. Para ele o objetivo da razão é a verdade, e não a unidade. A razão deseja unidade, tem vontade e interesse pela unidade, entretanto quando esta esperança não puder ser satisfeita, deve contentar-se – sem que signifique

¹⁴⁹ Ibid, p. 658 nota 51.

¹⁵⁰ Ibid, p. 619

¹⁵¹ Ibid, p. 755.

¹⁵² Ibid, p. 638. Assim descreve KANT a função de uma idéia regulativa nos seguintes termos: “Ob wir nun gleich von den transzendentalen Vernunftbegriffen sagen müssen: sie sind nur Ideen, so werden wir sie doch Keineswegs für überflüssig und nichtig anzusehen haben. Denn, wenn schon dadurch kein Objekt bestimmt werden kann, so Können sie doch im Grunde und unbemerkt dem Verstande zum Kanon seines ausgebreiteten und einhelligen Gebrauchs dienen, dadurch er zwar keinen Gegenstand mehr erkennt, als er nach seinen Begriffen erkennen würde, aber doch in dieser Erkenntnis besseres und weiter geleitet wird”, in *Werke in zehn Bänden*, ed. De W. Weischedel, vol. 4, Darmstadt, 1983, p. 332.

¹⁵³ WELSCH, *Vernunft*, p. 638 ss.

¹⁵⁴ KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, A, p. 474: “Die menschliche Vernunft ist ihrer Natur nach architektonisch, d.i. Sie betrachtet alle Erkenntnisse als gehörig zu einem möglichen System (...)”; *Kritik der praktischen Vernunft*, A, p. 162: “Erwartung, es vielleicht dereinst bis zur Einsicht der Einheit des ganzen reinen Vernunftvermögens (des theoretischen sowohl als praktischen) bringen, und alles aus einem Prinzip ableiten zu Können; welches das unvermeidliche Bedürfnis der menschlichen Vernunft ist, die nur in einer vollständig systematischen Einheit ihrer Erkenntnisse völlige Zufriedenheit findet”.

fracasso – com pluralidade¹⁵⁵. Destarte, totalidade e unidade vistas pela ótica da pluralidade adquirem um novo sentido. Não basta apenas o reconhecimento da pluralidade como um dado incontestável¹⁵⁶, mas sobretudo a aceitação efetiva e sobretudo afetiva da pluralidade como algo positivo, sem nostalgias nem invocações de unidades ilusórias¹⁵⁷. Neste sentido, a unidade na forma sistêmica não é sequer desejável.

A razão transversal pensa unidade e totalidade de forma diferente. Unidade sem totalidade, entendida como unidade plural e transversal. E totalidade sem unidade, com pluralidade e complexidade transversal, sempre aberta e em constante transformação. É importante ter em mente que uma coisa é alegrar-se com as unidades parciais alcançadas e outra é acreditar que a unidade é a última palavra da realidade¹⁵⁸. Todavia, a unidade conserva uma importante função: é constitutiva das partes do todo. O resultado da pluralidade exige que os diversos complexos sejam coerentes, pois nenhuma pluralidade no todo sobrevive sem ao menos uma relativa unificabilidade entre as partes¹⁵⁹. Se por um lado renúncia à totalidade significa renúncia da própria razão, por outro a positivação do todo igualmente fulmina a razão, pois a converte em racionalidade. A razão sem totalidade é simples conhecimento – “*Verstand*” – e uma razão que domina o todo será igualmente conhecimento¹⁶⁰. Sem excluir evidentemente que a totalidade está além de toda tentativa de representação¹⁶¹. O todo propriamente dito é irrepresentável, é algo que não se deixa representar¹⁶². E não é apenas o contorno exterior, mas as estruturas internas da totalidade que supera nossa capacidade de representação. A inabarcabilidade da complexidade molda concomitantemente a sua irrepresentabilidade. Assim, o horizonte último que nos proporciona a razão é de uma situação móvel, fragmentada e multidimensional¹⁶³. A razão transversal reconhece a impossibilidade de representar o todo, neste sentido converte-se em ferramenta corretiva em face da pretensão de considerar uma determinada objetivação do todo como sua forma definitiva. Por isso, a razão transversal além de estabelecer relações justas entre as diversas racionalidades, conduz os tipos

¹⁵⁵ WELSCH, Vernunft, p. 655.

¹⁵⁶ Ibid. p. 659.

¹⁵⁷ Ibid. p. 662.

¹⁵⁸ Ibid. p. 658 ss.

¹⁵⁹ Ibid. p. 656, 755 e 912.

¹⁶⁰ Ibid. p. 662.

¹⁶¹ Ibid. p. 941.

¹⁶² Ibid. p. 942 e 944.

¹⁶³ Ibid. p. 945.

de discursos, de paradigmas e de racionalidades a sua forma transversal. O que significa abertura a uma totalidade inconclusa e em constante transformação, que exorbita dos estreitos limites de cada racionalidade.

1.10.3. Razão transversal e justiça racional

A partir deste momento, dedicaremos algumas poucas linhas a estudar a relação entre razão transversal e justiça racional. Para Welsch a ideia de “justiça racional” vem ocupar o lugar que a “verdade” desempenha nas concepções tradicionais¹⁶⁴. Três fatos determinam que a justiça tenha um papel de destaque, a saber: a) a competência de totalidade da razão; b) concorrência de uma multiplicidade de formas de racionalidades; c) irreduzibilidade e legitimidade dos diferentes complexos racionais¹⁶⁵. A ideia de justiça é necessária porque é a única possível num quadro em que o todo caracteriza-se pela “desordem racional”¹⁶⁶. Justiça seria uma ideia específica da razão e não dos tipos de racionalidades, pois estas possuem tendências egocêntricas e exclusivistas. Neste sentido, a razão transversal acaba por desempenhar função corretiva e relacional: deve garantir uma auto-percepção justa da constituição interna de cada tipo de racionalidade, como já vimos marcada pela conectividade múltipla. Mas também igualmente garantir uma relação justa entre os tipos de racionalidades e paradigmas. Assim a razão transversal converte-se em garante da justiça em meio à pluralidade racional. Isto posto, a justiça consistiria essencialmente em análises transversais que conduziria a auto-percepção e heteropercepção justas de cada paradigma em particular e dos diversos paradigmas entre si¹⁶⁷. Neste sentido, a intervenção da razão transversal em meio a pluralidade ocorrer-se-ia com o fito de introduzir a perspectiva da totalidade em sua forma plural e complexa dentro da perspectiva específica e particularista da racionalidade. Em última análise, conscientizar cada paradigma de sua constituição interparadigmática e transparadigmática.

A outra função da razão transversal consiste no reconhecimento da especificidade e legitimidade dos outros paradigmas. No sentido de zelar pelo respeito das diferenças e pela manutenção da sensibilidade para com

¹⁶⁴ Ibid. p. 701.

¹⁶⁵ Ibid. p. 699.

¹⁶⁶ Ibid. p. 710.

¹⁶⁷ Ibid. p. 693-696.

os dissensos irreduzíveis¹⁶⁸. Portanto, a razão permanecerá como tribunal de justiça (Kant) assegurando as exigências justas e eliminando toda pretensão infundada¹⁶⁹. Assim seria injusta toda e qualquer forma de totalitarismo¹⁷⁰, vez que é redução da totalidade a uma forma particular de concebê-la. Na verdade, não há um metacrítério que garanta unidade ou síntese última. Portanto, a “justiça racional” reconhece o dissenso, não o exclui *a priori*. Ainda que a razão aspire intencionalmente o consenso, nem sempre o alcança. Às vezes, o único consenso possível é a compreensão da impossibilidade de um consenso definitivo. Em razão da pluralidade radical deve-se contar com a possibilidade de que a atividade da razão não conduza necessariamente a um consenso, mas a articulação de dissensos básicos¹⁷¹. Portanto, a possibilidade de dissenso representa hoje um critério de racionalidade em sentido pleno¹⁷². Obviamente, não se está falando aqui da resolução de conflitos concretos, onde intervêm elementos de tipo pragmático. Na verdade, o que se questiona são as ideias de fundamento último e base teórica, que permitiriam dispor de critérios universais, para decidir entre concepções divergentes. Por conseguinte, a ideia de “justiça racional” impõe-nos a revisão de alguns conceitos epistemológicos, como verdade, fundamentação e decisão racional. Para Welsch, verdadeiro é um paradigma que, na ausência de um metacrítério de validade, apresenta-se pragmaticamente operativo e logicamente coerente - a verdade como conceito pragmático. Convém esclarecer que o reconhecimento da legitimidade teórica de um paradigma não implica necessariamente a sua assunção. O reconhecimento pertence ao plano reflexivo, a assunção ao pragmático. Se por um lado a razão impõe-nos o reconhecimento de paradigmas, por outro não nos obriga assumir este ou aquele. Mas apenas respeitá-lo como paradigma¹⁷³.

No contexto da pluralidade radical é insustentável um conceito de verdade na linha correspondencialista¹⁷⁴, pois a descrição da realidade é sempre particular e a suposta correspondência é em qualquer caso correspondência com uma determinada descrição, não com a realidade em si mesma. Por outro lado, a concepção de verdade como coerência considera a verdade como um

¹⁶⁸ Ibid. p. 936 ss.

¹⁶⁹ Ibid. p. 713; 847 nota 47.

¹⁷⁰ Cfr. Formas de totalitarismo podem ser encontradas em WELSCH, Vernunft, p. 704, 705 e 706.

¹⁷¹ Ibid. p. 937.

¹⁷² Ibid. p. 939.

¹⁷³ Ibid. p. 700.

¹⁷⁴ Ibid. p. 699, nota 1.

conceito relativo. Esta relativização significa transparência e reconhecimento das condições em que emergem qualquer proposição de verdade. É preciso delimitar a fronteira entre a estrutura e a condição do enunciado. Somente através da transparência e relativização deste marco poderemos escapar à tirania de um “discurso sensivelmente objetivo”, que é cego, não só para com o outro, mas em última análise, também para si mesmo¹⁷⁵. Assim, a ciência via de regra fala de seus objetos analisando, concomitantemente, tanto às condições dos mesmos quanto às do próprio discurso. Esta concepção relativa de verdade evidencia a condição particular de toda descrição, permite abertura à pluralidade e à diferença, e tendencialmente evita a tirania tanto do particular quanto do pretensamente universal. Neste sentido, Welsch define verdade como a improbabilidade de refutação de uma proposição, ou de forma positiva, a sustentabilidade e consistência provisórias e contextual de uma proposição¹⁷⁶.

Quanto à decisão racional, a situação atual de pluralidade torna ainda mais difícil decidir. O *iter* para decidir passa primeiro pela consideração de todos os pontos de vista relevantes; segundo, valorização das opções segundo critérios específicos internos a cada concepção ante à ausência de um metacritério e terceiro a aceitação da possibilidade de um dissenso irreduzível. O problema reside precisamente no fato de que não se trata apenas de uma decisão entre alternativas diferentes, mas de alternativas diferentes sobre bases teóricas distintas¹⁷⁷. O que supõe uma decisão no âmbito dos pressupostos¹⁷⁸. Inicialmente, faz-se necessário o estabelecimento do marco de referência de cada paradigma com suas premissas e axiomas, posteriormente a verificação da consistência ou coerência internas de cada paradigma. Seguidamente, a análise da plausibilidade ou preferência entre as premissas, uma vez que ainda que incidam paradigmas igualmente válidos, a decisão por um ou outro dependerá de diversos motivos pragmáticos, culturais e históricos que fará mais plausível ou conveniente uma opção que outra. E por fim, a adequação à situação, pois uma decisão é sempre prática e contextual¹⁷⁹. Quanto à fundamentação, a reflexão sobre a racionalidade ocorrida neste século tem desmascarado a pretensão e a possibilidade de uma fundamentação última. Os resultados da epistemologia e da teoria da ciência impedem prosseguir no sonho de fundamentação última e exigem formas de fundamentação relativa

¹⁷⁵ Ibid. p. 937 ss. nota 26.

¹⁷⁶ Ibid. p. 428 nota 4.

¹⁷⁷ WELSCH, Reason ... p. 11.

¹⁷⁸ Idem, Vernunft, p. 718.

¹⁷⁹ Ibid. p. 716 -733.

como formas mais adequadas e razoáveis¹⁸⁰. A fundamentação estaria entre a impossibilidade de fundamentação última e a plausibilidade de uma relativa. Até mesmo os critérios de racionalidade e a racionalidade em si mesma são interiores a uma cultura. Portanto, a decisão racional repousa sobre determinados pressupostos ou premissas, que por sua vez, descansam em outros pressupostos básicos, compartilhados por uma comunidade cultural¹⁸¹. Premissas, contexto e cultura operam de modo inevitavelmente recursivo e circular¹⁸², pois aceitamos o que acreditamos fundamentado e acreditamos fundamentado aquilo que aceitamos. Este é o dilema da fundamentação racional de uma cultura racional¹⁸³. Entretanto, a defesa da fundamentação relativa não significa renúncia a toda fundamentação, mas apenas a aceitação da relatividade como a única forma de fundamentação racional possível. Neste horizonte de intelegibilidade a decisão razoável principiará pela clarificação ou transparência das premissas. Isto é, decidir razoavelmente significará ser consciente e dá conta das condições reais que tornam possível a decisão¹⁸⁴. Sem excluir o caráter relativo de toda fundamentação e a impossibilidade de uma análise exaustiva dada a complexidade atual evidenciam o caráter pragmático da decisão. A decisão pertence intrinsecamente ao âmbito da contingência. Decidir ou por outros termos significa realizar escolhas em condições de provisoriedade¹⁸⁵. Neste sentido, acentuar a condição prática e relativa da decisão contribui ainda mais para relativizar a fundamentação como critério último.

O procedimento de fundamentação é formado por uma rede de razões e pontos de apoio que remetem uns aos outros e se entrelaçam mutuamente¹⁸⁶. Neste sentido, a razão transversal garante uma *praxis* razoável em meio à pluralidade radical. Levar a sério tais argumentos significa reconhecer que a razão transversal assume os traços elementares da razão prática da terminologia tradicional. A realidade plural tem imposto uma viragem pragmática e antiteoricista da razão. Parece que os ideais clássicos da razão teórica – perfeição, abstração,

¹⁸⁰ Ibid. p. 787 ss. WELSCH trata da impossibilidade de projeto de fundamentação última de forma geral, não faz alusão a nenhum projeto específico. No mesmo sentido, Stephen Toulmin, *Cosmopolis*, Chicago, 1990, p. 178-179 e Wolfgang Stegmüller, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, vol. 4, Berlim, 1973, p. 25-26.

¹⁸¹ WELSCH, *Vernunft*, p. 723.

¹⁸² Ibid. p. 723 e 901.

¹⁸³ Ibid. p. 725.

¹⁸⁴ Ibid. p. 722.

¹⁸⁵ Ibid. p. 901 e 724.

¹⁸⁶ Ibid. p. 901

fundamentação, principialidade, unicidade, transcendência, essencialidade, etc revelam-se hoje, ora como ilusão, ora como obstáculo, para a adequada compreensão da realidade imersa na complexidade, contingência, finitude, diversidade, mutabilidade e inabarcabilidade. A viragem pragmática pode ser explicada pela transformação do saber ideal em relativo ocorrida no campo da ciência e da epistemologia. Mas também o reconhecimento de componentes de tipo prático na constituição interna da própria razão teórica, ou por outros termos, a transformação do saber puro em contingente. A razão transversal incorpora a viragem pragmática em sua estrutura e apresenta-se como razão prática, ou seja, como razão fundada na *praxis* e dirigida à *praxis*¹⁸⁷. Ela é capaz de tomar decisões em meio à pluralidade radical e é fundamentalmente prática na medida em que sua força motriz, a justiça, é a ideia prática por excelência. Outro conceito que mantém estreita relação com a razão transversal enquanto razão prática é a concepção tradicional de sabedoria, que não nos deteremos por enquanto a estudá-la¹⁸⁸.

1.10.4. Razão transversal como razão estética

A razão transversal também pode ser entendida como razão estética. A partir deste momento, as breves reflexões que se seguem concentram-nos a estudar a razão transversal como razão estética. As funções atribuídas à razão transversal encontram semelhanças com as funções reconhecidas à "*Urteilkraft*" Kantiana. Esta capacidade de julgar é um momento interior da razão capaz de relacionar o particular com o geral, decidir diante da ausência de regra geral, orientar-se na pluralidade e com uma sensibilidade especial pela contextualidade e situação. Desde Kant esta capacidade de julgar é reconhecida como função fundamental tanto da razão teórica quanto da razão prática. Kant entendia como capacidade de realizar a união do geral e do particular sem dar-se previamente o geral¹⁸⁹. As referidas funções da "*Urteilkraft*" são inerentes à razão transversal, pois esta desenvolve-se em situações sem regra última. A razão transversal deseja identificar transições e conexões na aparente separação, e divergências, na pretensa unidade. E tudo isto sem dispor previamente de um sistema com

¹⁸⁷ Ibid. p. 789 ss.

¹⁸⁸ Sobre a concepção de sabedoria convém consultar: WELSCH, Weisheit in einer Welt des Widerstreits, in *Studia Philosophia*, n° 47 (1988), p. 99-115; Weisheit in einer Welt der Pluralität, in W. Oelmlüller (ed), *Kolloquien zur Gegenwartsphilosophie*, vol. 12, Paderborn, 1989, p. 214-249.

¹⁸⁹ WELSCH, Vernunft, p. 791; Unsere postmoderne Moderne, p. 309.

critérios fixos e sem poder concluir num sistema geral. Decerto estas funções exigem sobretudo sensibilidade, percepção, intuição, agudeza, etc, qualidades eminentemente estéticas¹⁹⁰. Neste sentido, a razão transversal para desempenhar suas funções requer uma constituição intrinsecamente estética¹⁹¹. É a matriz estética que permite que a razão possa ser uma razão de nuances, atenta à diferença, à particularidade e ao detalhe.

Isto posto, a razão transversal é o resultado da viragem estética ocorrida no campo da epistemologia, como já vimos anteriormente, e corresponde ao fenômeno da estetização geral do pensamento e da vida¹⁹². Na Antiguidade dominava o paradigma ontoteológico, que descrevia a estrutura da realidade e da condição do ser; na modernidade, o da consciência; na modernidade recente o da linguagem e na modernidade pós-moderna o paradigma estético¹⁹³. A reflexão realizada pela razão transversal é tipicamente estética, pois demanda uma especial sensibilidade para com a complexidade e uma inexorável criatividade. Algumas concepções consideram a metáfora como simples meio para descrever a razão e suas funções. Contrariando esta percepção, a razão transversal converte a metáfora em seu próprio modo de ser. As situações fundamentais são normalmente explicadas metaforicamente, e a realidade é considerada cada vez mais como produto de atividade metafórica. Portanto, as metáforas são efetivamente mais que metáforas, são descrições potencialmente válidas da realidade¹⁹⁴.

1.10.4.1. Estetização superficial e estetização profunda

Welsch ao analisar o processo de estetização da realidade e da vida distingui estetização superficial de estetização profunda. As sociedades ocidentais transformaram o urbano, o industrial e o meio ambiente em cenários hiperestéticos¹⁹⁵. Nesta senda, o hedonismo reaparece como nova matriz cultural:

¹⁹⁰ Ibid, p. 791 ss.

¹⁹¹ Ibid, p. 796-802.

¹⁹² Cfr. WELSCH, *Ästhetisches Denken*, Stuttgart, 1991 [1990] ; *Grenzgänge der Ästhetik*, Stuttgart, 1996; *Das Ästhetische – Eine Schlüsselkategorie unserer Zeit?* in *Die Aktualität des Ästhetischen*, München, 1993, p. 13-47; *Ästhetik und Anästhetik in Ästhetik im Widerstreit. Interventionen zum Werk von Jean-François Lyotard*, Weinheim, 1991, p. 67-87.

¹⁹³ Idem, *Grenzgänge der ...* p. 97

¹⁹⁴ WELSCH, *Das Ästhetische ...* p. 38 nota 28.

¹⁹⁵ WELSCH, *Aestheticization Processes: Phenomena, Distinctions and Prospects*, in *Undoing Aesthetics*, 1997, Sage Publications, p. 2.

a estetização superficial compartilha valores como diversão e prazer¹⁹⁶. Ser capaz de prazer é uma condição elementar para a estética. O juízo estético é pintado com prazer. Somente os seres capazes de prazer podem, num degrau superior, também serem capazes de prazer estético. Portanto, o hedonismo é base para a estética¹⁹⁷. Por outro lado, a estetização também pode ser apreendida como uma estratégia econômica, a exemplo da indústria de bem-estar, que é esteticamente orientada. Na contemporaneidade entre essência e aparência nota-se o predomínio desta última, sobretudo quando constatamos que as estratégias publicitárias revelam que a estética tornou-se um valor autônomo orientador - para não dizer a principal moeda - da sociedade¹⁹⁸. A estetização hoje é o resultado de uma profunda transformação tecnológica ocorrida no âmbito do processo produtivo. A estética já não pertence apenas à superestrutura como pensava Marx. Paradoxalmente, a estetização material implica concomitantemente uma estetização imaterial, pois a interação diária com os processos produtivos microeletrônicos afeta a consciência estética e o horizonte de apreensão da realidade. Sendo esta última constituída através da mídia, a velha crença na realidade sucumbiu à televisão, verdadeira provedora do “real”¹⁹⁹. A realidade parece ter sido alargada pela mídia, e mesmo fora dela a apreensão da realidade é largamente estética, mesmo a ciência possui um caráter profundamente estético nos seus modelos e descobertas. Sem excluir obviamente que a estetização corrente parece atingir a sua consumação nos indivíduos, pois as relações intersubjetivas também estão sendo cada vez mais esteticamente orientadas. Neste processo, o “*homo aestheticus*” é o novo modelo, é bem verdade que já algum tempo as normas éticas assumiram uma qualidade estética²⁰⁰.

A estetização mais profunda alcança a estrutura básica da realidade: o mundo material marcado pelas novas tecnologias, a realidade social como resultado da mídia e a realidade subjetiva, como resultado da substituição de padrões morais por estéticos²⁰¹. A estetização profunda remete-se à pluralidade por ausência de fundamento, à heterogeneidade incomensurável por falta de um metacritério

¹⁹⁶ Ibid, p. 3.

¹⁹⁷ WELSCH, Changes in Aesthetics, in Contemporary Aesthetics, Forum: Science in Aesthetics, 2004, p. 23.

¹⁹⁸ Idem, Aestheticization Processes ... p. 4.

¹⁹⁹ Ibid, p. 5; Aesthetics beyond aesthetics for a new form to the discipline, in Undoing Aesthetics, 1997, Sage Publications, p. 85.

²⁰⁰ Ibid, p. 6.

²⁰¹ Ibid, p. 7.

universal e a complexidade irreduzível por falta de unidade última. Neste sentido, a estetização profunda não pressupõe consenso, reconciliação e pacificação onde realmente não exista. Ela aceita o dissenso e potencializa a diferença. Eis a inconsistência última da verdade objetiva.

1.10.4.2. Por uma estética transdisciplinar

A consciência estética desde muito tempo tem permeado os poros da sociedade e as mentes dos indivíduos²⁰². Neste sentido, tornou-se evidente que a participação estética é fundamental no conhecimento e na realidade. E decerto a visão de que cognição e realidade são constituídas esteticamente é cada vez mais considerada²⁰³. A ética hoje não é a melhor autoridade para a crítica da estetização, pois está tornando-se uma subdisciplina da estética²⁰⁴. Portanto, a crítica à estetização deve surgir do próprio pensamento estético: a estetização total culmina na sua própria oposição, pois onde todas as coisas tornaram-se belas, nada mais é belo²⁰⁵. A hipostasia do belo, hiperestimulação sensorial, o imperativo empresarial esteticista acabam por promover a sacralização da beleza, homogeneizações e um efeito “anestésico” na apreensão de aspectos não-belos da realidade. Na verdade, a globalização da beleza pode desconfigurar o mundo, ao invés de aperfeiçoá-lo ou redimi-lo²⁰⁶. Uma das falhas da estética tradicional foi o de promover a beleza, negligenciando outros valores estéticos. Mas também a pura aclamação da beleza serviu de base retórica para o processo de estetização atual. A paixão pelo belo impediu-nos de considerar os efeitos negativos da estetização²⁰⁷. Portanto, a eficácia da estética tradicional precisa ser criticamente analisada, vez que a estetização atual não trouxe apenas consigo desafios e tarefas para a estética contemporânea, mas também para a tradicional. A estética fora da estética não pode hoje ser ignorada, mesmo para àqueles que insistem em pensar uma estética dentro da estética. O desafio decerto estaria numa cultura genuinamente estetizada sensível às diferenças e à exclusão, não somente em relação às formas de arte, mas sobretudo no dia-a-dia em face das

²⁰² Idem, *Aestheticization Processes ...* p. 23; *Aesthetics beyond aesthetics for a new form to the discipline, in Undoing Aesthetics, 1997, Sage Publications, p. 81*

²⁰³ *Ibid*, p. 23.

²⁰⁴ *Ibid*, p. 19 e 24.

²⁰⁵ *Ibid*, p. 25; *Aesthetics beyond ...* p. 83.

²⁰⁶ Idem, *Aesthetics beyond ...* p. 84.

²⁰⁷ Idem, *Aesthetics beyond ...* p. 84.

formações sociais²⁰⁸. Neste sentido, a cultura estética é capaz de contribuir, pelo menos indiretamente, para a cultura política²⁰⁹. Vejamos o exemplo da tolerância, pois sensibilidade para diferença é *conditio sine qua non* para tolerância. Talvez vivamos numa sociedade em que se fala muito de tolerância, mas pouco de sensibilidade. Por isso, Welsch acredita que através da sensibilização causada pela estetização se poderá intervir no processo social²¹⁰.

É preciso contestar a restrição da estética à arte, portanto, a tradicional identificação da estética à arte tornou-se insustentável²¹¹. O entendimento que ainda prevalece é o da estética centrada na arte²¹². A estética tem sido pensada exclusivamente como filosofia da arte, mesmo diante da incerta noção de arte em si mesma²¹³. Mesmo os autores que entendem a estética como forma alternativa de vida²¹⁴, vêniam pelas óbvias reduções, compartilham o entendimento tradicional da estética: mantém a arte como alvo da estética. A arte como sendo o melhor modelo da prática estética e paradigma²¹⁵. Na verdade, o projeto estético não cumpriu sequer a sua responsabilidade, pois foi incapaz de fazer justiça à singularidade das obras de arte. Muito pelo contrário, o objetivo da estética foi deslocado para o estabelecimento de um conceito universal e eterno de arte. A prática artística não consiste em buscar um conceito universal de arte, mas envolve a criação de novas versões e conceitos de arte. Certamente, os paradigmas artísticos estão ligados por algumas sobreposições, mas não há um padrão universal comum a todos eles ou que represente um núcleo essencial de todas as obras de arte. Neste sentido, a abordagem tradicional está equivocada por princípio, mesmo quando a estética refere-se apenas à arte. Portanto, é

²⁰⁸ Ibid, p. 25.

²⁰⁹ Ibid, p. 26. Neste sentido: WELSCH, *Ästhetik/hik – Ethische Implikationen und Konsequenzen der Ästhetik*, p. 3-22 in Christoph Wulf, Dietmar Kamper and Hans Ulrich Gumbrecht (eds.) *Ethik der Ästhetik*. Berlin: Akademie.

²¹⁰ Ibid, p. 27.

²¹¹ Ibid, p. 18.

²¹² Cfr. “disciplina filosofica che ha per oggetto la bellezza e l’arte” (Enciclopedia Filosofica Florence: G. C. Sansoni Editore, 1967, vol. 2, col. 1054); “étude réflexive du beau” e “philosophie et science de l’art” (Vocabulaire d’Esthétique, Paris: Presses Universitaires de France, 1990, p. 691 e p. 692 respectivamente); “Aesthetics is the branch of philosophy that aims to establish the general principles of art and beauty” (Academic American Encyclopedia, Danbury, Conn.: Grolier Inc., 1993, vol. 1, p. 130); “Das Wort ‘Ästhetik’ hat sich als Titel des Zweiges der Philosophie eingebürgert, in dem sie sich den Künsten und dem Schönen [...] zuwendet” (Historisches Wörterbuch der Philosophie, ed. Joachim Ritter - Basel: Schwabe & Co., vol. 1 1971, col. 555).

²¹³ WELSCH, *Aesthetics beyond ...* p. 78.

²¹⁴ Cfr: SCHILLER, MARCUSE, KIERKEGAARD, NIETZSCHE, DEWEY, dentre outros.

²¹⁵ WELSCH, *Aesthetics beyond ...* p. 79.

imprescindível avançarmos para um modelo pluralista de estética²¹⁶. A construção de um modelo pluralista de estética passa pela consideração transdisciplinar da disciplina, com a convocação de diferentes horizontes na reflexão da estética. Sem dúvida com possíveis contribuições da filosofia, sociologia, arte, história, psicologia, antropologia, neurociência, dentre outras. Neste sentido, a arte seria somente mais um dos seus sujeitos, e não o único. Não se trata de pensar a estética com contribuições exógenas, não é isto, mas conceber uma estética transdisciplinar em si mesma, internamente, e sobretudo de forma institucional²¹⁷. Esta proposta leva em conta o fato de as fronteiras entre as diversas racionalidades não permitirem uma delimitação precisa, impondo-se portanto cruzamentos e transições entre elas²¹⁸. Para além de contribuir para a reflexão da estética, a estrutura transdisciplinar de uma estética “liberta” da estética, é decisiva em relação à própria arte²¹⁹. Pois as próprias obras exigem atenção para formas de percepção e entendimento que transcendem a específica intervenção artística²²⁰. Portanto, a experiência estética elementar não considera a arte como algo fechado, mas capaz de se abrir para diversas formas de ver o mundo - as obras podem gerar novas visões de mundo²²¹.

1.10.4.3. “Estética anestética”

A percepção estética é complexa - diversos modos cooperam na percepção da obra -, portanto, a arte atravessa a mera contemplação em favor de uma percepção multidimensional. Neste sentido, uma estética limitada em si mesma, é confessadamente uma estética com horizontes restritos. A percepção da arte não está restrita à singularidade da estética²²². As obras de arte exigem uma multiplicidade de talentos perceptivos, que transcendem a dimensão meramente contemplativa²²³. A experiência estética exige a combinação de

²¹⁶ Ibid, p. 80.

²¹⁷ Ibid, p. 90 e 98.

²¹⁸ Ibid, p. 99.

²¹⁹ Ibid, p. 91.

²²⁰ Cfr. DEWEY, John, *Art as Experience*, in *The Later Works, 1925-1953*, vol. 10, Southern Illinois University Press, 1987, p. 329. Against the tank of modernity which thus arose, against this ‘steely housing’ of modernity, people then backed the explosive power of the aesthetic time and time again

²²¹ WELSCH, *Aesthetics beyond ...* p. 91.

²²² Ibid, p. 93.

²²³ Ibid, p. 94.

contemplação, imaginação e reflexão²²⁴. Certamente, assim conservaremos a arte como tônico da alma, sem negligenciar a reflexão crítica. Portanto, somente uma atitude poliperceptiva pode fazer justiça às obras de arte. Se a arte traz à tona a polipercepção, então a estética também, como autoridade reflexiva que é. Portanto, uma estética além da estética impõe-se não só em razão de uma compreensão alargada da estética, como da própria arte²²⁵. O pensamento estético tradicional está centrado na arte e a arte está fundada no belo. Tem sido um grande erro dos estetas acreditar que arte é essencialmente sobre o belo²²⁶. É preciso ter em conta que os adversários do belo não tem a intenção de pôr fim ao belo, mas de anunciar o novo belo no lugar do ideal estabelecido²²⁷. Não podemos restringir a arte ao belo, pois este não alcança todas as formas de manifestações artísticas, como a literatura e a música por exemplo²²⁸. Neste momento, não nos deteremos a estudar a problemática do belo, por considerarmos que exorbitaria aos objetivos desta investigação.

Nesta altura, ainda no estudo sobre razão transversal como razão estética esforçaremos-nos na compreensão do pensamento pós-moderno como pensamento estético. A pós-modernidade se reconhece no espírito que habita a prática artística, sobretudo nos movimentos de vanguarda do século XX. Nestes, vê-se a prática efetiva da pluralidade. Decerto as vanguardas estéticas, sob a lente da pós-modernidade, podem ser consideradas como escola de pluralidade e como modelo de pensamento pós-moderno. As vanguardas artísticas tem sido construtoras de pluralidade. A arte moderna é certamente oficina e escola de pluralidade²²⁹. A arte moderna converte sua *práxis* num exercício permanente de auto-reflexão sobre si mesma. As obras de arte apresentam-se como partes, fragmentos, sem pretensão de totalidade. Há aqui uma denúncia antecipada e exemplar da fragmentação, da dissolução da unidade, da desfundamentação da realidade e da ilusão da totalidade. A realidade é um pretexto, não é um *canon*, e a arte converte-se num exercício reflexivo imaterial: a abstração progressiva reflete a perda de realidade objetiva. Na arte moderna há uma progressiva substituição da estética do belo pela do sublime. Neste sentido, a arte de vanguarda como arte do sublime representa o nascimento da estética anestética, da estética além da arte. O

²²⁴ Ibid, p. 96.

²²⁵ Ibid, p. 97-98

²²⁶ DANTO, Arthur C., *The abuse of beauty: aesthetics and the concept of art*, Peru, III.: Open Court, 2003, p. 36

²²⁷ WELSCH, *The Return of Beauty?* in *Filozofski Vestnik*, 2/2007, p. 16. BARNETT NEWMAN definiu a arte moderna como o desejo de destruir a beleza in *The Sublime Is Now* [1948], in *Barnett Newman: selected writings and interviews*, New York: Knopf, 1990, p. 172

²²⁸ Ibid, p. 18.

²²⁹ WELSCH, *Postmoderne – Pluralität als ethischer und politischer Wert*, Köln, 1988, p. 53; *Wege aus der Moderne. Schlüsseltexte der Postmoderne-Diskussion*, Weinheim, 1988, p. 42; *Ästhetisches Denken*, Stuttgart, 1991, p. 69.

sublime introduz na arte a consciência de que cada obra é somente um experimento, uma tentativa parcial e provisória de representar o irrepresentável. Por tudo isto, a arte de vanguarda representa a explosão de pluralidade e heterogeneidade de paradigmas estéticos, de multiplicidade de estilos e critérios incomensuráveis que convivem, nem sempre pacificamente, com igual pretensão de legitimidade²³⁰. Se a pluralidade radical revela-se como consequência da concepção estética da realidade, então o pensamento pós-moderno é estético. Assim, a estética converte-se em disciplina básica para a compreensão da modernidade pós-moderna²³¹. Mas de que estética estamos a falar?

A consciência do caráter estético do conhecimento e da realidade converte pluralidade em novo paradigma da ciência e da arte. Neste quadrante, Welsch defende uma reestruturação da epistemologia e da estética, a partir da “protoestética da cognição”, como disciplina básica²³². Esta é necessariamente transdisciplinar, tenta dá conta da constituição intrinsecamente estética da epistemologia e da ciência. Mas também amplia o âmbito da estética para além do campo específico da arte, ou seja, pensa uma estética fora da estética, uma estética “anestésica”²³³. A viragem estética impõe-nos uma releitura da “filosofia dos fundamentos”, estes têm-se revelado estéticos, já não é possível continuarmos a falar de “fundamento” nem de “filosofia primeira” em sentido estrito²³⁴. Justamente, porque a estética não oferece nenhum fundamento último e definitivo, mas o contrário: a ausência de fundamento, ou por outros termos, a ficcionalidade dos fundamentos e sua condição de construções. Por outro lado, o pensamento estético não pode converte-se num “fundamentalismo estético”: detentor da verdade única, absoluta e exclusiva. Portanto, a estética traduz-se como possibilidade de abertura efetiva à pluralidade e à complexidade.

A estética que Welsch defende é “anestésica”, ou seja, não circunscrita unicamente a fenômenos propriamente artísticos ou relacionados exclusivamente com o belo. Ele utiliza o neologismo “*Ästhet/hik*” formado pela contração de “estética” (*Ästhetik*) e “ética” (*Ethik*) para designar os elementos da estética os quais contém elementos éticos²³⁵. A estética não se concebe sem a ética, a primeira é constituída intrinsecamente com componentes éticos: trata-se de um “imperativo

²³⁰ Idem, Postmoderne – Pluralität als ethischer ... p. 86-93.

²³¹ Idem, *Ästhetisches Denken*, p. 41.

²³² Idem, *Grenzgänge der Ästhetik*, p. 94; *Vernunft*, p. 507.

²³³ Ibid, p. 135 ss; *Ästhetisches Denken*, p. 9-40.

²³⁴ Ibid, p. 96 ss.

²³⁵ Idem, *Ästhet/hik – Ethische Implikationen und Konsequenzen der Ästhetik*, in *Ethik der Ästhetik*, eds. Christoph Wulf, Dietmar Kamper and Hans Ulrich Gumbrecht, Berlin: Akademie Verlag, 1994, p. 3 – 22; *Ethical Implications and Consequences of Aesthetics in Undoing Aesthetics*, 1997, Sage Publications, p. 61.

estético”²³⁶. Isto não significa que a estética irá substituir a ética num novo gesto absolutista. Na Antiguidade à estética foi atribuída um lugar no quadro da filosofia ética e mesmo na modernidade a estética permaneceu submetida à ética. O que Welsch propõe é precisamente um novo entrelaçamento entre ética e estética a partir de análises transversais e enfoque transdisciplinar. Neste sentido, a estética poderia completar, colmatar as lacunas no raciocínio, melhorar os argumentos e clarificar os objetivos da ética habitual²³⁷. Na Antiguidade, a relação entre estética e ética caracterizou-se pela “domesticação” da estética pela ética. Na modernidade, pela autonomia e separação absoluta entre ética e estética. Agora na modernidade pós-moderna a relação entre elas deve ser pautada pelas conexões e cruzamentos estruturais e intrínsecos entre ética e estética²³⁸. O desafio parece que reside precisamente no fato de que a reflexão estética precisa dá conta de dois sentidos, em primeiro lugar, aceitar a pluralidade e a diferença, e ter consciência reflexiva do caráter específico e excludente de toda percepção. O primeiro sentido trata da ausência de “*canon*” e a legitimidade da pluralidade de paradigmas incomensuráveis. Aceitar a pluralidade radical significa reconhecer a diferença em si mesma, não se trata de reconhecer diferenças sobre uma mesma base, mas sobretudo de reconhecer diferentes bases na percepção da realidade²³⁹. O segundo sentido refere-se à sensibilidade para com o “lado cego” da percepção e para o excluído da mesma. Num contexto de pluralidade a percepção é sempre limitada, reduzida e relativa, seja em razão da inabarcabilidade da realidade em sua totalidade, seja pela ambivalência de toda percepção²⁴⁰. Neste sentido, percepção é ao mesmo tempo não-percepção²⁴¹. Portanto, a consciência da referida dinâmica não perde de vista o excluído nem a própria falta de visão.

Welsch a partir da dialética entre estética e anestética propõe um código de sensibilização estética, a saber: a) consciência da especificidade: sensibilidade para captar a lógica própria de cada paradigma; b) consciência da parcialidade: consciência da relatividade de todo paradigma, inclusive o próprio. Não é permitido considerar um paradigma como único possível; c) vigilância: consciência reiterada da legitimidade de diferentes paradigmas concorrentes e simultâneos, e dos mecanismos naturais de exclusão do outro, inerente a cada paradigma. A alteridade por princípio; d) consciência atenta ao excluído: reconsiderar o deixado de lado, o marginalizado, o desconsiderado e promover a

²³⁶ Idem, *Ästhet/hik ...* p. 6 ; *Grenzgänge ...* p. 112.

²³⁷ Idem, *Ethical Implications ...* p. 60 – 61; *Ästhet/hik ...* p. 3.

²³⁸ Idem, *Ästhet/hik ...* p. 3 ss ; *Grenzgänge ...* p. 106 ss.

²³⁹ *Ibid*, p. 18.

²⁴⁰ Idem, *Ästhetisches Denken*, p. 30.

²⁴¹ Idem, *Ästhet/hik ...* p. 18 ss.

mudança de perspectiva. De muitas formas a arte moderna voltou-se para aquelas coisas que foram desvalorizadas; e) tendência ao reconhecimento: significa abertura da percepção ao inicialmente invisível, inaudito ou imperceptível; f) tendência à justiça: todos os referidos pontos convergem na perspectiva da justiça, ou seja, justiça para com o heterogêneo²⁴². A sensibilidade para com o diferente e o excluído poderá transformar nossa cultura “esteticista” numa cultura autenticamente estética, numa “cultura do ponto cego”²⁴³. A estética anestética fará justiça à pluralidade e a dialética estética-anestética impedirá que esta nova cultura culmine numa utopia estético-social totalitarista²⁴⁴. Desta maneira, o conceito de *justiça estética* formula uma forte crítica à versão político-judicial de justiça, quase sempre, orientada pelo princípio da equivalência formal. Entendemos que somente na estética a justiça poderá ser tratada integralmente, pois a *justiça estética* reconhece as diferenças²⁴⁵. Portanto, a “cultura do ponto cego” é sensível às exclusões, rejeições e à diferença²⁴⁶. No reino da alteridade a estética-anestética engaja-se como modelo mais transparente de justiça. Esta estética da sensibilidade para com o plural e o diferente é a alma da pós-modernidade. Neste sentido, as implicações e consequências éticas, políticas e sociais da pós-modernidade de viés estético derivam precisamente do reconhecimento da pluralidade radical como valor ético e político.

2. BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce, The Rise of World Constitutionalism, in Virginia Law Review nº 83, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt, Modernity and Ambivalence, Cambridge: Polity, 1992.
- BECK, Ulrich, Der Kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, 2004, trad. Italiana, Lo sguardo cosmopolita, Roma, 2005.
- BECK, Ulrich, Dialektiken der Moderne: Wie die Krisen der Moderne aus den Siegen der Moderne hervorgehen, in Weltrisiko-gesellschaft, Suhrkamp, 2007, p. 401.
- CAMERLENGO, Quirino, Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Pubblico, Università Degli Studio di Milano, nº 58, 2007.
- CAMERLENGO, Quirino, La vocazione cosmopolita del sistema costituzionali alla luce del comune nucleo essenziale, in STAIANO, Sandro (coord.), Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni, Giappichelli Editore, Torino, 2006.

²⁴² Ibid, p. 19 ss; Grenzgänge ... p. 131-133 ; Ethical Implications ... p. 72-73.

²⁴³ Ibid, p. 20 ; Grenzgänge... p. 133; Das Ästhetische – Eine Schlüsselkategorie unserer Zeit? in Die Aktualität des Ästhetischen, München, 1993, p. 46; Ästhetisches Denken, p. 38.

²⁴⁴ Idem, Ästhetisches Denken, p. 38.

²⁴⁵ Idem, Ethical Implications ... p. 71.

²⁴⁶ Ibid, p. 74.

- CANÇADO TRINDADE, A. A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª ed., Antoni Fabris, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constitucionalismo político e constitucionalismo societal num mundo globalizado*, in “Brançosos e Interconstitucionalidade, Almedina, 2008.
- CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina.
- CANOTILHO, J.J.G., *Interconstitucionalidade e Interculturalidade*, in “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Almedina, 2008.
- CASTANHEIRA NEVES, A., *O Funcionalismo Jurídico*, in *Digesta*, vol. III, Coimbra Editora, 2008.
- DANTO, Arthur C., *The abuse of beauty: aesthetics and the concept of art*, Peru, Ill.: Open Court, 2003.
- DELEUZE, Gilles, *Vorwort. Drei Gruppenprobleme*, in Guattari, *Psychotherapie, Politik und die Aufgaben der institutionellen Analyse*.
- DEWEY, John, *Art as Experience*, in *The Later Works, 1925-1953*, vol. 10, Southern Illinois University Press, 1987.
- FEYERABEND, Paul, *Farewell to Reason*, New York/London: verso 1987.
- FEYERABEND, Paul, *Wissenschaft als Kunst*, Frankfurt a. M: Suhrkamp, 1984.
- FISCHER-LESCANO, Andreas, *Die Emergenz der Globalverfassung*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* nº 63/3, 2003.
- GOODMAN, Nelson, *Languages of Art. An Approach to a Theory of Symbols*, Brighton: Harvester Press, 1981.
- GUATTARI, Félix, *La Transversalité*, in *Psychothérapie institutionnelle*, nº I, 1964/65.
- GUÉHENNO, Jean-Marie, *From Territorial Communities to Communities of Choice: Implications for Democracy*, in Streeck, Wolfgang (Hg.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Frankfurt/M: Campus.
- GÜNTHER, Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Proze der Globalisierung*, Reimers, Bad Homburg, 2001.
- HABERMAS, Jürgen , *Der philosophische Diskurs der Moderne*, 4ª ed.
- HABERMAS, Jürgen, *The Theory of Communicative Action*, trad. Thomas McCarthy, vol. 2, Boston: Beacen Press, 1984, vol. I .
- HEGEL, Friedrich, *The Difference Between Fichte’s and Schelling’s System of Philosophy*, Albany: State University of New York, 1977.
- IZUZQUIZA, Ignacio, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoria como escândalo*, 1990 Barcelona: Antrophos.
- KANT, Immanuel, *Critique of Pure Reason*, New York: St. Martin’s Press, 1965.
- KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*.
- KANT, Immanuel, *Werke in zehn Bänden*, ed. De W. Weischedel, vol. 4, Darmstadt, 1983.
- KENNY, Anthony, *Wittgenstein on the nature of philosophy in The Legacy of Wittgenstein*, New York: Blackwell, 1984.

- LANGER, Stepan, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung – Strukturprinzipien, Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation*, 1995.
- LUCAS PIRES, Francisco, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (seu sentido, problemas e limites)*, Almedina, 1997.
- LUHMANN, N., *Autopoiesis als soziologischer Begriff*, in *Sinn Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, 1987, Frankfurt: Suhrkamp.
- LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995.
- LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 2000.
- LUHMANN, *Die Rückgabe des Zwölften Kamels*, in *Autopoiesis in Law and Society*, Florence: UEI Conference Materials.
- LUHMANN, N., *Gesellschaft als Differenz*, in *Zeitschrift für Soziologie*, nº 23 (1994).
- LUHMANN, N., *Gleichzeitigkeit und Synchronisation*, in *Soziologische Aufklärung*, vol. V, Opladen, 1990.
- LUHMANN, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965.
- LUHMANN, N., *Le droit comme système social*, in *Droit et Société*, nº 11-12 (1989).
- LUHMANN, N., *O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade*, in J. A. Pinto Ribeiro (coord.), *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, 1999.
- LUHMANN, N., *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. 1984, Frankfurt: Suhrkamp.
- LUHMANN, N., *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für moderne Gesellschaft*, in *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, vol. II, Frankfurt, 1981.
- LUHMANN, *The Self-Reproduction of the Law and Its Limits*, in G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 1985, Berlin: De Gruyter.
- LUHMANN, N., *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *Rechtshistorisches Journal* 9, 1990.
- LUHMANN, *Ethik in internationalen Beziehungen*, in *Soziale Welt* nº 50/3, p. 252.
- LYOTARD, J. F. *Le postmoderne expliqué aux enfants*, Paris, 1986.
- MADURO, Miguel Poiares, *A Constituição Plural: Constitucionalismo e União Européia*. Cascais: Principia.
- MADURO, Miguel Poiares, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003.
- MADURO, Miguel Poiares, *Europe and the Constitution: What if This Is as Good as It Gets? in European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, 2003.
- MADURO, Miguel Poiares, *O Superavit Democrático Europeu*, in *A Constituição Plural*, Principia.
- MADURO, Miguel Poiares, *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *The European Charter of Fundamental Rights*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

- MADURO, Miguel Poiaras, The Importance of Being Called A Constitution: Constitutional Authority and the Authority of Constitutionalism, in *International Journal of Constitutional Law*, vol 3, 2005.
- MATURANA, Man and Society, in F. Benseler, P. Hejl, W. Kock (eds.).
- MAYNTZ, Renate, Steuerung, Steuerungsakteure un Steuerungsinstrumente: Zur Präzisierung des Problems, in: 70 HiMon-DB, Siegen: Universität, 1986.
- NEVES, Marcelo, Transconstitucionalismo. São Paulo: tese apresentada à Faculdade de Direito da USP em concurso para provimento do cargo de professor titular de direito constitucional, introdução, XV.
- OST, François, KERCHOVE, Michel van de, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, n° 94, 2002.
- PERNICE, Ingolf, Deutschland in der Europäischen Union, in Josef Insensee e Paul Kirschhof (orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VIII, Heidelberg: Müller.
- RORTY, Richard, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge University Press, 1989.
- ROTH, Gerhard, Die Entwicklung Kognitiver Selbstreferentialität im menschlichen Gehirn, in *Theorie als Passion*.
- SANTOS JÚNIOR, José Alfredo, Do transconstitucionalismo à transjusfundamentalidade: verdade e memória na América Latina, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Doutor Vieira de Andrade, em 17 de novembro de 2010.
- SARTRE, J.P., *Das Imaginäre. Phänomenologische Psychologie der Einbildungskraft*, Frankfurt, 1971.
- SCHNÄDELBACH, H., *Zur Rehabilitierung des "animal rationale"*, Vorträge und Abhandlungen 2, Frankfurt a M., 1992.
- SCHÜTZ, Anton, *The Twilight of the Global Polis: on Losing Paradigms, Environing Systems and Observing World Society*, in Gunther Teubner (org.) *Global Law Without a State*, Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.
- SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge University Press, 1992.
- STÄHELI & STICHWEH (ed.), *Exclusion and Socio-Cultural Identities: Systems Theoretical and Poststructuralist Perspectives*, Stuttgart, 2002.
- STEGMÜLLER, Wolfgang, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, vol. 4, Berlin, 1973.
- STICHWEH, *Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen*, Suhrkamp, 2000.
- TEUBNER, G., *After Legal Instrumentalism?* in Gunther Teubner (ed.) *Dilemmas of in the Welfare State*.
- TEUBNER, G., *Altera pars audiatur: Le droit dans la collision des discours*, in *Droit et Société*.
- TEUBNER, G., *Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch 'private' transnationale Akteure*, in *Der Staat* n° 45/2, Duncker & Humblot.

- TEUBNER, G., *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth, 1997.
- TEUBNER, G., *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, in *Rechtshistorisches Journal* n° 15, 1996.
- TEUBNER, G., *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* n° 63/1, 2003.
- TEUBNER, G., *Hyperzyklus in Recht und Organisation: Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese*.
- TEUBNER, G., *Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie* n° 19, 1998.
- TEUBNER, G., *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft*, in Dieter Simon e Manfred Weiss (orgs.), *Zur Autonomie des Individuums*, Baden-Baden: Nomos, 2000.
- TEUBNER, G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989, trad. port. *O Direito como sistema autopoietico*, Lisboa, 1989, prefácio de José Engrácia Antunes.
- TEUBNER, G., *Regime-Kollisionem: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, 2006.
- TEUBNER, G., *Un droit spontané dans la société mondiale? In Le droit saisi par la mondialisation, sous la dir. de Ch. A. Morand*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- TEUBNER, G., *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes*, in *Rechtshistorisches Journal* n° 17, 1998.
- TOULMINE, Stephen, *Cosmopolis*, Chicago, 1990.
- TRONCARELLI, Barbara, *Aspetti filosofici del funzionalismo strutturale*.
- TRONCARELLI, Barbara, *Complessità e Diritto – Oltre la ragione sistemica*, 2002.
- TUSHNET, Mark, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, disponível in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1317766>.
- WALTER, *Constitutionalizing (Inter) national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, in *German Yearbook of International Law* n° 44, 2001.
- WELSCH, Wolfgang, *Ästhet/hik – Ethische Implikationen und Konsequenzen der Ästhetik*.
- WELSCH, Wolfgang, *Aestheticization Processes: Phenomena, Distinctions and Prospects*, in *Undoing Aesthetics*, 1997, Sage Publications.
- WELSCH, *Und sie bewegt uns doch. Vernunft nach ihrer Kritik*, in *Universitas*, 42/12, 1991, p. 1130-1146.
- WELSCH, Wolfgang, *Aesthetics beyond aesthetics for a new form to the discipline*, in *Undoing Aesthetics*, 1997, Sage Publications.
- WELSCH, Wolfgang, *Ästhetik im Widerstreit. Interventionen zum Werk von Jean-François Lyotard*, Weinheim, 1991.

- WELSCH, Wolfgang, Ästhetik und Anästhetik in Ästhetik im Widerstreit. Interventionen zum Werk von Jean-François Lyotard, Weinheim, 1991.
- WELSCH, Wolfgang, Ästhetisches Denken, Stuttgart, 1991.
- WELSCH, Wolfgang, Basic Aesthetic Features in Contemporary Thinking, in *Undoing Aesthetics*.
- WELSCH, Wolfgang, Changes in Aesthetics, in *Contemporary Aesthetics, Forum: Science in Aesthetics*, 2004.
- WELSCH, Wolfgang, Das Ästhetische – Eine Schlüsselkategorie unserer Zeit? in *Die Aktualität des Ästhetischen*, München, 1993.
- WELSCH, Wolfgang, Die Wissenschaft unter der Optik des Künstlers zu sehen, die Kunst aber unter der des Lebens.
- WELSCH, Wolfgang, Ethical Implications and Consequences of Aesthetics in *Undoing Aesthetics*, 1997, Sage Publications.
- WELSCH, Wolfgang, Grenzgänge der Ästhetik, Stuttgart, 1996.
- WELSCH, Wolfgang, Postmoderne-Pluralität als ethischer und politischer Wert, Köln, 1988.
- WELSCH, Wolfgang, Rationality and reason today, in *Criticism and Defense of Rationality in Contemporary Philosophy*, eds. Dane R. Gordon and Józef Niznik, Amsterdam: Rodopi, 1998
- WELSCH, Wolfgang, Reason: traditional and contemporary or why should we still speak of reason after all ? in *International Philosophy Today*, vol. IV, Beijing, 2000.
- WELSCH, Wolfgang, Reason and transition on the concept of transversal reason, in <http://www2.uni-jena.de/welsch/>.
- WELSCH, Wolfgang, The Return of Beauty? in *Filozofski Vestnik*, 2/2007.
- WELSCH, Wolfgang, Unsere postmoderne Moderne, Weinheim, *Acta humaniora*, 1991.
- WELSCH, Wolfgang, Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft, Frankfurt a. M., 1995.
- WELSCH, Wolfgang Wege aus der Moderne. Schlüsseltexte der Postmoderne-Diskussion, Weinheim, 1988.
- WELSCH, Wolfgang, Weisheit in einer Welt der Pluralität, in W. Oelmüller (ed), *Kolloquien zur Gegenwartsphilosophie*, vol. 12, Paderborn, 1989.
- WELSCH, Wolfgang, Weisheit in einer Welt des Widerstreits, in *Studia Philosophia*, n° 47 (1988).
- WERKE, Gesamte, Kritische Studienausgabe, vol. 1, eds. G. Colli y M. Montinari, München, 1993.
- WILLKE, Helmut, Societal Guidance Through Law, in A. Febbrajo/ G. Teubner (eds.), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, 1991, Milano: Giuffrè.
- WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Untersuchungen*, vol. 1, Frankfurt a. M., 1993.

TUTELA DE URGÊNCIA NA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (MARCAS E CONGÊNERES)

José Carlos Tinoco Soares¹

I – BUSCA E APREENSÃO CRIMINAL

I. Na vigência do Código da Propriedade Industrial sancionado pelo Dec. Lei n. 7903 de 27-08-1945, os crimes em matéria de propriedade industrial estavam previstos pelos artigos de 169 até 180, dando-se relevância para com os crimes contra as marcas de indústria e comércio, capitulados pelo Art. 175 e os crimes de concorrência desleal, pelo Art. 178, n. III e seu parágrafo único.

O seguinte código a que se refere o Dec. Lei n. 254 de 28-02-1967, excluiu de seu âmbito os crimes contra a propriedade industrial. O mesmo ocorreu para com o Dec. Lei n. 1005 de 21-10-1969, ocasionando assim uma grande lacuna. Finalmente pelo último Código da Propriedade Industrial – Lei n. 5772 de 21-12-1971 foi definitivamente resolvida essa questão irregular, posto que pelo Art. 128, foi esclarecido que continuavam em vigor os Crimes contra a propriedade industrial preconizados pelo Dec. Lei n. 7903/45.

Sob o manto deste que, diga-se, foi considerado o maior Diploma Legal que amparou e defendeu os direitos da propriedade industrial e pelos seus artigos 182 e seguintes tratava da “ação penal e das diligências preliminares de busca e apreensão”. Na década de setenta é que iniciamos a nossa vida profissional como advogado.

¹ Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado na Área da Propriedade Industrial, Artística e Literária. Membro de Honra Vitalício da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI. Membro de Honra da Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual – ASIPI. Acadêmico Honorário da Academia Nacional de Ciências Jurídicas de Bolívia. E-mail: josecarlos@tinoco.com.br.

2. Pois bem e como no mencionado Art. 182 estava expresso que a ação penal era regulada pelo Código de Processo Penal e que toda e qualquer violação de direito da propriedade industrial iniciava-se pela “busca e apreensão” alicerçada pelo Art. 525-CPP, ou seja: *“No caso de o crime haver deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída do exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.”*

E assim deveria se proceder porque o (Art. 526-CPP) determinava: *“sem a prova do direito à ação não será recebida a queixa. . .”*, o que vale dizer, nos casos de violação de marca era necessária a apresentação do “certificado de registro” e nos de atos de concorrência desleal as “provas evidentes” de que “os rótulos, etiquetas, envoltórios, embalagens, etc.” que estavam pendentes de registro e/ou que não foram suscetíveis de proteção, se encontravam há mais tempo em uso no mercado.

Distribuída a busca e apreensão perante o juízo criminal do domicílio do réu e recebida pelo magistrado, seriam indicados dois oficiais de justiça e dois peritos judiciais (Art. 527-CPP) que deveriam acompanhar a diligência e no prazo de três dias apresentar o “laudo pericial”. A partir da homologação deste último corria o prazo de trinta dias para o oferecimento da Queixa-Crime.

Durante os primeiros anos esse procedimento atendia plenamente aos anseios do ofendido, visto que a diligência compreendia a apreensão de “todos” os produtos que continham a marca contrafeita e/ou os rótulos, etiquetas, envoltórios, embalagens, etc.

Em dado momento um juiz decidiu que a busca e apreensão deveria se limitar a apenas e tão somente “um” produto ou objeto contrafeito, e, nada mais. Ao depois todos os demais juízes adotaram esse sistema.

Não resta a menor dúvida que com tal limitação e durante a tramitação da queixa-crime o crime continuava a ser praticado.

II – MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO

3. Pela Lei n. 5869 de 11-01-1973, foi sancionado o novo Código de Processo Civil que veio trazer uma nova possibilidade de se atingir aquele anterior objetivo. Instituiu então as “Medidas Cautelares” pelos artigos 796 e seguintes.

Como bem assinala o Art. 796, o procedimento cautelar poderá ser instaurado “antes” ou no “curso do processo principal” e deste é sempre dependente. Nos casos de “violação de patentes de invenção, de modelos de utilidade, modelos e desenhos industriais, registros de marcas e por atos de concorrência desleal essa medida é sempre “antes” da consequente Ação Ordinária de cessação da prática de ato incriminado, indenização, perdas e danos.

O que se objetiva é não só a apreensão da “totalidade” dos objetos e/ou produtos contrafeitos, como também a “paralisação” de sua comercialização e da continuidade da execução do processo de fabricação.

O indispensável para se chegar a esse desiderato é o cumprimento dos dois requisitos básicos e essenciais, quais sejam, o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”. No primeiro caso é a aparência do bom direito que deverá ser consubstanciada pela comprovação efetiva, no caso de patente de invenção, modelo de utilidade, modelo ou desenho industrial, pela apresentação da Carta-Patente e no de marca o Certificado de Registro ou a cópia autenticada do documento original.

Em todos os casos acima o que se observa é o aproveitamento do objeto do pedido de patente ou similar, de todos os sinais distintivos ou de parte deles, tais como se apresentam ao mercado. Quando não forem suscetíveis de patente ou de registro, o crime será outro, isto é, o de “concorrência desleal” capitulado pelo Art. 178, parágrafo único-CPI. Nestes crimes, não haverá a comprovação do direito por título hábil, mas sim da demonstração efetiva do exercício desse direito (provas) que, realizado continuamente, chega, por sem dúvida, a se equiparar ao direito consuetudinário. E, de outro lado, das provas do objeto ou produto contrafeito.

O “*fumus boni iuris*” se consolida pela apresentação de documento hábil (carta-patente ou registro) ou das provas do uso efetivo, e o “*periculum in mora*” é a justificação de que a consequente Ação Ordinária que deverá ser depois proposta, poderá levar muito tempo para a sua conclusão final.

Nesse interregno o concorrente continuará na sua prática denegrindo o produto original e causando prejuízos de difícil reparação. (Art. 798-CPC).

As medidas cautelares serão requeridas ao juízo civil do domicílio do réu (Art. 801-CPC), contendo o nome da parte, o fundamento, a exposição do direito ameaçado e o receio da lesão e as provas que serão produzidas.

Deverá seguir em segredo de justiça *“inaudita altera parte”*, podendo ser exigida uma caução (Art. 804-CPC) observando-se que no prazo de 30 (trinta) dias contados da diligência deverá ser proposta a consequente Ação Ordinária. (Arts. 806, 808-CPC).

III - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

4. A antecipação de tutela e/ou tutela antecipada teve o seu início no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sancionado pela Lei n. 8078 de 11-09-1990 que pelo Art. 83 assim estabeleceu: *“Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”*.

Facultou, portanto, ao interessado a procura de toda e qualquer ação que se lhe fosse capaz de possibilitar o alcance da tutela desejada.

Alguns anos mais tarde foram propostas modificações ao Código de Processo Civil pela Lei n. 8952 de 13-12-1994 com vistas à alteração do processo de conhecimento e do processo cautelar, ficando assim redigido o: *“Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa do réu”*.

Pela Lei n. 10.444 de 07-05-2002, foram feitas as seguintes modificações: *“Art. 273, § 3º, - A efetivação da tutela observará as normas previstas nos arts. 588, 461 § 4º e 5º; Art. 461-A; § 6º, A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”*.

E no Art. 461 houve a modificação quanto aos parágrafos quinto e sexto, ou seja: *“Art. 461 § 5º, Para a efetivação da tutela específica, poderá o juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa, busca e apreensão... § 6º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”*.

Isto posto, temos que é permitida a antecipação da tutela se houver o cumprimento do requisito fundamental, qual seja: *“existindo prova inequívoca e verossimilhança da alegação”*.

A “*prova inequívoca*” é a que se apresenta de maneira clara, evidente e manifesta, ou melhor, que não admite qualquer tipo de consideração contrária. DINAMARCO ensina que: “*prova inequívoca é a prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas*” (Cf. Candido Rangel Dina-marco, A Reforma do Código de Processo Civil, Ed. Malheiros, 1996, pag. 145)

E “*verossimilhança*” é qualidade do que é verossímil, que por sua vez é semelhante à verdade, que não repugna a verdade e que parece verdadeiro.

Em se tratando de direito da propriedade industrial a prova inequívoca será a apresentação da Carta-Patente ou o Certificado de Registro de Marca. O exercício desses direitos é evidenciado pelas “provas” de utilização da patente, de seus sucedâneos ou da marca. Prova inequívoca é também aquela provinda do concorrente, que demonstra estar o mesmo se utilizando do mesmo objeto ou produto.

A petição inicial da Ação Ordinária de Cessação da Prática de Ato Incriminado, Indenização, Perdas e Danos, cumulada com Pedido de Antecipação de Tutela, cumprirá os ditames do Art. 282-CPC, sendo dirigida ao Juiz Cível do domicílio do réu (Art. 100, n. IV, letra “a”-CPC), com a prova da existência legal da empresa, do direito adquirido nos crimes contra a propriedade industrial ou as provas de uso nos crimes de concorrência desleal; com também as provas de que seu direito positivo ou adjetivo está sendo violado. Cumprirá também os requisitos do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”, almejando que seja examinado, de pronto, o pedido de antecipação de tutela sob o manto de ser “*inaudita altera parte*”.

Recebida a petição decidirá o Juiz sobre a antecipação de tutela, determinando a sustação e/ou cessação da prática do ato incriminado.

Na prática ficou substancialmente claro que pela Medida Cautelar de Busca e Apreensão o interessado obtinha a “apreensão” dos objetos ou produtos contrafeitos e na Antecipação de Tutela a “proibição” da prática do ato incriminado.

IV – NOVA LEI DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL N. 9279/96

5. Com o advento da Lei da Propriedade Industrial n. 9279 de 14-05-1996, os Crimes contra a Propriedade Industrial passaram a ser amparados pelos artigos 183 até 190, tendo sido incluídos os Crimes cometidos por meio de marca,

título de estabelecimento e sinal de propaganda (Art. 191), os Crimes contra as indicações geográficas (Art. 192/194) e mantidos os Crimes de Concorrência Desleal pelo (Art. 195, n. III), combinado com o Art. 209.

Foram introduzidas as seguintes modificações e ampliações:

a) *“Art. 198 – Poderão ser apreendidos, de ofício ou a requerimento do interessado, pelas autoridades alfandegárias no ato da conferência, os produtos assinalados com marcas falsificadas, alteradas ou imitadas ou que apresentem falsa indicação de procedência”.*

A partir de então as alfândegas, que detém a relação de grande parte das marcas consideradas como “notoriamente conhecidas”, ao se depararem com a importação de produtos com marcas iguais ou semelhantes passaram a entrar em contato com os procuradores para ultimar a apreensão dos produtos falsificados. Por outro lado foi instituído nas alfândegas o “registro” de marcas pelos seus respectivos titulares para que, em razão das mesmas, a alfândega também passasse a confrontá-las com as marcas dos produtos importados. E, da mesma forma anterior tomasse as providências necessárias à sua apreensão.

b) *“Art. 201 – Na diligência de busca e apreensão, em crime contra a patente que tenha por objeto a invenção de processo, o oficial do juízo será acompanhado por perito, que verificará preliminarmente a existência do ilícito, podendo o juiz ordenar a apreensão de produtos obtidos pelo contrafator com o emprego do processo patenteado”.*

Nestas condições e somente nos casos de “patente para o processo de fabricação”, a diligência de busca e apreensão será acompanhada por perito judicial a ser indicado pelo juiz, além do oficial de justiça.

A despeito dessa disposição se referir à “busca e apreensão”, tudo indica que o mesmo deverá ser observado no “pedido de antecipação de tutela”.

c) *“Art. 202 – Além das diligências preliminares de busca e apreensão o interessado poderá requerer:- I – apreensão da marca falsificada ... II – destruição da marca falsificada...”*

Em que pese este dispositivo legal, quer nos parecer que na prática são realmente poucos os casos em que se inicia pela “Medida Cautelar de Busca e

Aprensão” e ao depois a propositura da Ação Ordinária de Cessação da Prática do Ato Incriminado, Indenização, Perdas e Danos, o que vale dizer em duas etapas, porque prefere-se a Ação Ordinária de Cessação da Prática do Ato Incriminado, Indenização, Perdas e Danos cumulada com o Pedido de Antecipação de Tutela e, por esta obtém-se, desde logo, a proibição total da prática delituosa.

d) *“Art. 209 - § 2º. Nos casos de reprodução ou imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.*

Tal como mencionado no item imediatamente anterior e muito embora sejam mencionados e transcritos esses dispositivos legais, o que se almeja mesmo é a sustação e/ou proibição da prática do ato incriminado.

e) *“Art. 204 – Realizada a diligência de busca e apreensão, responderá por perdas e danos a parte que a tiver requerido de má-fé, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro”.*

Trata-se de uma advertência para que os ofendidos tomem o maior cuidado ao requerer uma medida cautelar de busca e apreensão e por analogia um pedido de antecipação de tutela. Devem, portanto, somente requerer quando possuir direitos anteriores legitimamente adquiridos, líquidos e certos.

V – DAS AÇÕES VISANDO A CESSAÇÃO DA PRÁTICA DO ATO INCRIMINADO

6. Não obstante tenhamos preferência pela Ação Ordinária de Cessação da Prática de Ato Incriminado, Indenização, Perdas e Danos, outros, no entanto, com a mesma finalidade preferem a ação condenatória ou de prestação, a ação negatória, ação de reivindicação, ação de abstenção ou de preceito cominatória, a ação cominatória, a ação indenizatória, a ação de não fazer, etc., com praticamente a mesma finalidade.

O certo é que a Lei da Propriedade Industrial n. 9279 de 14-05-1996 deixa claro disposições expressas que merecem ser consideradas, como por exemplo:

“Art. 207 – Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil”. Como a

violação dos direitos da propriedade industrial constituem “crime” capitulados pelos artigos 183 e seguintes, o que induziria a procura do juízo criminal por intermédio de uma busca e apreensão e a consequente queixa-crime, conduzindo o faltoso à detenção, isto é, sem nada mais reverter em troca, assinala que o ressarcimento dos prejuízos poderão ser obtidos pelas ações cíveis cabíveis à espécie.

2) *“Art. 208 – A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido”.* Eis aqui uma primeira idéia do “quanto” poderá ser almejado no caso de violação de direitos.

3) *“Art. 209 – Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento dos 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”.*

Não resta a menor dúvida que se trata de disposição clara, precisa e expressiva, distinguindo de um lado, os crimes contra a propriedade industrial daqueles outros de concorrência desleal e de outro lado, salientando como podem ser ressarcidas as perdas e danos. De grande valia, portanto, para o ofendido.

4) *“Art. 210 – Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I – os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido, ou: II – os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito, ou: III – a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem”.*

Tem, portanto, o ofendido mais três possibilidades de obter os prejuízos que foram causados pela violação de seus direitos de propriedade industrial ou pelos atos de concorrência desleal.

Esta ação deveria ser proposta em conformidade com o preceituado pelo Art. 282-CPC, porém, com o advento do novo Código de Processo Civil sancionado pela Lei 13.105 de 16-03-2015, terá que se ater ao que dispõe o Art. 319.

VI – TUTELA DE URGÊNCIA NA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (MARCAS E CONGÊNERES)

7. E o que é “tutela de urgência”? Num primeiro e mais antigo conceito nos ensina MARINONI que: *“O que hoje se assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a **tutela urgente** se transformado em **técnica de sumarização** e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento”* (Cf. Luiz Guilherme Marinoni, Tutela Antecipatória, 3ª. Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pag. 14) E, mais adiante assinala que: *“As novas exigências da tutela cautelar, responsáveis, inclusive, pela transformação da tutela cautelar em **técnica de sumarização**”*. (Cf. obr. citada pag, 24)

De outra feita CARREIRA ALVIM leciona que: *“Para fugir à morosidade do procedimento ordinário, sem condições de garantir efetivamente o direito “in limine litis” buscavam sua satisfação no processo cautelar. Jamais configuraram hipóteses de “cautelares” típicas, senão autênticas **tutelas de urgência** do tipo **antecipatório**, no contexto das tutelas jurisdicionais diferenciadas”*. (Cf. Tutela Antecipada na reforma processual, Ed. Destaque, Rio de Janeiro, pag. 43)

Mais recente é a opinião de AGUILAR NETO ao dizer que: *“As tutelas de urgência são evocadas quando se está diante de um risco plausível de que a tutela jurisdicional não se possa efetivar, medidas devem ser promovidas, imediatamente, para garantir a execução ou antecipar os efeitos da decisão final. Pode-se listar, dentre outras razões, a dilapidação do bem, promovida pelo réu, quebrando o equilíbrio da relação, a urgência na provisão de meios de subsistência, a necessidade de obstar o que o réu se desfaça de seus bens para eximir-se da execução futura”*. (Cf. Misael Aguilar Neto, Tutelas de Urgência, pela “Internet” – in Tutela de Urgência (Processo Civil) Artigo jurídico-DireitoNet).

Na verdade e tendo em vista essas lições, cabe-nos acrescentar, dentro do campo da propriedade industrial, a necessidade das tutelas de urgência para impedir a continuidade da prática de um ato incriminado, para impedir que o infrator destrua a prova de seu crime, para evitar que o concorrente oculte a prova de sua contrafação e para que não deixe elementos que identifiquem a comercialização dos produtos contrafeitos.

A “tutela de urgência” é o meio hábil e capaz de proteger o titular de um direito de propriedade industrial e de lhe dar os meios legais para fazer cessar uma prática desleal. A Tutela de Urgência é subdividida em “antecipada” e “cautelar”, podendo ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

8. A tutela de urgência da forma em que foi adotada pelo Art. 300 e completada pelo parágrafo primeiro, n. I, do Art. 303 do novo Código de Processo Civil se aproxima sobremaneira dos primórdios da defesa dos direitos da propriedade industrial por intermédio da “busca e apreensão”, visto que no caso da “criminal” era a preliminar da “queixa-crime”, e, na “civil” era proposta a “medida cautelar de busca e apreensão” em consonância com o Art. 796/CPC/73 e ao depois era apresentada a consequente Ação Ordinária, negatória, cominatória, proibitória, etc.

Tendo em vista as modificações dos Arts. 273 e 461/CPC/73 alterou-se a ordem e reduziu-se a uma única providência, ou seja, a ação ordinária, negatória, cominatória, proibitória etc. com o pedido de “antecipação de tutela”.

Tanto isto é fato que NERY esclarece: “A tutela de urgência contém em si as características da medida cautelar e de uma das modalidades da antiga antecipação de tutela (necessidade de plausibilidade do direito e risco de dano irreparável ou de difícil reparação)” (Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Rev. dos Tribunais, 2015, pag. 857)

E não padece a menor dúvida visto que, como se comprovará mais adiante, desde a vigência desse novo código a primeira medida a ser proposta é a “Tutela de Urgência”. Após a sua concessão e a realização da diligência fica o interessado obrigado a **aditar a petição inicial e a confirmar o pedido de tutela final**, no prazo de 15 (quinze) dias.

9. Sob o título de TUTELA DE URGÊNCIA o Código de Processo Civil dispõe que: “Art. 300 – A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”.

Dois são os requisitos que devem prevalecer para a concessão de uma tutela de urgência. “Elementos que evidenciem a probabilidade do direito”, e “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”.

Considerando que a “probabilidade” é a qualidade do que é “provável” e este é o que exige prova, tem-se como certo que em se tratando de “marca” a prova substancial é o seu “certificado de registro”. E com a apresentação deste tem-se o cumprimento do requisito primordial, ou melhor, o “*fumus boni iuris*” pelo qual o autor comprova a plausibilidade do direito por ele afirmado.

Em existindo este último e se encontrando na plena vigência, não haverá

a menor dúvida. Para o Poder Judiciário é necessário que se demonstre como identificar um documento dessa natureza, razão porque deve-se fixar no quanto segue: “CERTIFICADO DE REGISTRO DE MARCA” é o documento oficial fornecido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial INPI que contém: a) a MARCA, o NÚMERO, a DATA de sua expedição e vigência por dez anos, o NOME do titular e o CNPJ, a indicação da CLASSE com o seu número e a DISCRIMINAÇÃO dos produtos ou serviços. Esta comprovação efetiva e por documento hábil tem plena razão de ser diante do que estabelece o Código de Processo Penal em seu Art. 526, isto é, *“Sem a prova de direito à ação, não será recebida a queixa, nem ordenada qualquer diligência preliminarmente requerida pelo ofendido”*.

10. Em não se apresentando esse documento oficial, em seu lugar poderá ser apresentada a “página” que se encontra no cadastro do INPI e será localizada pelo “número” do registro da marca e todos podem acessá-la através da “Internet”, visto que possui todas as indicações acima especificadas.

É prudente constatar se tratar de marca “nominativa” (ou verbal que é o sinal constituído por uma ou mais palavras no sentido amplo do alfabeto-romano, compreendendo também, os neologismos e as combinações de letras e/ou algarismos arábicos e/ou romanos); “figurativa” (ou emblemática que é o sinal constituído por desenho, imagem, figura e/ou símbolo; qualquer forma fantasiosa de letra ou algarismo, isoladamente ou acompanhado por desenho, imagem, figura ou símbolo; palavras compostas por letras de alfabetos distintos da língua vernácula, tais como hebraico, cirílico, árabe, etc.); “mista” (ou composta, é o sinal constituído pela combinação de elementos nominativos e figurativos ou apenas por elementos nominativos cuja grafia se apresente sob forma fantasiosa ou estilizada); “tridimensional” (é o sinal constituído pela forma plástica distintiva em si, capaz de individualizar os produtos ou serviços a que se aplica. A forma tridimensional distintiva de produto ou serviço deverá estar dissociada de efeito técnico).

Como a “violação de um registro de marca” pode envolver qualquer uma das formas acima descritas, é importante se ater no confronto das duas (a original e a do concorrente), vistas uma depois da outra, se a que se reivindica como sendo a do titular do direito obteve a proteção na forma adequada.

Como o Crime contra as Marcas, em face da Lei da Propriedade Industrial n. 9279 de 14-05-1996, em face do Art. 189, consiste: *“na reprodução, no todo ou em parte de marca registrada, ou na imitação que possa induzir em confusão ou*

na alteração de marca registrada já aposta em produto colocado no mercado”, é preciso confrontar de forma acurada se entre a marca registrada e aquela que estiver em uso há qualquer uma dessas figuras.

11. O Instituto Nacional da Propriedade Industrial INPI por intermédio de seu “Manual de Marcas”, no que concerne à “Análise da colidência entre sinais” assinala que: “A análise da possibilidade de colidência entre os sinais em cotejo compreende a avaliação de seus aspectos gráfico, fonético e ideológico com o objetivo de verificar se as semelhanças existentes geram risco de confusão ou associação indevida. Como regra geral, a análise da colidência entre sinais baseia-se na avaliação da **impressão geral dos conjuntos** e não apenas em seus elementos individuais, sendo levados em conta, simultaneamente, os aspectos gráficos, fonéticos e ideológicos dos signos comparados”.

Outro fator importante mencionado nesse Manual de Marcas é o “exame da afinidade mercadológica”, visto que: “É nesta etapa que se avalia se o grau de semelhança ou relação entre os produtos e/ou serviços distinguidos pelos sinais em cotejo pode levar o consumidor à confusão ou associação indevida”. Eis porque nesse vasto exame são enfocados: a natureza, a finalidade e modo de utilização, a complementariedade, a concorrência ou permutabilidade, os canais de distribuição, o público-alvo, o grau de atenção e a origem habitual. Os exemplos são por demais expressivos, razão porque são enunciados: LEITE vs. QUEIJO (semelhança em relação à natureza, à origem habitual e ao canal de distribuição); ROUPA ESPORTIVA (afinidade em razão do público da origem habitual e da complementariedade); TABLET vs. CAPAS DE COURO PARA DISPOSITIVOS ELETRÔNICOS (Afinidade em razão da complementariedade, público alvo e origem habitual).

O que se tem observado na prática é que grande parte das providências judiciais tem-se iniciado da forma costumeira e inversa, ou seja, por intermédio de uma Ação Ordinária, uma negatória, de não fazer ou equivalente com o consequente pedido da “tutela de urgência”, e o que realmente causa espécie é que os Juízes vêm sistematicamente “indeferindo os pedidos liminares” levando-nos a entender que não se valem da maneira correta, como acima exemplificado, de avaliar se existe a real violação do direito.

12. Ocorre, no entanto, nos Crimes de Concorrência Desleal capitulados pelo Art. 195, n. III, combinado com o Art. 209 da Lei da Propriedade Industrial n. 9279/96 que nestes casos, por não existir nenhum direito substantivo (registro de

marca), mas, um “uso” a comprovação do direito à ação é feito por todas “as provas em direito admitidas”, ou mais particularmente: a) os rótulos, adesivos, etiquetas, invólucros, envoltórios, recipientes e embalagens em geral; b) a nota fiscal/fatura comprobatória de quando foram confeccionados os rótulos, adesivos, etiquetas, invólucros, envoltórios, recipientes e embalagens em geral; c) a nota fiscal/fatura que atesta que o produto com aquela identificação foi colocado ao mercado; d) a divulgação impressa e/ou através da “Internet” do lançamento do produto ao mercado; e) a apresentação em feiras, salões, exposições e eventos similares.

Todos esses elementos devem ser apresentados com todos os demais que comprovam que a concorrência desleal está sendo praticada por terceiros e por certo concorrem entre si.

13. O seguinte requisito é o “*periculum in mora*” e é por demais curial que uma ação ordinária de cessação da prática de ato incriminado, dependendo da vara cível local, regional ou do foro central, em razão notadamente do acúmulo dos serviços judiciais, poderá levar um ou mais anos para ser concluída, sem contar com os recursos que se lhe são cabíveis. E, se assim for, o infrator, durante todo esse longo interregno, continuará na sua prática, obtendo toda a sorte de benefícios monetários, sem contar naturalmente, com o denegrimiento do produto original que em muitos casos perde a sua razão de ser e o seu prestígio, em face do produto concorrente que se apresenta ao mesmo mercado, com preços inferiores. É preciso dar realce a esse particular.

14. O Parágrafo primeiro do Art. 300 assinala que: “*Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la*”.

A caução para evitar dano irreparável ou de difícil reparação já está prevista pela Lei da Propriedade Industrial n. 9279 de 14-05-1996 nos casos de “sustação da violação de atos” (Art. 209 - § 1º), e, de há muito faz parte do Código de Processo Civil. Tem sido exigida, notadamente, quando o titular do direito violado for uma empresa estrangeira que não possua a sua correspondente no Brasil. Na maioria das empresas nacionais não tem sido feita essa exigência mesmo porque em face do Art. 204, da LPI: “*responderá por perdas e danos a parte que tiver realizado a diligência de busca e apreensão por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro*”.

Sobre a mesma leciona NERY JR que: *“A medida cautelar, em razão de seu caráter transitório, já aceitava e justificava plenamente a possibilidade de caução, o que foi incorporado na disciplina geral da tutela de urgência”*. (Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Comentários ao Código de Processo Civil, Lei 13105/2015, Ed. Revista dos Tribunais., 2015, pag. 858)

A empresa estrangeira Calvin Klein Trademark Trust promoveu Ação de obrigação de não fazer cumulada com indenização e pedido de tutela de urgência contra várias empresas. O juiz singular deferiu o pedido condicionando o seu cumprimento: *“à prestação de caução em dinheiro e ao depósito dos honorários periciais provisórios”*. Não se conformando a parte apresentou Agravo de Instrumento obtendo a seguinte decisão: *“O recurso é provido para que a caução determinada seja prestada pela agravante da forma como lhe aprouver, bem como a diligência seja realizada sem o acompanhamento de perito”*. (Cf. Agr. Instr. N. 2238185-02.2017.8.6.0000, 2ª. Cam. Res. Dir. Empresarial TJSP, em 19-12-2017).

15. O parágrafo segundo do Art. 300, prevê que: *“A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após a justificação prévia”*.

Normalmente o que se pede na inicial é que a mesma seja determinada *“inaudita altera parte”*, ou melhor, que a concessão da tutela de urgência seja deferida *“in limine”* porque se, eventualmente, o réu (infrator) for citado, não vacilará em tomar todas as providências que se fizerem necessárias para ocultar o crime que está sendo praticado e a ulterior concessão da tutela resultará inócua e negativa.

Sobre o particular NERY JR ensina que: *“Mesmo que de natureza satisfativa, esta providência não significa ofensa ao princípio constitucional do contraditório, que fica postergado para momento posterior, podendo ser interposto recurso contra o ato judicial”*. (Cf. obr. Citada pag. 819)

RICARDO GOMES, comentando o instituto da tutela de urgência nos dá conta que: *“A tutela de urgência “antecipada” assegura a “efetividade” do direito material. O autor deve demonstrar para o juiz que, além da “urgência”, o meu “direito material estará em risco” se eu não obtiver a concessão da medida. Ex:- necessidade de urgente internação. A concessão da tutela de urgência antecipada garante o direito à internação”*. (Cf. Ricardo Gomes, in Tutela Provisória no Novo CPC:- Tutela de Urgência e de Evidência, através da “Internet”).

Neste caso garante-se a “internação” e num Crime contra as Marcas ou de Concorrência Desleal terá a certeza de que a tutela de urgência que objetiva a proibição da prática do ato incriminado obterá o efeito desejado, não dando a mínima condição para que o infrator venha por qualquer meio impedir a constatação.

16. O parágrafo terceiro do Art. 300, prescreve que: *“A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”*.

Linhas acima, ou seja, no n. 09 e seguintes especificamos as várias formas de se adquirir um “registro de marca” e ao depois como se concretiza um Crime Contra as Marcas e em seguida o que se constata para com o Crime de Concorrência Desleal.

É preciso, por parte do julgador, que o mesmo faça um exame acurado dos “documentos apensados” aos autos nos casos de Crime contra as Marcas (Art. 189 – LPI), quanto ao âmbito de sua proteção, ou seja, quais os produtos ou serviços que ampara e se o mesmo se encontra em plena vigência. O Certificado de Registro de uma marca contém não só a “data” em que foi concedido, como também o prazo e a “data” de sua vigência, esclarecendo, inclusive, os casos em que o registro primitivo foi prorrogado. Examinará também as “provas” do seu uso efetivo e confrontará as mesmas com as “provas” concernentes ao infrator.

Evidente que se o julgador concluir pela falta ou obscuridade dos documentos relativos à marca, se as provas não são convincentes e se não se convence que haja infração será denegada a liminar, posto que o perigo da irreversibilidade será eminente.

Nesse sentido a empresa Evolution Tatuagens e Piercing Ltda., propôs ação com pedido de tutela de urgência contra Fernando Nietto e outro e, de pronto, foi deferida a tutela de urgência. Não se conformando os requeridos apresentaram Agravo de Instrumento sustentando que não há monopólio na utilização da expressão “EVOLUTION”, uma vez que o registro da marca mista foi conferido com reservas, ou seja, porque o direito de exclusividade recaiu apenas sobre o “conjunto de sinais”. Fixou-se a Ementa: *“Logotipos distintos que impedem a confusão do consumidor e o desvio de clientela. Concorrência desleal não vislumbrada. Hipótese que autoriza a revogação da abstenção de uso de marca. Recurso provido”*. (cf. Agr. de Instr. 2128442-04.2017.8.26.0000)

Cabe também ao julgador apreciar o “princípio da especialidade”. O

enquadramento nas classes não traz direitos absolutos. Necessidade de verificação de identidade, semelhança ou afinidade entre produtos e serviços, capazes de gerar confusão. A empresa Ginga Comunicação Ltda. alegando ser titular da marca GINGA para “serviços de criação, planejamento, organização, etc.” propôs ação contra Gingabrasilis Planejamento de Eventos Ltda., usuária da marca GINGABRASILIS para “promoção de eventos, feiras, convenções, etc.,” pedindo a tutela de urgência, mas, foi negada pelo juiz singular. O agravo interposto não atingiu ao efeito desejado eis que mantida foi a decisão agravada pela tribunal, fixando-se que: *“Ausência de verossimilhança na tese de captação parasitária e de confusão no mercado consumidor. Ausência de elementos que infirmem a constatação”*. (Cf. Agr. Instr. 2095410-61.2017.8.26.0000, la. Cam.Res. Dir. Empresarial em 26-10-2017.)

A despeito do juiz singular ter concedido a tutela de urgência em caso envolvendo ao mesmo tempo o “nome empresarial, título de estabelecimento, nome de domínio e marca”, numa ação de abstenção de ato, a parte contrária não se conformando ofereceu Agravo de Instrumento e obteve o êxito desejado perante o tribunal visto que: *“Destarte, diante da não identificação, em cognição sumária, dos requisitos necessários à concessão da tutela de urgência postulada, desponta forçosa a reforma da r. decisão recorrida, afastando-se a antecipação de tutela concedida”*. (Cf. Agr. Instr. 2242278-42.2016.8.26.0000, 2ª. Cam. Res. De Dir. Empresarial do TJSP, in 20-09-2017)

17. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem colocado um paradeiro nesse procedimento irregular e contrário ao bom direito, isto é, quando todos os requisitos foram cumpridos pelo titular do direito violado e as provas apresentadas são suficientes a comprovar que a violação de direitos está mesmo ocorrendo. E assim vem sendo feito, reformando as decisões liminares negativas, como por exemplo:- 1) O titular da marca “IFOOD” se insurgiu contra a utilização pela internet da mesma logomarca.

“Liminar indeferida na origem. Tutela recursal deferida. Imposição do dever de retirada da plataforma eletrônica da logomarca e da expressão “IFOOD”. Reformada a decisão”. (Agr.Instr. 2186215-60.2017.8.26.0000, 2ª. Cam. Res. Dir. Empresarial, 07-12-2017). 2) Anúncio de produtos falsificados da marca “THUMB-CHUKS”. *Liminar indeferida na origem. Reforma. Conjunto probatório que corrobora a verossimilhança das alegações deduzidas e perigo de dano. Recurso provido*. (Agr. Instr. 2191441-46.2017.8.26.000, 2ª. Cam.Res.Dir. Empresarial, 01-

12-2017). 3) Com todo o acerto não só o juiz singular como também o tribunal souberam rechaçar a tutela de urgência para com a marca “CONSERTASMART” vs. “SUPORTES-MART” por se tratar da *“justaposição de nomes com um mesmo elemento comum “smart”*: (Agr. Instr. 2209720-80.2017.8.26.0000, 1ª. Cam. Res. Dir. Empresarial, 29-11-2017). 4) Em sentido contrário o juiz singular deferiu a tutela de urgência, porém, o prejudicado se insurgiu através do Agravo de Instrumento comprovando que o nome “MATERNITÉ”, não pode ser objeto de registro a título exclusivo para os produtos que assinala, fixando-se que: *“Ausência, ademais, de comprovação do risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação. Necessidade de aprofundamento da instrução processual. Decisão reformada.”* (Agr. Instr. 22054.-04.2017.8.26.000, 2ª. Cam. Res. Dir. Empresarial, 18-12-2017).

18. Por outro lado, como o Crime se completa (Art. 190 - LPI) pela colocação do produto no mercado ou pela prestação do serviço, é curial que terá o julgador que apurar o devido enquadramento na *“importação, exportação, venda, oferecimento ou exposição à venda, na ocultação e no que se encontrar no estoque”*. Se, eventualmente, a marca não se encontrar devidamente registrada, mas em *“uso anterior”* a aquele outro que corresponde à utilização da marca posta no mercado, a figura é outra e a capitulação também, isto é, como Crime de concorrência desleal amparado pelo Art. 195, n. III - LPI, ou melhor: *“pelo emprego de meio fraudulento para desviar a clientela de outrem”*, combinado com o Art. 209 - LPI, isto é, por *“atos de concorrência desleal não previstos nesta lei”*. Neste caso o confronto deverá ser pelo *“conjunto”* que consiste em um *“todo”*, como por exemplo a adoção do mesmo: *“elemento verbal ou numérico, figuras, desenhos, emblemas, elementos particulares e característicos, disposição de cores, etc.”*

Isto posto e em havendo qualquer uma das figuras delituosas que possa induzir a erro, dúvida ou confusão (Art. 189 – LPI) ou o que é muito mais grave em se procedendo à alteração de marca registrada (Art. 189, nº II – LPI) o resultado é a perda do mercado. Tanto num caso como no outro o perigo de dano é iminente porque o simples aparecimento de marca igual, semelhante ou alterada no mercado, com a agravante de sempre se apresentar por valor muito mais baixo, causa toda a sorte de prejuízos ao titular do direito violado que com esse aparecimento perde o mercado que livremente possuía.

E assim deverá se processar posto que de uma forma bem objetiva estão compreendidos os dois requisitos básicos, quais sejam o *“fumus boni iuris”* que corresponde a certeza do bom direito, consubstanciado pela apresentação do

Certificado de Registro da Marca devidamente registrada, no caso de Crime contra as Marcas, ou as provas convincentes de que a marca por intermédio da forma de sua aparição no mercado se encontrava há mais tempo e neste caso é Crime de Concorrência Desleal. E o *“periculum in mora”* que corresponde aos prejuízos que vem sendo causados desde o momento em que a marca contrafeita foi colocada no mercado e as demais perdas que serão causadas durante não só a fase de conhecimento como também em face de recursos ao tribunal. Reforça esse entendimento o que nos ensina NERY JR sob o título de: *“Discretionariedade do Juiz”*, ou seja: *“Demonstrados os “fumus boni iuris” e/ou “periculum in mora” ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da tutela de urgência, pois tem o “dever de concedê-la”. É certo que existe certa dose de “subjetividade” na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão”*. (Cf. obr. citada pag. 858).

Embora o pedido de tutela de urgência tenha sido negado pelo juiz singular no caso de *“importação de baralhos”*, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu o contrário fixando a ementa: *“Marca figurativa. Prova documental que demonstrou a reprodução da marca da agravante nos produtos importados pela agravada. Produto retido pela Receita Federal em razão da provável contrafação. Hipótese que autoriza a condenação da ré na obrigação de abster de importar, manter em estoque e distribuir”*. (Cf. Agr. Inst. 2182420-46.2017.8.26.0000, la. Cam. Res. Dir. Empresarial em 17-10-2017).

VII – DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

19. Requerida, concedida e realizada a diligência da tutela de urgência deve o interessado cumprir os requisitos do Art. 303, isto é: *“Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo do dano ou do risco ao resultado útil do processo”*.

Repetindo o que já tivemos oportunidade de apregoar, ou melhor, que retornamos ao sistema anterior preconizado pelos Arts. 796 e seguintes do anterior Código de Processo Civil, ou seja, naquela oportunidade, iniciando-se pela *“medida cautelar de busca e apreensão”*. Com as alterações dos Arts. 273

e 461 do anterior Código passou-se à propor a Ação Ordinária de Cessação da Prática do Ato Incriminado, Indenização, Perdas e Danos com “Pedido de Antecipação de Tutela”.

Em face do disposto no Art. 300-CPC, tudo indica e induz à propositura de imediato do pedido de “Tutela de Urgência” e ao depois, da necessidade de se “aditar à inicial”. Na prática tudo vem sendo feito até agora, como aliás confirmado pelas inúmeras decisões em Agravo de Instrumento, nos moldes do segundo sistema acima descrito, ou melhor, o da Ação ordinária, declaratória, cominatória, de não fazer e equivalentes com o pedido de “tutela de urgência”. Não deveria, contudo, assim prosseguir, mas, sim se ater ao preconizado pelo transcrito Art. 303-CPC, a “petição inicial pode limitar-se à tutela antecipada”, com inclusive a “exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano”. No entanto, o que se constata é que com o cumprimento de praticamente todos os requisitos de uma Ação Ordinária ou equivalente o interessado vem acrescentando o pedido de “Tutela de Urgência”.

NERY JR, assinala que: *“É perfeitamente possível que o autor opte por elaborar o requerimento de tutela antecipada em conjunto com a petição inicial completa, que não necessite de aditamento posterior. Aliás, seria mesmo o ideal, tendo em vista que essa opção faz com que o processo flua com mais rapidez, já que não há a necessidade de aditar a inicial”*. (Cf. obr. citada pag. 862)

20. Concedida a tutela, deverá o autor “aditar” à petição inicial, com “a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze dias) ou em prazo maior que o juiz fixar”, eis o momento do autor expor à lide, o direito que possui, ou seja, o certificado de registro da marca se for o caso de violação de marca registrada (Crime contra as marcas) ou as provas que o produto com aquela estilização, embalagens e outras formas de acondicionamento se encontram no mercado (Crime de concorrência desleal). Deverá também demonstrar como vem se concretizando essa irregular concorrência. Fará a juntada de novos documentos, indicará o valor da causa e o pedido de tutela final, (Art. 303 § 1º n. I-CPC).

O “réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334-CPC” que, por sua vez, apresenta todos os detalhes dessa audiência. Nada impede que na petição inicial o autor se manifeste de forma contrária à realização dessa audiência. (Art. 303 § 1º n. II-CPC). E “não havendo

autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do Art. 335-CPC”, e, tal como ocorre para com o precedente artigo há também outros detalhes ilustrativos de como a audiência deverá ser realizada. (Art. 303 § 1º n. III-CPC).

E, a penalidade vem de forma expressa para com o autor, ou seja, não realizado o “aditamento” o processo será “extinto” sem resolução de mérito” (Art. 303, § 2º-CPC).

É importante observar que o “aditamento” à inicial, dar-se-á nos mesmos autos, “sem incidência de novas custas processuais”. (Art. 303 § 3º-CPC), o que vale dizer que o pagamento será de uma só vez.

Como acontece regularmente em praticamente todas as petições iniciais há a necessidade da “indicação do valor da causa”, (Art. 303 § 4º-CPC.), o qual varia e muito de vara para vara (do local, regional, central, etc.), razão porque toda a prudência recomenda que se verifique com a devida antecedência para evitar pagamentos complementares.

O autor, indicará ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no “*caput*” deste artigo. (Art. 303, § 5º-CPC).

A despeito de toda essa indicação clara e precisa se o autor não cumprir com todos os requisitos, caberá ao juiz singular determinar que a petição inicial deverá ser emendada no prazo de cinco dias. (Art. 303, § 6º-CPC).

É por demais importante observar o disposto no Art. 304-CPC e todos os seus parágrafos visto que dispõe sobre:- a) estabilidade da tutela conferida; b) a possibilidade de sua extinção; c) a capacidade de se rever, reformar ou invalidar a tutela; d) a conservação de seus efeitos; e) o desarquivamento dos autos para instruir a inicial; f) a observância de que o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada extingue-se em dois anos; g) a decisão que concede a tutela fará coisa julgada.

VIII – DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE (PRAZOS MENORES A SEREM CUMPRIDOS)

21. E, no que diz respeito a este procedimento, que tem grande proximidade com as “medidas cautelares”, preconizadas pelos Arts. 796 e seguintes do CPC/73,

deve-se atentar para o disposto no Art. 305-CPC que estabelece: *“A petição inicial da ação que visa a prestação da tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”*. E, como tal se verificava para com o Código anterior a “petição inicial da tutela cautelar” será requerida antes da ação principal. (Art. 796/73). Essa petição observará também o contido nos Arts. 319 e 320-CPC, e, deverá se submeter ao cumprimento dos requisitos básicos, quais sejam, o *“fumus boni iuris”* e o *“periculum in mora”*.

É de se atentar ao parágrafo único desse artigo, ou seja: *“Caso entenda que o pedido a que se refere o “caput” tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no Art. 303-CPC”*, e, neste caso vale a lição de NERY JR. *“Em quaisquer casos de tutela cautelar, o pedido poderá ser formulado conjuntamente com o pedido principal (Art. 308 § 1º-CPC), mas nada impede em situação de urgência não possa ser utilizado o expediente constante do Art. 303-CPC”*. (cf. obr. citada pag. 865). Neste último caso impõe-se apenas o pedido de “tutela de urgência”.

A prudência recomenda a maior atenção para o disposto no Art. 306-CPC ou seja: *“O réu será citado, para no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir”*. (Art. 802/73-CPC).

Se, eventualmente, não for contestado o pedido *“os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias”*. (Art. 307-CPC). É a penalidade imposta ao réu por não ter contestado ou, eventualmente, feita a contestação fora do prazo legal, ou, ainda, contestado mas não respondidos ou impugnados à altura os fatos narrados na inicial. Idêntica previsão estava contida no (Art. 803/73-CPC).

Contestado o pedido (parágrafo único do Art. 307-CPC) no prazo legal observar-se-á o procedimento comum. (Parágrafo único do Art. 803/73-CPC).

Em seguida, ou seja, pelo Art. 308-CPC, *“Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado, pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzidos o pedido de tutela cautelar, não dependendo de adiantamento de novas custas processuais”* (Art. 806/73-CPC). Por efetivada a tutela cautelar, entenda-se quando for realizada a diligência que determinou a apreensão, a abstenção, suspensão ou proibição do uso dos produtos contrafeitos, e, não a decisão anterior que havia concedido a tutela.

Tal como se verificou para com a Tutela de Urgência, em que se “adita”, em complemento e nos mesmos autos, neste caso, deverá ser formulado o “pedido principal”, porém, o preconizado pelo parágrafo primeiro do Art. 308-CPC, diz que: “o pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar”. É o que ocorria para com as modificações dos Arts. 273 e 461 do Código anterior. O parágrafo segundo do Art.308-CPC, acentua que: “A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal”. E neste passo prudente é a lição de NERY JR, sobre o título de “Aditamento da causa de pedir”: - “Quando da apresentação do pedido de tutela cautelar, a parte pode não dispor de todos os elementos necessários para a formulação do pedido principal, talvez mesmo em razão da situação de urgência que motiva o requerimento cautelar prévio. Em razão disso, é permitido ao autor, quando da propositura da ação principal, aditar a causa de pedir”. (Cf. obr. citada, pag. 867).

E, para completar o parágrafo terceiro do Art. 308-CPC, assinala que: “Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do Art. 334-CPC. . .”, e o parágrafo quarto do Art. 308-CPC, que: “Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do Art. 335”.

As penalidades para com o inadimplemento estão descritas no Art. 309-CPC, eis que: “cessa a eficácia da tutela, se:- I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal de 30 (trinta) dias; II – o juiz julgar improcedente o pedido principal ou extinguir o processo sem resolução de mérito”; III – é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento” (Art. 808/73-CPC).

E, como advertência final tem-se que o Art.310, preceitua que: “O indeferimento da tutela cautelar não obsta que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento da decadência ou da prescrição” (Art. 810/73-CPC).

IX – CONCLUSÃO

22. Em face dos termos do Art. 300-CPC, entende-se que a “tutela de urgência” deveria ser solicitada como preliminar da ação competente e em separado para que, de pronto, atinja a sua finalidade precípua, cumpridos os requisitos do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*” e desde que seja primordialmente “*inaudita altera parte*”.

23. E, por sem dúvida, assim deveria ser o procedimento correto para atingir, de pronto, todos os anseios desejados pelo titular de um direito que está sendo violado. A decisão do julgador deverá ser no sentido primordial de “proibir” a continuidade do ato incriminado. E, por via de consequência nos casos de interposição de um “agravo de instrumento” o tribunal antes de decidir liminarmente deveria se ater de maneira acurada ao preconizado no item n. 09 e seguintes-supra, para que assim consolidasse sobremaneira a sua decisão revogatória, se for o caso.

Após e contado o prazo a partir da concessão da tutela de urgência o interessado deverá “aditar” a sua inicial, completando os argumentos, juntando documentos, confirmação do pedido de tutela final, etc.

Tal na prática, não vem ocorrendo, posto que todos os interessados tem procedido de forma diversa e alcançando-a através do complemento final de seu pedido, ou melhor, por intermédio de uma “ação ordinária, declaratória, cominatória, de não fazer, proibitória, etc. com o pedido de “tutela de urgência”.

A inicial deverá comprovar os dois requisitos essenciais acima referenciados, atender aos termos dos Arts. 319 e 320-CPC e depois de cumpridas as formalidades legais, demonstrada a prevalência do direito, o seu efetivo exercício, como o crime está sendo praticado e como se realiza a concorrência, na lição de NERY JR, o julgador **tem o dever de conceder a liminar**, (cf. n. 18-supra).

Em assim sendo o autor tem a obrigação de, ao formular a sua inicial atender, dentre outros, ao quanto segue:- 1) o juízo a quem é dirigida a ação, respeitando o domicílio do réu; 2) a legitimidade mediante a comprovação da existência legal da pessoa jurídica e sua inscrição no CNPJ e/ou os dados completos da pessoa física e sua inscrição no CPF, o endereço eletrônico, a sede, o domicílio e a residência do autor e do réu; 3) o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; 4) o pedido pormenorizado com todas as suas especificações; 5) o valor da causa, tomando o devido cuidado de verificar antes qual o mínimo exigido, eis que dentre as inúmeras varas existentes não existe uma uniformidade; 6) a consulta à vara designada se o processamento será “on line” ou em “papel”; 7) as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos, mediante, inclusive, um exame comparativo das marcas, das embalagens e/ou da forma de apresentação ao mercado de ambas as partes, a doutrina e a jurisprudência, se for o caso; 8) demonstrar o desejo para a realização da audiência de conciliação ou, de pronto,

desistir da mesma; 9) a despeito da permissão da entrada da petição inicial sem o cumprimento integral, pelo autor, previsto no n. II do Art. 319-CPC, tudo indica que, em face da facilidade da obtenção de toda a sorte de informações sobre a outra parte mediante a consulta aos órgãos públicos ou por intermédio da internet, haverá sempre a possibilidade de se requerer ao juiz as diligências que se fizerem necessárias; 10) de qualquer forma caberá ao autor o fornecimento do mínimo de informações que possuir, porém, desde que sejam suscetíveis para permitir a citação do réu; 11) Se, eventualmente, não conseguir o autor as informações essenciais para atingir aos seus anseios, prudente será que procure pelos meios permitidos em direito o cumprimento integral do preceituado pelo n. II do Art. 319-CPC.

Se assim não for não haverá motivo para a procura do poder judiciário, mesmo porque é por demais claro o estabelecido pelo Art. 320, ou melhor: *“A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”*.

Por derradeiro não se olvide que a lei dá uma chance final para o autor que não cumprir o que está devidamente estipulado, ou seja, um prazo de 15 (quinze) dias para emendar ou completar a inicial pelo Art. 321-CPC.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2018

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A FUNÇÃO TÍPICA DO PODER JUDICIÁRIO: A INAFSTABILIDADE JURISDICIONAL E SUA RELAÇÃO COM OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO CONFLITOS

Juliana Lopes Ferreira¹ e Laone Lago²

Resumo: O objetivo do artigo é expor a temática da divisão dos poderes sob a ótica de Montesquieu e dos Federalistas, com ênfase no Poder Judiciário e sua atividade de prestação jurisdicional, que na contemporaneidade sofre uma mudança paradigmática com as políticas judiciárias e as legislações incentivadoras da não litigância através de métodos adequados de resolução de conflitos, atingindo metas do Conselho Nacional de Justiça em favor da redução do litígio e da morosidade processual.

Palavras-chave: Separação dos poderes. Poder judiciário. Inafastabilidade da prestação jurisdicional. Métodos adequados de resolução de conflitos. Metas do Conselho Nacional de Justiça.

1. INTRODUÇÃO

Um dos argumentos centrais da ascensão do Estado Moderno, a capacidade em pacificar os conflitos sociais³, inclusive com o uso da força, está sendo posto

¹ Advogada, conciliadora judicial da 1ª Vara de Família do TJRJ/Leopoldina, mediadora de Conflitos pelo MEDIARE e TJRJ. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

² Advogado e consultor Jurídico, doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF, mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, especialista em Advocacia Pública pela Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

³ Segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, “pacificar” significa “Restabelecer a paz; apaziguar;

em xeque. Cresce, com isso, a importância de se estudar os métodos adequados para resoluções dos conflitos de interesses quando do surgimento das políticas públicas advindas do Poder Judiciário⁴, e das disposições legislativas previstas tanto na Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil - CPC, quanto na Lei nº 13.140/2015, a Lei da Mediação - LM.

A proposta advinda dos Poderes Judiciário e Legislativo é desafiadora, pois objetiva oferecer aos indivíduos acesso à ordem jurídica justa. Caso estejam com algum problema jurídico, obterão atenção especial do Poder Judiciário (WATANABE, 2011). Nesse sentido, seria correto falar em monopólio da resolução dos conflitos pelo Poder Judiciário, ou essa expressão é uma distorção do que na verdade é o princípio da inafastabilidade na prestação da tutela jurisdicional?

Passando pela tripartição dos poderes e pela construção de um Poder Judiciário “inafastável”, será visto a seguir como as atuais políticas públicas e inovações legislativas estabelecidas sinalizam a emergência de uma tendência de o indivíduo se desligar da figura do juiz, mas permanecer vinculado ao Poder Judiciário através das figuras dos conciliadores e mediadores, ou de uma forma coletiva, buscando-se correlacionar o direito fundamental constitucional da inafastabilidade jurisdicional com a prática de outros meios para resolução de conflitos.

Logo, o objetivo do presente artigo é analisar a separação dos Poderes e a função típica do Poder Judiciário sob a perspectiva de Montesquieu e dos Federalistas, bem como o surgimento de uma mudança paradigmática no sistema de justiça contemporâneo, tendo o Poder Judiciário como sujeito ativo na elaboração e promoção de políticas públicas voltadas para resoluções alternativas do conflito de interesses e a relação delas com o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional⁵.

Para tanto, será utilizado como metodologia uma análise teórica através de pesquisa bibliográfica, bem como do levantamento e sistematização de dados extraídos de relatórios estatísticos, como é o caso, por exemplo, dos relatórios da Justiça em Números produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ

serenar, tranquilizar, acalmar, abrandar; voltar à paz; tranquilizar-se, serenar-se, acalmar-se”. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (organização). Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. São Paulo: Positivo, 2010.

⁴ Resolução nº 125/2010 e Resolução nº 225/2016 instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

⁵ Optou-se por desenvolver o artigo sob o viés instrumentalista, restando para outro estudo a abordagem de demais teorias processuais democráticas, como a do processo constitucional.

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES SOB A VISÃO DE MONTESQUIEU

Ao contrário de Thomas Hobbes, Montesquieu (1996) diz não ser verdade que os homens se subjugam uns aos outros, porque a vontade pelo império e dominação depende de muitas outras ideias e circunstâncias. Unidos em sociedade, os homens deixam de ser fracos e passam ao estado de guerra, duelando nação com nação. A reunião de forças particulares forma um Estado Político, que tem leis feitas de acordo com o próprio povo.

Ao dispor sobre governos republicanos (fundados em virtude: amor às leis e à pátria), governos monárquicos (fundados em honra) e governos despóticos (fundados em temor), Montesquieu (1996) sinaliza que o poder é igual, sendo diferente a forma de obedecer às leis e aos princípios sobre os quais cada governo se funda. Nesses governos, a corrupção se dá quando o povo não respeita as leis ou é corrompido por elas.

O princípio da democracia é interrompido quando há um desnivelamento com o espírito de igualdade e decorrente disso um despojamento do Senado e dos Julgadores pelo povo. A tamanha desigualdade leva os mais ricos a corromperem os mais pobres, por isso não se é surpreendente a venda de votos em troca de dinheiro, “[criando-se] pequenos tiranos que têm todos os vícios de um só” (MONTESQUIEU, 1996, p. 122). O mesmo acontece em casos de igualdade extrema, o povo passa a se enxergar de igual para igual de forma a não mais respeitarem os legisladores e nem mesmo os julgadores. Em ambos os casos, a corrupção tende a fomentar um governo tirânico, ou no caso da desigualdade, um governo aristocrata.

O princípio da aristocracia é corrompido quando o poder do nobre se torna arbitrário, as famílias reinantes não observam as leis, são déspotas. E se os nobres estão em pequeno número, o poder aumenta. O mesmo se dá com o princípio da monarquia, quando o poder sai da figura do Estado para a figura do rei. O único governo capaz de resistir à força externa sem corromper-se internamente é a República federativa, uma “sociedade de sociedades” (MONTESQUIEU, 1996, p. 141).

Uma Constituição traz como objeto direto a liberdade. Liberdade é fazer tudo o que é permitido por lei, o que só existe em governos onde não há abuso de poder, pois não há liberdade se for possível fazer o que a lei permite e proíbe. É preciso um governo capaz de fazer com que um cidadão não tema o outro.

Com Montesquieu (1996) surge a ideia de o poder limitar o poder e da liberdade política como fundamento para a separação dos poderes.

Há três tipos de poderes no Estado, quais sejam, o poder Legislativo (príncipe criando leis), o poder Executivo das coisas que dependem do direito da gente (decisões por guerra e paz, instauração de segurança) e o poder Executivo das coisas que dependem do direito civil (entrando nesse último, a atividade de julgar e impor castigo), mas para simplificar, o último é chamado poder de julgar (MONTESQUIEU, 1996).

Nesse contexto, a liberdade cessa quando um desses poderes está reunido com outro ou, estão todos juntos, como no caso da Itália⁶. Apesar de o Poder não ser concentrado na figura de uma pessoa (o corpo de magistrados executava e criava leis) arrasando com vontades gerais e destruindo cidadãos em suas vontades particulares (MONTESQUIEU, 1996).

A referência de Montesquieu (1996) é a Constituição da Inglaterra e dessa forma, se dispõe da necessidade de um poder regulador para moderá-los, um corpo Legislativo composto por nobres e um poder Executivo pelo monarca. O poder de julgar deveria ser exercido por pessoas do povo e por não estar ligado a uma profissão nem a um determinado Estado, é invisível. Para coibir que um poder (tripartido) ultrapasse os limites a ponto de interferir ou inviabilizar a liberdade política de uma sociedade, é necessário que eles funcionem de forma correlacionada: “Sendo o corpo Legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder Executivo, que estará ele mesmo preso ao Legislativo” (MONTESQUIEU, 1996, p. 176).

Thomas Jefferson (1979) segue no sentido de Montesquieu com o republicanismo cívico (amor à pátria e a um bem comum) e traz um cuidado em relação à inclusão dos direitos individuais fundamentais ditos por John Locke: o direito à vida, liberdade, igualdade e propriedade, acrescentando a busca pela felicidade como um último direito natural. Para Jefferson (1979, p. 6), governo seria um instrumento de proteção do Povo moldado para assegurar a eles, segurança e felicidade, “cuidar da vida e da felicidade humanas, e não de sua destruição, constitui o primeiro e único objetivo legítimo do bom governo”.

⁶ No século XVIII, Montesquieu enxerga na República Romana o surgimento da divisão dos poderes, principalmente quando de sua decadência.

Contudo, ao passo que Jefferson (1979)⁷ se afasta do conceito de liberdade de Montesquieu (1996), os federalistas (HAMILTON, MADISON E JAY, 2003) se aproximam, o que ocorre através dos famosos artigos que escrevem⁸. Desses escritos surgem a ideia de uma República Federativa (liberal) e, logo, a Constituição da República Americana.

3. O PODER JUDICIÁRIO

James Madison (2003) continua o disposto por Montesquieu quando diz que para um poder limitar o outro, é necessário distribuí-lo em setores por competência e não por hierarquia. Assim evita-se que os princípios fiquem subvertidos para não gerar tirania: um juiz legislador retirando a liberdade e um juiz Executivo restringindo-a. Durante as discussões que precederam a Constituição Americana, foram levantadas algumas ocorrências estaduais nas quais não se observaram essa separação de poderes e, por isso, geraram – de algum modo – restrição de liberdade, como o caso do Estado da Virgínia. Nesse Estado, muitas questões que cabiam ser decididas pelo Judiciário foram resolvidas pelo Legislativo porque os empregos do Judiciário dependiam diretamente do Legislativo.

Nesse contexto, Alexander Hamilton (2003), ao dispor sobre o Poder Judiciário, fala de controle de constitucionalidade de leis e elogia o Judiciário como Poder adequado ao exercício desse controle⁹. Para Hamilton, o Poder Judiciário é o menos temível à Constituição pelas atividades que exerce, porque tem menos meios de atacá-la¹⁰. O Judiciário não pode tomar nenhuma resolução ativa, pois sem força e sem vontade, só lhe compete o juízo.

Nesse aspecto, alguns princípios são observados pelos federalistas (HAMILTON, MADISON E JAY, 2003): O Judiciário é o mais fraco; não pode atacar com boa esperança de resultado e precisa de todos os meios possíveis para se

⁷ Para ele, “liberdade justa é a ação livre de conformidade com nossa vontade dentro dos limites traçados em torno de nós pelos direitos iguais de outros”, se afastando de uma vontade dita por lei, porque ela muitas das vezes será representada pela vontade de um tirano. (JEFFERSON, 1979, p. 4).

⁸ Os autores, reunidos, passam a escrever oitenta e cinco artigos para o jornal de Nova Iorque, como uma forma de apelo para a Assembleia daquele Estado aprovar a Constituição Americana.

⁹ Jefferson destoa dessa ideia na medida em que entende não poder ser o principal órgão da República (a Suprema Corte), um órgão antidemocrático.

¹⁰ O conceito/aplicabilidade da prestação jurisdicional desenvolvida a seguir teve como objetivo a percepção dela frente aos métodos de resoluções alternativas de conflito. Abordar o assunto sob a perspectiva trazida por Hamilton e trazê-la para contemporaneidade é objetivo a ser desenvolvido em outra oportunidade.

defender dos outros dois Poderes. Separado dos dois, não consegue colocar em perigo a liberdade. Na mesma linha de Montesquieu, os federalistas dizem que não há liberdade se não houver separação dos poderes. Logo, como a liberdade nada tem a temer do Judiciário, deve ser considerada elemento indispensável para organização desse Poder, da cidadela de justiça e da segurança pública, garantidas a independência e inamovibilidade de seus julgadores.

Também não há de se falar em Poder superior ao outro, mas sim em ter sido o Poder Judiciário instituído pela Constituição entre o povo e as leis, de forma que não haja arbitrariedade em seu fazimento e em sua execução.

Então, com a Declaração de Virgínia (1776), a Constituição Americana (1787) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França (1789), surge o Estado Moderno com a tripartição dos poderes atuando em conjunto com o constitucionalismo, fortalecido pelo sistema de freios e contrapesos para clarear as atribuições de cada Poder e estabelecendo um mecanismo de controle recíproco entre eles, garantidor da liberdade.

Séculos depois, Hans Kelsen (1996) faz uma referência a essa necessidade de se distinguir os poderes e a relação que o Poder Judiciário teria com o Constitucionalismo. Para ele, ter uma Corte Constitucional advinda do Poder Judiciário seria uma garantia segura de que ninguém ultrapassaria seus próprios limites, sendo incabível a existência de um líder político como guardião da Constituição¹¹. Se a “função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do Poder”, um líder (com poder) não poderia manifestar por si mesmo uma neutralidade em relação ao exercício do Poder, pois deve-se ater a “um princípio técnico-jurídico unânime: ninguém pode ser juiz em causa própria” (KELSEN, 1996, p. 240).

4. MUDANÇA PARADIGMÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Atualmente, no Estado Contemporâneo, não se vê tão nítida a linha divisória entre um Poder e outro: a função típica do Judiciário com a prestação jurisdicional (o poder de julgar), a do Legislativo com a criação de leis e a do Executivo em administrar, porque se tem presente uma “colaboração de poderes” com

¹¹ Neste livro, jurisdição constitucional, Kelsen dedica um capítulo para contra argumentar a alcunha de guardião constitucional dada à época por Karl Schmitt ao líder político alemão.

independência orgânica e harmônica entre cada um, que em determinados casos permite “o exercício preponderante de certas atribuições por determinados órgãos do poder público estatal” (STRECK, 2003, p. 165).

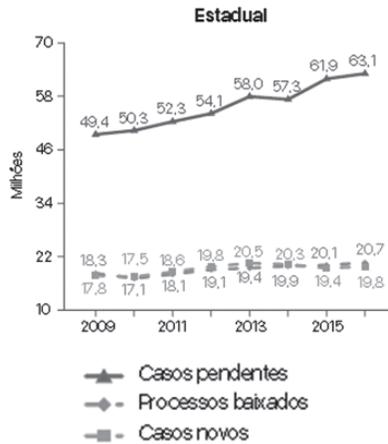
No Brasil, a Constituição reforça o papel do Poder Judiciário na arena política através de suas atribuições e modelo institucional desenhado na atual Carta Magna, sendo o Judiciário local de resolução de conflitos entre o Legislativo e o Executivo bem como a relação deles com os particulares à medida que estejam em questão direitos e garantias constitucionais (SADEK, 2004).

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, trouxe a reforma do Poder Judiciário, que provocou fortes mudanças de paradigmas na visão das já esmaecidas linhas divisórias entre os Poderes da República brasileira. A criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão administrativo do Poder Judiciário, quando da EC nº 45/2004, consegue não só minorar questões de transparência e acesso às informações judiciais, morosidade e sobrecarga processual, bem como reformular o papel do Judiciário como sujeito ativo na elaboração de metas estratégicas e políticas públicas judiciais (voltadas para o alcance dessas metas), a exemplo do lançamento do programa nacional “conciliar é legal” pela Ministra Ellen Gracie à época presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 2006.

A sociedade civil brasileira acostumou-se ao Estado-juiz como o detentor do monopólio da justiça estatal, capacidade de dizer o direito, restando a ele dizer qual a coisa certa a se fazer, o que foi constituindo ao longo do tempo uma cultura do litígio, trazendo como consequências a sobrecarga de conflitos e a era da judicialização das políticas públicas e das relações sociais, naturalmente correlacionadas com a efetividade de direitos através do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

Para se vislumbrar um panorama nacional sobre a carga de litigiosidade do Poder Judiciário brasileiro em uma retrospectiva histórica realizada no relatório da Justiça em números de 2017, por exemplo, tem-se na Justiça Estadual, a nível nacional, um aumento progressivo de autos pendentes (63,1 milhões) e uma quantidade de novos processos (19,8 milhões) próximo ao número de processos finalizados (20,7 milhões), conforme apresentado na figura 1.

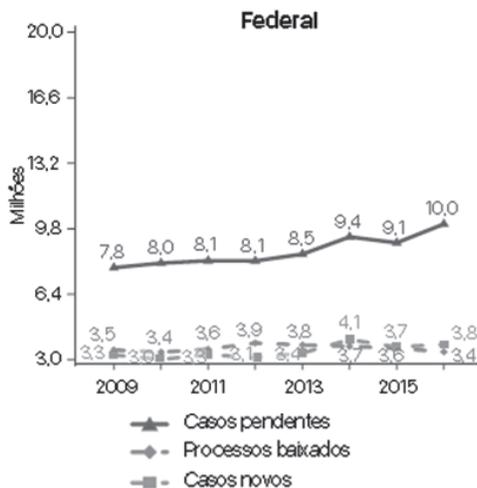
Figura 1 – Série histórica da movimentação processual da Justiça Estadual no Brasil



Fonte: Relatório da Justiça em Números 2017 (CNJ, 2017).

Essa realidade também é refletida em outros ramos da Justiça, como na Justiça Federal, havendo um aumento de processos pendentes de 2009 a 2016, exceto uma queda pontual em 2015. É maior a quantidade de processos novos (3,8 milhões) em detrimento de processos finalizados (3,4 milhões), conforme observado da figura 2.

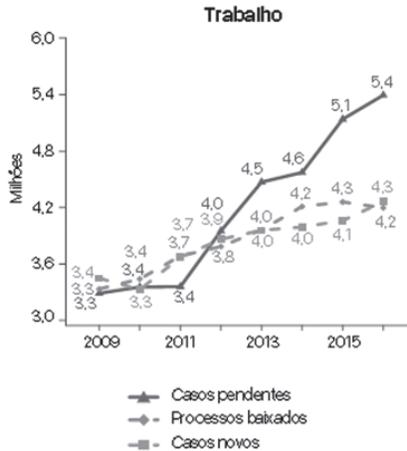
Figura 2 – Série histórica da movimentação processual da Justiça Federal no Brasil



Fonte: Relatório da Justiça em Números 2017 (CNJ, 2017).

Pela análise da figura 3, percebe-se que, na Justiça do Trabalho, a quantidade de novos processos (4,3 milhões) também é maior que a quantidade de processos finalizados (4,2 milhões) e que a alta progressão de casos pendentes ainda é uma máxima (5,4 milhões).

Figura 3 – Série histórica de movimentação processual da Justiça do Trabalho no Brasil



Fonte: Relatório da Justiça em Números 2017 (CNJ, 2017).

Spengler (2012) refere-se aos problemas do Judiciário como consequências de uma crise estatal, espelhada na perda gradual da soberania do Estado, na morosidade da solução de conflitos, na fragilidade das esferas legislativa, executiva e judiciária, de forma que o Judiciário esteja em “sua quase total perda de exclusividade de dizer e aplicar o direito” (SPLENGLER, 2012, p. 10).

Ana Carolina Squadri Santanna (2015) sugere uma interessante releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que leva em consideração a jurisdição como um conceito estendido, ampliado pela inclusão dos métodos de resoluções de conflito – uma “justiça consensual” e colocando fim a oposição entre método autocompositivo e tutela jurisdicional. A jurisdição deve ser estudada sob a perspectiva constitucional inter-relacionada com a política e a sociologia, elevando a jurisdição como fenômeno natural variante no espaço e no tempo.

Aos poucos, abre-se espaço para uma ideia de universalidade de jurisdição. O acesso à Justiça – cada vez mais – é visto com uma amplitude que não se restringe exclusivamente ao Poder Judiciário, sendo vista nova “oportunidade de solucionar conflitos no âmbito privado, no qual também devem estar garantidas

a independência e a imparcialidade do terceiro que irá conduzir o tratamento do conflito, seja na mediação ou na arbitragem” (SANTANNA, 2015, p. 73).

Owen Fiss (1979), ao falar sobre o modelo tradicional de resolução de disputas (adjudicatório) oferece uma visão reformulada do processo judicial, no qual a função do juiz é incluir valores constitucionais a decisão através da interpretação do texto constitucional, da história e das ideias sociais, buscando a verdade e a justiça. A partir de então, tenta-se buscar maneiras para o Judiciário desempenhar seu papel da forma mais legítima possível, incluindo a participação de todos através de representantes¹², no lugar do modelo individualista de jurisdição. Essa forma de enxergar uma resolução judicial adjudicatória ampla remete a ideia de processo coletivo que, no Brasil, encontra-se ainda embrionário.

O interesse de cada um pode ser representado sem que cada cidadão se represente no Tribunal, mas ainda não há fortes iniciativas do Poder Legislativo para que se aprove (com brevidade) projetos referentes ao processo coletivo, circunstância esta que se reitera com o veto do artigo 333 do CPC, em que se propunha a conversão da ação individual para coletiva, em alguns casos¹³.

O conceito clássico de jurisdição, “dizer e aplicar o direito” advém da ideia do exercício pelo Poder Judiciário de sua função típica, a prestação jurisdicional nos mesmos moldes do modelo do direito romano, com um Estado-juiz exercendo o monopólio da Justiça ao aplicar a lei aos casos em conflito, além do exercício – inerente da jurisdição – do poder de coerção para garantir o cumprimento de suas decisões. Logo, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2008), entende-se por jurisdição: a busca do Estado pela realização prática das leis em caso de conflito entre as partes, declarando qual norma é pertinente ao caso e estipulando a forma pela qual o direito ali reconhecido será efetivado.

Em alguns casos, “o processo será o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material”, por se tratarem de normas indisponíveis, como as normas penais e as não penais, como perda de poder familiar, anulação de casamento, dentre outros assuntos (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2008, p.38).

¹² Fiss traz esse entendimento após o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte presidida por Earl Warren reestrutura o sistema educacional norte-americano com base no princípio da Igualdade, cláusula assegurada na décima quarta emenda da Constituição. Como esse, outros processos surgiram para proteção dos cidadãos contra abusos policiais, para assegurar o respeito dos direitos em presídios e hospitais, etc. Para Fiss, o conceito de adjudicação amplia para abranger, por exemplo, o direito coletivo.

¹³ Razões do veto: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas.”

O CPC que passou a vigorar no ano de 2016 traz em si o princípio ideológico de leis processuais constitucionais, fazendo com que legislação processual se encontre abarcada e refletida através da legislação constitucional brasileira. Por esse motivo, quando a Constituição da República Federativa do Brasil assegura o direito à proteção jurisdicional adequada e efetiva a todos ao dispor no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao Direito”, e quando o CPC reproduz essa garantia como norma fundamental do processo em seu artigo 3º, *caput*, se reconhece expressamente a interpretação das normas processuais à luz do direito constitucional como também faz com que o dispositivo funcione “como uma cláusula de destaque desse compromisso no novo Código” (MARINONI, 2015, p. 94).

No sentido do direito e de sua efetividade se respalda a ideia de uma jurisdição – ainda que aplicada no âmbito do Poder Judiciário – não limitada a uma solução adjudicatória. A depender da natureza e peculiaridade do litígio, surge uma plataforma de métodos alternativos para sua resolução. Dele partirá toda estruturação processual, “pensar todo o processo a partir do direito material com o objetivo de promover sua efetividade”, sinalizador da segurança jurídica (MARINONI, 2015, p. 95), e, nesse sentido, também caminha Bueno ao dizer que o princípio constitucional da economia e eficiência processual replicados no artigo 4º, do CPC, destaca que “a atividade jurisdicional não se esgota com o reconhecimento (declaração) dos direitos, mas também com sua concretização” (BUENO, 2015, p. 44).

Dentro dessa perspectiva, a prestação jurisdicional parece ampliada, pois quando se considera a mudança de paradigma do sistema da justiça, se está dizendo que o conhecido Estado-Juiz deixa de somente “dizer qual a coisa certa a fazer”, passando a exercer um papel mais abrangente, consolidando a gestão de conflitos como uma função típica de sua natureza e exercida pela elaboração de metas estratégicas para minoração de alguns problemas judiciais já elencados e pela oferta de uma plataforma de resoluções alternativas de conflitos dentro do próprio âmbito do Poder Judiciário, por exemplo.

Todas essas circunstâncias geram o anseio de se saber como os métodos alternativos de soluções de conflitos, em especial os consensuais, atuarão na esfera pública e privada e qual será sua relação com o Poder Judiciário. Fato é que a Contemporaneidade constrói suas bases sobre novas perspectivas, o que possibilita, quiçá exige, diferentes formas de pensar e, especialmente, conferir respostas concretas às demandas sociais emergentes.

5. PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O INCENTIVO AOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS

Em 2008, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ realizou o primeiro encontro entre os presidentes dos Tribunais Brasileiros e temas como modernização, melhoria na gestão e prestação jurisdicional foram assuntos discutidos e levados posteriormente em consideração a um planejamento estratégico para Gestão e Planejamento do Judiciário a partir de 2009, momento em que foram elaboradas as primeiras metas judiciárias.

Desde esse momento, a prestação jurisdicional foi tópico importante e, tanto no planejamento quinquenal de 2009-2014 quanto no planejamento em vigência de 2015-2020, a efetividade da prestação jurisdicional encontra-se como descrição da missão do Poder Judiciário, que é “realizar a Justiça”¹⁴, sendo essa efetividade também conhecida como concretização dos direitos e um dos princípios ideológicos basilares do Código de Processo Civil.

A partir dos planejamentos estratégicos surgem os atos normativos e as políticas públicas tendo como próprio fundamento a Estratégia Nacional do Poder Judiciário. Nesse cenário se encontra a Resolução 125/2010 e a Resolução 225/2016, que visam políticas judiciárias nacionais voltadas para resolução adequada aos conflitos de interesse com a Conciliação, Mediação, Justiça Restaurativa e outras práticas que venham a exercer o papel de facilitadoras em resoluções consensuais, dentro do âmbito judiciário.

Nessa esteira, as tendências atuais do Poder Judiciário quanto à efetividade da prestação jurisdicional se encontram no incentivo às soluções alternativas de conflito, aumento da quantidade de julgados e julgamento de processos antigos para que o cenário desejado em 2020 seja de justiça mais acessível e tempestiva, desjudicialização dos conflitos e descongestionamento do Poder Judiciário¹⁵.

As políticas públicas judiciárias oferecem realce a possibilidade da construção de consenso como um princípio e a esperança por uma mudança cultural voltada para o diálogo e inclusão social. As normas penais indisponíveis não excluem a possibilidade da prática restaurativa, por exemplo. O procedimento, que tem como princípios a reparação de danos, a corresponsabilidade, a consensualidade

¹⁴ Informações que se encontram presentes nos dispositivos que regulam o planejamento estratégico de ambos os períodos, o primeiro pela Resolução 70/2009 e o segundo pela Resolução 198/2015.

¹⁵ De acordo com o disposto no anexo da Resolução 198/2015.

(dentre outros), pode acontecer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional¹⁶.

A conciliação é o método mais difundido no Brasil, em que os conflitantes chegam a um acordo, dependendo da vontade das partes e da orientação de um terceiro neutro, que irá auxiliá-los nessa autocomposição. Apesar de ser possível a conciliação de forma extrajudicial (Lei nº 9.099/1995, recepcionando a atuação de órgãos conciliadores extrajudiciais), o atual Código de Processo Civil – CPC estimula o julgador a conciliar a qualquer momento processual (artigo 125, inciso IV). O que se tem atualmente são novas práticas de se alcançar a conciliação, como a prática colaborativa.

Ao tratar da mediação, a Lei nº 13.140/2015, estabeleceu esse recurso – insista-se – como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, tendo como foco, em ambas as situações, a solução consensual do conflito de interesses de forma mais direta possível, ainda que com a presença de um terceiro – na mediação, a decisão é eminentemente das partes. Avançou-se, também, para fazer consignar que a mediação envolve atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula na identificação e no desenvolvimento das soluções consensuais para a controvérsia.

A conciliação em fase processual, outra previsão legalmente instituída, muitas das vezes pode representar o fim de um processo, mas nem sempre o fim de um problema. As práticas colaborativas na área do direito de família, por exemplo, dão suporte multidisciplinar ao caso concreto com profissionais de diversas áreas (médicos, psicólogos, assistentes sociais, consultores financeiros) em uma abordagem construtiva onde uma situação disfuncional passa para outra mais funcional, onde as pessoas possam conviver bem. Tal prática não só viabiliza um bom acordo como também estabelece novas diretrizes para um relacionamento saudável entre os conflitantes e, sistemicamente, aos familiares envolvidos. Assim, resolve-se o conflito em seu aspecto humano e conseqüentemente o processo (caso houver, judicial ou extrajudicial).

¹⁶ Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma: (...) § 2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade - (Resolução nº 225/2016 do CNJ).

A mediação também visa um acordo, apesar de sua prática ser distinta. Aqui os conflitantes geralmente se sentam em círculo (sem a presença da posição centralizadora do conciliador ou juiz) e através do mediador, o diálogo pode ser facilitado entre as partes para que se chegue a uma solução não só ao conflito que está posto mas aos motivos geradores daquela desavença, tida como “pauta subjetiva”. Os representantes das partes deixam de defendê-los e passam a auxiliá-los junto com o mediador, na feitura da autocomposição.

Em 2014, realizou-se um estudo sobre a prática da mediação nos Tribunais brasileiros, chamado “Estudo Qualitativo sobre Boas Práticas em Mediação no Brasil” (BRASIL, 2014). Nele, constatou-se que quanto mais institucionalizada a mediação estava na Região que foi implantada, mais se notava a consolidação da prática e a possibilidade de sua continuação ao longo do tempo.

No mencionado estudo, alguns componentes foram notados com mais especificidade: i) que os tipos de conflitos mais comuns na mediação eram questões cíveis, familiares, fazendários, previdenciários e criminais (de baixo potencial ofensivo); ii) que a capacitação profissional deve ser obrigatória para os mediadores, evitando o amadorismo e garantindo a consolidação da prática; iii) que se deve observar a remuneração dos mediadores, evitando trabalho voluntário (que gera rotatividade) e criando possibilidades de investimento do próprio profissional em sua qualificação; iv) a necessidade de se trabalhar em parceria (convênios) para gerar uma rede que subsidie a prática com estrutura material, espaço físico, profissionais qualificados, dentre outras necessidades; vi) que a avaliação pelos usuários sobre o trabalho é de fundamental importância para o aperfeiçoamento e consolidação da prática e que a satisfação do usuário se denota através dos resultados obtidos: pacificação gerada pela solução e redução de reincidências (BRASIL, 2014).

Todos esses pontos foram vistos e, aparentemente, atendidos quando das Leis de Mediação e do Código de Processo Civil, que entraram em vigência após o Estudo sobre Boas Práticas e que certamente irão caminhar no sentido de reforçar a institucionalização das práticas.

A Justiça Restaurativa apresenta uma nova maneira de solucionar um conflito. Ela objetiva estimular o encontro e diálogo entre as pessoas envolvidas para ajudar no deslinde da questão (ofendido, ofensor, familiares, amigos, presença da comunidade, etc.), em que estará em pauta a compreensão dos fatos e o modo pelo qual o dano

possa ser reparado. Na área penal, a aplicação da pena ocorre sob um ponto de vista mais amplo. A reparação de danos às vítimas, redução de reincidências e coesão comunitária são os resultados que objetivam a Justiça Restaurativa¹⁷.

O estímulo às soluções consensuais é uma abertura do novo Código para a autonomia individual de cada parte envolvida no litígio, preferencialmente com o auxílio dos conciliadores e mediadores judiciais. Assim, o Poder Judiciário incorpora em seu campo de atuação todas as práticas que facilitem a resolução de conflito através da construção do consenso, como a conciliação, a mediação e a justiça restaurativa. A inafastabilidade da prestação jurisdicional não exclui a busca de outros métodos para solução de litígios, que inauguram uma nova fase em busca da não litigância e do não exclusivismo estatal na solução de demandas de forma adjudicada (desfazimento do que até então era conhecido como monopólio da jurisdição, em seu sentido clássico).

6. CONCLUSÕES

Foi visto que o direito à liberdade no tópico separação de poderes sob a perspectiva definida pelo Barão de Montesquieu, e corroborada pelos Federalistas na seção relativa ao Poder Judiciário, conferiu forma e formatou a separação dos poderes, e que o Poder Judiciário – antes acanhado ou tirânico (quando aliado a outros poderes) – foi desenhado ao longo do tempo como uma espécie de poder moderador em relação aos demais poderes e como um agente capaz de garantir a todos os direitos fundamentais assegurados na Constituição.

O surgimento dos métodos adequados para a resolução do conflito de interesses com as políticas públicas advindas do Poder Judiciário, e as novas legislações instituídas pelo Poder Legislativo, constitui bases sólidas para uma verdadeira mudança de paradigma na prestação da tutela jurisdicional estatal clássica, historicamente monopolizadora dos litígios que almejavam por decisões judiciais que não chegavam ou não eram efetivas. A pretensão de pacificação social, que vai além da simples decisão, passou a ser fortemente questionada.

Em nome da efetividade da prestação jurisdicional, passou-se a englobar

¹⁷ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul (TJRS). A paz que nasce de uma nova justiça – Um ano de implantação da justiça restaurativa como política de pacificação social em Caxias do Sul. Rio Grande do Sul, 2013. pag. 10-12. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica_BAIXA.pdf> Acesso em: 15 set. 2016.

nesse conceito – agora flexível e aberto a outras ciências – os métodos adequados de resoluções de conflitos: para cada lide uma forma específica de solução se apresenta, seja ela a conciliação, mediação ou outras.

Nesse processo de alargamento jurisdicional, a ideia de processos coletivos surge como fortalecimento de interesses individuais unidos com base na cooperação de cada um e na construção de consenso no ato de tomada de decisão.

Portanto, resta claro a presença dos métodos adequados para a resolução do conflito de interesses no âmbito do Poder Judiciário como o exercício de suas funções típicas e, também, como o propósito institucional de se ter ao longo prazo – através de políticas públicas nacionais – uma cultura de diálogo no lugar da litigiosidade historicamente instituída.

7. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2016..
- BRASIL. Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil. Coordenação: Grinover, Ada Pellegrini; Sadek, Maria Tereza; Watanabe, Kazuo (CEBEPEJ); Gabbay, Daniela Monteiro e Cunha, Luciana Gross (FGV Direito SP) – Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 jul 2016.
- BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 70, de 18 de março de 2009. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_70_18032009_22072014152617.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoes>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 198, de 01 de julho de 2014. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_198_2014_copiar.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2016.
- FISS, Owen M. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 93, n. 1, p. 01-58 nov. 1979. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- FUENTES, Claudia. MONTESQUIEU: teoria de la distribución social del poder. *Revista de Ciencia Política*, Santiago, v. 31, n. 1, p. 47-61, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v31n1/art03.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O federalista. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- JEFFERSON, Thomas. Escritos Políticos. Tradução Leônidas Gontijo de Carvalho. Coleção Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. 1. ed. Tradução do alemão Alexandre Krug. Tradução do italiano Eduardo Brandão. Tradução do Francês Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, Campinas, v. 10, n. 1, p. 01-62, maio 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762004000100002>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- SANTANNA, Ana Carolina Squadri. O princípio da inafastabilidade de jurisdição e a resolução de conflitos. Santa Cruz do Sul: Essere del Mondo, 2015.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, ano 36, n. 195, p. 381-389, maio 2011.

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹

1. INTRODUÇÃO

A análise dos precedentes administrativos tem sido bastante difundida no direito comparado, especialmente na Europa continental e na América Latina, e merece aprofundamento no ordenamento pátrio.²

Na atual quadra evolutiva do Estado brasileiro, é possível perceber uma crescente influência dos institutos do *common law*, inclusive com a adoção adaptada da teoria dos precedentes no campo do Processo Civil.

O objetivo do presente estudo é demonstrar que a teoria dos precedentes judiciais pode ser adaptada e aplicada aos processos administrativos. Isto porque a legitimidade da Administração Pública pressupõe, necessariamente, uma atuação coerente e ética, o que engloba o respeito aos seus próprios precedentes, conforme será demonstrado a seguir.

¹ Pós-doutor pela Fordham University School of Law (New York). Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados.

² O presente ensaio foi elaborado em homenagem ao professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, querido amigo, jurista insubstituível e eterno professor de várias gerações do Direito Administrativo brasileiro. Ao tratar das transformações do direito, o saudoso professor destacou o esgotamento do positivismo jurídico e a relevância do Direito jurisprudencial, com a utilização das velhas lições de flexibilidade e de adaptação, típicas do *common law*, para “a recriação de um Direito não mais apenas obra de legisladores, olímpicos e distantes, mas também a de juizes e de juristas, de operadores do Direito, no dia a dia de sua interpretação e aplicação.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 234.

2. PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS

O precedente administrativo pode ser conceituado como a norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração Pública.³

O precedente administrativo pode surgir da prática reiterada e uniforme de atos administrativos em situações similares. Todavia, é oportuno esclarecer que a reiteração de decisões em casos semelhantes não é uma condição necessária para a criação do precedente, ainda que esse fator contribua para maior estabilidade do ordenamento e confiança dos administrados. Em verdade, uma única decisão administrativa pode ser considerada precedente administrativo a ser seguido em casos semelhantes, em razão do princípio da igualdade e de outros princípios que serão indicados no tópico seguinte.⁴

A partir do conceito sugerido, é possível retirar algumas características básicas dos precedentes administrativos, a saber: a) os precedentes administrativos são normas jurídicas com caráter vinculante ou obrigatório, o que demonstra que são fontes do Direito Administrativo, cujo descumprimento acarreta consequências jurídicas; b) os precedentes administrativos pressupõem decisão administrativa concreta, válida e de acordo com o interesse público, razão pela qual se exclui da sua conceituação, em princípio, os atos regulamentares (ou normativos) e as decisões ilegais; e c) a força vinculante dos precedentes administrativos se aplica aos casos futuros, que serão decididos pela Administração Pública, o que pressupõe identidade objetiva (situações fático-jurídicas semelhantes) e subjetiva (decisões provenientes da mesma entidade administrativa) entre os casos.

A exigência de coerência no exercício da atividade estatal, que justifica a necessidade de respeito aos precedentes, aplica-se aos processos jurisdicional, legislativo e administrativo. É possível, portanto, aplicar, com as devidas adaptações, as ideias subjacentes à teoria dos precedentes judiciais aos processos administrativos, cujas decisões seriam qualificadas como precedentes

³ Sobre as definições de precedentes administrativos, vide: DÍEZ-PICAZO, Luis M^º. La doctrina del precedente administrativo. In: Revista de Administración Pública (RAP), Madrid, n. 98, may.-ago., 1982, p. 7; ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. Revista de Administración Pública (RAP), n. 24, Madrid, sep./dic. 1957, p. 102.

⁴ ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. Revista de Administración Pública (RAP), n. 24, Madrid, sep./dic. 1957, p. 103; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. In: Revista de Derecho de la Universidad de Motevideo, vol. 10, n. 20, 2011, p.152.

administrativos que devem ser observados em processos administrativos futuros e semelhantes, garantindo-se, desta forma, tratamento isonômico entre particulares e a proteção da boa-fé e da confiança legítima.⁵

É possível afirmar que os precedentes e o dever de coerência estatal se fundamentam nos seguintes princípios constitucionais:⁶ **a) princípio da igualdade:** os casos semelhantes envolvendo particulares diversos devem ser tratados de forma isonômica, sendo vedada a discriminação desproporcional entre pessoas que se encontram em situações fáticas e jurídicas similares; **b) princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança legítima:** a previsibilidade, a lealdade e a coerência da ação administrativa, com a dispensa de tratamento uniforme aos casos semelhantes, garantem segurança jurídica e protegem a boa-fé e as expectativas legítimas dos particulares; **c) princípios da razoabilidade e proporcionalidade:** o respeito aos seus próprios precedentes evita a prática de arbitrariedades administrativas; **d) princípio da eficiência:** a atuação coerente da Administração tem o potencial de desestimular a litigância administrativa e a judicialização da questão decidida, bem como de agilizar a atividade administrativa.

Além dos argumentos constitucionais, a teoria dos precedentes administrativos encontra respaldo na legislação que trata do processo administrativo. Nesse sentido, em âmbito federal, o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal) dispõe que a interpretação da norma administrativa deve ser realizada da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, “vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.⁷

A preocupação com a coerência na ação administrativa, evitando mudanças repentinas e sucessivas de interpretação, pode ser encontrada, ainda, no art. 50, VII da Lei 9.784/1999 que exige a motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, dos atos administrativos que “deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”.

⁵ De acordo com Pedro Moniz Lopes: “Fazendo um claro apelo aos congêneres precedentes judiciais e ao princípio geral do stare decisis, o precedente administrativo surge como o maior símbolo da padronização decisória formadora, per se, de uma normatividade própria ou, sendo caso disso, através da criação do substrato factual necessário para suscitar a previsão da norma da tutela da confiança”. LOPES, Pedro Moniz. Princípio da boa-fé e decisão administrativa, Coimbra: Almedina, 2011, p. 328.

⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. In: Revista de Administración Pública (RAP), Marid, n. 98, may.-ago., 1982, p. 9.

⁷ A vedação da retroatividade da nova interpretação administrativa fundamenta-se na necessidade de proteção da boa-fé e da confiança legítima do administrado, que não pode ser surpreendido com a alteração da interpretação da Administração, razão pela qual entendemos que nada obsta a retroatividade da nova interpretação administrativa desde que esta seja favorável aos administrados.

Mencione-se, ainda, o Código de Processo Civil (CPC/2015) que consagrou a teoria dos precedentes judiciais, com adaptações do seu modelo originário do *common law*, bem como a necessidade de uniformização jurisprudencial, o que impacta, inclusive, nos processos administrativos. Isto porque o art. 15 do CPC/2015 dispõe que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.⁸

A questão, que pode gerar certa divergência, é como interpretar o referido art. 15 do CPC/2015: a incidência do Código seria ampla, abrangendo todos os processos administrativos federais, estaduais, distritais e municipais, ou, ao contrário, seria restrita aos processos administrativos federais?

De um lado, parcela da doutrina sustenta a competência da União para fixar normas gerais de processo administrativo, que seriam aplicadas nacionalmente.⁹ De outro lado, há o entendimento de que a competência para legislar sobre processos administrativos seria reconhecida aos Entes federados, inexistindo previsão constitucional de competência para União dispor sobre normas gerais,¹⁰ o que poderia gerar a interpretação de que as normas processuais, judiciais ou administrativas, oriundas da União não se aplicariam aos processos administrativos estaduais, distritais e municipais.

Entendemos que as normas que tratam dos precedentes judiciais devem ser aplicadas aos processos administrativos. Isto porque, independentemente do entendimento sobre a aplicação do CPC a todos os processos administrativos ou apenas aos processos administrativos federais, certo é que a necessidade de aplicação dos precedentes judiciais aos processos administrativos em geral

⁸ De forma semelhante, Egon Bockmann Moreira sustenta a aplicação dos arts. 926 a 928 do CPC/2015 aos processos administrativos. MOREIRA, Egon Bochmann. *Processo administrativo*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 84.

⁹ De acordo com Marçal Justen Filho, “A União detém competência privativa para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF/1988). A competência para legislar sobre procedimentos é concorrente entre os diversos entes federativos. Nesse caso, cabe à União a edição de normas gerais e aos Estados e ao Distrito Federal a suplementação ou a complementação delas (art. 24, XI e §2º, da CF/1988). Daí segue que as normas gerais e os princípios fundamentais contemplados na Lei 9.784/1999 são de observância obrigatória para todos os entes federativos”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 10. ed., São Paulo: RT, p. 361. De forma semelhante: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Âmbito de validade da Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) – para além da Administração Federal*. RDA, 235, jan./mar., 2004, p. 233-255.

¹⁰ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 29/30. O próprio art. 1º da Lei 9.784/1999 dispõe que as respectivas normas de processo administrativo são aplicadas “no âmbito da Administração Federal direta e indireta”.

decorre do princípio da eficiência (evita a judicialização de questões já decididas pelo Poder Judiciário), da impessoalidade (tratamento isonômico do Estado juiz e Estado administrativo a todos os jurisdicionados), da segurança jurídica (estabilização das expectativas dos administrados em relação às condutas estatais e uniformização de tratamento); dentre outros.

Aliás, o processo administrativo pode ser caracterizado como um microsistema normativo que se insere no sistema do Direito Processual. A autonomia do processo administrativo decorre de suas regras e princípios específicos, que não se confundem com aqueles aplicados aos demais microsistemas processuais (processo civil, penal, trabalhista etc.), mas a referida autonomia não impede o diálogo com o processo civil por meio de analogias ou interpretações extensivas.

3. A TEORIA DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL

O estudo da teoria dos precedentes administrativos tem sido intensificado nos países que adotam o sistema de dualidade de jurisdição, especialmente pelo fato de que o contencioso administrativo segue uma lógica semelhante ao processo judicial. O órgão responsável pela jurisdição administrativa, que não integra a estrutura do Judiciário, possui elevada autonomia em relação à Administração Pública, que é parte no conflito de interesses. Vale dizer: tal como ocorre no processo judicial, no contencioso administrativo existe um juiz (administrativo) que não é parte interessada no processo.¹¹

Em consequência, nesses países os processos submetidos ao contencioso administrativo e à jurisdição comum ou ordinária são semelhantes, o que justifica, em grande medida, a aplicação dos mesmos princípios e da mesma lógica, inclusive da teoria dos precedentes.

Por outro lado, nos países que adotam o sistema de unidade de jurisdição, com a consagração do princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional, tal como ocorre no Brasil (art. 5º, XXXV, da CRFB), as diferenças entre os processos administrativos e os judiciais são marcantes, mas esse fator não impede a adoção da teoria dos precedentes administrativos com as necessárias adaptações.

¹¹ Na França, por exemplo, a dualidade de jurisdição é representada pelo Conselho de Estado (Conseil d'Etat) e pela Corte de Cassação (Cour de Cassation), responsáveis, respectivamente, pela jurisdição administrativa e pela jurisdição comum. Os conflitos de competência entre as duas Cortes são resolvidos pelo Tribunal de Conflitos. Registre-se, ainda, que o Conselho de Estado francês exerce a função consultiva, com a expedição de recomendações (avis), e a função contenciosa por meio de decisões (arrêts) sobre conflitos envolvendo a juridicidade das atividades administrativas.

A possibilidade de instauração de processos administrativos de ofício, a atribuição da tarefa de julgar o conflito à Administração Pública, que é parte do processo, e a possibilidade de revisão da decisão administrativa final pelo Judiciário são algumas características dos processos administrativos que não são encontradas nos processos judiciais.

Talvez por essa razão, sem desconsiderar outros possíveis fatores, o legislador e os operadores do direito em geral tenham demorado a reconhecer a importância do processo administrativo para a promoção e a defesa dos direitos fundamentais. Em âmbito federal, apenas na década de 90 foi elaborada a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999), com o objetivo de limitar e condicionar os poderes das autoridades administrativas e proteger os indivíduos contra eventuais arbitrariedades.¹²

A crescente importância do direito processual administrativo no Brasil justifica a aplicação, com as devidas adaptações, de normas típicas do processo judicial aos processos administrativos, com o objetivo de garantir a aplicação dos princípios e dos direitos fundamentais aos indivíduos em geral (jurisdicionados ou administrados).¹³

As diferenças entre os processos judicial e administrativo exigem, evidentemente, adaptações da teoria dos precedentes, oriunda do sistema do *common law*, à função administrativa exercida por entidades da Administração Pública, especialmente em países que adotam o sistema da unidade de jurisdição, assim como ocorre no Brasil. Em razão disso, não se pode admitir a aplicação automática da teoria anglo-saxônica dos precedentes judiciais ou da teoria dos precedentes administrativos, elaborada em países que adotam o sistema do contencioso administrativo, ao ordenamento jurídico brasileiro.

¹² De acordo com Carlos Ari Sunfeld, a lei geral de processo administrativo não regula apenas os processos administrativos em sentido estrito, mas toda a atividade decisória da Administração, abrindo caminho para a construção do direito processual administrativo brasileiro. SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: As Leis de Processo Administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98), São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19 e 33. Outros Entes federados promulgaram suas respectivas leis sobre processo administrativo, tais como: Sergipe (LC 33/1996); Estado de São Paulo (Lei 10.177/1998); Pernambuco (Lei 11.781/2000); Goiás (Lei 13.800/2001); Minas Gerais (Lei 14.184/2002); Estado do Rio de Janeiro (Lei 5.427/2009); Município de São Paulo (Lei 14.141/2006), Natal (Lei 5.872/2008); Porto Alegre (LC 790/2016); etc.

¹³ A processualização da atividade administrativa é uma tendência do Direito Administrativo pátrio, especialmente pelos seguintes fundamentos: a) legitimidade: permite maior participação do administrado na elaboração das decisões administrativas, reforçando, com isso, a legitimidade da atuação estatal; b) garantia: confere maior garantia aos administrados, especialmente nos processos punitivos, com o exercício da ampla defesa e do contraditório; c) eficiência: formulação de melhores decisões administrativas a partir da manifestação de pessoas diversas (agentes públicos e administrados). MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo, 2ª. ed., São Paulo: RT, 2008. p. 65-74; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 5ª. ed., Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 346.

Nesse contexto, surge a necessidade de investigar a teoria dos precedentes administrativos à brasileira, compatível com as características da Administração Pública e do ordenamento jurídico pátrio.

O estudo da teoria dos precedentes administrativos no Brasil possui relevância no atual estágio de evolução do Direito. Em primeiro lugar, a partir da ideia de que a juridicidade da ação administrativa não depende apenas do respeito ao princípio da legalidade, mas, também, dos demais princípios constitucionais, expressos e implícitos, verifica-se que a ação estatal deve ser pautada, por exemplo, pela efetividade da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima, da igualdade, dentre outros princípios, o que demonstra a necessidade de coerência na atuação da Administração, o que pode ser garantido a partir do respeito aos seus próprios precedentes.¹⁴

Em segundo lugar, a inflação legislativa, a textura aberta dos princípios jurídicos, a crescente utilização de conceitos legais abertos (“indeterminados”), bem como a baixa densidade normativa de determinadas leis, demonstram a crescente importância da atividade administrativa na interpretação do ordenamento jurídico e na definição dos direitos e deveres dos administrados. Nesse contexto, as ponderações e as interpretações empreendidas pela Administração Pública em casos semelhantes não podem ser contraditórias entre si, sob pena de violação aos primados do Estado Democrático de Direito.

O estudo dos precedentes administrativos tem se intensificado nos últimos anos nos países ibero-americanos, tais como: Espanha, Argentina, Uruguai, Colômbia, Peru, Bolívia, Nicaragua, Guatemala, Venezuela, etc.¹⁵ Não obstante a relevância do tema no direito comparado, no Brasil, salvo raras exceções, o estudo dos precedentes administrativos ainda é embrionário e merece ser aprofundado.¹⁶

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis M^o. La doctrina del precedente administrativo. In: Revista de Administración Pública (RAP), Marid, n. 98, may.-ago., 1982, p. 43.

¹⁵ Sobre o tema, vide: DÍEZ SASTRE, Silvia. El precedente administrativo: fundamentos y efcácia vinculante, Madrid: Marcial Pons, 2008; ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 24, p. 75-116, sep./dic. 1957; DÍEZ-PICAZO, Luis M^o. La doctrina del precedente administrativo. In: Revista de Administración Pública (RAP), Marid, n. 98, p. 7-46, may.-ago., 1982; MAIRAL, Héctor A. La doctrina de los actos propios y la Administración Pública, Buenos Aires: Depalma, 1994; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro et al. (Coords.). Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo, Buenos Aires: RAP, 2010.

¹⁶ Mencione-se exemplificativamente: CARVALHO, Gustavo Marinho de. Precedentes administrativos no Direito brasileiro, São Paulo, 2013; MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012; MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira, Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.

4. AUTOVINCULAÇÃO E OS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

No contexto do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública está subordinada não apenas às leis, mas também aos princípios jurídicos, naquilo que se convencionou denominar de princípio da juridicidade.¹⁷ O Direito Administrativo funda-se na necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, o que demonstra a impossibilidade de atuações administrativas completamente livres, caprichosas e autoritárias.

Nesse cenário, a vinculação da Administração Pública relaciona-se não apenas com os atos externos, provenientes de outros Poderes (leis e decisões judiciais), mas, também, com os seus próprios atos administrativos (individuais e normativos) e práticas administrativas.¹⁸

Por esta razão, quanto à origem, a vinculação administrativa pode ser dividida em duas espécies:¹⁹ **a) heterovinculação (ou vinculação externa):** a vinculação decorre de atos externos à Administração Pública (ex.: Constituição, leis e decisões judiciais); e **b) autovinculação (ou vinculação interna):** a vinculação decorre dos próprios atos e condutas da Administração (ex.: atos administrativos individuais e normativos, praxe administrativa, promessas administrativas, contratos).

Não é razoável conceber que a Administração Pública exerça suas atividades de forma aleatória e irracional, o que acarretaria insegurança jurídica e colocaria em risco a efetividade dos direitos fundamentais. A previsibilidade gerada pela atuação administrativa coerente é uma exigência do Estado Democrático de Direito, bem como dos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da isonomia.

A ideia da autovinculação administrativa (*Selbstbindung*) surge na Alemanha no século XIX, inicialmente atrelada ao princípio da igualdade no âmbito da aplicação administrativa da lei, com o objetivo de evitar o cometimento de arbitrariedades no

113-169; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, p. 1-15, mai./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARA-GAO.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2013.

¹⁷ Sobre a expressão, vide: OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra: Almedina, 2003, p. 381-382.

¹⁸ A autovinculação administrativa pode decorrer de atividades ou de condutas administrativas diversas, tais como os atos administrativos normativos, os atos internos, as práticas administrativas continuadas, os atos individuais, as promessas administrativas etc. Sobre as classificações da autovinculação administrativa, vide: DÍEZ SASTRE, Silvia. El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 190-191; MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010, p. 7-. Disponível em: Acesso em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12/01/2016.

¹⁹ OTERO, Paulo. Op. cit., p. 381-382.

exercício da discricionariedade administrativa.²⁰ Posteriormente, a autovinculação administrativa foi conectada, também, com o princípio da proteção da proteção da confiança legítima, protegendo os cidadãos contra caprichos e arbitrariedades do Poder Público, notadamente no campo das promessas estatais descumpridas ou da revogação arbitrária de atos administrativos.²¹

A autovinculação administrativa não acarreta benefícios apenas para os particulares. A própria Administração Pública auferir vantagens com a sua atuação coerente e não contraditória, tais como: a celeridade da resposta às demandas repetitivas; a redução da litigiosidade; a diminuição das incertezas, dos riscos e dos custos das relações jurídico-administrativas; e a maior aceitação dos particulares às suas decisões e, por consequência, o reforço da legitimidade de sua atuação.²²

A função principal da autovinculação é limitar a discricionariedade administrativa a partir dos princípios da igualdade, da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima, dentre outros princípios. A margem de liberdade reconhecida pelo legislador ao administrador público para eleger o melhor caminho administrativo na satisfação do interesse público não significa um cheque em branco para adoção de medidas desproporcionais, desiguais e contrárias à boa-fé. É necessário garantir que a atuação administrativa seja coerente e não contraditória no Estado Democrático de Direito.

Apesar de sua ligação inicial com a atuação administrativa discricionária, a ideia de autovinculação, posteriormente, foi alargada para abranger, não livre de controvérsias doutrinárias, as atuações vinculadas, as atividades prestacionais e as relações de sujeição especial envolvendo a Administração Pública e os administrados.

²⁰ Hartmut Maurer, ao tratar da autovinculação administrativa no Direito Alemão, afirma que a Administração infringe o princípio da igualdade quando se desvirtua de sua prática administrativa sem fundamento jurídico justificador. MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, Barueri: Manole, 2006, p. 706. Atualmente, a autovinculação é reconhecida, com algumas peculiaridades em relação à concepção alemã, no âmbito da União Europeia. Díez Sastre, Silvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 176-181 e 210-220.

²¹ Sobre a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2013, p. 163-189.

²² De forma semelhante, vide: MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010, p. 7. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12/01/2016; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, IBDP, n.14, maio/julho, 2008, p. 2, Disponível em: . Acesso em: 10.02.2016.

Por fim, é oportuno destacar que a autovinculação não significa o engessamento administrativo e deve ser concebida de forma relativa (e não absoluta). Isto porque a autovinculação envolve a tensão entre a busca de continuidade e de previsibilidade da ação administrativa, por um lado, e a necessidade de inovação e de flexibilidade por parte da Administração para atender às mutações sociais, tecnológicas, políticas, econômicas e culturais.²³

Com efeito, os precedentes administrativos podem ser inseridos na teoria das autolimitações ou autovinculações administrativas.²⁴

5. PRECEDENTES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS NO BRASIL: A APROXIMAÇÃO ENTRE O COMMON LAW E O CIVIL LAW

Nos países de tradição do *common law*, a decisão judicial somente será considerada “precedente” pelo juiz responsável pelo julgamento do caso posterior e não pelo próprio prolator da decisão.²⁵ A teoria dos precedentes encontra-se originariamente vinculada à tradição do *common law*, mas o estudo dos precedentes tem sido intensificado também em países de tradição do *civil law*, em razão do processo de aproximação entre as duas tradições.

Nos países do *common law* a jurisprudência é considerada a principal fonte do direito nos países de tradição do *common law*, motivo pelo qual é possível falar em Direito jurisprudencial ou *case law* (*judge-made law*). Daí porque nesses países se formou o que se convencionou chamar de “teoria dos precedentes vinculantes” (*binding precedents* ou *stare decisis* ou *stare decisis et non quieta movere*).²⁶

O objetivo dessa teoria é compelir os juízes a respeitarem os precedentes

²³ PIELOW, Johann-Cristian. Integración Del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de La Administración. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; SALOMONI, Jorge Luis. Problemática de La administración contemporánea: una comparación europeo-argentina, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 51.

²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 5. ed., São Paulo: Método, 2017, p. 25.

²⁵ O vocábulo “precedente” apresenta múltiplos significados. Em sentido amplo, o precedente reflete decisão anterior sobre determinado assunto que serve de modelo orientador para casos futuros. Em sentido restrito, o precedente é a decisão anterior que apresenta solução jurídica vinculante em relação ao próprio tribunal e aos demais órgãos judiciais inferiores quando julgarem casos semelhantes. De acordo com Alexandre Câmara: “Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior”. CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo Processo Civil brasileiro. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 427.

²⁶ A origem dos precedents vinculantes relaciona-se aos julgamentos dos casos *Beamish v. Beamish* (1861) e *London Tramways Company v. London County Council* (1898). Sobre a origem da *stare decisis*, vide: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, 4. ed., Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 102; ZANDER, Michael. *The law-making process*, 7. ed., Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 209/210.

judiciais que julgaram casos semelhantes (*treat like cases alike*), garantindo, com isso, racionalidade, integridade e isonomia ao sistema jurisdicional. A vinculação aos precedentes relaciona-se um olhar para o passado e outro para o futuro. Além da necessidade de respeitar as decisões já proferidas em casos similares (*backward-looking activity*), não se pode desconsiderar que as decisões judiciais de hoje constituirão precedentes que deverão ser observados em casos futuros (*forward-looking activity*).²⁷

Naturalmente, os precedentes possuem características próprias em cada ordenamento jurídico, adaptando-se, desta forma, à realidade dos respectivos sistemas jurídicos. Não há, portanto, homogeneidade em relação aos precedentes e a sua força vinculativa, inclusive nos países tradicionalmente integrantes da mesma tradição jurídica.²⁸ Em cada sistema jurídico, os fatores institucionais influenciarão na concepção e na aplicação dos precedentes, tais como a hierarquia das cortes (cortes superiores e inferiores), a estrutura federativa do Estado (cortes federais e estaduais nos Estados Federados), a competência para o controle de constitucionalidade (controle concentrado exercido por Cortes constitucionais e/ou controle difuso por cada corte ordinária), dentre outros.²⁹

Não obstante as diferenças históricas entre as tradições do *civil law* e do *common law*, verifica-se, especialmente a partir da segunda metade do século XX, a crescente aproximação e interpenetração entre esses dois modelos. Nos países ligados à família do *civil law*, notadamente após a II Guerra Mundial, com a crise da concepção positivista do direito, verifica-se o maior protagonismo do Poder Judiciário na interpretação e aplicação do direito, com a valorização da jurisprudência como importante fonte do direito.³⁰

Por outro lado, nos países da tradição do *common law*, é possível perceber a valorização das leis. Na Inglaterra, por exemplo, foram editados atos normativos que possibilitaram a declaração de incompatibilidade de leis inglesas com os

²⁷ DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 4. De acordo com Schauer: "A system of precedent therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there". SCHAUER, Frederic. Precedent. In: Stanford Law Review, v. 39. 1987, p. 573.

²⁸ A análise comparativa entre os precedentes na Alemanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Polônia, Espanha Suécia, Reino Unido, Estados Unidos e na Comunidade Europeia, pode ser encontrada na obra: BANKOSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, G. Precedent in the United Kingdom. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). Interpreting precedents: a comparative study, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.

²⁹ TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). Interpreting precedents: a comparative study, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 437/460.

³⁰ TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). Interpreting precedents: a comparative study, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 459.

direitos humanos reconhecidos pela Comunidade Europeia (*Human Rights Act* de 1998) e a instituição da nova Suprema Corte, tornando o Judiciário independente do Parlamento (*Constitutional Reform Act* de 2005). Nos Estados Unidos, que sempre contou com uma Constituição (1787) e com o *judicial review* (*Marbury v. Madison* de 1803), verifica-se o aumento do número de leis (*statutes*) nos últimos anos.

A União Europeia elaborou a Convenção Europeia de Direitos Humanos em 1950 e instituiu a Corte Europeia de Direitos Humanos em 1959 para garantir a integridade daquela Convenção. Em razão do caráter aberto dos direitos fundamentais, aumenta a relevância do papel da jurisprudência da Corte Europeia, cujas decisões têm sido consideradas precedentes que devem ser observados pelos juízes das Cortes dos Estados-membros.

A proliferação das leis e a relativização da força vinculante dos precedentes nos países do *common law*, de um lado, e a crescente importância das decisões judiciais e o processo de descodificação nos países do *civil law*, de outro lado, demonstram que as tradições jurídicas têm convergido, o que tem sido impulsionado pelo processo de globalização.³¹

Nesse contexto, em países do *civil law* há uma crescente relevância das decisões judiciais no cenário das fontes do direito, o que justificou, em alguns desses países, a incorporação, ainda que adaptada ou modificada, da teoria dos precedentes judiciais, tal como ocorreu no Brasil.

Até o Novo Código de Processo Civil de 2015, o Brasil não adotava, ao menos integralmente, a teoria da *stare decisis* ou dos precedentes vinculantes. Com algumas exceções (ex: súmulas vinculantes, decisões da Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade), as decisões judiciais contavam com força persuasiva e não garantiam, com efetividade, a estabilidade e a coerência desejadas na prestação jurisdicional.

O advento do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo (força normativa dos princípios constitucionais, com destaque para os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima), a expansão do controle concentrado de

³¹ LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 345. A aproximação entre as tradições do *common law* e do *civil law* pode ser demonstrada, especialmente, pelo papel desempenhado pelos precedentes, com graus distintos, no processo de aplicação e desenvolvimento do direito nos países das duas tradições jurídicas. MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Reflections and conclusions. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 531/535. É difícil conceber na atualidade algum sistema jurídico que não tenha incorporado, ao menos parcialmente e com adaptações, a concepção dos precedentes administrativos. ZANDER, Michael. *The law-making process*, 7. ed., Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 208.

constitucionalidade, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, a instituição das súmulas vinculantes (EC 45/04), o reconhecimento da autoridade das decisões proferidas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade por meio de alterações sucessivas do CPC/1973 e a promulgação do novo Código de Processo Civil em 2015 são fatores que demonstram a importância da teoria dos precedentes judiciais, com força vinculante e geral, no Brasil.

A crescente valorização do Poder Judiciário e a necessidade de coerência de suas decisões justificaram, em grande medida, a adoção da teoria (adaptada ou à brasileira) dos precedentes judiciais. Com o objetivo de garantir a uniformização da jurisprudência dos tribunais, o art. 927, I a V, do CPC/2015 apresenta um rol de precedentes judiciais vinculantes, a saber: a) decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) enunciados de súmula vinculante; c) acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e e) decisão do plenário ou do órgão especial dos tribunais.³²

Não se trata da adoção automática da teoria da *stare decisis* típica dos países do *common law*. Em verdade, a teoria dos precedentes adotada pelo ordenamento processual brasileiro apresenta peculiaridades relevantes, tais como: a) enquanto a teoria dos precedentes vinculantes nos países do *common law* foi criação exclusiva dos próprios tribunais a partir da tradição, no Brasil a referida teoria foi instituída, com adaptações, pelo legislador e pela jurisprudência dos tribunais superiores; b) no *common law*, qualquer decisão proferida pelos tribunais superiores pode ser considerada precedente judicial vinculante; no Brasil, a legislação limita essa possibilidade ao elencar as decisões judiciais que serão consideradas vinculantes para os julgamentos futuros; e c) na tradição do *common law*, a caracterização de determinada decisão judicial como precedente vinculante é tarefa realizada pelos juízes responsáveis pelo julgamento do caso

³² No mesmo sentido, sustentando o caráter vinculante dos precedentes judiciais listados no art. 927 do CPC, vide, dentre outros: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil, v. 2, 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2015, p. 461-467; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 417; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil, 8ª. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.304; CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 188; Enunciado 168 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) sobre o art. 927 do CPC: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Em sentido contrário, defendendo a tese de que o art. 927 do CPC não consagra rol de precedentes vinculantes, vide, por exemplo: CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo Processo Civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 434.

posterior e, no Brasil, os precedentes vinculantes são as decisões judiciais que são proferidas com esse caráter, conforme enumeração legislativa.

A incorporação da teoria dos precedentes, com as respectivas adaptações, pelo ordenamento jurídico pátrio acarreta inúmeros desafios aos magistrados, advogados e demais operadores do direito que devem se adaptar à nova realidade para o manejo adequado dos precedentes judiciais e administrativos.

6. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

A aplicação da teoria dos precedentes administrativos depende do cumprimento dos seguintes requisitos: a) identidade subjetiva, b) identidade objetiva, c) legalidade do precedente e d) inexistência de justificativa relevante e motivada para alteração do precedente.³³

O segundo requisito para aplicação dos precedentes é a identidade objetiva entre o precedente e o caso atual.³⁴ Tal como ocorre com os precedentes judiciais, a aplicação dos precedentes administrativos pressupõe semelhanças entre o caso anterior e o atual. A semelhança entre os fatos envolvidos no precedente administrativo e no caso atual justifica a necessidade de aplicação da mesma solução jurídica. Dessa forma, ao julgar o caso atual, o administrador público deverá utilizar a mesma *ratio decidendi* ou (*holding*) do precedente, garantindo a coerência administrativa e, em última análise, a segurança jurídica e a isonomia.

O caráter vinculante dos precedentes administrativos é retirado do motivo e do conteúdo da decisão administrativa, devendo ser adotada a mesma *ratio decidendi* em casos futuros e semelhantes.³⁵ a *ratio decidendi* é a regra de direito

³³ De forma semelhante: Díez-PICAZO, Luis Ma. La doctrina del precedente administrativo. In: Revista de Administración Pública (RAP), Marid, nº 98, may.-ago., 1982, p. 18-28. Em âmbito federal, por exemplo, o art. 40, § 1.º, da LC 73/1993, que institui a Lei Orgânica da AGU, dispõe que o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Em sentido análogo, no Estado do Rio de Janeiro, o art. 47 da Lei 5427/2009, que regula o processo administrativo estadual, admite a possibilidade de eficácia vinculativa e normativa a determinadas decisões proferidas em processos administrativos.

³⁴ Díez-PICAZO, Luis Ma. La doctrina del precedente administrativo. In: Revista de Administración Pública (RAP), Marid, nº 98, May.-ago., 1982, p. 21.

³⁵ A definição da parte vinculante do precedente judicial é uma das tarefas mais complexas da teoria dos precedentes. Na doutrina norte-americana, foram desenvolvidos dois testes tradicionais para identificação da *ratio decidendi*: a) teste de Wambaugh: a *ratio decidendi* seria uma regra jurídica sem a qual o magistrado teria decidido de forma diferente; e b) teste de Goodhart: a *ratio decidendi* (denominada pelo autor como princípio de a case) é determinada a partir dos fatos materiais que são considerados fundamentais pelo magistrado para decisão do caso. WAMBAUGH, Eugene. The Study of Cases: a course of instruction in reading, stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests, 2 ed., Boston: Little, Brown and Company, 1894, p. 17; GOODHART, Arthur L., Determining the Ratio Decidendi of a Case. In: Yale Law Journal, v. XL, n. 2, dec. 1930, p. 161-183.

ou o princípio jurídico extraído da fundamentação, a partir dos fatos envolvidos na questão, e necessária para decisão. Por outro lado, a *obiter dictum* (no plural, *obiter dicta*), a partir de uma noção negativa ou excludente, pode ser considerada como a parte da decisão que não corresponde à *ratio decidendi*, referindo-se, portanto, aos argumentos e opiniões que não foram essenciais para a decisão do caso e que não vincularão os julgamentos futuros.

O terceiro requisito para a caracterização do precedente é a sua legalidade. Seria desproporcional imaginar que precedentes ilegais ou inconstitucionais fossem perpetuados na Administração Pública, sem a possibilidade de sua correção ou superação pela própria Administração. Trata-se da autotutela administrativa que estabelece o dever da Administração de anular, por ilegalidade, e a faculdade de revogar, por conveniência e oportunidade, seus próprios atos administrativos (art. 53 da Lei 9.784/1999 e Súmula 473 do STF). Registre-se, contudo, que a anulação do precedente administrativo ilegal possui efeitos retroativos (*ex tunc*), ressalvada a possibilidade excepcional de modulação dos efeitos temporais na decisão proferida em sede de controle de legalidade (*rectius*: juridicidade) do ato administrativo, inclusive por aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/1999.³⁶

Por fim, o quarto requisito é a inexistência de justificativa relevante e motivada para alteração do precedente. Não obstante o seu caráter vinculante, o precedente administrativo não pode acarretar o congelamento ou a imutabilidade absoluta do entendimento administrativo, especialmente pela necessidade de adequação da ação administrativa às transformações legislativas, sociais, econômicas, entre outros fatores. A alteração das circunstâncias fáticas pode ensejar mudanças de entendimento e interpretações evolutivas que justificam a inaplicabilidade ou a alteração, total ou parcial, do precedente, razão pela qual a vinculação ao precedente não pode ser uma barreira intransponível às inovações administrativas.

A motivação, nesse ponto, é essencial para evitar ou inibir arbitrariedades administrativas que coloquem em risco o princípio da igualdade. É por meio da motivação que será demonstrada a existência de diferenças substanciais entre os casos e a inaplicabilidade do precedente administrativo, bem como a necessidade de flexibilização ou a superação, total ou parcial, do precedente em

³⁶ OLIVEIRA, Princípios do Direito Administrativo, 2. ed., São Paulo: Método, 2013, p. 151. A tese foi encampada pelo art. 53, § 3.º, da Lei 5.427/2009, ao tratar do processo administrativo no Estado do Rio de Janeiro, estabelece, de forma categórica, a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão proferida na autotutela administrativa.

virtude das alterações sociais, econômicas ou políticas.³⁷ A inaplicabilidade do precedente ao caso atual pode ocorrer, de forma motivada, em duas situações: a) *distinguishing*: quando o administrador demonstrar diferenças substanciais entre o caso atual e o precedente que justifiquem a adoção de solução jurídica diversa; e b) *overruling*: quando o administrador demonstrar, por exemplo, uma das seguintes justificativas: b.1) o precedente apresentou interpretação equivocada da legislação, b.2) as alterações econômicas, sociais ou políticas justificam nova orientação para o atendimento do interesse público, b.3) as consequências práticas oriundas do precedente se mostram contrárias ao interesse público; e b.4) a norma utilizada no precedente é ilegal ou inconstitucional.³⁸

7. CONCLUSÕES

Em síntese, é possível concluir pela compatibilidade da teoria dos precedentes administrativos com o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a partir da necessidade de efetivação do dever de coerência no exercício da atividade administrativa.

Com o advento no CPC/2015 e a consagração da teoria adaptada dos precedentes judiciais, o estudo dos precedentes será intensificado no Brasil, inclusive no campo dos processos administrativos, cuja importância dos precedentes já poderia ser retirada da Lei do Processo Administrativo Federal.

O respeito aos precedentes administrativos e o dever de justificar a sua eventual inaplicabilidade são atitudes indispensáveis para a efetividade de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, notadamente os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança legítima.

8. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito*

³⁷ ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 24, Madrid, sep./dic. 1957, p. 110.

³⁸ O próprio CPC/2015 inseriu expressamente a possibilidade do *distinguishing* e do *overruling*, ao afirmar, em seu art. 489, §1º, VI, que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento. Raciocínio semelhante pode ser aplicado aos processos administrativos, na forma do art. 15 do CPC/2015. Ademais, o respeito ao precedente administrativo e a respectiva superação podem ser extraídas da viabilidade de novas interpretações administrativas (art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999) e da necessidade de motivação por parte da autoridade administrativa que deixar de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão (art. 50, VII, da Lei 9.784/1999)

- Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, p. 1-15, mai./jul. 2008.
- BANKOSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, G. Precedent in the United Kingdom. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016.
- _____. *O novo Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*, São Paulo, 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*, Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, 4. ed., Oxford: Clarendon Press, 1991.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2015.
- DÍEZ-PICAZO, Luis M^a. *La doctrina del precedente administrativo*. In: *Revista de Administración Pública (RAP)*, Marid, n. 98, may.-ago., 1982.
- DÍEZ SASTRE, Silvia. *El precedente administrativo: fundamentos y efcácia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- GOODHART, Arthur L., *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. In: *Yale Law Journal*, v. XL, n. 2, dec. 1930.
- GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Âmbito de validade da Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) – para além da Administração Federal*. RDA, 235, jan./mar., 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 10. ed., São Paulo: RT, 2014.
- LOPES, Pedro Moniz. *Princípio da boa-fé e decisão administrativa*, Coimbra: Almedina, 2011.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Reflections and conclusions*. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.
- MAIRAL, Héctor A. *La doctrina de los actos propios y la Administración Pública*, Buenos Aires: Depalma, 1994.
- MARRARA, Thiago. *A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.
- MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, Barueri: Manole, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2ª. ed., São Paulo: RT, 2008.

- MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira, Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MOREIRA, Egon Bochmann. Processo administrativo, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2017.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 234.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil, 8ª. ed., Salvador: JusPodivm, 2016.
- NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada, São Paulo: Atlas, 2009.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 5ª. ed., Rio de Janeiro: Método, 2017.
- _____. Princípios do Direito Administrativo, 2ª ed., São Paulo: Método, 2013.
- ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. Revista de Administración Pública (RAP), n. 24, Madrid, sep./dic. 1957.
- OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra: Almedina, 2003.
- PIELOW, Johann-Cristian. Integración Del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de La Administración. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; SALOMONI, Jorge Luis. Problemática de La administración contemporánea: una comparación europeo-argentina, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro et al. (Coords.). Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doutrina y precedente administrativo, Buenos Aires: RAP, 2010.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. In: Revista de Derecho de la Universidad de Motevideo, v. 10, n. 20, 2011.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. In: Stanford Law Review, v. 39. 1987.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: As Leis de Processo Administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98), São Paulo: Malheiros, 2006.
- TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). Interpreting precedents: a comparative study, Aldershot: Dartmouth Publishing , 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- WAMBAUGH, Eugene. The Study of Cases: a course of instruction in reading, stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests, 2 ed., Boston: Little, Brown and Company, 1894.
- ZANDER, Michael. The law-making process, 7. ed., Oxford: Hart Publishing, 2015.

O REGISTRO DO VIGÁRIO COMO PROVA DE DOMÍNIO

Raffaele Felice Pirro, Juiz Federal e Mestre em Direito pela UERJ

Resumo: O presente trabalho busca problematizar o chamado registro paroquial ou registro do vigário, notadamente a sua força como prova da propriedade em demandas territoriais, judicializadas ou não, marca indelével da forma como se deu a ocupação das terras brasileiras, associando o instituto ao seu fundamento legal na Lei de Terras e ao Regulamento de 1854, e também como consequência do desenvolvimento e ocaso da concessão de sesmarias.

Abstract: This paper raises questions about the so-called parish register or log vicar, notably on its strength as proof of land ownership, legally demanded or not, an indelible mark of how the Brazilian territorial occupation took place, associating this institution to its legal basis in the Law of the Land and its Regulations of 1854, and also as a consequence of the development and decline of grant allotments.

A história da conformação da propriedade imóvel no Brasil é atrelada a associações com adjetivações ligadas a certa desordem desde seu nascedouro como terra descoberta por Portugal em 1500. Não é raro encontrar opiniões de que a ocupação territorial foi inspirada por um viés latifundiário e que, permeada por conjunturas político-sociais que permitiam o conflito de interesses entre nobres fidalgos, amigos da Corte, escravos libertos e imigrantes, possibilitou a existência de tantas demandas (judicializadas ou não) pelo domínio das terras nacionais. Nesse contexto, a abordagem do registro paroquial, ou registro do vigário, demonstra crucial importância para a compreensão da situação da época, bem como para fornecer subsídios às decisões de tais querelas, ainda hoje vivas no cotidiano forense.

Assim o é porque o registro previsto no art. 13 da Lei 601 de 1850, a chamada “Lei de Terras”, comumente é invocado como demonstração inicial da cadeia dominial de determinado imóvel, servindo também de prova da passagem do bem do domínio público para o domínio privado.

Tanto em questões envolvendo particulares quanto nas em que há a presença de pessoas de direito público, anotações no registro paroquial fundamentam pedidos de reconhecimento de propriedade. A questão de ordem prática mais evidente é acerca da eficácia probante do registro. Mas apenas afirmar que o registro paroquial serve ou não como prova de domínio não é suficiente para entendê-lo. É necessário um breve estudo sobre as circunstâncias em que foi criado e implementado, sobretudo considerando o confuso momento pelo qual passava o país nos meados do século XIX.

Em 18 de setembro de 1850 foi promulgada a Lei de Terras do Brasil. Suas disposições foram o resultado de variáveis políticas cotejadas com fatos importantíssimos de nossa história. Não há como dissociar a lei de terras da questão abolicionista, do influxo dos ventos liberais europeus e da necessidade de lastrear economicamente o mercado nacional, então ameaçado pela possibilidade da perda de sua mão-de-obra gratuita.

Para melhor entender a questão, é necessário voltar mais. Há de se abordar, sucintamente, as fases de ocupação territorial da então colônia pela Metrópole Lusa. Em termos gerais, e atendo-se ao que é importante para este estudo, podemos dividir a ocupação da colônia, sob o prisma do regramento territorial, em três fases: fase das sesmarias, fase das posses e fase da lei de terras.

Evidentemente que não é desconhecido o período das capitânicas hereditárias, porém tal sistema de ocupação das novas terras não durou mais do que vinte anos, tendo sido descrito por Messias Junqueira como “um verdadeiro desastre”, uma “ameaça de feudalismo no Brasil” (JUNQUEIRA, 1942, p.07).

Somente a partir das falhas do regime das sesmarias é que puderam ser observadas as ocupações e posses desordenadas das terras brasileiras, razão pela qual o corte histórico fixa o início deste breve estudo com a transferência do regime sesmarial lusitano para as terras brasileiras.

Como cita Cirne Lima, o primeiro monumento das sesmarias no Brasil é a carta-patente dada a Martim Afonso da Silva, em 1530. Trouxe ele para o Brasil

três Cartas Régias, na qual a primeira o autorizava a tomar posse das terras que descobrisse e a organizar o respectivo governo, a segunda lhe concedia o título de capitão-mor e governador das terras do Brasil e a terceira, enfim, lhe permitia conceder sesmarias das terras que achasse e se pudessem aproveitar (CIRNE LIMA, 2002, p.36).

A aplicação do sistema das sesmarias obedeceu a uma necessidade de ocupação e defesa da nova terra recém-conquistada. Diante de ausência de riqueza organizada e falta de base para uma organização puramente comercial, a Coroa investiu na exploração agrícola como solução.

Seu regime jurídico obedecia a uma legislação de 1375, criada por Portugal em um contexto absolutamente diferente daquele que se avizinhava no Brasil. Na Metrópole, a lei foi criada e aplicada com o fito de solucionar uma crise de abastecimento, acabar com a ociosidade das terras e fixar o homem na terra, através do cultivo obrigatório da terra concedida. No Brasil, a necessidade era outra. Aqui, tencionava-se ocupar o território nacional para manutenção da sua posse, como conquista do Reino, e execução de sua defesa contra invasões territoriais de outras nações.

O ponto principal das sesmarias, sob o aspecto jurídico, era a cláusula de aproveitamento da terra. Todas as Ordenações (Afonsinas, Manoelinas e Filipinas) traziam a necessidade de a concessão da sesmaria vir acompanhada da cláusula de cultivo da terra cedida, sob pena de comisso da mesma. Junto a tal condição, acompanhavam-na as condições de medição da terra e confirmação da sesmaria.

A confirmação das cartas de sesmarias inicialmente era requerida ao Conselho Ultramarino, passando, posteriormente, às atribuições da Mesa do Desembargo do Paço. A partir de 1753 a confirmação dessas terras dependia da medição e demarcação judicial.

Todavia, a concessão das sesmarias obedecia a um critério devastador para nossa história de terras: as sesmarias eram dadas aos que possuíam influência junto aos órgãos concedentes. Nas palavras de Messias Junqueira, "o espírito de latifúndio ainda hoje perdura no Brasil, e aí perdura desde o tempo colonial, em que se preferia dar as sesmarias a quem fosse 'sujeito de muitos teres'" (JUNQUEIRA, 1946, p.15).

Na prática, embora houvesse determinações para que não fossem concedidas áreas maiores do que o sesmeiro pudesse cultivar, as concessões abrangiam áreas

enormes. A razão por todo esse interesse não tem uma só explicação: “Quem conhece a aristocracia agrária do Brasil, quer nas cochilhas do pastoreio, quer nos altiplanos de cultura, percebe o amor com que o proprietário territorial fita a linha do horizonte longínquo, até onde chegam suas terras”, é o relato de Messias Junqueira (JUNQUEIRA, 1946, p.38). Várias são as justificativas para tamanha ambição, desde argumentos de que a propriedade de terras permitia um maior status social, passando pela necessidade de terra por sua equiparação à mercadoria, até a explicação de que a agricultura então praticada esgotava rapidamente o solo, fazendo surgir a necessidade de mais terras para renovação da plantação.

Para Raymundo Faoro, a propriedade no Brasil alçou status de afirmação aristocrática, tendo a grande propriedade tomado conta do país, incluindo aí a dependência e o bloqueio de ascensão do lavrador não proprietário. Para ele, a sesmaria não servia ao cultivo e ao aproveitamento, objetivos iniciais, mas sim imobilizava o status do senhor de terras, utilizada menos em proveito da agricultura do que da expansão territorial (FAORO, 2001, p.464).

A consequência prática desse cenário foi que o sesmeiro, diante da obrigatoriedade do cultivo, retalhava a sesmaria e a arrendava para pequenos produtores. O grande senhor de terras já não as habitava mais, ao revés, morava nas grandes cidades, deixando suas terras nas mãos de pequenos lavradores arrendatários. A incerteza sobre a extensão das concessões também era motivo de insegurança. Apesar da condição de medição da sesmaria, na prática a exigência não era obedecida, fosse porque não havia pessoas habilitadas a fazê-lo, fosse porque não existia interesse em cumpri-la.

De tais fatos, pouco a pouco foram surgindo duas classes dentro da mesma sesmaria: a dos titulares da terra e a dos seus ocupantes. Os sesmeiros e os posseiros¹. O primeiro não era o trabalhador da terra, mas o homem da cidade, influente, que com seu livre acesso às repartições públicas obtinha a carta de concessão; o segundo era o lavrador sem terras, que procurava seu espaço para cultivar o solo.

A dificuldade de obtenção de sesmarias por aqueles que não detinham influência política, a imensa vastidão do território nacional, a incerteza sobre as reais dimensões das concessões e a ausência de profissionais especializados para

¹ O termo “posseiro”, surgido no século XIX, contrapunha-se à palavra “sesmeiro”, sendo o posseiro o lavrador sem titulação, independentemente da extensão de suas terras. Era o lavrador que não havia conseguido um documento de sesmaria.

promover as medições confluíram para a emergência dessa nova figura: o posseiro. Este, em vez de tentar obter sua concessão de terra, já ciente da dificuldade que o tento lhe traria, preferia simplesmente ocupar a terra pretendida.

Aliás, foi por conta de um requerimento efetuado por um posseiro que a Resolução de 17 de julho de 1822 proibiu a concessão de novas sesmarias. Nas palavras de Cirne Lima, a Resolução de 1822, pondo termo ao regime de sesmarias no Brasil, sancionava apenas um fato consumado: a instituição das sesmarias já havia rolado fora da órbita de nossa evolução social (CIRNE LIMA, 2002, p.48). Para Márcia Maria Motta, o fim do sistema de sesmaria consagrou, na prática, a importância social da figura do posseiro, na medida em que foi em razão da solicitação de um dos seus representantes que se decidiu abolir aquele sistema. Além disso, o fim do sistema significou também o reconhecimento da importância do cultivo para a legitimação de uma ocupação. Em detrimento, portanto, da importância do título (MOTTA, 2009, p.126).

No período compreendido entre a proibição de concessão de novas sesmarias e a publicação da Lei 601 de 1850 vigeu no Brasil o chamado “período das posses”, em que não existia uma legislação regradora das terras.

Porém, se a concessão de novas sesmarias estava proibida pela Resolução de 1822, no plano fático o apossamento de terras continuou ganhando espaço. Tanto o pequeno lavrador como o grande senhor de terras continuavam a expandir suas porções de terras, motivados pelas incertezas que a ausência de marcação e legitimação das sesmarias geravam. Como afirma Ligia Osório Silva:

“No período entre 1822 e 1850 a posse tornou-se a única forma de aquisição de domínio sobre as terras, ainda que apenas de fato, e é por isso que na história da apropriação territorial esse período ficou conhecido como a ‘fase áurea do posseiro’” (SILVA, 2008, p.90).

Apesar de manifestações doutrinárias entusiasmadas com a apreensão da terra pela posse, a ponto de Paulo Garcia declarar que “sem uma legislação sobre o assunto, sem os embaraços da burocracia, sem o perigo das proteções escandalosas, surgiu uma nova fase, um novo impulso na colonização. Foi o apogeu da posse (...)” (GARCIA, 1958, p.22-23), o apossamento de terras não se resumiu a uma conduta praticada pelo pequeno lavrador que não conseguia obter concessões por ausência de influência no meio político. O grande senhor de terras também aproveitou este momento e ampliou o quanto pôde os seus domínios.

A bem da verdade, fosse o pequeno lavrador ou o grande proprietário, já estava o “espírito latifundiário” inculcado no pensamento comum. O posseiro, a partir de sua lavoura, estendia seus domínios até onde a resistência de outrem não lhe freasse as intenções. Nas palavras de Faoro, “de um modo e de outro, a grande propriedade era o objetivo, já fixado na imaginação e legitimado na consideração social” (FAORO,2001, p.465).

Para Cirne Lima, a humilde posse com cultura efetiva desde logo se contaminou do espírito latifundiário que a legislação das sesmarias se encarregou de difundir e fomentar. Para o autor, “se as sesmarias formavam verdadeiros latifúndios, mais extensas ainda eram as posses, cujas divisas os posseiros marcavam de olho nas vertentes, ou onde bem lhes aprazia” (CIRNE LIMA, 2002, p.58).

Assim, o quadro da ocupação territorial brasileira era absolutamente caótico. Junto às sesmarias conviviam as posses, às vezes umas sobrepondo-se às outras, já que as primeiras, não raro, não possuíam marcação e validação pela autoridade competente, e as segundas, por sua característica extralegal, nunca possuíam limites conhecidos.

Essa situação pôde perdurar enquanto os problemas que dela se originaram não tomavam proporções maiores. Meras discussões sobre domínio eram administráveis pelas autoridades. O mesmo não se diz quando da chegada dos ventos liberais que acenavam para a extinção do trabalho escravo.

A esta época, o desenvolvimento da economia cafeeira – que começava a alterar a feição do país – era centrado em dois pilares básicos: trabalho escravo e possibilidade de incorporação contínua de novas terras. A ameaça de extinção do trabalho servil era uma realidade muito palpável, tendo em vista a pressão exercida pela Inglaterra neste sentido, com vistas a possibilitar a expansão de sua política comercial internacional.

A Inglaterra, desde 1807, já havia declarado ilegal o tráfico de escravos para seus súditos. Pela dependência criada com o reino britânico em função das guerras napoleônicas, Portugal foi obrigado a ceder e condenar também o tráfico de pessoas em 1810, limitando sua prática a sul do Equador.

Já como país politicamente independente, o Brasil ratificou vários tratados anteriores e aboliu definitivamente o tráfico de africanos, a contar de 1830. É bem verdade que tal proibição ficou restrita ao campo da formalidade, eis que na prática a introdução de africanos no Brasil chegou a aumentar após 1840.

Em 1845 o governo imperial informou ao enviado do governo britânico que estava expirado o prazo das medidas comuns para supressão do tráfico de escravos, medida esta que gerou, em nítida retaliação, a expedição do Bill Aberdeen, uma lei unilateralmente adotada pelo parlamento inglês e que permitia aos vasos de guerra britânicos perseguir e capturar traficantes de escravos em alto-mar, nas costas brasileiras, em rios ou em portos, podendo inclusive procurar os escravos desembarcados em terra firme, e prender os traficantes para serem julgados como piratas perante os tribunais ingleses.

Mesmo considerando que a extinção do tráfico negreiro não extinguiria a escravidão no Brasil, tendo em vista o incremento do mercado interno de escravos, com considerável êxodo da região nordeste para a região sudeste, economicamente aquecida pela produção do café, antes da Lei Eusébio de Queiroz (1850) já era plenamente possível antever a crise de mão de obra que se aproximava.

A crise de abastecimento de mão de obra, aliada à necessidade premente de incorporação de novas terras para renovação da lavoura, considerando a dificuldade para regularização das propriedades, com sesmarias e posses sobrepostas, forçou à discussão de uma solução para a questão da propriedade fundiária no país.

Para Emilia Viotti da Costa, a criação da Lei de Terras representou uma tentativa de regularizar a propriedade rural e o fornecimento de trabalho, conforme as necessidades e o entendimento da época. Diz a historiadora:

“A cada ano, novas áreas foram ocupadas pelos fazendeiros de café, que sentiam agudamente a necessidade de legalizar a propriedade da terra e de obter trabalho, particularmente naquela época, quando a forma tradicional de obter trabalho – a escravidão – estava sendo ameaçada por forte oposição conduzida pela Inglaterra” (COSTA, 2008, p.148).

Ainda que dentre os principais pontos da Lei de Terras conste também a dissociação da propriedade com a obrigatoriedade do aproveitamento da terra, tal ruptura convive com a fixação de outros institutos, tais como a definição de terras devolutas, a proibição de aquisição de terras que não pela compra, o embrião de uma política de estímulo à imigração européia, a própria criação de um registro das posses até então existentes – tema deste pequeno texto – dentre outros assuntos tratados.

Todos estes temas serão oportunamente enfrentados, porém, por ora, é interessante frisar que a ruptura com o princípio do cultivo, consagrando o que alguns autores denominam de “absolutização da propriedade”, tem crucial importância não só jurídica, mas também sob o aspecto econômico, inclusive tendo sido por fatores ligados à economia do país que o primeiro estatuto das terras brasileiras afastou a possibilidade de perda da propriedade por ausência de aproveitamento da terra.

A chamada “absolutização” da propriedade, no sentido de permitir ao seu titular as faculdades de uso, gozo e livre disposição, antes de evidenciar a constatação de idéias políticas liberais, denotava sua indissociabilidade da questão abolicionista e, conseqüentemente, da crise de braços para o trabalho na lavoura.

Embora segmentos da doutrina apontem como ensejo ao amadurecimento de uma lei de terras duas questões essenciais: a necessidade de pôr ordem sobre a propriedade particular e extremá-las do domínio público, bem como o desejo de colonizar a zona de fronteira a qualquer preço (LACERDA, 1960, p.123), a vinculação de seu surgimento à mudança de paradigma quanto ao representativo de acumulação de capital é inafastável.

A associação da propriedade do escravo como forma de acumulação de capital estava com os dias contados, tendo que se considerar a iminência do fim do trabalho forçado. Até então, a propriedade de escravos simbolizava o acúmulo de riquezas, como bem alerta Roberto Smith ao afirmar a relação entre escravo e capital:

“Consideramos axialmente que o escravo não é capital fixo, mas a encarnação de um direito à apropriação do sobreproduto de seu trabalho sob a forma de renda. O preço do escravo constitui pagamento adiantado dessa renda potencial ao capital mercantil traficante.” (SMITH, 1990, p.207)

Todavia, o encerramento do tráfico negreiro e a aproximação da extinção do trabalho servil trouxeram incerteza e um óbice a tal forma de acumulação. A propriedade da terra não possuía valor relevante, uma vez que sua obtenção não prescindia de muitas formalidades àqueles que possuíam trânsito junto aos centros de poder. Como as havia em abundância, não haviam de valorizá-la. Da mesma forma, a situação de informalidade e incerteza quanto às titularidades dos domínios também servia para afastar a propriedade como forma de acumulação de riqueza.

A interpretação que Ligia Osorio Silva faz do período é elogiosa. Argumenta a autora que a questão da regulamentação da situação das terras nacionais não é decorrência pura e simples da adoção da Lei Eusébio de Queiroz, mas sim calcada em dois motivos que demandavam uma solução por si mesma, concomitantemente à extinção do tráfico de pessoas. Para a historiadora, a reformulação do quadro causado pela mudança de papel exercido pelo escravo até então como bem econômico exigia a colocação de ordem na realidade fundiária, vez que *“tudo aquilo que o escravo representava como mercadoria e capital imobilizado do antigo sistema deveria, em parte, ser substituído pela terra num futuro próximo”* (SILVA, 2008,p.136).

Outro motivo teria sido a transição do trabalho compulsório para o trabalho livre. E essa transição passava pela imigração estrangeira, que por sua vez demandava subvenção estatal, considerando a esperada resistência dos proprietários de terras e escravos em arcar com tal custo. Uma das formas eleitas para financiar a vinda de estrangeiros para trabalharem no Brasil foi a venda de terras devolutas da Coroa, mas apenas após a definição do que eram e de sua demarcação, extremando-as do domínio privado, é poderiam ser postas à venda.

E para isso houve a necessidade de regramento específico para a situação da propriedade da terra. Neste contexto é que, quase vinte anos após o termo final à concessão de sesmarias, o governo imperial solicitou que a Seção dos Negócios do Império do Conselho de Estado formulasse uma proposta de abordagem legislativa que enfrentasse os temas colonização e sesmarias.

A forma com a qual o novo regramento trataria da questão da terra no país dividia conservadores e liberais. Para o partido conservador, pretendente a uma substituição do trabalho escravo gradual e não imediata, a lei de terras precisaria possibilitar a demarcação das terras devolutas, para sua posterior venda a nacionais ou estrangeiros que pudessem comprá-las. Caracterizava o ideário conservador a junção de dois problemas na elaboração da lei: imigração e regulamentação da propriedade da terra.

Foi em 10 de junho de 1843 que Rodrigues Torres, deputado conservador e Ministro da Marinha, apresentou o projeto número 94 à Câmara dos Deputados, sendo nesta casa aprovado no mesmo ano, e apenas em 1850 se tornado lei após envio ao Senado, com significativas alterações.

Entre os estudos sobre o tema, os mais recentes apontam forte influência na Lei de Terras das idéias do inglês Edward Wakefield e sua noção de colonização sistemática e “preço suficiente” da terra. Os estudos mais antigos tratam de celebrar a Lei de Terras como uma errata oposta à legislação das sesmarias e uma ratificação formal do regime de posses. Ruy Cirne Lima é enfático ao afirmar que os legisladores de 1850 não apenas dispuseram para o futuro, mas também corrigiram e regularizaram os erros do passado.

Maior entusiasmo com a Lei 601 de 18 de setembro de 1850 veio de Messias Junqueira, para quem a lei era humana, liberal, conhecedora profunda da realidade brasileira. Nas suas palavras: *“um formoso código de terras, que tanto mais se admira quanto mais se lhe aprofunda o espírito superiormente inspirado”* (JUNQUEIRA, 1946, p.20).

O corpo da lei pode ser dividido em quatro partes: em relação às terras do Estado; em relação à legitimação da propriedade; em relação à receita patrimonial do Império e; em relação à colonização.

Quanto ao regime de terras públicas, a Lei de Terras tratava de proibir a aquisição de terras devolutas a qualquer título, salvo pela compra, penalizando severamente aqueles que se apossassem de terras devolutas, derrubassem ou queimassem matas. Definia também o que eram as terras devolutas e reservava lotes específicos para indígenas, povoações, estradas, servidões, estabelecimentos públicos e construção naval. A medição e marcação das terras devolutas seria atribuição governamental, no intuito de extremar o público do privado.

Quanto ao tratamento dispensado à legitimação da propriedade, a lei revalidava sesmarias em comisso, desde que com observância do princípio de cultura e morada habitual do sesmeiro; legitimava posses mansas e pacíficas, ocupadas ou havidas do primeiro ocupante, cultivadas ou com princípio de cultura e morada habitual do posseiro; conceituava o “princípio de cultura”, afastando de sua abrangência os simples roçados, derrubadas e queimadas de matos; fixava prazos para a medição de sesmarias em comisso e posses, bem como penalizava o posseiro que não medisse sua posse no prazo, com a perda do direito sobre a parte igual a área efetivamente utilizada; obrigava os posseiros a tirar título de sua terra, com o conseqüente pagamento dos direitos de chancelaria e criava o registro de terras, impondo o registro aos proprietários em prazos a serem estipulados.

Ao tratar da receita patrimonial do Império, a lei passava a cobrar taxa de chancelaria para expedir títulos de regularidade aos posseiros, bem como em relação às terras devolutas prevê a venda destas em hasta pública ou fora dela, caso em que o preço mínimo seria estipulado conforme a qualidade e a situação do lote.

E, por fim, com relação à colonização, a nova lei concedeu a naturalização após dois anos aos estrangeiros que adquirissem terras e nelas ficassem estabelecidos, com isenção do serviço militar; permitia que o Tesouro empenhasse gastos para vinda de colonos livres que seriam empregados em estabelecimentos agrícolas e; autorizou a criação de uma Repartição Geral das Terras Públicas para a demarcação das terras devolutas e promoção da colonização nacional e estrangeira.

Os comentários dos principais autores sobre a lei variam. Para Linhares Lacerda, a lei de terras é casuística e tem um nacionalismo arraigado, quase um jacobinismo, ao exigir enfaticamente a presença das pessoas nas posses e, com isso, evitando que proprietários da metrópole continuassem a manobrar, de lá, seus extensos domínios incultos no Brasil.

Como dito, para Cirne Lima, a lei é uma errata oposta à legislação de sesmarias ao tratar dos erros do passado, e projeta para o futuro, parte na qual, para o autor, há um decalque da política de terras adotada nos Estados Unidos da América, *"cujo surto de prosperidade e civilização certamente maravilhou os nossos legisladores"* (CIRNE LIMA, 2002, p.68)

Apesar desta observação, o autor acaba por render-se ao valor da lei, sobretudo quanto ao seu intento discriminatório do público e privado. Suas palavras são conclusivas:

"A despeito das críticas que possa merecer no pormenor, a Lei de 1850 é, no seu conjunto, obra de valor e vulto, sobretudo, relativamente ao tempo. Basta considerar que, mercê de seus dispositivos, se tornou possível aviventar a já indistinta linha divisória entre as terras do domínio do Estado e as do particular." (CIRNE LIMA, 2002, p.70)

Carlos Castilho Cabral afirma que a Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850 foi a primeira e única lei nacional de terras, e trazia uma intenção utópica de fazer realizar a discriminação das terras públicas (CABRAL, 1943, p.58). Mesmo intento foi verificado – bem mais recentemente – por Laura Beck Varela, para quem o intento da lei era extremar o domínio público do particular, vide o disposto no artigo 10 da citada norma (VARELA, 2005, p.147).

Roberto Smith, com uma interpretação mais voltada para a economia política, afirma que a lei de terras foi um marco histórico na transição para o capitalismo no Brasil, vez que tanto a Lei nº 601 quanto a abolição do tráfico de pessoas expuseram medidas políticas que demarcaram decisões importantes dentro da linha de acomodação de interesses e conciliação política imposta pelo Segundo Império. O autor adota a formação da propriedade fundiária como propriedade mercantil da terra, considerando a absolutização da propriedade como um modo de domínio incondicional, até então incompatível com o complexo e confuso quadro da ordem jurídica da sesmaria no Brasil colônia.

O pensamento de Messias Junqueira privilegia outro aspecto da lei: respeitar a todo custo a detenção daquele que, sem título dominial em ordem, estivesse em contato com o solo brasileiro, com ocupação expressada por dois requisitos absolutamente imprescindíveis: cultura efetiva e morada habitual.

Como pode ser visto, cada autor enfatiza um aspecto da lei que mais se aproxima da direção de seus estudos. A lei de terras realmente propiciou isso, já que conjugou diversos temas relevantes à história brasileira. Para direcionar o texto ao seu objeto, há de se limitar ao estudo de duas características da lei: a questão da posse e a conceituação de terras devolutas, ambas localizadas dentro da temática intencional de definição do que eram terras públicas e o que já compunha o domínio particular.

A discriminação das terras públicas trazia um requisito essencial na consecução da política de venda das terras devolutas e obtenção de recursos para financiamento da imigração europeia. Apenas ao saber o que era público e o que era privado é que poderia haver a venda dos lotes e ser implementada a substituição gradual do trabalho escravo pelo trabalho assalariado, através da oferta a estrangeiros de oportunidades no Brasil.

Para que isso fosse possível, a lei revelava uma preocupação com situações já constituídas, fossem elas formais ou informais. Daí a repetição em seus comandos das expressões “princípio de cultura” e “morada habitual”.

Ainda que a lei de terras inaugurasse seu conjunto de normas com uma pena aos que se apossassem de terras devolutas, fato este que levou Messias Junqueira a lamentar tal “defeito”, foi uma lei com disposições liberais e preocupadas com a manutenção de ocupações já constituídas. Sinal disso é que o próprio autor

afirma que a dureza da lei “é apenas aparente, porque a leitura atenta de todo o seu conteúdo mostra à evidência, o liberalismo e o sentimento profundo de humanidade que lhe guiaram os passos” (JUNQUEIRA, 1946, p.22).

Melhor sinal desta intenção é que o artigo 4º da lei previa que sesmarias que não tivessem cumprido as condições com as quais foram concedidas seriam revalidadas desde que se achassem cultivadas ou com princípio de cultura, além de morada habitual.

A preocupação do legislador não se resumiu as sesmarias caídas em comisso por descumprimento das condições de medição, confirmação e cultura. Tratou a lei também das posses no seu artigo 5º, desde que também estivessem presentes a cultura efetiva e a morada habitual do posseiro.

Mesmo os possuidores que deixassem de proceder à medição de suas posses nos prazos marcados pelo governo, ainda que declarados caídos em comisso, não perderiam a totalidade de suas terras. Permaneceria o direito a serem mantidos na posse daquela porção que ocupassem com efetiva cultura, sendo considerado terra devoluta a parte inculta do terreno, conforme o artigo 8º da lei.

Cumprir deliberar sobre um aspecto importantíssimo: todas as disposições sobre cultura efetiva da terra são para o passado. Não há nenhuma disposição na lei de terras que obrigasse o proprietário a manter a cultura da terra. Com as disposições legais, sesmeiros e posseiros, uma vez cumpridos os requisitos, passariam a ser considerados proprietários. Mas se o cultivo foi o fundamento para a mudança desta condição, isto é, apenas os sesmeiros e posseiros que houvessem cultivado a terra é que alçariam a condição de proprietários da terra, a nova ordem proprietária instituída pela Lei de Terras prescindia do aproveitamento do solo como fundamento de sua manutenção.

Se ao tempo das concessões de sesmarias havia a cláusula de aproveitamento, ainda que pouco ou quase nunca observada, após a edição da Lei nº 601 o Estado perde a possibilidade jurídica de reaver terras não aproveitadas, salvo em caso de expropriação mediante indenização prévia. É com base nesta particularidade que afirma-se que operou-se, com a Lei de Terras, uma transição da forma jurídica proprietária condicionada, pré-moderna, a uma forma de propriedade absoluta e incondicionada.

Em suma, fossem posseiros ou sesmeiros, todos passariam a ser considerados proprietários, inaugurando um modelo de propriedade moderno, sem a

necessidade de observar imposições quanto ao aproveitamento da terra. As porções do território nacional que não se encontrassem sob o domínio destes novos proprietários seriam consideradas, por exclusão, terras devolutas.

A definição do que seriam as terras devolutas obedeceu a um critério subsidiário. A lei as definia por exclusão, prevendo que seriam consideradas terras devolutas todas aquelas porções de terra que não se encaixassem em determinadas hipóteses legais. O artigo 3º da Lei nº 601 prevê quatro hipóteses que afastam a caracterização da terra como devoluta.

Inicialmente não seriam terras devolutas as terras que não se achassem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal.

Também não o seriam as terras que não se achassem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem que fossem havidas por sesmarias ou outras concessões do governo geral ou provincial, não incursas em comisso, por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação ou cultura.

As terras que não se achassem dadas por sesmarias ou outras concessões do governo, que, apesar de incursas em comisso, fossem revalidadas pela lei, também não seriam consideradas terras devolutas.

Por fim, as terras que não se achassem ocupadas por posses que, apesar de não fundamentadas em título legal, fossem legitimadas pela lei, também não seriam caracterizadas como terras devolutas.

A interpretação de tais dispositivos leva a conclusão de que terras devolutas eram as que, ao tempo da lei, isto é, em 1850, encontravam-se incultas, não aproveitadas, não apossadas e não habitadas.

A necessidade de extremar as terras devolutas – já com base na novel conceituação – obedecia a uma política desencadeada por outros comandos da Lei de Terras: a venda das terras devolutas para financiamento da imigração européia. Para ultimar o sistema planejado na lei, seu artigo 13 previa que o governo faria organizar por freguesias o registro das terras possuídas, através de declarações feitas pelos próprios possuidores.

O regulamento da Lei 601 de 1850, concretizado no Decreto 1318, de 30 de janeiro de 1854, trazia a forma do registro de posses que ficou conhecido como “registro do vigário” ou “registro paroquial”.

Parte do intento das disposições do Regulamento era extremar o que compunha o domínio privado do domínio público, e para tanto pode se dizer que trazia três formas de medição de terras diferenciadas: a medição das terras públicas (artigos 10 a 21 do Regulamento), a medição das terras privadas, sob a nomenclatura de “revalidação, e legitimação das terras, e modo prático de extremar o domínio público do particular” (artigos 22 a 58 do Regulamento) e a medição de terras que se achavam no domínio particular por qualquer título legítimo (artigos 59 a 63 do Regulamento).

Sobre estes processos de medição, é interessante frisar que cada um ficava sob a responsabilidade de uma autoridade diferente: a medição das terras devolutas era de atribuição do Inspetor Geral de Medições, a revalidação e legitimação das terras cabia ao Juiz Comissário e, por fim, a medição das terras legitimamente integrantes do domínio particular por título hábil ficava a cargo do Juiz Municipal.

O objetivo final de todo o processo de medição era a obtenção de um título, que se ainda não era um título dominial típico, passado em cartório, não deixava de ser um instrumento de formalização do direito de propriedade, forjado sob um procedimento legalmente previsto e que, sob os ditames da época, garantiria alguma segurança jurídica. É que, como leciona Laura Beck Varella, “a Lei de Terras – enquanto divisor de águas entre a propriedade, reino do formal, do direito, e a mera posse, terreno da informalidade, dos fatos – não poderia deixar de conter uma menção ao título” (VARELLA, 2005, p.148-149).

Em conjunto a esse procedimento de formação de um título dominial tipicamente jurídico-administrativo, o Regulamento fez executar o que o art. 13 da Lei de Terras já previa: a organização, por freguesias, dos registros das terras possuídas feitos pelos próprios possuidores.

Messias Junqueira, comentando o registro em questão, assevera que tratou-se do coroamento de um sistema planejado pelo legislador de 1850, que pretendeu conhecer a relação exata de todos os possuidores de terras no Império, em função de sua utilidade para o Governo. Para tanto, já havia o legislador lançado mão de autoridades administrativas e de autoridades judiciárias; com o registro paroquial, entretanto, iria valer-se das autoridades eclesiásticas.

Se da leitura do artigo 13 da Lei de Terras já decorre o caráter compulsório da declaração, eis que sua recalcitrância seria apenada com multas e penas, sua

regulamentação no artigo 91 do Decreto 1318 de 1854 é bem clara ao dispor sobre obrigação de realizar o registro. Confira-se seu texto:

“Art. 91. todos os possuidores de terras, qualquer que seja ao título de sua propriedade ou possessão, são obrigados a fazer registrar as terras que possuírem, dentro dos prazos marcados pelo presente Regulamento, os quais se começarão a contar, na Corte e Província do Rio de Janeiro da data fixada pelo Ministro e Secretário dos Negócios do Império, e nas províncias da fixada pelo respectivo presidente.”

A incumbência pela transcrição das declarações e concretização do registro foi dirigida aos vigários de cada uma das freguesias do Império, conforme ditava o artigo 97 do Regulamento. Tal opção pode ser explicada por uma intenção do governo de aproveitar a figura do vigário, como membro da comunidade local e dotado de alguma instrução, pois provavelmente conheceria a situação da maioria dos membros daquela comunidade, podendo, desta forma, prestar auxílio na redação e fazer observações que julgasse convenientes.

As declarações feitas aos vigários deveriam conter o nome do possuidor, a designação da freguesia em que se situavam, o nome do particular da situação, a extensão da posse e seus limites, caso conhecidas. Assim dispunha o artigo 100 do Regulamento.

A informação de que os membros da comunidade estavam obrigados a registrar suas posses deveria ser passada pelos vigários durante as missas, da mesma forma que as instruções de como os possuidores deveriam proceder ao registro. Interessante que, ao passo que cabia aos vigários realizarem observações sobre a melhor forma de fazer as declarações de posses, fosse para melhor adequá-las ao formato regularmente previsto, fosse para corrigir erros notórios – fato esse de provável conhecimento do vigário, conhecedor das redondezas e da situação dos membros de sua comunidade, ainda assim, mesmo que se deparassem com informações sabidamente equivocadas, não poderiam se eximir de proceder ao registro como afirmava o possuidor. Esta é a lição da parte final do artigo 102 do Regulamento, que dispõe: “se, porém, as partes insistirem no registro de suas declarações pelo modo por que se acharem feitas, os vigários não poderão recusá-las.”

Ou seja, aos vigários cabia a missão de informar acerca da necessidade de os membros de sua paróquia realizarem o registro de suas possessões, bem

como a eles cabia a instrução de como fazê-lo, o que provavelmente era feito demonstrando a necessidade de que as afirmações espelhassem a situação real de tudo aquilo que quem registrava possuía. Todavia, se o declarante insistisse em registrar uma posse sabidamente equivocada, ou sabidamente superior ao que realmente possuía, mesmo assim o vigário era obrigado a passar o registro em duas vias, como mandava a parte final do artigo 93 do Regulamento.

Aliado ao fato da irrecusabilidade do registro das declarações, ainda que o vigário as soubesse falsas, tem-se que os registros eram, no mais das vezes, lacônicos e imprecisos, não apenas pela inexatidão nos limites das posses, mas mais por força de uma disposição regulamentar que previa a cobrança de emolumentos pelo registro, na razão de dois reais por letra, conforme a parte final do artigo 103 do Regulamento. Tal peculiaridade fazia com que os registrantes fizessem suas declarações com a maior economia possível de palavras, tornando-as omissas, inexpressivas e inservíveis para o fim a que se destinavam.

Diante de tais características, a literatura sobre o tema não hesita em afirmar que o registro de terras denominado “Registro do Vigário” teve pouca eficácia prática como meio de conferir legitimidade pública às terras privadas. Roberto Smith afirma que o registro não tinha os meios adequados para impor garantia estatal à propriedade privada, fato que apenas teria começado a mudar em 1890, quando o Registro Torrens foi instituído, ainda que facultativamente (SMITH, 1990, p.333).

A despeito de todas as críticas, o questionamento principal que é feito quando o tema “registro do vigário” vem à tona é acerca do seu valor como meio de prova do domínio de terras.

De antemão, cabe fixar, desde logo, que o próprio texto do regulamento, no seu artigo 94, expressamente ressalta que as declarações prestadas sob o regime do registro das terras possuídas não conferem direito algum aos declarantes. Pela importância da norma, segue a sua transcrição e também do art. 93, a ele interligado logicamente:

“Art. 93 – as declarações para o registro serão feitas pelos possuidores, que as escreverão, ou farão escrever por outrem em dois exemplares iguais, assinando-os ambos, ou fazendo-os assinar pelo indivíduo que os houver escrito, se os possuidores não souberem escrever.”

“Art. 94 – as declarações para o registro das terras possuídas por menores,

Índios ou quaisquer corporações, serão feitas por seus pais, tutores, curadores, diretores, ou encarregados da administração de seus bens e terras. As declarações de que tratam esse artigo e o antecedente não conferem algum direito aos possuidores.”

Mas, apesar da literalidade do dispositivo regulamentar, a questão não se esgota tão facilmente. Estudiosos do direito defendem que, em certas situações, o registro do vigário é prova suficiente de domínio de terras, excluindo-as da conceituação de devolutas e, portanto, do domínio público.

A confusão, segundo Linhares de Lacerda, decorreu da obrigatoriedade de todos os possuidores registrarem suas possessões, mesmo os que já fossem legitimamente proprietários ou titulares de posses revalidadas. Daí que, segundo o autor, muitos já proprietários realizaram o registro, como o regulamento determinava. E, uma vez com tal registro, os proprietários o intitulavam como prova de seu domínio, muito embora a prova de seu domínio decorresse não de sua via do registro paroquial, mas sim do título que justificou seu registro.

Outro ponto importante é questionar se a restrição contida no artigo 94 do Regulamento refere-se apenas ao direito de domínio ou se abarca também a impossibilidade de conferir quaisquer direitos de possuidor ao declarante do Registro do Vigário. Essa ressalva justifica-se na medida em que o próprio Linhares de Lacerda, ao mesmo tempo em que afirmava que valorar como título o registro de uma posse anterior ao ano de 1850 era uma heresia, sustentava que o registro não provava que o declarante fosse o dono, mas apenas provava que era possuidor (LACERDA, 1960, p.179).

Superando a discussão terminológica sobre as diferenças entre posse e ocupação², é de se esperar que a aptidão para demonstrar a existência de posse seja considerada como a capacidade de conferir algum direito ao declarante. Tal fato tem crucial relevo quando se trata de demonstração de posse para fins de aquisição do domínio pela prescrição aquisitiva.

A mesma diferenciação pode ser verificada na obra de Mario de Assis Moura sobre as terras devolutas. Diz o autor que embora o registro da Lei de 1850 não constitua título de domínio, e neste sentido não confira direito algum aos possuidores, não menos o é que, solenizado de forma legal, tal registro não pode deixar de ser aceito como meio probatório de posse, especialmente para os fins de operar a usucapião em relação aos bens do domínio público patrimonial, hipótese juridicamente aceita ao tempo da elaboração do estudo (MOURA, 1946, p.129).

² Nos textos legais da época, a posse era diferente da ocupação. Ocupante era o possuidor que morava no terreno e o tornava produtivo pelo seu trabalho. A simples posse, desprovida de morada e trabalho, não gerava os mesmos direitos que a ocupação gerava.

A leitura que a maioria dos autores faz do dispositivo em questão remete à impossibilidade de o registro servir de título de domínio, já que sua função seria tão somente estatística. Mas não há como negar ao registro paroquial sua importância, se não como título de propriedade, ao menos como meio de prova de posse para fins de reconhecimento de domínio pela usucapião.

Não deve prevalecer a noção de que o registro feito perante os vigários não possui valor algum para o direito; as declarações prestadas têm valor probante sim, mas apenas como meio de prova da posse, nunca como prova do domínio da porção de terra declarada. A redação do artigo 94 induz a tal conclusão, vez que trata dos registrantes como possuidores. Possuidores, não proprietários.

O registro do vigário, portanto, não gerava, por si só, o efeito de demonstrar a propriedade, embora pudesse servir como meio de prova de uma posse, que se obedecesse aos requisitos legais, poderia justificar o reconhecimento do domínio pela prescrição aquisitiva. Pode-se dizer que serviria como meio de prova admitido em direito, tal qual uma prova testemunhal teria o condão de corroborar uma pretensão deduzida em juízo.

Esta conclusão deflui da sistemática prevista no Regulamento de 1854. Dentre suas normas havia a figura da legitimação da posse, ou seja, o possuidor que pretendesse ver sua posse legitimada deveria promover um requerimento de medição das terras por ele ocupadas, conforme o capítulo III do regulamento (*da revalidação e legitimação das terras e modo prático de extremar o domínio público do particular – artigos 22 e seguintes*). Ainda que houvesse inúmeros trâmites burocráticos para a promoção da medição, inclusive a imposição de custos que, na prática, afastavam os mais pobres do procedimento, essa era a forma legalmente prevista de legitimar a posse.

E eram esses posseiros, já com suas posses medidas, marcadas e revalidadas pelo juiz comissário, que deveriam tirar os títulos dos terrenos possuídos, a teor do artigo 11 da Lei 601 de 1850. Título de posse que amparava o reconhecimento de domínio era esse, requerido pelo possuidor após a marcação e revalidação de sua posse nos moldes do procedimento previsto no regulamento da Lei de Terras; a mera declaração de uma posse perante a um vigário que nem ao menos poderia recusar o registro não poderia ter o peso de equivaler a um título de propriedade.

A afirmação de que o registro paroquial tinha efeitos apenas estatísticos decorre do cotejo entre as formas de legitimação de posses trazidas pelo regulamento da Lei de Terras e a sistemática de declarações a serem prestadas perante o vigário da freguesia. Enquanto um era consubstanciado num processo de medição, presidido por um juiz comissário – ainda que muitas

fossem as críticas a esse modelo, que permitia a interferência das oligarquias locais – e com possibilidade de oitiva dos confrontantes e decisão dos conflitos eventualmente surgidos, o outro nem sequer processo era, tratando-se apenas de uma declaração reduzida a termo, sem provas, sem medição, sem ao menos o destinatário ter a faculdade de negá-la, ainda que a soubesse inverídica.

Como já dito, a obrigatoriedade de todos os proprietários e possuidores prestarem suas declarações junto ao vigário da freguesia gerou tal celeuma. Os proprietários e possuidores titulados, após regular processo de medição, também prestavam declarações para o registro paroquial. E o que os titulava como proprietários e possuidores não eram as declarações feitas ao vigário, mas sim os títulos que justificaram o conteúdo de suas declarações ao aludido registro.

É possível concluir, portanto, que o registro paroquial não gerava efeitos de título de domínio, nem era suficiente para legitimar as posses acobertadas pela Lei 601 de 1850, mas tão somente admitia a valoração de meio de prova de posse. Como extraído da íntegra do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 80416/GO, em 16 de dezembro de 1976, “[o registro] constitui, quando muito, indício de posse, ou mais precisamente, do ânimo de possuir, porque nem mesmo o fato material da posse, o corpus, tem a virtude de provar.”

É possível visualizar a distinção entre a força probante do domínio de um título de propriedade que foi declarado junto ao vigário e o registro paroquial desprovido de título na dicção do Decreto-lei 203 de 1967³. A norma em questão, expedida no intuito de autorizar a desapropriação de terras no perímetro do Distrito Federal, determinou que na promoção das desapropriações fossem respeitados os direitos dos proprietários cujas posses estivessem baseadas no registro paroquial. Contudo, o inciso que previa a cautela alertava para a incidência do comando do artigo 94 do regulamento da Lei 601 de 1850, que era justamente a norma que previa a inexistência de atribuição de direitos ao citado registro.

A exegese que a indigitada norma merece indica que se trata justamente da confusão narrada por Linhares de Lacerda, já citado. Como o registro junto aos vigários era obrigatório aos proprietários e possuidores com títulos produtos de um processo de medição das terras possuídas, a ressalva referente às cautelas do artigo 94 do regulamento dirige-se justamente aos registros paroquiais desprovidos de títulos que demonstrassem a propriedade ou a posse titulada.

³ Art. 2º No cumprimento do disposto no artigo anterior, serão respeitados os direitos dos proprietários cuja posse seja baseada:

I - no chamado Registro Paroquial, tendo-se em conta as cautelas reclamadas pelo artigo 94 do Regulamento da Lei nº 601, de 1850, baixado com o Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1851;

Vale dizer, o registro paroquial tem validade como prova de posse, desde que acompanhado de um título que demonstre a propriedade ou a posse legitimada pela medição. Sem isso, esbarra nas "*cauteladas reclamadas pelo artigo 94 do Regulamento da Lei nº 601, de 1850, baixado com o Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854*".

Ainda que não seja o objeto deste pequeno estudo a análise de jurisprudência, não deixa de ser interessante que certos julgados endossem a tese de que o registro paroquial era atributivo de domínio com justificativa no Decreto-lei nº 203 de 1967, que por sua vez, como visto, justamente excepcionava a prova de propriedade das declarações feitas ao vigário.

Chama a atenção que tenha se decidido desta forma, pois a interpretação da norma é excludente de tal corrente. Se regra impunha que fossem respeitados os direitos de proprietários cuja posse fosse baseada no registro paroquial, ressaltando a norma do artigo 94 do Regulamento de 1854, que impedia a atribuição de direitos ao registro, revela-se bem razoável que apenas os registros paroquiais acompanhados de títulos que os justificassem é que seriam albergados pela proteção legal.

Com base no que foi até então tratado, é possível concluir que as declarações prestadas aos vigários, que consolidaram o "Registro do Vigário", não possuem força probante de título atributivo de propriedade, mas apenas constituem meio de prova para demonstração de indício de posse sobre a terra declarada.

A maioria das demandas que versam sobre a caracterização de terras como públicas ou privadas esbarra na necessidade de prova acerca da transferência do imóvel do patrimônio público para o privado, não sendo raro que a cadeia dominial privada alegue-se deflagrada a partir de uma declaração prestada ao vigário. Como pôde ser observado, sob a ótica acima demonstrada tais documentos são inidôneos para tal fim, considerando-os isoladamente de outros títulos que ampararam as declarações.

É a sistemática de organização das terras nacionais trazida pela Lei de Terras e por seu Regulamento, com definições de conceitos importantes, respeito às situações consolidadas e previsão de legitimações de posses que induz a esta conclusão. Não tendo sido quem alegou a propriedade portador de um título de domínio ou que legitime a posse do terreno, mas apenas portador de uma das vias do registro efetuado junto ao vigário da freguesia, sua pretensão de proprietário estava fadada ao fracasso e, conseqüentemente, viciada toda a cadeia dominial que ampararia a passagem do imóvel do patrimônio público para o privado.

BIBLIOGRAFIA

- CABRAL, Carlos Castilho. *Terras devolutas e prescrição*. Rio de Janeiro, 1943.
- COSTA, Emilia Viotti da. *A Abolição*. 8ªed. São Paulo: UNESP, 2008.
- _____. *Da monarquia à República*. 9ªed. São Paulo: UNESP, 1998
- ENDERS, Armelle. *A história do Rio de Janeiro*. 2ªed. Rio de Janeiro, Gryphus, 2008.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Globo, 2001.
- FAUSTO, Boris. *Historia concisa do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Editora da USP, 2006.
- GARCIA, Paulo. *Terras devolutas*. Minas Gerais: Oscar Nicolai, 1958.
- GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro séculos de latifúndio*. 6ªed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- JUNQUEIRA, Messias. *Justificativa e ante projeto de lei de terras*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1942.
- LACERDA, Manuel Linhares de. *Tratado de terras do Brasil. Volume I*. Rio de Janeiro: Editora Alba, 1960
- LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. 5ª ed. Goiânia: UFG, 2002.
- MOTTA, Marcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestão do conflito, 1795-1824*. 1ªed. São Paulo: Alameda, 2009.
- NOVOA, Helio. *Discriminação de terras devolutas*. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito Ltda, 2000.
- PERDIGÃO MALHEIRO, A. Marques. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social*. 3ª ed. Petrópolis: ed. Vozes, 1976.
- PEREIRA, J. O. de Lima. *Da propriedade no Brasil*. São Paulo: Casa Duprat, 1932.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- PRADO, Maria Emilia. *Memorial das desigualdades – os impasses da cidadania no Brasil*. 1ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- PRIORI, Mary del; VENANCIO, Renato. *Uma breve história do Brasil*. São Paulo: ed. Planeta, 2010.
- RODRIGUES, José Honório. *A assembléia constituinte de 1823*. Petrópolis: Editora Vozes, 1974.
- SILVA, Ligia Osorio. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850*. 2ª ed. Campinas: Editora UNICAMP, 2008.
- SMITH, Roberto. *Propriedade da terra e transição*. 1ªed. São Paulo: editora brasiliense, 1990.
- TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS DE PROFESSOR COM OS DEMAIS CARGOS PÚBLICOS DA ÁREA JURÍDICA

Reis Friede¹

Resumo: O presente artigo analisa a questão da acumulação do cargo de professor com os demais cargos públicos da área jurídica, sob as óticas da *limitação da jornada de trabalho* e da *compatibilidade de horários*, à luz das divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, bem como da correta hermenêutica dos regramentos constitucionais e infraconstitucionais relacionados à matéria.

Palavras-chave: acumulação; cargo público; professor; área jurídica.

Abstract: This article analyzes the question of the accumulation of the teaching position with the other public positions in the legal area, in view of the *limitation of the working day* and the *compatibility of schedules*, in the light of doctrinal and jurisprudential divergences regarding the subject, as well as the correct hermeneutics of the constitutional and infraconstitutional rules related to matter.

Keywords: Accumulation; Public Office; Teacher; Legal Area.

I. INTRODUÇÃO

A definição de *cargo público* está inserta no art. 3º da Lei nº 8.112, de 1990, que assim estabelece:

Art. 3º. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

¹ Reis Friede é Desembargador Federal, Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF), Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/>. E-mail: reisfriede@hotmail.com

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

Por outro lado, utiliza-se o termo “acumulação de cargos” para designar a viabilidade constitucional do exercício simultâneo e remunerado de mais de um cargo, emprego ou função pública.

Norma de pouca exatidão conceitual e, conseqüentemente, de difícil aplicação prática, o impedimento de acumular cargos públicos *lato sensu* se revelou um dispositivo ora pouco respeitado, ora aplicado de forma irrazoável e com excessivo rigor.

Dentre os aspectos mais polêmicos encontra-se a discussão sobre o requisito de *compatibilidade de horários*. Sem delimitação e conceituação expressa na Lei Maior, sobressai a importância de se elucidar o tema, particularmente no tocante ao seu *alcance* e efetiva *aplicabilidade*.

Nesse sentido, é o presente texto uma proposta de analisar a problemática sobre a qual gira em torno a concepção constitucional da *compatibilidade de horários*, relacionando seus obstáculos de ordem prática e buscando uma conclusão acerca da controvérsia, à luz do entendimento assumido, tanto pela doutrina, como pelos nossos tribunais.

II. DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

Em todas as esferas da Administração Pública (federal, estadual, distrital e municipal), a regra é a *vedação* da acumulação de cargos públicos, conforme expressamente dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, inciso XVI, com redação determinada pelas Emendas Constitucionais nº 19/1998 e 34/2001, *verbis*:

EC 19/98

Art. 3º O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º:

(...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico;

EC 34/2001

Art. 1º A alínea c do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

As origens dessa vedação remetem aos tempos do Império, conforme bem colocou MEIRELLES, ao colacionar entendimento de JOSÉ BONIFÁCIO, pontuando que:

*Se proíbe seja reunido em uma só pessoa mais de um ofício ou emprego, e vença mais de um ordenado, resultando manifesto dano e prejuízo à Administração Pública e às partes interessadas, por não poder de modo originário um tal empregado público cumprir as funções e as incumbências de que duplicadamente encarregado (HELY LOPES MEIRELLES; **Direito Administrativo Brasileiro**, 34ª ed. Atual, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 416).*

Por via de consequência, é cediço concluir que o sistema constitucional brasileiro se opõe, como norma geral, às *acumulações* de cargos públicos. Nesse sentido, o silêncio na regência legal de acumulação não significa consentimento, pois, em se tratando de regra de exceção, toda a eventual autorização para a acumulação há de ser expressa e inequívoca.

A vedação à acumulação tem por finalidade impedir que a mesma pessoa ocupe vários cargos ou exerça várias funções e seja integralmente remunerado por todas sem, contudo, desempenhá-las com eficiência.

Com relação aos que ocupam mandato eletivo, a Carta Magna, em seu artigo 38 e seguintes, determina que aqueles que ocupam mandato federal, estadual ou distrital devem ficar afastados de seu cargo, emprego ou função. Os prefeitos também ficam afastados de seus cargos, mas podem optar pela remuneração de qualquer um deles. Já os vereadores poderão acumular a vaga na Câmara

com o cargo ou emprego público que ocupem, desde que haja demonstrada *compatibilidade*, caso contrário, aplica-se a mesma regra válida para os prefeitos.

Importante ressaltar que em todas as hipóteses do artigo 37, inciso VXI da Constituição e no caso da acumulação por parte de vereador, deve haver, obrigatoriamente, compatibilidade de horários. Tal regra é expressamente prevista no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90), em seu artigo 118, §2º, *verbis*:

Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.

(...)

§2º A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.

Podemos vislumbrar outro obstáculo para a acumulação de cargos: a *incompatibilidade* em razão da *distância geográfica*. A situação é prevista expressamente no Decreto 25031/55, do Estado de São Paulo, que dispõe em seu artigo 5º, alínea "d", que "*somente será permitida a acumulação de cargos no mesmo município ou em municípios vizinhos, entendidos como tais, apenas as que forem limítrofes*". Não seria nada razoável admitir, *v.g.*, que o mesmo servidor tivesse um vínculo no município de Santos e outro na cidade de São Paulo. A impossibilidade, no caso, decorreria de barreira fática imposta pela distância física entre as duas metrópoles.

No que se refere à *utilização da licença para tratar de interesses particulares*, a Lei 8.112/90 traz em seu artigo 91 a possibilidade do servidor se afastar do cargo efetivo pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração, desde que tenha completado o estágio probatório. Torna-se oportuno lembrar que tal licença é concedida no interesse da Administração, podendo também ser interrompida a qualquer tempo pela Administração ou a pedido do próprio servidor (parágrafo único do mesmo artigo), *verbis*:

Art. 91. A critério da Administração, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração.

Parágrafo único. A licença poderá ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço.

Neste contexto, o fato do servidor estar afastado sem remuneração, não significa que poderá *de per se* ocupar cargos ou funções públicas sem caracterizar acúmulo de cargos, posto que o fato de se afastar de um cargo público para ingresso ou manutenção em outro cargo público, não desconfigura a acumulação ilegal de cargos, nem a incompatibilidade de horário, posto que a vinculação ao cargo e a carga horária de trabalho permanecem, estando o servidor apenas licenciado.

Tal assertiva está expressamente prevista da Súmula 246 do TCU, *verbis*:

O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias.

Destarte, a acumulação de cargos públicos fora das hipóteses admissíveis configuraria, em tese, conduta que atenta contra os princípios da Administração Pública e, conseqüentemente, enquadrada como ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, inciso IX, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), *verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

Nessa toada, é a própria norma constitucional, - diante da possibilidade de melhor aproveitar a capacidade técnica e científica de seus profissionais, - que excepcionou a regra epigrafada para algumas hipóteses, mas ainda assim condicionada à necessária demonstração quanto à *compatibilidade de horários*, consoante disposto no artigo 37, inc. XVI da CF/88, *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

Desta feita, forçoso concluir que a possibilidade de acumulação remunerada do cargo de professor com outro cargo integrante das carreiras jurídicas (Magistratura, Promotoria, Defensoria, Advocacia Pública, Polícia Judiciária, etc.) encontra respaldo constitucional, precisamente, na alínea b, do inciso XVI, do artigo 37 supra transcrito, sendo imperioso observar os requisitos pertinentes à *compatibilidade de horários* e à *limitação do teto remuneratório* previstos no inciso XI do mesmo dispositivo, *verbis*:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

Apesar de se falar que a regra advém do *princípio da moralidade administrativa*, não há fundamentos para se fixar um rol taxativo ou mesmo impossibilitar a extensão do acúmulo legal a todos os agentes providos em cargos, empregos

e funções públicas, desde que haja a efetiva demonstração da *compatibilidade de horário*, consoante dispõe o texto constitucional vigente.

Não se pode olvidar que o êxito no concurso público é pessoal e meritório. O princípio da moralidade não fica afastado pelo fato de servidor exercer mais de um cargo público decorrente de ato isonômico, impessoal, meritoso e disputado, que é o procedimento do concurso.

Ademais, pode-se concluir que o princípio da eficiência está umbilicalmente atrelado ao estudo da acumulação de cargos e empregos públicos, uma vez que, mesmo havendo enquadramento nas hipóteses excepcionalmente autorizadas, o acúmulo somente será lícito se ambos os cargos forem efetivamente exercidos com a mesma prestação e com o mesmo rendimento que o seriam, se realizados isoladamente.

Observa-se, outrossim, que os destinatários da regra vedativa são aqueles investidos nos cargos públicos efetivos em geral, incluindo-se os cargos em comissionamento. A acumulação também sugere uma reflexão sobre a tecnicidade dos cargos ou empregos públicos, aspecto determinante na definição das excepcionalidades.

Podemos entender os *cargos técnicos ou científicos* como aqueles para cujo exercício seja indispensável a escolaridade completa em curso de nível superior, bem como aqueles para cujo exercício seja indispensável a escolaridade de, no mínimo, nível médio (2º grau), com atribuições características de “técnico”, sendo necessário, em todas as situações, analisar o tipo de cargo, para verificar se é acumulável com cargo de professor. Exemplo: técnico de laboratório, técnico em contabilidade etc.

Vale ressaltar que o parágrafo 10º do art. 37 da Constituição Federal veda a percepção de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, com exceção da percepção de proventos de aposentadoria de servidores civis públicos e militares com a remuneração de cargo eletivo, de cargo em comissão, bem como de cargo, emprego ou função pública, neste último caso, somente quando eles são acumuláveis na ativa. No mesmo sentido, o art. 95, parágrafo único, inciso I, e o art. 128, §5º, inciso II, alínea “d”, permitem, respectivamente, que juízes e membros do Ministério Público exerçam uma atividade de magistério, *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá

aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

(...)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

Art. 128. O Ministério Público abrange:

(...)

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

(...)

II - as seguintes vedações:

(...)

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

No entanto, o art. 11 da Emenda Constitucional 20/1998 reconheceu o direito dos servidores aposentados que, até a data da sua promulgação (16 de dezembro de 1998), ingressaram novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, ressaltando que a acumulação só seria permitida enquanto estivessem em atividade.

Art. 11 - A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas

demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.

III. SANÇÕES EM CASO DE ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS PÚBLICOS

Constatada a acumulação *ilegal* de cargos e comprovada a necessária presença de *má-fé* do servidor, a pena a ser aplicada poderá ser a *demissão*; *destituição* ou *cassação de aposentadoria*; ou *disponibilidade* em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal. O rito a ser seguido para as apurações de acumulação irregular de cargos é determinado pela Lei nº 8.112/90, em seu artigo 133, *verbis*:

Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração;

II - instrução sumária, que compreende indicição, defesa e relatório;

III - julgamento.

§1º A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome e matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico.

§2º A comissão lavrará, até três dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indicição em que serão transcritas as informações de que trata o parágrafo anterior, bem como promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição, observado o disposto nos arts. 163 e 164.

§3º Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo

quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento.

§4º No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no § 3º do art. 167.

§5º A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo.

§6º Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados.

§7º O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem.

§8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei.

Conforme prevê a legislação, identificada a *acumulação ilegal de cargos* ou a *incompatibilidade de horário entre os cargos acumulados*, será instaurado um *processo administrativo* a fim de solicitar esclarecimentos ao servidor em tal situação e, sendo constatada a irregularidade, porém, comprovada a boa-fé, o servidor deverá apresentar a *opção* pelo vínculo que deseja manter e aquele em relação ao qual providenciará o desligamento, situação que deverá ser comprovada mediante a apresentação de documento fornecido pelo órgão ao qual estava vinculado.

De acordo com a mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como do Supremo Tribunal Federal (STF), em matéria de acumulação irregular de cargos públicos, uma vez comprovada a efetiva prestação dos serviços e a boa-fé do servidor, estaria afastada a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa por se tratar de mera *irregularidade*. Confira-se:

O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos,

salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos. (STF; MS 26085, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJU 07/04/2008)

Contudo, se consignada a efetiva prestação de serviço público e a boa-fé do contratado, deve-se afastar a violação do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas evidenciam mera irregularidade, sem elemento subjetivo convincente. Precedentes do STJ. (STJ; RESP 200902450146, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJE 23/05/2013)

A Lei n. 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento. (STJ; REsp 1.089.911, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJE 25/11/2009)

No que tange à boa-fé, a mesma deve ser *específica*, ou seja, referente à vontade de exercer as duas atividades de maneira eficiente e não causar prejuízo, mesmo estando o servidor ciente de que se trata de uma eventual acumulação *irregular* de cargos públicos.

O segundo tópico a se analisar é se houve ou não a efetiva prestação dos serviços e se a mesma se deu de forma satisfatória, sem trazer prejuízo a nenhum dos órgãos envolvidos.

Assim, nota-se que, segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a acumulação de cargos irregular não configura necessariamente um ato de improbidade administrativa, devendo ser considerada uma série de elementos no caso concreto: se consignada a efetiva prestação de serviço público, o valor irrisório da contraprestação paga ao profissional e a boa-fé do contratado, há de se afastar a violação do art. 11 da Lei nº 8.429/1992. Isso se concretiza, sobretudo, quando as premissas fáticas do acórdão recorrido evidenciam a ocorrência de simples irregularidade e inexistência de desvio ético ou inabilitação moral para o exercício do múnus público.

A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.244.182/PB, de relatoria do Ministro BENEDITO GONÇALVES, na sistemática do art. 543-C do CPC, firmou a orientação de que não é lícito efetuar desconto de diferenças pagas indevidamente a servidor ou pensionista em decorrência de interpretação errônea, equivocada ou deficiente da lei pela própria Administração Pública, ante a boa-fé do servidor público. O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, entende que a cumulação de vantagens

recebidas pela cumulação indevida de cargos públicos não importa, automaticamente, na necessidade de restituição ao Erário dos valores recebidos, pelo que se mostra imperativa a apuração da má-fé do servidor. (STJ; AGRESP 201200859052, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª TURMA, DJE 19/12/2012)

Na hipótese de acumulação de cargos, se consignada a efetiva prestação de serviço público, o valor irrisório da contraprestação paga ao profissional e a boa-fé do contratado, há de se afastar a violação do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas do acórdão recorrido evidenciam a ocorrência de simples irregularidade e inexistência de desvio ético ou inabilitação moral para o exercício do múnus público. (STJ; AGRESP 201100467268, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, DJE 24/06/2011)

Há que se registrar a subjetividade da expressão *valor irrisório da contraprestação paga ao profissional*. O entendimento indica que trata-se de valor que não excede ao que é praticado habitualmente para serviços da mesma natureza e que não resulte em enriquecimento sem causa ou prejuízo ao erário.

Com relação aos casos em que se demonstra que houve efetivo prejuízo para a Administração Pública, como no caso da *incompatibilidade de horários* (que obviamente leva à conclusão de que os serviços não foram *efetivamente* prestados nos dois órgãos concomitantemente), não resta dúvida quanto à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Deve-se ter em mente que a má-fé do servidor que ocupa simultaneamente dois cargos públicos, em que há incompatibilidade de horários, é nitidamente *perceptível*, - independentemente de outras considerações e comprovações probatórias -, uma vez que haverá *necessariamente* prejuízo para uma das entidades para quem o servidor presta serviços. Não se trata, portanto, a hipótese vertente, de mera irregularidade.

Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a legislação pertinente prevê a notificação do servidor para apresentar opção entre os cargos em questão (artigo 133, *caput*, da Lei 8.112/90). Revela notar que o elemento subjetivo não está relacionado com a notificação para o exercício do direito de opção, devendo o julgador se ater somente à comprovação, ou não, do *efetivo* prejuízo para a Administração Pública para concluir se houve *in casu* boa ou má-fé.

O servidor não pode alegar desconhecimento da lei, logo não há necessidade

de que haja notificação para que o mesmo tenha conhecimento da irregularidade da acumulação. Embora o §5º, do art. 133 da Lei 8.112/90 preconize que “a opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo”, não resta dúvida de que a presunção de boa-fé prevista na norma restringe-se apenas ao processo administrativo disciplinar de que trata o próprio art. 133 da Lei 8.112/90 e não cabe sua aplicação nos procedimentos da Lei de Improbidade Administrativa. (LUAN MESAN GROSSMANN MENDES DOS SANTOS; *Jurisprudência: Servidores Públicos - Acúmulo de Cargos*, disponível em: <<https://goo.gl/ZWWxeE>>, acesso em 31 jan. 2018).

IV. DA PRESCRIÇÃO

Com relação à *prescrição* do direito punitivo, cabe mencionar a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, que expressamente dispõe que “nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

No entanto, cumpre, outrossim, fazer algumas importantes considerações a respeito do tema vertente. Na forma das disposições contidas no artigo 142 da Lei n.º 8.112/90, tem-se por afastada “a ocorrência de prescrição se, no momento da demissão do servidor, não tiverem transcorrido cinco anos do conhecimento dos fatos pela Administração” (STJ; MS 8928, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 3ª Seção, DJE 07/10/2008)

De acordo com o art. 142, inciso I, § 1º, da Lei nº 8.112/90, o prazo prescricional de cinco anos, para a ação disciplinar tendente à demissão ou cassação de aposentadoria do servidor, começa a correr da data em que a Administração toma conhecimento do fato àquele imputado. (STF; RMS 24737, Rel. Min. CARLOS BRITTO)

A lei administrativa dispõe que o prazo prescricional para a ação de improbidade é o “previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego” (Lei 8.429/92, art. 23, II). Por sua vez, a Lei 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, remete à lei penal o prazo de prescrição quando as infrações disciplinares constituírem também fato-crime. Extinta a punibilidade da ora recorrente e rechaçada a deflagração de

processo criminal, há de aplicar-se a regra geral, qual seja, o prazo de cinco anos previsto no art. 142, I, c/c o art. 132, IV, da Lei 8.112/90 e 23, II, da Lei 8.429/92. Ainda que se leve em conta o dia 4.1.2004 como termo inicial da prescrição, data da “ciência inequívoca do titular da demanda” - e não a data do ato ímprobo, isto é, em 17.1.2000 -, impõe-se a rejeição da exordial de improbidade pela ocorrência da prescrição, porque ajuizada a ação somente em 19.5.2010, quando já ultrapassado o lustro legal. (STJ; RESP 201201508268, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJE 06/12/2012)

Insta salientar que as punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art.23 da Lei nº. 8.429/92). De forma diversa, todavia, resta a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário que é considerada imprescritível, no entendimento interpretativo do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal (STJ; RESP 200801330639, Rel. Min. ELIANA CALMON, 2ª Turma, DJE 27/02/2009).

Justifica-se este posicionamento, uma vez que a acumulação ilegal de cargos públicos caracteriza uma situação que se protraí no tempo, motivo pelo qual é passível de ser investigada pela Administração a qualquer momento, a teor do que dispõe o art. 133, *caput*, da Lei 8.112/90 (STJ; MS 20148/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 1ª Seção, DJE 18/9/2013).

A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, na sentada do dia 11 de setembro de 2013, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.148/DF, na relatoria do Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, firmou a compreensão de que não ocorre a prescrição da pretensão da Administração em adotar procedimento para equacionar ilegal acumulação de cargos públicos, mormente porque os “atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo”. (STJ; AAGARESP 201303462854, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, DJE 25/08/2014)

No mais, a Corte Regional afirmou que não ocorreu a prescrição da pretensão da Administração em adotar procedimento para equacionar ilegal acumulação de cargos públicos, pois “o Estado somente tomou conhecimento da malsinada acumulação no final de 2009.” (fl. 963, grifo acrescentado). Ademais, conforme dispôs o decisum agravado, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança 20.148/DF, da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, firmou a compreensão de que não ocorre a prescrição da pretensão da Administração em adotar procedimento para equacionar ilegal acumulação de cargos públicos, mormente porque os “atos

inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo". Nesse sentido: MS 20.148/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 18/9/2013, e AgRg no REsp 1400398/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 3/2/2015. (STJ; AINTARESP 201503203271, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª TURMA, DJE 09/09/2016)

Por fim, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não há falar em direito adquirido à acumulação de cargos públicos nos casos em que estes não estão previstos na exceção constitucional, porquanto tal vício não se convalida com o decurso do tempo. Não há que se alegar, pois, decadência, prescrição ou coisa julgada administrativa (STJ; ADROMS 200802862493, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, 6ª Turma, DJE 05/11/2015).

V. DA COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS

Ressalte-se que a acumulação lícita de cargos exige, de forma inafastável, que se atenda o requisito da *compatibilidade de horários*, o que não só é expressamente exigido pela Constituição Federal, mas igualmente pela Lei nº 8.112/90, que regula o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, *verbis*:

Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.

§1º A proibição de acumular estende-se a cargos, empregos e funções em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios.

§2º A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.

§3º Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade.

A *compatibilidade de horários* resta configurada quando houver possibilidade de exercício dos dois cargos, funções ou empregos, em horários *distintos*, sem prejuízo do número regulamentar das horas de trabalho de cada um, bem como do exercício regular das atribuições inerentes a cada cargo.

Compatibilidade de horários é, ao contrário do que parece, o desencontro de horários, a inajustabilidade de horários, a descoincidência ou não de horários, ocorrida quando houver possibilidade do exercício de dois cargos, em horários diversos, sem prejuízo do número regulamentar das horas de trabalho dedicadas a cada emprego. (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR; Comentários à Constituição 1988, 1ª ed, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, v. 4, arts. 23 a 37)

A grande controvérsia que se apresenta reside justamente no fato de que nem a Constituição Federal, - tampouco qualquer outra Lei em sentido estrito -, estabeleceu de forma *objetiva* e *taxativa* como se constataria tal *compatibilidade* ou mesmo o eventual *limite de jornada de trabalho* dos servidores, implícita, - na concepção de parte expressiva da doutrina e da jurisprudência -, no regramento normativo regente.

A Advocacia-Geral da União - AGU firmou entendimento no contexto do Parecer nº GQ - 145, publicado no Diário Oficial de 1º de abril de 1998, pela *ilicitude* do acúmulo de *dois cargos ou empregos públicos* de que decorra a sujeição do servidor a regimes de trabalho que perfaçam o total de *80 (oitenta) horas semanais*, - mesmo que demonstrada a compatibilidade de horários (em uma dimensão temporal de sete dias na semana, com 24 horas por dia, totalizando 168 horas semanais) -, entendendo que o conceito de compatibilidade de horários, admitida pelo regramento legal, somente se sustenta quando o exercício dos cargos ou empregos *não exceder a carga horária de 60 (sessenta) horas semanais*.

Tal recomendação seria baseada no fato de que a citada carga horária permitiria sua compatibilidade *real* (e não apenas *ficcional*) de escala de trabalho, com previsão de deslocamento de um local de trabalho para o outro e sem prejuízo do repouso reparador e do tempo de alimentação adequado, a fim de preservar a sanidade física e mental do servidor, guardando, assim, paralelo com a legislação trabalhista, a qual determina a jornada diária de trabalho em oito horas, com a possibilidade de realização de duas horas excedentes por dia, subsidiada em estudos da área laboral.

Desta feita, ainda que com a satisfatória demonstração (teórica) de compatibilidade de horário e efetiva inexistência de jornadas de trabalho sobrepostas, não haveria, no entendimento da AGU a perfeita adequação à autorização constitucional de acumulação de cargos públicos.

Entretanto, repise-se: nem a Carta Maior, nem a Legislação Ordinária, impuseram expressamente *limites de carga horária*, com o objetivo de descaracterizar (ou vincular) categoricamente a *compatibilidade de horários*. Ao se

seguir *ipse literis* o referido parecer, sem qualquer confrontação com o caso real, *extrapola-se* a competência regulamentadora conferida aos atos administrativos, *subvertendo*, assim, a *hierarquia normativa* do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, a Constituição Federal, ao exigir a compatibilidade de horário para a acumulação de cargo público, em nenhum de seus dispositivos limita a quantidade de horas trabalhadas, mas somente requer que uma função não seja exercida no mesmo horário que a outra. Sendo assim, não havendo tal limitação no texto constitucional, nem em qualquer diploma legal, não poderia, em tese, a Administração, através de simples Parecer Jurídico, instituir tal vedação.

Dessa forma, a compatibilização de horários é questão que se resolve caso a caso, observando-se a ocorrência, - ou não -, de superposição de horários. Se, do cotejo entre os horários dos respectivos cargos a serem acumulados, não se vislumbrar qualquer sobreposição, *presume-se* que não há comprometimento da prestação das funções desempenhadas pelo agente público, de acordo com os termos do texto constitucional.

Nesse sentido, é extensamente ampla a jurisprudência corroborativa desta hermenêutica:

(...) Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do MS nº 15.415/DF (STJ – 1ª Seção – Rel. Min. Humberto Martins – julgado em 13/04/2011 – DJe de 04/05/2011), firmou o entendimento no sentido de que cumpre à Administração Pública comprovar a existência de incompatibilidade de horários em cada caso específico, não bastando tão somente cotejar o somatório de horas trabalhadas com o padrão derivado de um parecer ou mesmo de acórdão do Tribunal de Contas da União.

Seguindo esta orientação, a 3ª Seção Especializada deste Tribunal tem se manifestado no sentido de que não é razoável que a Administração Pública venha a cercear um direito garantido constitucionalmente à Autora sem qualquer apuração acerca da efetiva existência de incompatibilidade de horários dos cargos a serem exercidos.

Neste mesmo sentido, o STF, em decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso, nos autos do ARE 782170/PE, em 28/11/2014, se manifestou no sentido de que o Executivo não pode, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista em lei, de modo que, ainda que a carga horária semanal dos dois cargos seja superior ao limite previsto no parecer da AGU, deve ser assegurado o exercício cumulativo de ambos os cargos públicos (TRF2; AC 0045535-18.2016.4.02.5102, Rel. Des. GUILHERME CALMON, 6ª Turma, DJe 28/08/2017).

Posse no cargo de Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, submetido à jornada de 40 horas semanais acumulando-o com o cargo de Procurador do Estado, de natureza técnico-científica, com a mesma jornada de trabalho. Não havendo norma legal regulamentando a carga horária passível de acumulação, não pode a garantia constitucional ser afastada por mera interpretação da Administração, em parecer interno. (...) Comprovado, outrossim, nos autos a compatibilidade de horários. (TRF1; AP 00139526020094013300, Rel. Des. JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 6ª Turma, e-DJF1 10/04/2013)

O Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou algumas vezes sobre a impossibilidade de se auferir a compatibilidade de horários unicamente com base na quantidade de horas trabalhadas, confira-se:

A jurisprudência da Corte é no sentido de que a Constituição Federal autoriza a acumulação remunerada de dois cargos públicos quando há compatibilidade de horários no exercício das funções e que a existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, inciso XVI, alínea c. (STF; AgRegRE 859.484, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 2ª Turma, DJU: 12/05/2015)

(...) a administração estadual exigiu que a recorrida optasse por apenas um desses cargos, sob o fundamento de que a soma da carga horária semanal superava o limite de 65 horas (...). É lícito ao Chefe do Executivo editar decretos para dar cumprimento à lei e à Constituição. Não pode, entretanto, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista, como fez o Estado do Rio de Janeiro no presente caso, fixando verdadeira norma autônoma. (STF; RE 351.905, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJU: DJ 09/09/2005)

O Superior Tribunal de Justiça igualmente já decidiu no sentido aqui defendido, verbis:

Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que é possível a acumulação de cargos públicos, bastando tão somente que o servidor comprove a compatibilidade entre os horários de trabalho, conforme o que preceitua o § 2º do art. 118 da Lei 8.112/90. Não há falar em restrição quanto ao número total de horas diárias ou semanais a serem suportados pelo profissional, até porque a redação do retrocitado dispositivo está em harmonia com o que preconiza o art. 37, inciso XVI, da Constituição da República de 1988. (AgRg no AREsp 677.596/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 04/08/2015).

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por servidor público estadual, pleiteando a acumulação de dois cargos públicos, sendo um de professor e outro de técnico de enfermagem. No caso concreto, concluiu a Administração Pública que, com a acumulação pretendida, o impetrante ultrapassaria a jornada 60 horas semanais, o que implicaria perda de eficiência no serviço público. O art. 37, XVI, da Constituição Federal, admite a acumulação de um cargo de professor e outro de técnico ou científico, bastando, tão somente, que o servidor comprove a compatibilidade entre os horários de trabalho. Cumpra à Administração Pública demonstrar a existência de incompatibilidade de horários em cada caso específico, não bastando apenas cotejar o somatório de horas trabalhadas. Precedentes do STJ (AgRg no RMS 43.396/AP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 25/09/2014).

Também esta foi a nossa posição, na qualidade de Julgador, em caso real enviado à nossa jurisdição, *verbis*:

(...) Acolho o entendimento no sentido de que não se pode prejudicar a impetrante por mera presunção de que a realização de jornada de trabalho superior a sessenta horas compromete a qualidade do serviço prestado, uma vez que a Administração, ao longo dos dois primeiros anos em que o servidor se encontra investido no cargo público, faz, obrigatoriamente, avaliação especial de seu desempenho, por se tratar de condição para que este venha a adquirir estabilidade no serviço público.

(...)

Deve-se registrar que, de fato, por força do que dita a Súmula nº 16 do STF, não poderia a apelante ter sido impedida de tomar posse no cargo em questão - para o qual foi regularmente nomeada, após aprovação no respectivo concurso público (fls. 41 e 44/45) -, devendo o requisito da compatibilidade de horários ser aferido em âmbito interno, ao longo do procedimento administrativo devido (TRF2; AC 0027260-24.2016.4.02.5101, Rel. Des. REIS FRIEDE, 6ª Turma, DJE 17/08/2017).

O art. 37, XVI, "b", da Constituição Federal de 1988 garante a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico, desde que haja compatibilidade de horários. II. No caso em exame, o Impetrante juntou declarações comprovando a existência de compatibilidade de horários de maneira que não há que se falar em limitação da jornada de trabalho. Entendimento contrário implicaria, sem amparo legal, criar requisito adicional para a acumulação de cargos. III. Quanto à limitação imposta pelo Parecer AGU/GQ - 145, tanto o dispositivo constitucional supracitado, como o art. 118, §2º, da Lei nº 8.112/90, mencionam apenas a compatibilidade de horários, não fazendo qualquer referência à carga

horária. IV. Ademais, não se pode, por mera presunção de que a realização de jornada semanal de trabalho superior a sessenta horas comprometerá a qualidade do serviço prestado, impedir-se a acumulação em comento. (TRF2; AC 00118533220034025101, Rel. Min. REIS FRIEDE, 7ª Turma, DJE 05/06/2009)

Essa presunção somente poderá ser afastada se, no caso concreto, existirem *provas* de que o desempenho do agente público, em quaisquer dos cargos por ele exercidos cumulativamente, apresenta-se efetivamente *comprometido* pelo excesso de carga horária, posto que a norma constitucional que, excepcionalmente, admite a acumulação de cargos, é uma *norma* de abrangência *restritiva* (está restrita aos casos expressamente previstos na CRFB/88, à existência de compatibilidade de horários e à remuneração não superior ao teto).

Por se tratar de *norma restritiva*, a interpretação deve ser também *restritiva*, ou seja, não é possível ampliar as limitações previstas na norma, estabelecendo outros critérios além daqueles eleitos (legitimamente) pelo constituinte.

A esse respeito, confira-se ainda parte do teor do Acórdão nº 6475/2017, da Segunda Câmara do TCU, proferido em outubro de 2017 pelo Ministro BENJAMIN ZYMLER, verbis:

Entretanto, o TCU mudou o posicionamento jurisprudencial no sentido de que nas acumulações legais de acumulação de cargos públicos a compatibilidade de horários deve, sempre, ser apurada caso a caso. Havendo extrapolação da carga horária de sessenta horas semanais, a instância responsável pela análise da viabilidade da acumulação deve verificar, junto à autoridade hierarquicamente superior ao servidor, a qualidade e o não comprometimento do trabalho, fundamentando sua decisão e anexando ao respectivo processo administrativo a documentação comprobatória, conforme os Acórdãos 625/2011 – TCU – 2ª Câmara, Acórdão 2368/2012 – TCU – 2ª Câmara, Acórdão 1338/2011- TCU-Plenário, Acórdão 2368/2012 – TCU – 2ª. Câmara e Acórdão 1606/2012 – TCU – 1ª Câmara.

O Ministro AROLDO CEDRAZ, na prolação do Acórdão nº 1.868/2010 no Plenário do TCU, em julho de 2010, trouxe importante reflexão que igualmente se amolda ao melhor deslinde do assunto em apreciação:

(...) Deve ser acrescentado, a propósito, apenas a título de registro, já que não necessário ao caso em exame, que o Tribunal, na Sessão de 6/10/2009, ao examinar pedido de reexame interposto contra decisão que considerou ilegal ato de admissão de pessoal pelo fato de a servidora

exercer dois cargos com cargas horárias que somadas ultrapassavam a 60 (sessenta) horas semanais, decidiu acolher as conclusões do Revisor do processo, Ministro BENJAMIN ZYMLER, e dar provimento ao recurso, para tornar insubsistente a deliberação recorrida, conforme Acórdão 5.257/2009 – TCU – 2ª Câmara.

(...) Na mencionada deliberação, elastecendo-se o entendimento anteriormente firmado pela jurisprudência deste Tribunal quanto ao limite máximo de 60 (sessenta) horas para a acumulação regular de cargos públicos, ficou consignado que a licitude da acumulação de cargos não está sujeita a jornada máxima a ser exercida nos dois cargos acumuláveis, haja vista a inexistência de disposição legal nesse sentido, devendo a compatibilidade de horários ser verificada em cada caso.

Destarte, a licitude da acumulação de cargos *não está sujeita a uma jornada máxima*, haja vista a *inexistência* de disposição legal a respeito; a solução deve ser dada à luz do caso concreto.

Assim sendo, a aplicação da orientação firmada no Parecer Normativo AGU/GQ nº 145/1998, no sentido de que o limite aceito pela administração pública federal para permitir a acumulação de cargos seria de 60 horas semanais, não pode ser desprovida de uma análise aprofundada de cada caso específico, sob pena de se incorrer em distorções e interpretações enviesadas das regras constitucionais.

VI. DO REGIME DE TRABALHO DO PROFESSOR DE ENSINO SUPERIOR

Registre-se que está *excluído* da presente abordagem o caso específico do professor em regime de *dedicação exclusiva*, pois, nessa hipótese, ainda que haja compatibilidade de horários, não poderá haver acumulação, mormente considerando que o servidor nesta situação recebe um adicional a título de Dedicção Exclusiva.

Será tomado como parâmetro para este artigo, portanto, a exclusiva hipótese do professor que labora em regime de 40 horas semanais.

No entanto, cabe salientar, em necessária adição explicativa, que é permitida a acumulação de cargo de Professor em regime de dedicação exclusiva com proventos de aposentadoria de outro cargo de Professor. É intuitivo que não há incompatibilidade de horários se o servidor já se encontra aposentado em um dos cargos. Neste sentido, confira-se:

Hipótese em que a autora pretende ver reconhecido o direito de permanecer

no cargo de professora, com jornada de trabalho de 40 horas semanais, continuando a receber proventos de aposentadoria de forma integral, por ter se aposentado em outro cargo de professora, com a mesma carga horária. (...) Segundo orientação da Suprema Corte, é impertinente a exigência de compatibilidade de horários como requisito para a percepção simultânea de um provento de aposentadoria com a remuneração pelo exercício de outro cargo público. (Precedentes do Pretório Excelso: RE 547731 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe 31.07.2008 e RE 701999 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 02/10/2012, DJe 19.10.2012). (STJ; AgRg no AREsp 415.292/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, DJE 10/12/2013)

A acumulação de dois cargos de professor - um cargo inativo com outro em atividade - não viola do disposto no artigo 37, XVI, da Constituição do Brasil. Não há incompatibilidade de horários se a servidora já se encontra aposentada em um dos cargos. (STF; RE 547731 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, 2ª Turma, DJE 17/06/2008)

É firme a orientação desta Corte de que é permitida a acumulação de cargo de Professor em regime de dedicação exclusiva com proventos de aposentadoria de outro cargo de Professor. Precedentes: AgRg no AREsp. 548.537/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 5.3.2015; AgRg no RMS 30.143/SC, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU, DJe 9.8.2012 e AgRg no AgRg no REsp. 817.168/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 3.8.2011. (STJ; AgRg no RMS 35.619/SC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, DJe 27/05/2016)

VI.1. Diferença entre hora-aula e hora efetiva

Preliminarmente, é de suma importância a distinção entre *hora-aula* e *hora efetiva*.

Como se sabe, "hora" é o período de 60 (sessenta) minutos, em convenção consagrada pela civilização contemporânea. Já a definição quantitativa em minutos do que consiste a *hora-aula* é uma atribuição das Instituições de Educação Superior, desde que feita sem prejuízo ao cumprimento das respectivas cargas horárias totais dos cursos, e está referenciada às questões de natureza trabalhista e, sobretudo, remuneratória.

Destarte, embora a carga horária mínima dos cursos superiores seja mensurada em *horas efetivas* (60 minutos), tal período se refere a atividades acadêmicas e de trabalho discente efetivo, não somente (e necessariamente) em sala de aula, e, mesmo quando assim compreendidas, estas são computadas em *horas-aula* (de 50 minutos de duração).

Aliás, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (**Lei nº 9.394/96**) dispõe em seu artigo 57 que, nas instituições públicas de educação superior, o professor ficará obrigado ao cumprimento real de apenas um mínimo de *oito horas semanais* de aulas.

O Conselho Federal de Educação, órgão normativo que inclui na sua esfera de competência e de atribuições estabelecer a duração e o currículo mínimo dos cursos de ensino superior (Lei nº 4.024/61, art. 9º, parágrafo 1º, "e"), em diversos e conhecidos pronunciamentos, consagrou como duração da hora-aula o tempo de *cinquenta (50) minutos*, com um intervalo de *dez (10) minutos*, para descanso dos alunos, entre uma hora-aula e outra. Sobre as atribuições da Câmara de Educação Básica, confira-se, *verbis*:

Art. 9º As Câmaras emitirão pareceres e decidirão, privativa e autonomamente, os assuntos a elas pertinentes, cabendo, quando for o caso, recurso ao Conselho Pleno.

§ 1º São atribuições da Câmara de Educação Básica:

(...)

e) assessorar o Ministro de Estado da Educação e do Desporto em todos os assuntos relativos à educação básica;

Outrora a Portaria nº 204/45 do MEC dispunha que nos estabelecimentos que ministrassem ensino de grau superior ou médio, as aulas diurnas seriam de 50 (cinquenta) minutos, e as aulas noturnas de 40 (quarenta) minutos. No entanto, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a mesma se revela incompatível com a norma constitucional superveniente que atribui o poder normativo à Justiça do Trabalho, sendo que a derrogação alcança a dinâmica do ato, resguardados os efeitos produzidos até o momento em que ele se tornou incompatível com a norma constitucional (STF; RR nº 3.867/78, Rel. Min. COQUEIJO COSTA, 3ª Turma, DJU de 25/05/1979. No mesmo sentido: TST; RR nº 6.354/88.8, Rel. Min. JOSÉ AJURICABA, 2ª Turma, DJU, Seção I, 26/10/1990).

Por outro lado, o Decreto nº 5.773/06, que trata especificamente sobre a educação superior no sistema federal de ensino, prevê no parágrafo único do artigo 69 que o regime de trabalho docente em tempo integral compreende a prestação de *quarenta horas-aula (de 50 minutos de duração) semanais* de trabalho na mesma instituição (porém, não necessariamente com a efetiva presença do professor nas instalações físicas), *nele reservado o tempo mínimo de, pelo menos, vinte horas-aula (de 50 minutos de duração) semanais para estudos, pesquisa, trabalhos de extensão, planejamento e avaliação.*

Art. 69. O exercício de atividade docente na educação superior não se sujeita à inscrição do professor em órgão de regulamentação profissional.

Parágrafo único. O regime de trabalho docente em tempo integral compreende a prestação de quarenta horas semanais de trabalho na mesma instituição, nele reservado o tempo de pelo menos vinte horas semanais para estudos, pesquisa, trabalhos de extensão, planejamento e avaliação.

Com base nesses preceitos, o que se pode, sem muito esforço analítico, deduzir é que, se o educador foi empossado em um cargo com 40 horas semanais, não significa em absoluto que o mesmo permanecerá *todo este período* apenas dentro da sala de aula e, mais, que seu regime laboral é computado *não* com base em uma hora de 60 minutos (hora efetiva) e *sim* de uma hora-aula de 50 minutos.

Cabe às Instituições de Educação Superior, respeitado o mínimo dos duzentos dias letivos de trabalho acadêmico efetivo, a definição da duração da atividade acadêmica ou do trabalho discente concreto que compreenderá preleções, aulas expositivas, atividades práticas supervisionadas, tais como laboratórios, atividades em biblioteca, iniciação científica, trabalhos individuais e em grupo, práticas de ensino e outras atividades no caso das licenciaturas, conforme dispõe a Resolução nº 3/2007 do Ministério da Educação, *verbis*:

Art. 1º A hora-aula decorre de necessidades de organização acadêmica das Instituições de Educação Superior.

§ 1º Além do que determina o caput, a hora-aula está referenciada às questões de natureza trabalhista.

§ 2º A definição quantitativa em minutos do que consiste a hora-aula é uma atribuição das Instituições de Educação Superior, desde que feita sem prejuízo ao cumprimento das respectivas cargas horárias totais dos cursos.

Art. 2º Cabe às Instituições de Educação Superior, respeitado o mínimo dos duzentos dias letivos de trabalho acadêmico efetivo, a definição da duração da atividade acadêmica ou do trabalho discente efetivo que compreenderá:

I – preleções e aulas expositivas;

II – atividades práticas supervisionadas, tais como laboratórios, atividades em biblioteca, iniciação científica, trabalhos individuais e em grupo, práticas de ensino e outras atividades no caso das licenciaturas.

Art. 3º A carga horária mínima dos cursos superiores é mensurada em horas (60 minutos), de atividades acadêmicas e de trabalho discente efetivo.

Art. 4º As Instituições de Educação Superior devem ajustar e efetivar os projetos pedagógicos de seus cursos aos efeitos do Parecer CNE/CES nº 261/2006 e desta Resolução, conjugado com os termos do Parecer CNE/CES nº 8/2007 e Resolução CNE/CES nº 2/2007, até o encerramento do ciclo avaliativo do SINAES, nos termos da Portaria Normativa nº 1/2007.

Art. 5º O atendimento do disposto nesta resolução referente às normas de hora-aula e às respectivas normas de carga horária mínima, aplica-se a todas as modalidades de cursos – Bacharelados, Licenciaturas, Tecnologia e Seqüenciais.

Parágrafo único. Os cursos de graduação, bacharelados, cujas cargas horárias mínimas não estão fixadas no Parecer CNE/CES nº 8/2007 e Resolução CNE/CES nº 2/2007, devem, da mesma forma, atender ao que dispõe o Parecer CNE/CES nº 261/2006 e esta Resolução.

Ou seja, a presença física desse professor na Universidade é exigida apenas em média por 12 horas-aula semanais. As 28 horas-aulas restantes se referem a atividades *fora da sala de aula*, como aquelas pertinentes à elaboração e correção de provas e avaliações dos alunos, à preparação de aulas a serem ministradas e ao estudo, atualização e pesquisa dos temas a serem abordados, dentre tantas outras. Tais atividades podem ser desenvolvidas em casa, com absoluta liberdade de programação, utilizando, inclusive, os sábados, domingos e feriados.

O professor do CAHL - Centro de Artes, Humanidades e Letras da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, FABRÍCIO LYRIO, questionou, em evento da Associação dos Professores Universitários do Recôncavo (APUR), - que luta para que seja assegurado o direito à carga horária mínima de oito horas-aula em atividades de sala de aula -, a tese segundo a qual se o ensino, a pesquisa e a extensão têm o mesmo valor, por que o ensino deveria ocupar mais de um terço da carga horária, considerando que existem outras atividades desempenhadas pelos professores, que vão além das referentes à sala de aula propriamente dita (disponível em: <<https://goo.gl/tqaujp>>, acesso em 02 fev. 2018).

Sendo assim, a Advocacia Geral da União (AGU) ignorou o fato de que a carga horária dos profissionais da educação é destinada, também, para pesquisa, atendimento aos alunos, resolução de trabalhos e provas, tornando até mesmo possível o cumprimento teórico das permitidas (porém, equivocadas) 80 horas semanais, uma vez que não são cumpridas na sala de aula e no estabelecimento de ensino.

Mas, também desconsiderou (o que é mais grave ainda) que o cômputo do tempo laboral do professor é realizado em *hora-aula* (com 50 minutos de duração) e não em *hora efetiva* (com 60 minutos de duração). Assim sendo,

mesmo que um professor fosse obrigado a cumprir seu regime de trabalho de 40 horas, integralmente em sala de aula e no estabelecimento de ensino, sua carga horária efetiva seria, em termos reais, de 33 horas, o que totalizaria, em qualquer hipótese de acumulação de cargos, valor inferior a 80 horas efetivas.

Cabe esclarecer que a Administração dispõe de instrumentos que permitem o cruzamento de dados entre instituições, os quais instrumentalizam ao órgão a identificação de situações de acúmulo de cargos. Assim sendo, constatada alguma irregularidade, o órgão de vinculação do servidor é notificado, levando ao conhecimento do servidor as constatações, devendo este adotar as providências cabíveis à situação apurada e apresentar esclarecimentos, razão pela qual, também sob este prisma analítico, a limitação de carga horária, além de descabida no caso do Magistério, é flagrantemente inconstitucional.

Vale reafirmar, em tom de necessária eloquência, que, em termos reais, a carga horária real, no caso de acumulação de profissional com regime de 40 horas laborais com o cargo de professor em regime de 40 horas-aula (33 horas efetivas), somente pode ser computado (em simples soma aritmética) com as 12 horas-aula (10 horas efetivas) máximas, exigidas em sala de aula e com a presença física do professor no estabelecimento de ensino, o que totaliza, na prática, apenas 50 horas de efetivo exercício laboral presencial.

VI.2. Do Sistema Diferenciado para o Cargo de Magistério

Partindo da interpretação teleológica, que contempla o elemento finalístico da norma, ou seja, o fim para o qual ela foi elaborada, pode-se perceber que a autorização constitucional para o acúmulo de cargos de professor "*num primeiro momento, (...) pretendeu fomentar a educação no País, e, num segundo momento, ao autorizar a acumulação remunerada de um cargo de professor com outro cargo técnico ou científico (art. 37, XVI, b), visou salvaguardar a própria sobrevivência do docente, dado o baixo nível dos vencimentos (todos sabem) que os profissionais do magistério sempre auferiram no Brasil*" (VALÉRIO MAZZUOLI; WALDIR ALVES; *Acumulação de Cargos Públicos: uma Questão de Aplicação da Constituição*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 91).

Além de ser *inconstitucional* a limitação da jornada, - considerando que constitui um novo critério para a acumulação de cargos públicos previsto em ato sem força normativa suficiente para tanto -, não se apresenta minimamente razoável, sobretudo ao singular, reducionista e equivocado argumento de que o

servidor, neste caso, teria uma jornada humanamente impossível de se cumprir, haja vista que, na realidade, a acumulação no regime de 40 horas-aula, em termos de presença física no estabelecimento de ensino, não é obrigatória, além das 12 horas-aula (10 horas efetivas).

Em necessária adição argumentativa, vale repisar que, regra geral a hora-aula dos professores contabiliza 50 (cinquenta) minutos. Dita estipulação por si só já torna a jornada do servidor que exerce o magistério, diferenciada. Afora o tempo reservado para outras atividades docentes, o que está (ou deveria estar) incluído na carga horária.

Tais premissas decorrem do comando legal instituído pelo artigo 67, inciso V da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), *verbis*:

Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

(...)

V - período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho.

Em virtude disto, há professores que, apesar de possuírem carga horária de 40 (quarenta) horas-aula semanais (e da existência do comando normativo que exige apenas 12 horas-aula semanais em sala de aula e no estabelecimento de ensino), excepcionalmente, por ato voluntário, lecionam (ou permanecem no estabelecimento de ensino) em 20 (vinte) dessas horas-aula, sobrando outras 20 (vinte) horas para pesquisa, estudo, correção de provas e trabalhos, que podem ser usadas no momento mais adequado ao servidor, ficando ao seu critério escolhê-lo, totalizando um regime real laboral de 16,5 horas efetivas, que adicionadas às 40 horas semanais de sua atividade técnico-científica, somam menos de 57 horas totais.

Quanto ao restante do tempo a que está sujeito em função de seu regime laboral de 40 horas-aula (33 horas efetivas), ou seja, as demais 20 horas-aula (16,5 horas efetivas) vale reafirmar que existe a possibilidade corriqueira do servidor utilizar esse tempo restante em casa, aos sábados, domingos ou em outros dias de folga (feriados de modo geral), o que reforça a ideia da absoluta possibilidade de exercício de uma jornada cumulável, sem necessariamente se tornar desgastante fazê-la.

Ora, se a lei não estabeleceu abstrata e expressamente o limite da carga horária passível de acumulação, não pode o intérprete inovar o

ordenamento jurídico mediante a criação de uma limitação abstrata, surpreender os cidadãos destinatários da norma. Assim, pode um professor com regime de 40h semanais cumular outro cargo de professor com regime também de 40h semanais (...) (VALÉRIO MAZZUOLI; WALDIR ALVES; *Acumulação de Cargos Públicos: uma Questão de Aplicação da Constituição*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 94)

Como bem pontuou o Ministro FERNANDO EIZO ONO “o fato de a Constituição Federal limitar a oito horas diárias e 44 horas semanais a jornada laboral não autoriza a limitação de jornada a sessenta horas semanais nos casos de cumulação de cargo e emprego público, visto que a limitação a 44h semanais se refere à limitação dirigida ao empregador de exigir labor excedente em razão de uma única relação de emprego, nada dispondo sobre jornada nas hipóteses de cumulação de cargos ou empregos públicos” (TST; AIRR - 1693-31.2012.5.09.0872, Rel. Min. FERNANDO EIZO ONO, 4ª Turma, DJE 10/12/2014).

VI. 3. Da Acumulação dos Cargos de Magistério e Magistratura

É estreita, para não dizer restrita ao magistério superior, a possibilidade legal do exercício de outra atividade remunerada por integrantes da magistratura. Na Constituição Federal de 1946, a vedação aos Magistrados para o exercício de outra função era disciplinada desta forma:

Art 96. É vedado ao Juiz:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo o magistério secundário, e superior e os casos previstos nesta Constituição, sob pena de perda do cargo judiciário.

Em 1967, essa redação foi alterada, substituindo-se o artigo definido “o” pelo artigo indefinido “um”:

Art 109. Exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo um cargo de magistério e nos casos previstos nesta Constituição.

Na Constituição de 1988, essa última fórmula adotada pela Constituição de 1967 foi repetida. Com efeito, o inc. I do parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal proíbe ao magistrado, ainda que em disponibilidade, a acumulação de outro cargo ou função, salvo *uma* de magistério público, *verbis*:

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35 de 1979), na mesma linha, também prevê a mesma possibilidade restrita de acumulação, mas vai além ao exigir a *correlação de matérias* e a *compatibilidade de horários*, explicitando que é vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica, proibição na qual se inclui, intuitivamente, tais funções prestadas em estabelecimentos de ensino, *verbis*:

Art. 26. O magistrado vitalício somente perderá o cargo:

(...)

II - em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes:

a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular;

(...)

§ 1º - O exercício de cargo de magistério superior, público ou particular, somente será permitido se houver correlação de matérias e compatibilidade de horários, vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino.

§ 2º - Não se considera exercício do cargo o desempenho de função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados.

(...)

Art. 36. É vedado ao magistrado:

(...)

II - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;

Posteriormente foi expedida a Resolução nº 34, de 24 de abril de 2007, dispondo sobre o exercício de atividades de magistério pelos integrantes da magistratura nacional, *verbis*:

Art. 1º Aos magistrados da União e dos Estados é vedado o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo o magistério.

Parágrafo único. O exercício da docência por magistrados, na forma

estabelecida nesta Resolução, pressupõe compatibilidade entre os horários fixados para o expediente forense e para a atividade acadêmica, o que deverá ser comprovado perante o Tribunal.

Art. 2º O exercício de cargos ou funções de coordenação acadêmica, como tais considerados aqueles que envolvam atividades estritamente ligadas ao planejamento e/ou assessoramento pedagógico, será admitido se atendidos os requisitos previstos no artigo anterior.

§ 1º É vedado o desempenho de cargo ou função administrativa ou técnica em estabelecimento de ensino.

§ 2º O exercício da docência em escolas da magistratura poderá gerar direito a gratificação por hora-aula, na forma da lei.

§ 3º Não se incluem na vedação referida no § 1º deste artigo as funções exercidas em curso ou escola de aperfeiçoamento dos próprios Tribunais, de associações de classe ou de fundações estatutariamente vinculadas a esses órgãos e entidades.

(...)

Art. 4º A presente resolução aplica-se inclusive às atividades docentes desempenhadas por magistrados em cursos preparatórios para ingresso em carreiras públicas e em cursos de pós-graduação.

Art. 4º-A A participação de magistrados na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou membro de comissão organizadora, inclusive nos termos do art. 4º da Resolução CNJ 170/2013, é considerada atividade docente, para os fins desta Resolução. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

(...)

§ 3º A atuação dos magistrados em eventos aludidos no caput deste artigo deverá observar as vedações constitucionais relativamente à magistratura (art. 95, parágrafo único, da Constituição), cabendo ao juiz zelar para que essa participação não comprometa a imparcialidade e a independência para o exercício da jurisdição, além da presteza e da eficiência na atividade jurisdicional. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

Art. 5º Os Tribunais deverão disponibilizar em seu sítio eletrônico base de dados com as informações indicadas no art. 3º e no § 1º do art. 4º-A, acessível a qualquer interessado, consoante as determinações da Resolução CNJ 215/2015, inclusive para os fins de aferição de situações de impedimento, nos termos do art. 144, VII, do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

Parágrafo único. Caso o magistrado não reconheça seu impedimento para atuar no processo, nas hipóteses previstas nesta Resolução, a parte

interessada poderá promover a respectiva arguição nos termos da lei processual correspondente. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

Art. 5º-A As atividades de coaching, similares e congêneres, destinadas à assessoria individual ou coletiva de pessoas, inclusive na preparação de candidatos a concursos públicos, não são consideradas atividade docente, sendo vedada a sua prática por magistrados. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

Já a Resolução nº 170, de 26 de fevereiro de 2013 regulamentou a participação de magistrados em congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares, privados, *verbis*:

Art. 1º Os congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares realizados, promovidos ou apoiados pelos Conselhos da Justiça, Tribunais submetidos à fiscalização do Conselho Nacional de Justiça e Escolas Oficiais da Magistratura, estão subordinados aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de forma que o conteúdo do evento, sua carga horária, a origem das receitas e o montante das despesas devem ser expostos de forma prévia e transparente.

Art. 2º Os congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares, quando promovidos por Tribunais, Conselhos de Justiça e Escolas Oficiais da Magistratura, com participação de magistrados, podem contar com subvenção de entidades privadas com fins lucrativos, desde que explicitado o montante do subsídio e que seja parcial, até o limite de 30% dos gastos totais.

Art. 3º A documentação relativa aos congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares, quando realizados por órgãos da justiça submetidos ao Conselho Nacional de Justiça, inclusive as Escolas Oficiais da Magistratura, ficará à disposição do CNJ para controle, bem como de qualquer interessado.

Art. 4º A participação de magistrados em encontros jurídicos ou culturais, quando promovidos ou subvencionados por entidades privadas com fins lucrativos, e com transporte e hospedagem subsidiados por essas entidades, somente poderá se dar na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou organizador.

Parágrafo único. A restrição não se aplica aos eventos promovidos e custeados com recursos exclusivos das associações de magistrados.

Art. 5º Ao magistrado é vedado receber, a qualquer título ou pretexto, prêmios, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Destarte, podemos concluir que a participação de magistrados como palestrantes, conferencistas, presidentes de mesa, moderadores, debatedores ou membros de comissão organizadora, *são considerados atividade de docência*; enquanto que o serviço de *coaching* e similares, voltados à preparação de candidatos para concursos públicos, *passou a ser vedado*, conforme entendimento firmado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

No que se refere à Resolução nº 336, de 16 de outubro de 2003, cabe tecer algumas considerações. Ao disciplinar sobre o acúmulo do exercício da magistratura com o exercício do magistério no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, assim dispôs a referida norma, *verbis*:

Art. 1º Ao magistrado da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, ainda que em disponibilidade, é defeso o exercício de outro cargo ou função, ressalvado(a) um(a) único(a) de magistério, público ou particular.

No entanto, a expressão “único(a)” está com sua eficácia suspensa por força de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.126. Confira-se:

Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a Resolução nº 336, de 2.003, do Presidente do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o acúmulo do exercício da magistratura com o exercício do magistério, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. 2. Alegação no sentido de que a matéria em análise já encontra tratamento na Constituição Federal (art. 95, parágrafo único, I), e caso comportasse regulamentação, esta deveria vir sob a forma de lei complementar, no próprio Estatuto da Magistratura. 3. Suposta incompetência do Conselho da Justiça Federal para editar o referido ato, porquanto fora de suas atribuições definidas no art. 105, parágrafo único, da Carta Magna. 4. Considerou-se, no caso, que o objetivo da restrição constitucional é o de impedir o exercício da atividade de magistério que se revele incompatível com os afazeres da magistratura. Necessidade de se avaliar, no caso concreto, se a atividade de magistério inviabiliza o ofício judicante. 5. Referendada a liminar, nos termos em que foi concedida pelo Ministro em exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, tão-somente para suspender a vigência da expressão “único (a)”, constante da redação do art. 1º da Resolução nº 336/2003, do Conselho de Justiça Federal.

Merece ser transcrito o relatório do Ministro NELSON JOBIM na decisão proferida na mencionada Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.126, que de todo modo corrobora o que aqui se está defendendo, *verbis*:

Ao usar, na ressalva, a expressão 'uma de magistério', tem a CF, por objetivo, impedir que a cumulação autorizada prejudique, em termos de horas destinadas ao magistério, o exercício da magistratura. Daí a restrição à unidade ('uma de magistério'). A Constituição Federal, ao que parece, não impõe o exercício de uma única atividade de magistério. O que impõe é o exercício de atividade do magistério compatível com a atividade de magistrado. A fixação ou a imposição de que haja apenas uma 'única' função de magistério, - preconizada na Resolução (Resolução nº 336 de 2003) -, ao que tudo indica, não atende o objetivo constitucional.

A questão está no tempo que o magistrado utiliza para o exercício do magistério vis a vis ao tempo que restaria para as funções judicantes. Poderá o magistrado ter mais de uma atividade de magistério - considerando diferentes períodos letivos, etc. - sem ofensa ao texto constitucional. Impor uma única e só função ou cargo de magistério não atende, necessariamente, ao objetivo constitucional.

(...)

Ou, ainda, que um magistrado-docente, titular de um único cargo em universidade federal - professor adjunto - ministre aulas na graduação, no mestrado e no doutorado (simultaneamente). Nestas hipóteses, mesmo sendo um único cargo, ter-se-ia a burla da regra constitucional. Poderá ocorrer e, certamente, ocorre que o exercício de mais de uma função no magistério não importe em lesão ao bem privilegiado pela Constituição Federal - o exercício da magistratura. A questão é (fundamentalmente) a compatibilização de horários, que se resolve caso a caso.

(...)

Creio que a regra básica da Resolução (Resolução nº 336 de 2003) está no seu art. 2º. Este só admite o exercício da docência "(...) se houver compatibilidade de horário com o trabalho judicante." Aqui não há qualquer conflito com a Constituição Federal. Pelo contrário. A Resolução (Resolução nº 336 de 2003), neste art. 2º, instrumentaliza a regra constitucional.

Em seu voto na citada ADI, o Ministro GILMAR MENDES expôs com propriedade que, *verbis*:

A interpretação adotada por JOBIM quanto ao art. 1º é particularmente acertada. O objetivo da restrição constitucional é o de impedir o exercício da atividade de magistério que se revele incompatível com os afazeres da magistratura. O que importa, de fato, é o tempo utilizado pelo magistrado para o exercício do magistério em face do tempo reservado à atividade judicante. Um magistrado poderia assumir, por exemplo, com uma única

instituição, uma carga horária de quarenta horas-aula, enquanto outro poderia, perante duas ou três instituições diferentes, assumir atividade docente que, em sua totalidade, não exceda a vinte horas semanais. Em tese, esse segundo magistrado teria mais tempo livre para a atividade de juiz, mas essa também sequer é uma conclusão necessária.

O que importa, em suma, é saber se a atividade de magistério está, no caso concreto, inviabilizando o ofício judicante.

Dessa forma, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) referendou, por maioria, a liminar concedida pelo Ministro NELSON JOBIM, em janeiro de 2004, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.126, proposta pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) contra a Resolução nº 336/03, do Conselho de Justiça Federal (CJF). A decisão, portanto, permite ao juiz exercer mais de uma atividade de magistério, desde que compatível com o exercício da magistratura.

Devemos sublinhar, outrossim, o posicionamento do Procurador Geral do Ministério Público no Acórdão nº 1.751/2006/PlenárioTCU, quando afirma que, inexistindo prejuízo concreto às respectivas funções, a acumulação de cargos legalmente permitida, sem carga horária rígida para o fim de exercício do magistério.

No meu entender, a questão da incompatibilidade de horários deve, sempre, ser estudada caso a caso. A situação dos servidores do TRF 2ª Região ora arrolados nos autos não pode ser comparada, por exemplo, à situação de servidores de outros órgãos da administração pública que, regimentalmente, estão obrigados a cumprir jornada diária de trabalho em dois turnos (matutino e vespertino), para os quais resta somente o período noturno para atividades de magistério. (...) Todavia, este não é o caso dos servidores do TRF 2ª Região que, como afirmei acima, possuem, em regra, dois turnos por dia (matutino e noturno) para atividades externas ao Tribunal. Além disso, é notório que o regime de quarenta horas de um professor não é cumprido integralmente em sala de aula e, sendo assim, as horas complementares podem ser cumpridas a qualquer hora do dia ou da noite e em qualquer dia da semana. Com muito mais razão, eu defenderia a situação dos juizes daquele tribunal federal, pois nem mesmo possuem jornada fixa diária de trabalho, podendo desenvolver sua função judicante, inclusive, nos finais de semana, como notoriamente não é raro de se observar. O acúmulo de cargos por juizes pode ser desenvolvido sem restrições de horário, pois eles não possuem jornada semanal fixa e seus cronogramas de atividades podem ser adequados de forma a que possam destinar grande parte de seu tempo ao magistério. (...) Em reforço a essa tese, é certo que o CNJ, ao tratar dessa questão, não restringe o

desempenho da atividade de magistério por juízes a regimes de 20 horas semanais. Da mesma forma por mim ora defendida, aquele Conselho prevê que a análise da carga horária semanal deve ser examinada caso a caso, para fins de verificação da compatibilidade de horários entre as atividades em comento.

(...)

De acordo com os dispositivos acima transcritos e por todo o exposto, não se pode concluir pela irregularidade das acumulações de cargo relacionadas nos autos, nos casos em que o exercício do cargo de servidor ou de juiz do TRF 2ª Região esteja acumulado com apenas um cargo de professor, ainda que em regime de 40 horas semanais.

Assim, como consignamos alhures, a Constituição Federal não impõe uma *única* atividade de magistério, mas sim o exercício desta função compatível com a de magistrado, para impedir que a acumulação autorizada prejudique, em termos de horas destinadas ao ensino, o exercício da magistratura, sendo incontestes a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido da absoluta licitude da acumulação do cargo de Juiz com o de professor em regime laboral de 40 horas-aula, podendo o magistrado assumir, por exemplo, com uma única instituição, uma carga horária de 40 horas-aula.

VII. DA IMPORTÂNCIA DO CARGO EXERCIDO PELO PROFESSOR ALÉM DO MAGISTÉRIO

Há ainda outro ponto que merece ser considerado.

Especificamente no tocante a Faculdades/Universidades de Direito, é igualmente essencial que o corpo docente seja composto, outrossim, de profissionais que exerçam as suas funções, na prática, como Juízes, Promotores, Delegados e Advogados, e não apenas e exclusivamente por professores meramente teóricos ou acadêmicos.

É uma relação fundamental e a que todos ganham com a experiência. Afinal muitas sentenças, inquéritos, demandas servem de exemplo em sala de aula, e muitas aulas preparadas podem servir de base para um julgamento.

A experiência da prática jurídica traz indubitavelmente *uma visão multidisciplinária e uma formação metodológica hábil ao tratamento e ensino de qualquer ramo do Direito.*

Destarte, não se vislumbra *a priori* qualquer prejuízo aos alunos ou ao mestre, na acumulação do cargo público referente à área jurídica com outro de magistério, mormente considerando as especificidades que norteiam o ofício de ensinar. Tanto assim que diversos Magistrados acumulam o exercício da judicatura com a docência, inclusive submetidos ao expediente de 40 horas semanais, sem qualquer prejuízo a nenhum dos dois cargos.

Embora exista precedente do Tribunal Regional Federal inadmitindo, por exemplo, a acumulação dos cargos de Delegado Federal e professor que trabalhe sob o regime de 40 horas semanais, *data maxima venia*, faltou uma imprescindível *densidade cognitiva* no exame da questão, que, de modo superficial, simplesmente somou as cargas horárias (sem atentar às singularidades da carga horária docente, computada legalmente em horas-aula de 50 minutos e nos limites de 12 horas-aula ou 10 horas efetivas no estabelecimento de ensino) para aferir a compatibilidade de horários. Idêntico equívoco foi também cometido pelo Parecer Normativo AGU/GQ nº 145/1998, posto que não se pode olvidar que o Princípio da Isonomia significa tratar situações diferentes de modo diferente, exatamente em busca de justiça.

Portanto, entende-se que diversos objetivos serão preservados e conciliados se Juízes, Promotores, Delegados, Procuradores, Servidores e daí por diante, possam exercer o magistério, aferindo-se a compatibilidade de horários caso a caso, dos quais podemos citar:

1) o *interesse público coletivo*, pois permitirá que Juízes, Promotores, Delegados, Procuradores, Servidores e daí por diante, detentores de notória experiência, possam difundir a estudantes seus conhecimentos práticos, sem limitações de carga horária, desde que não haja incompatibilidade de horário e prejuízo às atividades exercidas em cada um dos cargos licitamente acumulados.

2) o *interesse individual dos envolvidos*, vez que lhes possibilitará o exercício de atividades práticas (magistratura e demais cargos públicos) e teóricas (magistério), as quais, ao final, se fundem e se complementam, em pleno aprimoramento do interessado, e mais importante, resultará em benefícios à sociedade que lhes remunera.

3) o *cumprimento de dispositivos legais e constitucionais aplicáveis à espécie*, considerando que, literalmente, a acumulação de cargos não se sujeita a jornada máxima, mas apenas à comprovação de *compatibilidade de horários*, desde que isso não interfira no exercício, com eficiência, dos cargos licitamente acumulados.

4) o *respeito* à “discricionariedade” e a “subjetividade” dos dirigentes a que respondem “hierarquicamente” os servidores, no sentido de que, àqueles é possível decidir, com mais propriedade, se estes estão realizando suas atribuições profissionais com zelo, dedicação, assiduidade e pontualidade, conforme previsto na legislação que rege os cargos que ocupam, a rigor de forma regular.

Revela notar que aqui não se está explanando sobre os casos de acumulação de dois cargos públicos na área da saúde, inclusive porque, nestes casos específicos o regime laboral é computado em horas efetivas e presenciais nos respectivos estabelecimentos hospitalares, em situação diametralmente diversa das hipóteses de acumulação docente. Também, resta consignar que o objetivo deste artigo reside restritivamente em defender que a *compatibilidade de horários* não pode ficar adstrita ao simples somatório de horários, e sim a situação específica de cada profissional com suas correspondentes singularidades.

VIII. CONCLUSÃO

Surgida com forma de garantir a moralidade e a eficiência no âmbito da Administração Pública, a vedação, em regra, de *acumulação de cargos* tem como objetivos resguardar o bom desempenho das atividades a serem executadas pelo servidor e garantir ao maior número possível de cidadãos habilitados para tanto o acesso aos cargos públicos.

A regra é que a acumulação de cargos é vedada. Entretanto, algumas exceções estão previstas em lei, entre as quais a acumulação de cargos de professor com outro técnico ou científico, independentemente da existência de relação das atribuições do cargo com a disciplina lecionada, desde que observada a *compatibilidade de horários*.

Verifica-se que a acumulação ilegal de cargos públicos nem sempre está sujeita à incidência da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que nos casos em que não há a comprovação do dano causado ao erário existe apenas uma situação de irregularidade. Considerando-se como regra o pressuposto de que a boa-fé do servidor é presumida, só se admitindo a existência de má-fé quando a acumulação se der de maneira que cause efetivo dano ou prejuízo à Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou sólida jurisprudência no sentido de que, havendo comprovação de que os serviços foram efetivamente prestados, não há que se falar em desvio ético capaz de ensejar a aplicação das penas da

Lei de Improbidade Administrativa. Destaque-se que ao adotar tal entendimento a Corte não está consentindo com a acumulação ilícita de cargos, pois existem outros instrumentos jurídicos à disposição da Administração para que se restabeleça a legalidade.

Por outro lado, o exame aprofundado da controvérsia nos revela diversos pontos importantes que mereceram destaque: 1) a compatibilidade prevista na norma constitucional refere-se unicamente à impossibilidade de sobreposição de jornadas; 2) a limitação das horas trabalhadas semanalmente em 60 (sessenta) horas, em caso de acumulação de cargos, é ilegal e inconstitucional, seja ante a ausência de previsão na Constituição Federal de 1988 e em Leis em sentido estrito, seja em virtude do princípio da hierarquia das normas; 3) com mais razão, tal critério de limitação da jornada semanal não poderia ser aplicado ao magistério, em virtude das especificidades da função, que é regida em regime peculiar de hora-aula com 50 minutos de duração e com exigência de menos de um terço em sala de aula e com presença física no estabelecimento de ensino.

Por toda essa sorte de considerações, conclui-se que o problema da massificação de demanda judiciais, que ocorre também na questão da acumulação de cargos por servidores públicos, são as pseudo (e, portanto, falsas) similitudes de casos que apenas aparentemente apresentam-se iguais, a exigir a mesma solução jurídica.

Destarte, é fundamental não somente a profundidade analítica, mas igualmente a densidade cognitivo-hermenêutica, especialmente em questões complexas como a acumulação de cargos públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição 1988*, 1ª ed, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, v. 4, arts. 23 a 37.
- MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. *Acumulação de Cargos Públicos: uma Questão de Aplicação da Constituição*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 34ª ed. Atual, São Paulo, Malheiros, 2008.
- SANTOS, Luan Mesan Grossmann Mendes dos. *Jurisprudência: Servidores Públicos - Acúmulo de Cargos*, disponível em: <<https://goo.gl/ZWWxeE>>, acesso em 31 jan. 2018.

CONCORRÊNCIA DESLEAL E ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Sérgio Ricardo Sá¹ e Daniel Valle²

1. INTRODUÇÃO

É forte a interface entre a propriedade intelectual e o direito da concorrência. Não à toa, respeitados doutrinadores já se debruçaram sobre os aspectos que envolvem a polêmica – e, aparentemente, conflituosa – relação entre essas áreas do Direito.

Tomando como base um espectro mais amplo que o do regramento concorrencial, a política pública de defesa da concorrência tem como pressuposto fundamental a proteção da livre competição entre agentes econômicos por meio da repressão do abuso do poder econômico, de modo a promover o bem-estar econômico e social³ (*economic welfare*)⁴.

Essa preocupação com a proteção do bem-estar dos consumidores tem sido apontada como o fim último a ser perseguido pelo direito da concorrência⁵, pois, muitas vezes, através da proteção da ‘instituição’ concorrência que o interesse consumerista será efetivamente protegido.

Nessa perspectiva, o direito antitruste exerce um papel essencial no meio da referida política, porquanto disciplina as condutas dos agentes econômicos no mercado, tendo em vista a proteção da concorrência e, conseqüentemente, da liberdade de escolha dos consumidores.

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - Advogado. E-mail: sergio.sa@lickslegal.com

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - Advogado. E-mail: valle@costaevall.com

³ Lilla, Paulo Eduardo. Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, Janeiro de 2014, p. 58.

⁴ Motta, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. Cambridge University Press, 2004, p.30.

⁵ Salomão Filho, Calixto. Direito Concorrencial – As condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.81.

Com efeito, a regulação pelas autoridades antitruste visa impedir que agentes econômicos fortaleçam e perpetuem o seu poder de mercado, seja no controle preventivo de estruturas capazes de gerar atos de concentração econômica, ou então, na frente de batalha repressiva, atuando para combater as condutas anticoncorrenciais.

Convém ressaltar que o aludido poder de mercado pode ser mensurado com base na capacidade de um agente econômico – de forma independente e indiferente aos demais concorrentes e consumidores – restringir a sua produção e impor a elevação dos preços acima do custo marginal, que seria cobrado em regra, como *benchmark*, considerando as pressões normais de um mercado amplamente competitivo.⁶

De forma lucrativa e arbitrária, a posição dominante confere ao seu titular um imenso poder econômico, suficiente para exercer influência determinante sobre a concorrência e controlar o processo de formação de preços. Tamanho impacto no volume da oferta e da procura proporciona um distinto grau de independência a um determinado *player*, em comparação aos demais agentes econômicos daquele mercado relevante.⁷

Sob a ótica da análise econômica do Direito, algumas teorias neoclássicas procuraram demonstrar que mercados competitivos oferecem melhores resultados em termos de bem-estar social do que mercados concentrados ou monopolizados.⁸

Nesse sentido, o suposto modelo da concorrência perfeita – baseado apenas nas variáveis preço e produção – se fundamenta em uma hipotética estrutura de mercado que garantiria o completo equilíbrio necessário para se alcançar a eficiência alocativa e produtiva, assim como o bem-estar agregado ou total da economia.

Segundo esse modelo, poder-se-ia afirmar que a propriedade intelectual, por conferir “monopólios” aos titulares de direitos exclusivos como forma de incentivar a inovação e criação intelectual, estaria em conflito com o direito antitruste.

⁶Cf. Lilla, Paulo Eduardo. Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS. op. cit. pg.60.

⁷Bruna, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.115.

⁸A escola neoclássica do pensamento econômico surgiu nas obras dos economistas liberais Léon Walras (1834-1910), Vilfredo Pareto (1848-1923), Carl Menger (1840-1921) e William Stanley Jevons (1835-1882). Caracterizou-se pelas suas contribuições ao conhecimento da utilidade de um bem e da sua escassez.

De fato, “um dos mais tormentosos aspectos do antitruste reside na sua interface com a propriedade intelectual, ou seja, em que medida os direitos sobre bens imateriais devem sujeitar-se às regras que visam a proteção de um mercado saudável e competitivo”⁹

Entretanto, o modelo estático não considera o papel da inovação e da concorrência por diferenciação, como fatores relevantes que conduzem à eficácia dinâmica¹⁰. Isso porque os consumidores certamente estarão dispostos a pagar mais por produtos inovadores do que por produtos obsoletos a preços mais próximos do marginal.

Sendo assim, o economista Schumpeter¹¹ abordou a concorrência como um processo dinâmico – denominado “destruição criativa” – no qual os agentes econômicos buscam constantemente a inovação e diferenciação dos produtos, de modo a garantir maiores fatias do mercado e, conseqüentemente, a obtenção de lucros extraordinários. Esse ciclo pressionaria os agentes a investirem cada vez mais, introduzindo novos produtos, contribuindo para o progresso tecnológico e científico, beneficiando o bem-estar econômico e social.

Com efeito, o poder de mercado passa a ser visto como um incentivo para que agentes econômicos invistam na criação e desenvolvimento de novos produtos e tecnologias. Assim, os preços antes considerados supracompetitivos e os lucros supranormais – na perspectiva do hipotético modelo de concorrência perfeita – são tidos como a remuneração ou recompensa pela contribuição ao progresso científico e cultural que leva ao crescimento econômico, servindo como incentivo *ex ante* para que agentes econômicos assumam os custos e riscos inerentes à inovação.¹²

Por essa razão, o poder de mercado, conquistado por meio de inovações bem-sucedidas, ainda que leve o agente econômico inovador a dominar o mercado – pelo menos durante um período limitado de tempo –, não deve ser objeto de regulação antitruste, a não ser em caso de abuso visando à manutenção desse poder de mercado e à eliminação da concorrência.

⁹Forgioni, Paula A. Os Fundamentos do antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.313.

¹⁰Maggiolino, Maria Teresa. The Economics of Antitrust and Intellectual Property Rights, in: Anderman, Steven; Ezrachi, Ariel. Intellectual Property and Competition Law: New Frontiers, Oxford University Press, 2010, p.78.

¹¹Schumpeter, Joseph A. Capitalism, Socialism and Democracy. New York: Harper Perennial Modern Thought, nova edição publicada em 2008, p. 84-85.

¹²Cf. Lilla, Paulo Eduardo. Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS. op. cit. pg.64.

Eis que, a partir dessa perspectiva dinâmica, a propriedade intelectual encontra plena convergência com o direito antitruste, em relação de complementariedade, porquanto ambos visam a eficiência econômica dos mercados por meio da concorrência por diferenciação.¹³

Todavia, ainda que sejam instrumentos complementares de estímulo à inovação e bem-estar, é equivocado e simplista negar a possibilidade de situações de conflito e tensão, o que se dá nos casos de exploração abusiva de direitos de propriedade intelectual capaz de restringir a concorrência em determinado mercado relevante.

2. BREVES ASPECTOS SOBRE A CONCORRÊNCIA DESLEAL NA ATUALIDADE

Antes de adentrar nas nuances do abuso do direito, faz-se necessário um breve apontamento a respeito de alguns aspectos sobre a questão da concorrência desleal. Esse tema possui relevância no contexto brasileiro, considerando a ausência de jurisprudência consolidada e capaz de orientar as autoridades competentes na interpretação de alguns casos concretos, que podem gerar divergências.

Cite-se, como exemplo ilustrativo, a análise de aspectos concorrenciais sobre a propriedade intelectual de entidades sem fins lucrativos, como organizações não governamentais (ONGs) ou fundações que titularizam direitos exclusivos. Um antigo precedente¹⁴ foi considerado por muito tempo como paradigma ao decidir que sem atividade empresarial não há concorrência.

¹³ “Isso significa que, em geral, as leis sobre propriedade intelectual e concorrência (ou antitruste) estão em confluência. No entanto, muitas vezes, certas políticas públicas interferem na maneira como a propriedade intelectual deveria operar normalmente, seja com o objetivo de reforçar seu papel diferenciador, ou com o objetivo de submetê-la a outros objetivos públicos, e assim diminuir esse mesmo papel. Portanto, a interface entre propriedade intelectual e concorrência não é linear. Podemos descrevê-lo como uma espécie de pirâmide de três passos. [...] diferenciação de propriedade intelectual [...] o uso de propriedade intelectual [...] propriedade intelectual atende à regulamentação do mercado. (Carvalho, Nuno Pires de. *IP and Antitrust*. Netherlands: Kluwer Law International BV, 2015, p. 03). Tradução livre.

¹⁴ (TJRS. Apelação Cível nº 586003774, 3ª Câmara Cível. Relator Desembargador Galeno Vellinho de Lacerda, j. em 23/10/1986). Vide também: “No caso sub examine, partindo-se das lições expostas, o fornecimento de recortes eletrônicos gratuitos de intimações oficiais por parte da OAB/PR aos advogados nela inscritos não se afigura concorrência desleal, uma vez que tal atividade não é exercida com intuito econômico, ou seja, não busca a OAB/PR obter lucros por meio dessa prestação de serviços. Assim, não há falar na possibilidade de aumento arbitrário dos lucros. A tese defendida pelas autoras conduz à conclusão de que todo serviço gratuito prestado pelo Estado ou seus entes aos cidadãos ou, ainda, por ONGs-Organizações Não Governamentais e outras entidade sem fins lucrativos (saúde, educação etc.), concomitantemente à sua prestação por entidades privadas, importaria violação à livre concorrência, o que seria absurdo.” (STJ. REsp 1234338, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, p. 02/08/2016).

Convém ressaltar que, a princípio, para que seja caracterizada uma eventual concorrência desleal, três requisitos são necessários: (i) concorrência, (ii) clientela e (iii) deslealdade.^{15 16}

Primeiramente, para que haja concorrência entre agentes econômicos é preciso que se verifiquem três identidades: “que os agentes desempenhem suas atividades ao mesmo tempo; que as atividades se voltem para o mesmo produto ou serviço; que as trocas entre produtos e serviços, de um lado, e a moeda, de outro, ocorram num mesmo mercado geográfico.”¹⁷

Ora, uma fundação e uma sociedade empresária não seriam concorrentes, na medida em que aquela não possui fins lucrativos e essa é uma sociedade empresária por natureza. Portanto, não há lesão possível aos parâmetros adequados da concorrência, se nem competição existe.

Assim como no desporto – campo onde as rivalidades são mais frequentes, seja pela existência de duas ou mais equipes na mesma cidade, seja pela similaridade de títulos a serem conquistados – a concorrência se caracteriza pela identidade de objetivo almejado por duas pessoas ou uma coletividade.

No que tange aos limites geográficos, nota-se que o processo de globalização reduziu as fronteiras do comércio mundial e, no século XXI, o foco repousa sobre informação, tecnologia e conhecimento. Um bem de inovação como um software é caro para desenvolver, mas barato para copiar. Dessa forma, as relações jurídicas ficam cada vez mais complexas, especialmente no ambiente da internet, tendo em vista as novas modalidades de concorrência desleal realizadas à distância, como a espionagem econômica (hacking).¹⁸

Quanto à questão da clientela: sendo uma organização de interesse público sem fins lucrativos e sem objeto empresarial, a fundação, a princípio, não pode ser considerada como detentora de clientela que pudesse vir a ser desviada por atos de concorrência desleal, causando-lhe prejuízos.

¹⁵Barbosa, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual – Tomo I. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2013, p. 449-483.

¹⁶“Para que se configure deslealdade na concorrência o parâmetro não é legal, mas fático. É preciso que os atos de concorrência sejam contrários aos “usos honestos em matéria industrial ou comercial” (Convenção de Paris, art. 10-bis) ou a “práticas comerciais honestas” (TRIPS, art. 39) - sempre apurados segundo o contexto fático de cada mercado, em cada lugar, em cada tempo.” (Barbosa, Denis Borges. A concorrência desleal, e sua vertente parasitária. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2011).

¹⁷Barbosa, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003, p. 274.

¹⁸Coelho, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial : direito de empresa /. Fábio Ulhoa Coelho. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

Aliás, o e. Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento a respeito dos pressupostos necessários para a caracterização da concorrência desleal, as vezes parasitária, no sentido de que seria necessária uma confusão de consumidores a fim de se obter vantagem ou proveito econômico.¹⁹

Justamente por essa razão, existem regras e limitações à publicidade comparativa, inclusive regulamentadas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do Conselho Nacional de Autorregulamentação – CONAR.²⁰ Embora alguns produtos sejam até semelhantes, em relação à embalagem e cor do produto, ao trade dress, ainda assim, a compra pode ser influenciada por outros fatores e vantagens comerciais distintas.

Por fim, no que tange ao requisito da deslealdade, cumpre ressaltar que tal semelhança entre produtos, contudo, pode ter sido alcançada por meios lícitos. Muitos comerciantes se opõem à fabricação de produtos semelhantes aos seus, mas não têm exclusividade sobre os mesmos.

Nesse ensejo, poder-se-ia discutir o uso de informação confidencial, à luz de quais informações gozariam de proteção no direito brasileiro. Se todas as informações necessárias poderiam ser obtidas por meio do desmonte e medição das partes dos produtos, por exemplo, certo é que nenhuma dessas informações pode ser tida como protegida por segredo de negócio.

Aliás, a simples circunstância dos produtos poderem ser fabricados por engenharia reversa já demonstra que todas as informações necessárias para sua fabricação estão no estado da arte, por força do mencionado art. 195, XI, da Lei 9.279/96.

Não há qualquer ilegalidade se a sociedade empresária tiver estrutura e capacidade técnica, bem como os equipamentos necessários para realizar o design e manufatura de protótipos, pela chamada engenharia reversa. A tecnologia necessária a esse processo não é de difícil acesso. Pelo contrário, é

¹⁹ “Para que se materialize a concorrência desleal, além de visar à captação da clientela de concorrente, causando-lhe danos e prejuízos ao seu negócio, é preciso que essa conduta se traduza em manifesto emprego de meio fraudulento, voltado tanto para confundir o consumidor quanto para obter vantagem ou proveito econômico. O propósito ou tentativa de vincular produtos à marca de terceiros, que se convencionou denominar de associação parasitária, não se configura quando inexistente ato que denote o uso por uma empresa da notoriedade e prestígio mercadológico alheios para se destacar no âmbito de sua atuação concorrencial.” (STJ, 3ª Turma, Relator Min. João Otávio de Noronha, REsp. nº 1376264, j. 04/02/2015).

²⁰ Santos Junior, Aldo Batista dos. *Publicidade Comparativa – Regras e Limitações*, São Paulo: ed. Ixtlan, 2009, p. 23.

comum que empresas a utilizem, especialmente em mercados que trabalham com produtos em domínio público.

Ademais, a teor do disposto no art. 8º da Lei 9.279/96 – Lei da Propriedade Industrial (LPI), o invento industrial pode ser definido como a solução técnica voltada à resolução de um problema técnico que, concomitantemente, satisfaz os requisitos legais da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (vide art. 8 Lei 9.279/96 – LPI).

Sendo assim, “na hipótese da solução técnica proposta não lograr satisfazer os requisitos legais mencionados, seu autor não terá qualquer direito à sua exploração exclusiva e, conseqüentemente, sua utilização econômica por concorrentes será livre”.²¹

Portanto, nota-se que casos aparentemente simples, devem ser analisados sob múltiplos enfoques e o Poder Judiciário deve se posicionar de forma firme para orientar as autoridades competentes na interpretação desses casos concretos.

3. A QUESTÃO DO ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E O SHAM LITIGATION

Passa-se, então, a analisar as implicações dos conceitos ventilados acima no que diz respeito às condutas anticoncorrenciais, a partir da exploração abusiva de direitos de propriedade intelectual.

No século XX, foram observados recorrentes casos de *patent misuse* nos quais a questão nuclear consistia em verificar se o titular de uma patente extrapolava indevidamente o monopólio conferido pelo seu título a produtos não patenteados, oferecidos como condição para a aquisição do produto patentado.²²

No Brasil, com a mudança do paradigma contemporâneo das propriedades monopolistas-excludentes, a seara da química fina passou a presenciar “uma

²¹ Grau-kuntz, Karin. Artigo disponível em: <http://ip-iurisdiction.org/tj-sp-acordao-proferido-em-15-de-marco-de-2017-no-agravo-de-instrumento-no-2205036-49-2016-8-26-0000-protacao-concorrencial-para-solucoes-tecnicas-nao-patenteaveis-quo-vadis-liberdade-de-concorre#more-197>. Acessado em: 04/09/17.

²² Vale citar como exemplo os seguintes casos: (i) *Henry v. A.B. Dick Co.*, 224 U.S. 1, 32 S. Ct. 364, 56 L.Ed. 645 (1912); (ii) *Motion Pictures Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*, 243 U.S. 502 (1917); (iii) *International Business Machines Corporation (IBM) v. United States*, 298 U.S. 131 (1936); e (iv) *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

arquitetura jurídica que permitiu os oportunismos dos atos-anticompetitivos (como a obtenção de patentes ilegítimas, os pleitos de prorrogação de patentes e as ações judiciais intentadas apenas para causar danos – *sham litigation*)”.²³

Como sabido, ao titular da patente é conferido o direito de impedir terceiros de exercerem, sem o seu consentimento, os direitos exclusivos da invenção protegida. No entanto, esse poder de excluir é limitado ao escopo da invenção protegida, de modo que a extensão da proteção conferida pela patente limita-se à solução técnica específica para um problema técnico, conforme o relatório descritivo e as reivindicações.²⁴

Denis Borges Barbosa destaca que o monopólio conferido pela patente é instrumental, já que: “a exclusividade recai sobre um meio de se explorar o mercado, sem evitar que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado.”²⁵

Atos de abuso do direito de propriedade intelectual podem ser objeto de discussão judicial e gerar a inoponibilidade de um título, registro, patente ou direito autoral. Ainda, pode servir como base para uma ação de responsabilidade civil, de reparação, bem como dar ensejo à uma ação declaratória de não infração, ou uma licença compulsória. Ademais, o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) também pode vislumbrar uma infração à ordem econômica, passível de sanção administrativa.

Nessa celeuma, os proprietários de propriedade intelectual invocam o Poder Judiciário para manter os concorrentes longe dos seus ativos diferenciadores, a fim de impor o respeito aos seus direitos exclusivos e, assim, assegurar a rivalidade e competição, e punir a cópia, o parasitismo e a desonestidade.²⁶

²³ Barbosa, Pedro Marcos. Os 20 anos de luta pelo aperfeiçoamento da Lei da Propriedade Industrial. Artigo disponível em: http://abifina.org.br/revista_facto_materia.php?id=629. Acessado em: 04/09/17.

²⁴ Lilla, Paulo Eduardo. Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, Janeiro de 2014, p. 71.

²⁵ Barbosa, Denis Borges. A Criação de um Ambiente Competitivo no Campo da Propriedade Intelectual: O Caso Sul-Americano, in: Centre for Trade and Sustainable Development, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2005, p. 20.

²⁶ “Funcionando a propriedade intelectual na promoção e preservação da diferenciação de produtos e negócios, os direitos que ela gera são naturalmente exercidos em um contexto de rivalidade empresarial. Para manter os concorrentes longe de seus ativos diferenciadores, os titulares de propriedade intelectual solicitam a assistência dos tribunais. Não há nada de errado ou imortal nisso: o tribunal interino impõe o respeito dos direitos exclusivos e, assim, assegura rivalidade e competição, e pune a cópia, parasitismo e desonestidade. Carvalho, Nuno Pires de. IP and Antitrust. Netherlands: Kluwer Law International BV, 2015, p. 337. Tradução livre.

Por outro prisma, o abuso do direito ainda pode ter uma variação processual semelhante à litigância de má-fé (art. 142 do CPC), nas hipóteses em que se veicule uma pretensão destituída de fundamentação jurídica – sem qualquer perspectiva de êxito – tendo em vista apenas o potencial prejuízo à ordem econômica ou à concorrência.

Esse abuso do direito de ação judicial, denominado “*sham litigation*” pelo Direito norte-americano²⁷, foi analisado pela primeira vez pelo CADE em 2005, no caso Siemens VDO Automotive vs. Seva Engenharia Eletrônica. Naquela oportunidade, o órgão se debruçou sobre o exercício do abuso da posição dominante por meio de ações judiciais contra medidas regulatórias, para impedir a entrada de um concorrente no mercado²⁸.

Desde então, permanecemos em um cenário de incertezas e ainda falta uma espécie de “teste” a ser estabelecido pela jurisprudência brasileira para identificar tal forma fraudulenta de acionar o Judiciário. Ou seja, quando a litigância perante o Estado seria, na verdade, um subterfúgio, com a finalidade mascarada de prejudicar um concorrente direto²⁹.

Por enquanto, a Lei 12.529/2011 (“Lei antitruste”) que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, representou um significativo avanço ao conferir amplos poderes investigativos e de julgamento de condutas anticoncorrenciais ao CADE.

O art. 36 do referido diploma procurou definir hipóteses de infração da ordem

²⁷ “O litígio é uma farsa quando, objetivamente, o pedido do demandante é infundado. Assim, o autor sabe que ele / ela perderá o caso. Em uma variação desta modalidade, o autor acredita que ele / ela pode ganhar, mas o caso dele é baseado em um fundamento inválido, e a quem inativez o autor contribuiu conscientemente. Carvalho, Nuno Pires de. IP and Antitrust. Netherlands: Kluwer Law International BV, 2015, p. 337. Tradução livre.

²⁸ De acordo com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE): “A insistência em pedido já declarado improcedente e a falta de menção ao Mandado de Segurança fracassado também demonstram má-fé da representada. O intuito de prejudicar concorrente é evidenciado por (1) inclusão da Seva no pólo passivo da Ação Ordinária, (2) ataque a novo produto desenvolvido pela Seva e homologado por autoridades competentes e (3) deixar de combater outras portarias emitidas pelas autoridades que não teriam atendido a exigências da Resolução 92/99 (sendo que, de acordo com parecer do Denatran, os problemas técnicos do tacógrafo da Seva são comuns a outros tacógrafos no mercado)”. Processo nº 08012.004484/2005-51.

²⁹ Custas judiciais ultrajantes não são desejáveis em qualquer sistema judicial organizado para melhorar um direito humano básico que seja acessar o Poder Judiciário, mas, por outro lado, também há um trade off complicado ao operar um modelo legal que permite litígios complexos de direito comercial a um custo baixo: ações frívolas e maliciosas tornam-se mais frequentes. Barbosa, Pedro Marcos Nunes. Antitrust practice in Brazil throughout the lens of intellectual property. Disponível em: https://ibpieuropa.org/?media_dl=745. Tradução livre.

econômica, tais como: “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”. No entanto, parece que ainda resta um longo percurso pela frente.

Na experiência americana, caracterizada pela maior incidência do *sham litigation*, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu dois requisitos específicos para a análise de tal conduta: (i) o abuso do direito de ação e (ii) o objetivo de prejudicar a concorrência³⁰; bem como dois métodos diferentes para averiguar tais critérios, seja por meio do chamado “*PRE test*” ou do “*Walker Process test*” – ambos aplicados em diversos países.³¹

Entretanto, em que pese o requisito do abuso do direito seja objetivo, por outro lado, a intenção de causar prejuízo a um concorrente direto é um critério subjetivo, cuja infração dependerá do seu potencial de produzir tais efeitos. Portanto, deve o Estado necessariamente se posicionar a fim de cessar as incertezas restantes e inibir a disseminação da conduta em questão no Brasil.

4. CONCLUSÃO

De fato, é turbulenta a relação entre o direito antitruste e a sua interface com a propriedade intelectual, na medida em que precisa sopesar os direitos sobre bens imateriais, à luz das regras que visam a proteção de um mercado saudável e competitivo.

A noção de mercado³² pressupõe a livre competição e a liberdade de

³⁰ Klein, Christopher C. *Anticompetitive Litigation and Antitrust Liability*. Middle Tennessee State University. Department of Economics and Finance Working Paper Series: 2007. Vide o leading case: *Professional Real Estate Investors, Inc. vs. Columbia Pictures Industries, Inc.*

³¹ O tribunal de Nobelpharma propôs uma distinção entre a aplicação da propriedade intelectual adquirida por simples omissão e a aplicação da propriedade intelectual adquirida através da fraude. No primeiro caso, seria uma questão de conduta desigual, cuja consequência seria ineficaz. No segundo caso, as consequências seriam mais severas porque envolveria uma violação antitruste (se, além da fraude, fossem demonstrados o poder de mercado e os efeitos anticompetitivos). O Walker Process só se aplicaria ao segundo caso. Seguindo a distinção proposta pela opinião da Nobelpharma, o caso YKK (Brasil) seria um caso de conduta desigual (o concorrente desonesto se comportou oportunisticamente, mas sem fraude), independentemente de qualquer poder de mercado que o autor pudesse ter. Carvalho, Nuno Pires de. *IP and Antitrust*. Netherlands: Kluwer Law International BV, 2015, p. 350. Vide o emblemático caso: *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, 382 U.S. 172 (1965). Tradução livre.

³² A disciplina das relações de conflito serve não só para garantir a igualdade de liberdade dos empresários,

concorrência é garantida a todos os agentes econômicos. Tal liberdade é protegida pela sua função de pilar do sistema econômico capitalista, caracterizado pela economia de mercado.

A seu turno, o privilégio de exploração de invento industrial garantido ao autor (traduzido na exploração econômica exclusiva de uma solução técnica voltada a resolver um problema técnico) implica, necessariamente, em uma intervenção nas liberdades dos concorrentes e na própria estrutura dos mercados, pois que tolhe temporariamente (estaticamente) a livre competição. Contudo, o invento industrial contribui (dinamicamente) para o avanço tecnológico e econômico do país, de modo que a médio prazo a intervenção nas liberdades dos concorrentes (e na própria estrutura do mercado) restará compensada pelo fomento de bem-estar social.³³

Como visto, o exame desse *trade off* entre eficiência estática e dinâmica é fundamental. Por essa razão, o poder de mercado, conquistado por meio de inovações bem-sucedidas, não deve ser objeto de intervenção antitruste, a não ser em caso de abuso desse poder visando à manutenção desse poder de mercado e à eliminação da concorrência.

Outrossim, as práticas de concorrência desleal devem ser coibidas, desde que presentes os três requisitos fundamentais, quais sejam: concorrência, clientela; e deslealdade. Dentro do contexto globalizado, a análise desses requisitos deve ser analisada sob múltiplos enfoques, além dos limites geográficos, tendo em vista, inclusive, novas modalidades de concorrência desleal realizadas à distância, como a espionagem econômica (*hacking*).

Por fim, com base nessas premissas, quanto ao abuso do direito de propriedade intelectual, percebe-se que o tema é vasto e a jurisprudência ainda encontra-se vacilante, especialmente no que se refere ao abuso de direito de ação, denominado *sham litigation*. À luz da experiência norte americana, nos falta estabelecer requisitos específicos para a análise da conduta em questão, a fim de cessar as incertezas restantes e inibir a sua disseminação no Brasil.

mas também o interesse dos consumidores, cuja proteção também beneficia a iniciativa inibidora dos “profissionais” (artigo 1469 - sexies), o que implica na disciplina da concorrência e da proteção ao consumidor, já mencionada nas páginas de Tullio Ascarelli. (Irti, Natalino. L'ordine Giuridico del Mercato. Editori Laterza, 1998, p. 48. Tradução livre).

³³ Grau-kuntz, Karin. Artigo disponível em: <http://ip-iurisdiction.org/tj-sp-acordao-proferido-em-15-de-marco-de-2017-no-agravo-de-instrumento-no-2205036-49-2016-8-26-0000-protacao-concorrencial-para-solucoes-tecnicas-nao-patenteaveis-quo-vadis-liberdade-de-concorre#more-197>. Acessado em: 04/09/17.

5. REFERÊNCIAS

- Barbosa, Denis Borges. A Criação de um Ambiente Competitivo no Campo da Propriedade Intelectual: O Caso Sul-Americano, in: Centre for Trade and Sustainable Development, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2005.
- Barbosa, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual – Tomo I. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2013.
- Barbosa, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003.
- Barbosa, Pedro Marcos. Os 20 anos de luta pelo aperfeiçoamento da Lei da Propriedade Industrial. Artigo disponível em: http://abifina.org.br/revista_facto_materia.php?id=629. Acessado em: 04/09/17.
- Barbosa, Pedro Marcos. Antitrust practice in Brazil throughout the lens of intellectual property. Artigo disponível em: https://ibpieuropa.org/?media_dl=745.
- Bruna, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- Carvalho, Nuno Pires de. IP and Antitrust. Netherlands: Kluwer Law International BV, 2015.
- Forgioni, Paula A. Os Fundamentos do antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- Coelho, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial : direito de empresa /. Fábio Ulhoa Coelho. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva,. 2011.
- Grau-kuntz, Karin. Artigo disponível em: <http://ip-iurisdiction.org/tj-sp-acordao-proferido-em-15-de-marco-de-2017-no-agravo-de-instrumento-no-2205036-49-2016-8-26-0000-protacao-concorrencial-para-solucoes-tecnicas-nao-patenteaveis-quo-vadis-liberdade-de-concorre#more-197>. Acessado em: 04/09/17.
- Irti, Natalino. L'ordine Giuridico del Mercato. Editori Laterza, 1998.
- Klein, Christopher C. Anticompetitive Litigation and Antitrust Liability. Middle Tennessee State University. Department of Economics and Finance Working Paper Series: 2007.
- Lilla, Paulo Eduardo. Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, Janeiro de 2014.
- Maggiolino, Maria Teresa. The Economics of Antitrust and Intellectual Property Rights, in: Anderman, Steven; Ezrachi, Ariel. Intellectual Property and Competition Law: New Frontiers, Oxford University Press, 2010.
- Motta, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. Cambridge University Press, 2004.
- Salomão Filho, Calixto. Direito Concorrencial – As condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- Santos Junior, Aldo Batista dos. Publicidade Comparativa – Regras e Limitações, São Paulo: ed. Ixtlan, 2009.
- Schumpeter, Joseph A. Capitalism, Socialism and Democracy. New York: Harper Perennial Modern Thought, nova edição publicada em 2008.

REPATRIAÇÃO DE ATIVOS CLANDESTINOS E ANISTIA CRIMINAL: REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E A EFETIVIDADE DA TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICO-TRIBUTÁRIA

Vlamir Costa Magalhães - Juiz Federal na 2ª Região

1. INTRODUÇÃO

“Estamos convencidos de que a incriminação da fraude fiscal constitui, num país como o nosso importante elemento de uma séria política tributária. Esse tipo de ilícito, entre nós, não ofende o mínimo ético e o cidadão não tem consciência de que o cumprimento da obrigação tributária constitui dever cívico, cuja transgressão ofende gravemente a economia pública, e, pois, interesses fundamentais da comunidade. A violação desse dever, pode apresentar-se como simples atitude passiva de descumprimento da obrigação tributária, fato adequadamente sancionado através de medidas de natureza administrativa (multa). Todavia, pode apresentar maior gravidade, quando o descumprimento da obrigação tributária se realiza através do engano e da fraude, com o emprego de meios tendentes a induzir em erro a autoridade, iludindo o pagamento do tributo. Em tais casos é imperativa a sanção penal, que existe em muitos países, de longa data.”¹

A Lei n. 13.254/2016 (com a redação dada pela Lei n. 13.428/2017) disciplinou o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT). Trata-se de programa de incentivo à repatriação de ativos que tem, como contrapartida fixada pelo artigo 5º do aludido diploma legal, a exclusão da punibilidade dos

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. O novo direito penal tributário e econômico. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/pareceres/85-artigos-e-pareceres.html>>. Acesso em: 04/12/2015.

delitos cometidos em decorrência da remessa e manutenção clandestina de tais divisas no exterior.

Dentre os crimes que, em tese, tiveram a punibilidade temporariamente excluída², encontram-se: os delitos contra a ordem tributária (artigo 1º, I, II e V e artigo 2º, ambos da Lei n. 8.137/1990), o crime de evasão de divisas (artigo 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986) e o crime de lavagem de ativos (artigo 1º da Lei n. 9.613/1998).

O presente estudo analisa a (i) legitimidade constitucional da exclusão da punibilidade dos crimes contra a ordem econômico-tributária à luz do princípio da razoabilidade e de sua vertente de vedação à proteção penal deficiente de direitos fundamentais.

2. A EMERGÊNCIA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

No tocante aos direitos fundamentais, o Direito Penal tem assumido duas funções de suma relevância. Se, por um lado, seus instrumentos sancionatórios representam restrições mais severas, em comparação com as punições previstas em outros ramos do ordenamento jurídico, por outro lado, o Direito Penal se apresenta, em determinadas circunstâncias, como a mais eficaz ferramenta de que dispõe o Estado para a proteção efetiva dos valores fundamentais mais prezados pela coletividade.

Nesse aspecto, as reflexões contemporâneas sobre os problemas vivenciados no âmbito criminal têm sido iluminadas por relevantes aportes advindos de outras searas da ciência jurídica, em especial do Direito Constitucional. Com efeito, percebe-se que o Estado vem se desprendendo da posição de adversário das liberdades, tornando-se, ao revés, um instrumento imprescindível de sua concretização. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais deixam de ser exercidos apenas contra o Estado e passam a ser efetivados por meio dele.³

² O conceito de anistia penal remete a uma espécie de esquecimento do crime por vontade do legislador, podendo o benefício ser condicionado (a condutas praticadas em determinados lapsos temporais, por exemplo) ou não. Já a noção de abolição do crime (*abolitio criminis*) é sinônimo de descriminalização ou revogação integral, por força de lei, de uma determinada figura delitiva. Nesse sentido: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de Direito Penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 659 e 663. Tendo em vista a melhor adequação ao tema em análise, o presente estudo emprega a expressão anistia para designar a exclusão da punibilidade criminal atrelada à adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), na forma do artigo 5º da Lei n. 13.254/2016.

³ ANDRADE, Vieira de. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 49/50.

Com efeito, a função estatal inerente à promoção de direitos fundamentais não é cumprida apenas por meio da organização institucional, mas induz igualmente à exigência de que a proteção de interesses constitucionais envolva a criação e manutenção eficaz de sistemas sancionatórios, isto com o fim de garantir a legítima expectativa de exercício equilibrado e igualitário das liberdades econômicas por todos os membros da sociedade.⁴

Modernamente, já não é possível desatrelar o Direito Penal do modelo de Estado constitucionalmente assumido, sendo certo que todas as discussões pertinentes à questão criminal devem manter estreita conexão com o Direito Constitucional e a teoria geral do Estado.⁵ Nesse ponto, a locução constitucionalização do Direito preconiza a projeção dos interesses constitucionalmente consagrados sobre todos os ramos do ordenamento jurídico, configurando um autêntico reflexo do hodierno movimento de revalorização do princípio da supremacia da Constituição.⁶

Com efeito, o mecanismo da filtragem constitucional, instrumento hermenêutico que alcançou notável relevância na vigente era do Direito Penal Constitucional, consiste na imposição de releitura e de readaptação da ordem jurídico-normativa sob o filtro axiológico composto pelos valores, expressa ou

⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 287.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT, 2007, p. 14.

⁶ O ponto de partida da discussão em torno do fenômeno da constitucionalização do Direito se deu na Alemanha, sendo esclarecedora a lição de Luís Roberto Barroso a respeito: “Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais, condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355. O fato citado diz respeito a Erich Lüth que, na condição de presidente do clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, Alemanha, incitava o boicote ao filme intitulado “o amante imortal”, dirigido por Veit Harlan e que teria conteúdo aparentemente anti-semita, o que justificava a ligação deste cineasta com o regime nazista. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, em primeiro grau de jurisdição, decisão favorável na qual se determinou a cessação de tal conduta. O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, fixando que o direito fundamental à liberdade de pensamento e expressão deveria fundamentar a interpretação das normas do Código Civil acerca de responsabilidade patrimonial e não o inverso. *Ibid.*, p. 355.

implicitamente, albergados na Constituição.⁷ Assim sendo, a Constituição deve ser contemplada como a primeira manifestação da política criminal do Estado e, portanto, dela deve partir toda a planificação normativa de índole penal.⁸

Diante desse novo cenário, a Constituição figura como pauta a ser observada pelo legislador penal em dois aspectos: (1) como limite ao jus puniendi, ou seja, como parâmetro de proibição de determinadas criminalizações e (2) como critério determinador da proteção jurídico-penal a determinados interesses, valores e bens de notória relevância.⁹ Destarte, o Direito Penal Constitucional apresenta-se como proposta de releitura do sistema punitivo estatal, tanto em termos dogmáticos, quanto em termos de política criminal, o que abrange, com igual vigor, o processo de elaboração, reforma e aplicação concreta das normas penais.¹⁰

⁷ Sobre o tema, eis a impressão de Paulo Ricardo Schier: “Utiliza-se a expressão ‘Filtragem Constitucional’ em virtude de que ela denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva forma e material, e assim, os seus procedimentos e valores, deve passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas. A expressão, ademais, foi utilizada pela primeira vez no Brasil, com este sentido, pelo Prof. Dr. Clemerson Merlin Clêve [...]”. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104. As premissas decorrentes deste movimento são condensadas nos seguintes termos: “(i) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição – primado da interpretação conforme; (ii) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional e (iii) salvo quando não são exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se diretamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela (...)”. *Ibid.*, p. 146.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1999, p. 135. No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt discorre sobre o tema: “Enquanto o Poder Legislativo não elaborar as necessárias e indispensáveis readaptações, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, efetuar as correções (adaptações) das leis, utilizando-se para tal dos modernos mecanismos hermenêuticos, como a interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitklärung ohne Normtextreduzierung*) e a declaração da inconstitucionalidade das leis incompatíveis com a Constituição [...]”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. V. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 56.

⁹ Eis a percepção de Luciano Feldens acerca do assunto: “[...] importa ressaltar que as conexões entre a Constituição e o Direito Penal não se reduzem ao estabelecimento, por aquela, de limitações ao direito de punir. Para além de estabelecer-se como limite material ao jus puniendi, a Constituição figura como fonte valorativa e mesmo como fundamento normativo do Direito Penal incriminador; é dizer, funciona não apenas para proibir, senão também para legitimar, e eventualmente impor, em situações determinadas ou determináveis, a proteção jurídico-penal de bens jurídicos, notadamente quando conectados à categoria dos bens ou interesses investidos de nota da fundamentalidade.” FELDENS, Luciano. *A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização dos direitos: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 854.

¹⁰ Especificamente sobre o efeito das mudanças do modelo estatal sobre a atuação judicial no campo penal, vale a reprodução do desenho evolutivo a seguir traçado: “Do Estado de Direito tout court (clássico, liberal, legalista e formalista) passamos a um Estado constitucional e democrático de Direito. A principal consequência desta transformação tinha que (naturalmente) repercutir na posição do juiz dentro do Estado de Direito: da

3. BEM JURÍDICO E DIREITO PENAL ECONÔMICO-TRIBUTÁRIO: A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL.

Poucos temas ocupam mais espaço na literatura penal atual do que a teorização em torno da ideia de bem jurídico. De um modo geral, pode-se afirmar que o conteúdo das incriminações têm, ou, ao menos, devem ter, relação direta com o modelo de Estado no qual se insere o Direito Penal. Daí o porquê de ser íntima a correlação existente entre a concepção de Estado e a teoria do Direito Penal, sobretudo no tocante à formulação da política criminal.

Em termos evolutivos, o Direito Penal liberal, também chamado de tradicional ou clássico, formado sob a inspiração do Iluminismo, entre a segunda metade do século XVIII e a primeira do século XIX, configurou um sistema normativo voltado, basicamente, para a tutela de interesses privados típicos da burguesia, então emergente, em face de ataques das camadas sociais miseráveis e das arbitrariedades do próprio Estado Absolutista.

No entanto, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, configurou-se uma espécie de ajuste de contas entre o direito, a economia, a política e a sociedade¹¹, haja vista que os textos de constituições dirigentes, segundo a expressão cunhada por Canotilho¹², transformaram-se em *locus* do novo perfil do Estado e do Direito, preocupados agora *não apenas com a proteção do indivíduo, mas também com o resguardo da comunidade a partir da contemplação de novas gerações ou dimensões*¹³ de direitos fundamentais.

Foi então que, a partir de meados da década de 1970, a noção de bem jurídico passou a abranger também, para além da proteção à liberdade e ao patrimônio

concepção puramente ‘formalista’ de juiz (juiz legalista), que não podia outra coisa senão pronunciar as palavras da lei (“la bouche qui prononce les paroles de la loi”), chega-se ao protagonismo dos juizes, que manejando os valores e princípios constitucionais que deve alcançar o sentido do justo em cada caso concreto, justificando sua decisão com critérios de razoabilidade (ou ponderação ou proporcionalidade)”. GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. Direito Penal. V. I: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

¹¹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 20.

¹² CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 27.

¹³ A utilização da expressão “gerações” de direitos fundamentais propicia a falsa noção de sucessão de uma categoria por outra, motivo que torna preferível a expressão “dimensões” de direitos fundamentais de forma a melhor espelhar a concomitância da existência e o nivelamento da importância de todas as categorias de direitos fundamentais. Há quem se refira a “direitos humanos sequenciais”. Neste sentido: BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.

individuais, a preservação de interesses titulados pela coletividade, tais como, por exemplo, o regular funcionamento da ordem econômica e o sistema de arrecadação tributária essencial ao custeio das atividades estatais exercidas em prol da coletividade.

Vale frisar que os valores enfatizados nessa nova perspectiva não constituem fruto de mera arbitrariedade¹⁴ ou de criação artificial por parte do legislador¹⁵, mas são decorrências naturais da adequação do Direito Penal à sociedade contemporânea e ao Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição. Conclui-se, portanto, em consonância com a moderna doutrina¹⁶, que o Direito Penal Econômico-Tributário tem por finalidade a proteção de bens jurídicos coletivos e fundamentais, tais como: a regularidade da arrecadação fiscal; a higidez da ordem normativa tributária; a equitativa distribuição do ônus de pagar tributos e – em derradeira, mas não menos importante perspectiva – o custeio da efetivação dos direitos sociais pelo Estado. Todos esses objetivos relacionam-se, direta ou indiretamente, com o valor constitucional da dignidade humana.

Nesse aspecto, na condição de fundamento da República Federativa do Brasil (cf. artigo 1º, III da CR/88), Luís Roberto Barroso¹⁷ destaca a face comunitária da

¹⁴ Sobre o assunto, confira-se o dizer de João Marcello de Araujo Junior: “Nos Estados Democráticos de Direito os abismos sociais devem ser eliminados e as desigualdades corrigidas. Nesse tipo de Estado proclama-se o dever dos poderes públicos de promover as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas. No Estado Democrático de Direito, a imagem abstrata do homem livre e igual é substituída pela do homem condicionado e desigual. A imagem do homem própria do Estado Democrático de Direito é a do homem situado, do homem nas suas condições concretas: do homem em seu posto de trabalho, como trabalho dependente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais; do homem como consumidor; do homem em seu ambiente. Este o motor normativo da transformação do catálogo de bens jurídicos, que experimentam os Códigos Penais [...] Assim sendo, os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais aos ‘naturais’ e ao patrimônio individual. A inserção social do homem é muito mais ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: a ordem econômica, que possui caráter supra-individual e se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais. Esse bem jurídico, entretanto, não é arbitrário, pois decorre do tipo de Estado definido nas Constituições.” ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. O Direito Penal Econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. N. 25. São Paulo: RT, janeiro-março/1999, p. 150/151.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios político-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de código penal español de 1995. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 10 e 48. No mesmo sentido: PEÑA CABRERA, Raul. El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 48.

¹⁶ Nesse sentido: MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20 e RIOS, Rodrigo Sánchez. O crime fiscal. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 50.

¹⁷ Vale transcrever a respectiva preleção: “O terceiro e último conteúdo - a dignidade como valor comunitário, também referida como dignidade como heteronomia - abriga o seu elemento social. O indivíduo em relação ao grupo. Ela traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo

noção de dignidade humana, que se encontra profundamente relacionada com a temática abordada no presente estudo ao legitimar a constrição da liberdade individual em prol da proteção do dever de solidariedade social. É na esteira desse raciocínio e fundamentado, portanto, no sentido comunitário da dignidade humana, que o ordenamento penal econômico-tributário cumpre o que, na síntese de Claus Roxin¹⁸, é denominado de função social do Direito Penal.

4. A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR NA ERA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Diante do vigente sistema constitucional, o legislador não tem em mãos um “cheque em branco” em matéria penal. Em outras palavras: o Estado Democrático de Direito não confere liberdade absoluta ao Poder Legislativo para criminalizar ou descriminalizar condutas e temas ao sabor de interesses políticos ou econômicos, – reconheça-se – nem sempre republicanos ou publicáveis nos tempos atuais. Portanto, o legislador está sujeito a balizas constitucionais ora expressas, ora implícitas, o que se traduz em limitações não apenas de índole formal (quanto ao processo de criação normativa), mas também de caráter material (no que diz respeito ao conteúdo normativo propriamente dito).

A doutrina penalista mais conservadora costuma enxergar apenas a função restritiva das normas constitucionais sobre a atividade do legislador penal,

seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida boa. O que está em questão não são escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados. Como intuitivo, o conceito de dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Em outras palavras: a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover objetivos diversos, dentre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade.” BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação, p. 27. Disponível em: <www.luistrobertobarroso.com.br>. Acesso em: 12/12/2015.

¹⁸ Eis o respectivo trecho: “Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.” ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 16/17. No mesmo sentido, Greco define os bens jurídico-penais assim chamados universais como “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional”. GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal... op. cit., p. 409.

ou seja, vislumbram-se **tão** somente os focos de proibição de criminalização. Nesse prisma, são tidas como proscritas, por exemplo, a criação de tipos penais que confrontem liberdades textualmente garantidas¹⁹, bem como medidas que estabeleçam discriminação arbitrária ou fixem um padrão obrigatório de comportamento moral²⁰, sexual, filosófico, político ou religioso. Até aqui, inexistente novidade relevante a comentar.

Porém, noutra giro, discute-se se a Constituição de 1988 impõe ao legislador deveres de incriminação em alguns temas específicos. Sobre o tema, embora não haja no texto constitucional a definição de tipos penais, o que obviamente importaria em deturpação da função específica que cabe ao constituinte, não há como deixar de reconhecer algumas cláusulas de criminalização presentes na Carta Magna em vigor. Nesse aspecto, atenta contra o princípio da supremacia constitucional o entendimento de que claros mandamentos de criminalização não teriam, na prática, caráter imperativo, eis que estariam vinculados a meros fatores históricos pontuais ou reclamos sociais momentâneos. Há, inclusive, quem afirme que as determinações expressas de criminalização refletem apenas “recados políticos”²¹, cuja inobservância não teria qualquer consequência.²²

Tal postura equivocada acaba sendo chancelada pela letargia jurisprudencial quanto ao exercício do controle de constitucionalidade sobre normas legais de cunho penal, o que é retratado nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt²³:

¹⁹ A título de exemplo histórico a ser rechaçado, cabe menção ao artigo 402 do Código Penal de 1890 (Decreto n. 847), que criminalizou a prática pública da capoeira no Brasil, o que se deu apenas dois anos após a abolição da escravidão com a edição da Lei Áurea, em 1888. Confira-se o trecho do aludido dispositivo: “Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem (...). Pena – de prisão celular por dois a seis meses.” Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 320.

²⁰ Um exemplo esdrúxulo de incriminação de comportamento apenas moralmente reprochado se deu ainda na fase imperial da história do Brasil, quando o Livro V, Título LXXXV, das Ordenações Filipinas criminalizou a prática da fofoca ao tratar “dos mexeriqueiros” em dispositivo que continha a seguinte redação: “Por se evitarem os inconvenientes, que dos mexericos nascem, mandamos, que se alguma pessoa disser á outra, que outrem disse mal delle, haja a mesma pena, assi civil, como crime, que mereceria, se elle mesmo lhe dissesse aquellas palavras, que diz, que o outro terceiro delle disse, posto que queira provar que o outro o disse.” PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 152.

²¹ Nesse sentido: PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003, p. 113.

²² Há quem reconheça a existência de expressos mandados constitucionais de penalização e, no entanto, afirme que seu descumprimento é irremediável, ou seja, não possibilita a tomada de qualquer medida. Nesse sentido, do qual, aliás, discorda-se, confira-se: FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 212.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. V. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

“O desprezo pelo controle de constitucionalidade – direto ou difuso – na seara criminal, no sistema brasileiro, beira as raias da imoralidade, na medida em que tem sido sistematicamente omitido, quando não sonogado desarrazoadamente pelo Judiciário, de primeiro e de segundo graus, postura inadmissível em um Estado Democrático de Direito. No controle direto, quem tem legitimidade para a propositura das ADIns não tem ‘interesse’ em fazê-lo, e, no controle difuso, o clamor da doutrina não faz eco nos tribunais, que, nesse particular, fazem ouvidos moucos.”

5. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE-PROPORCIONALIDADE, A TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO PENAL DEFICIENTE

O princípio da razoabilidade, também nominado de princípio da proporcionalidade²⁴, originou-se no âmbito do Direito Administrativo, ao tempo do florescimento do jusnaturalismo, com a função de limitação do poder de polícia e de coibição de medidas excessivamente restritivas de direitos fundamentais. Na Europa, o postulado foi utilizado, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, em obras germânicas relativas ao campo constitucional, o que se deu com o fim de fundamentar a reinterpretação da ordem jurídica com foco na preservação de direitos fundamentais.²⁵

No Direito brasileiro, uma parcela da doutrina o vislumbra como princípio constitucional não escrito, enquanto outra corrente, por inspiração do direito norteamericano, concebe a ideia como decorrência do devido processo legal.²⁶ Na síntese de Sarmiento²⁷, o referido postulado exige que os atos estatais devem, sob pena de invalidade: (1) ser aptos para os fins a que se destinam; (2) ser o menos gravosos possível e (3) causar benefícios superiores às desvantagens que proporcionam.

A seu turno, a teoria dos deveres de proteção consiste em construção doutrinária e jurisprudencial recentemente havida no âmbito do Direito

²⁴ Em que pese não haver consenso absoluto, as expressões razoabilidade e proporcionalidade abrigam conceitos próximos (racionalidade, justiça etc.), razão pela qual podem ser consideradas intercambiáveis. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo... op. cit., p. 258.

²⁵ TOLEDO, Suzana Barros de. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 214.

²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 235/236.

²⁷ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 90.

Constitucional, sendo dotada, porém, de notórios e importantes repercussões no Direito Penal. Destaca-se, nesse ponto, o reconhecimento da dupla face da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, que constituem, a um só tempo, fonte de faculdades individuais (aspecto subjetivo) e base legitimadora de toda a ordem jurídica (aspecto objetivo).²⁸

Como decorrência lógica dessa premissa, recaem sobre o Estado os assim chamados imperativos de tutela, ou seja, deveres indeclináveis de agir para evitar violação de interesses fundamentais. As pontuais obrigações de incriminação expressas no texto constitucional (ex.: artigo 5º, XLIII) nada mais são senão uma claras manifestações da teoria dos deveres estatais de proteção pertinentes ao campo penal²⁹, o que se verifica sem prejuízo do dever de proteção de outros bens jurídicos de índole constitucional que, mesmo tácitos, por sua essencialidade à garantia da preservação da dignidade humana e da vida pacífica em sociedade, gozam de igual e indeclinável merecimento de tutela por meio do Direito Penal.

²⁸ Acerca do surgimento da tese sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em terras germânicas, confira-se o dizer de Robert Alexy: “Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.” ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 524/525. Sobre o assunto, vale conferir a explanação de Ingo Wolfgang Sarlet: “Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu a proibição da edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais, que, sob este ângulo, atuam como normas de competência negativas. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, neste sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica. É justamente com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que a doutrina alemã entendeu que o legislador possui deveres ativos de proteção, que englobam um dever de aperfeiçoamento (*nachbesserungspflichten*) da legislação existente, no sentido de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 343/344.

²⁹ Eis a explanação doutrinária sobre a lógica da teoria dos deveres de proteção e o mandamento de proteção penal eficiente a direitos fundamentais: “O Estado, enquanto detentor do monopólio da força, veda ao particular a prática da autodefesa. Como contraparte, obriga-se a zelar pela proteção dos membros da sociedade contra as ameaças e violações advindas de outros membros. Nessa esteira, o dever de proteção torna-se uma ‘contraprestação’ do Estado em relação ao cidadão que confiou sua liberdade em troca de segurança. [...] Inicialmente, o princípio da proporcionalidade era utilizado apenas contra os excessos praticados pelo Estado (proibição de excesso), mas, diante dos mandamentos constitucionais de Estado Democrático, passa a ser obrigatório reconhecê-lo em mais extenso sentido, devendo abranger o dever de proteção eficiente (vedação da proteção deficiente) por parte do Estado no tocante às agressões advindas de terceiros contra direitos fundamentais. Estes terceiros podem ser particulares, outros Estados, mesmo pessoas jurídicas de direito privado, como empresas.” GUARANI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). Ministério Público e princípio da proteção eficiente. São Paulo: Almedina, 2016, p. 165.

A tipificação de delitos e a fixação de penas proporcionais constituem mecanismos – ainda que subsidiários – de proteção a direitos fundamentais. Sendo assim, a análise pelo Poder Legislativo quanto à criação ou revogação de tipos penais, bem como quanto à estipulação de causas de extinção da punibilidade, deve ocorrer à luz do duplo viés do princípio de razoabilidade, ou seja, abrangendo a vedação de eventual excesso criminalizante, mas, com igual vigor, a vedação de descriminalizações que venham a resultar na insuficiência da proteção estatal disposta em favor de determinados interesses essenciais.³⁰ Nesse preciso tom, mesmo reconhecendo a liberdade de conformação do legislador, tanto o Supremo Tribunal Federal³¹, quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos³² reconhecem que o princípio da proporcionalidade serve de duplo limite para a atividade legislativa em matéria penal, abrangendo, nesse ponto, a tutela dos valores fundamentais supraindividuais.³³

Nesse prisma, o Estado viola a Constituição tanto ao se omitir na elaboração de normas penais protetivas de interesses relevantes para a coletividade, quanto ao revogar a proteção normativa já estabelecida em favor de bens socialmente titulados, o que pode ocorrer na seara criminal por meio da não tipificação de condutas lesivas ou atentatórias a tais valores, pela brandura do sancionamento

³⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo Baltazar. Crime organizado e proteção de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49/74.

³¹ Confira-se o trecho da respectiva ementa: “[...] Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 104.410/Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 06/03/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/07/2017.

³² Assim restou decidido nos casos Ximenes Lopes vs. Brasil e Garibaldi vs. Brasil, julgados, respectivamente, em 04/07/2006 e 23/09/2009. Dados disponíveis em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 31/07/2017.

³³ Sobre o tema: GUARANI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). Ministério Público e princípio da proteção eficiente. São Paulo: Almedina, 2016, p. 202.

imposto e pela revogação ou suspensão da eficácia dos respectivos tipos penais. Em tais hipóteses, em coerência com as primordiais finalidades do Direito Penal Econômico-Tributário (conforme os bens jurídicos que protege³⁴), a violação ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá em detrimento da sua vertente de proibição de proteção penal deficiente.³⁵

Cabe salientar que a Constituição Federal de 1988 (nos termos dos §§ 4º e 5º, do artigo 173)³⁶ determinou que o Estado reprima o abuso do poder econômico e as infrações cometidas em face da ordem econômico-financeira, sendo este um forte indicativo da irrenunciabilidade da tutela corporificada pelo Direito Penal Econômico-Tributário.³⁷

Ainda que o constituinte não tivesse sido tão claro, reconhece-se a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização, o que se configurou a partir de construção jurisprudencial firmada por decisão da Corte Constitucional da Alemanha, proferida em 25/02/1975, a qual declarou a inconstitucionalidade da lei de reforma do Código Penal (de 18/06/1974) em relação à descriminalização do aborto, ainda que praticado durante os três primeiros meses de gestação.

³⁴ No exato dizer de Streck: “[...] a ideia de proibição de proteção deficiente invocará sempre, e inevitavelmente, o conceito de bem jurídico, pois será na necessidade do dever de proteção constitucional que o legislador ficará obrigado a atuar de forma positiva. [...] Portanto, bem jurídico já não é, sob a égide do Estado Democrático de Direito, a simples proteção contra os poderes estatais; bem jurídico também é/será o modo de proteção através do Estado.” STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição...* op. cit., p. 106.

³⁵ Sobre o tema, eis a lição de Luis Roberto Barroso: “A tipificação de delitos e a atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não-tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência. [...] Em suma: o legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá respeitar os direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência.” BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...* op. cit., p. 381.

³⁶ Relembre-se que a Constituição de 1946 também teceu determinação semelhante em vão, eis que o legislador ordinário jamais cumpriu a referida ordem constitucional. Sobre o assunto, assim se manifesta Nilo Batista: “O caráter classista da legislação penal se manifesta também na omissão ou pachorra da elaboração legislativa de crimes que podem ser praticados pelos membros da classe dominante.” BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 90.

³⁷ Sobre o tema: GRECO, Luis. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal*. In: *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 413. Esclareça-se que o princípio da proibição de proteção deficiente foi assim denominado por Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 107), nomenclatura que veio a ser posteriormente consagrada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. No mesmo sentido: SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 35.

Nessa ocasião, fixou-se a irrevogabilidade da punição ao aborto e, por conseguinte, o reconhecimento implícito da obrigatoriedade da manutenção da proteção penal sobre o direito à vida. Trata-se, portanto, de um imperativo de tutela baseado na dimensão objetiva dos direitos fundamentais (teoria dos deveres de proteção) e, em última análise, no princípio da razoabilidade sob a versão da proibição de proteção penal deficiente.

É importante fixar que o objeto de proteção do Direito Penal Econômico-Tributário é composto por uma determinada política econômica e fiscal.³⁸ Revela-se, por conseguinte, descabido restringir a finalidade da intervenção penal nessa seara à tutela do mero interesse arrecadatório.³⁹ Embora surgida como critério negativo de limitação do Direito Penal, a função de proteção de bens jurídicos tem se convertido em critério positivo⁴⁰, ou seja, determinante de decisões criminalizadoras, o que se dá em absoluta conformidade com o ideal neoconstitucionalista. Consolida-se, destarte, a legitimidade da incriminação da sonegação tributária e, pelas mesmas razões, a invalidade constitucional da descriminalização de condutas que violam a ordem econômico-tributária⁴¹, principalmente da forma descontrolada e arbitrária como vem sendo feita.

³⁸ Sobre o tema, eis a apreciação de José Maria de Castro Panoeiro: “Desde a antiguidade, as teses do Direito Penal Econômico foram compreendidas como Direito Penal de tempos de crise e um Direito Penal relacionado à repressão dos abusos do poder econômico. Contudo, no panorama contemporâneo, não parece conveniente vincular esse ramo do Direito, tal como se procedeu no contexto nas Guerras Mundiais, do século passado e muito menos aos regimes totalitários, embora estes sejam dados históricos. Parece mais coerente situá-lo no âmbito das transformações sócio-culturais e ideológicas que propiciam nova fisionomia às sociedades e, por via de consequência, aos Estados.” PANOIEIRO, José Maria de Castro. Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

³⁹ Sobre a referida interpretação restritiva da política criminal em torno da criminalidade fiscal, eis a impressão de Andrei Zenkner Smith: “Os anseios arrecadatórios do Estado globalizante vislumbraram, no Direito penal, um instrumento de prima ratio no combate à evasão fiscal. Consequentemente, interessa ao Estado muito mais recuperar os tributos sonegados do que, propriamente, prevenirem-se sonegações futuras. Ora, se esta é a política criminal adotada, então resta claro que as justificativas fornecidas pela lei tributária para o ilícito fiscal, por também estruturarem-se a partir de finalidades primordialmente arrecadatórias, devem contaminar o ilícito penal equivalente.” SMITH, Andrei Zenkner. Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 181/182.

⁴⁰ Neste diapasão, eis o dizer de Fausto Martin de Sanctis: “O que classicamente se formulou para a limitação da ação do legislador mediante o sistema de proteção de bens jurídicos converteu-se agora em uma exigência para que penalize determinadas condutas [...]”. DE SANCTIS, Fausto Martin. Direito penal tributário... op. cit., p. 22.

⁴¹ Neste sentido, confira-se a seguinte preleção: “No mundo moderno, observamos uma profunda modificação na maneira de pensar dos povos em relação à delinquência fiscal. Enquanto há alguns pares de anos, o sonegador era considerado quase um herói, hoje a consciência social o reprova de maneira extraordinária. Os povos compreenderam que é muito mais eficiente lutar contra a sonegação, do que adotar a cômoda política de combater o déficit público através da contenção de gastos. Especialmente em países como o Brasil, que vivem em permanente estado de crise econômica. A danosidade da criminalidade fiscal é mais agudamente captada pelos agentes sociais. Destaque-se ainda que o desvalor ético da sonegação é percebido por todas as camadas sociais, e não apenas por aquelas menos poderosas.” ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: RT, 1995, p. 155.

Pode-se citar, como exemplo mais gritante de irrazoabilidade vigente nessa temática, a edição da Lei n. 10.684/2003, que permitiu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo em qualquer tempo, ou seja, mesmo após eventual condenação no âmbito criminal.⁴² Trata-se de norma não apenas inconstitucional, mas imoral, eis que cria uma linha divisória entre criminosos miseráveis e os que podem pagar para se livrar da responsabilidade penal.

Fato é que o vigente tratamento privilegiado conferido à sonegação fiscal é injusto e anti-isonômico, além de contribuir para o descrédito das instituições de persecução penal e estimular o desprezo social por normas tributárias e criminais. No cenário atual, fomenta-se a crença de que o crime econômico-tributário compensa, fazendo, do magistrado, um caricato cobrador de tributos e, da denúncia, um mero carnê de cobrança.⁴³ Diante dessa lamentável realidade, pode-se afirmar que ludibriar autoridades e desdenhar da legislação fiscal continuam sendo um grande e lucrativo negócio no Brasil.

6. A VERSÃO PENAL DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A ampliação dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 (ex.: artigo 5º, §2º e 7º, *caput*) se deu com vistas à progressiva redução das desigualdades e à construção de uma sociedade livre e solidária, onde haja justiça social (conforme os artigos 3º, I e III, e 170, *caput* e incisos VII e VIII). Assim, ao instituir um Estado Social e Democrático de Direito, a Carta Magna reconheceu a jusfundamentalidade dos direitos sociais.⁴⁴

⁴² Inicialmente, o art. 34 da Lei n. 9.249/95 permitiu a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária desde que pagamento do tributo ocorresse antes do recebimento da denúncia. Posteriormente, o art. 9º, parágrafo 2º da Lei n. 10.684/2003 estabeleceu que o pagamento ou parcelamento efetuados a qualquer tempo funcionariam, respectivamente, como causas de extinção e suspensão da pretensão punitiva. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tratou de alargar ainda mais a porta da impunidade ao permitir o afastamento do castigo penal mesmo que o pagamento se dê após o trânsito em julgado da sentença condenatória (Vide a decisão proferida no HC n. 232.376, STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ: 15/06/2012). Tal aberração tem causado imensa perda de tempo e de recursos orçamentários, além de provocar a desmoralização institucional e o descrédito social em desfavor dos órgãos de persecução penal, em particular, do Poder Judiciário. Noutro giro, a infeliz mensagem que fica para a população é a de que os contribuintes que, por anos a fio, insistiram em burlar a ordem jurídica podem livrar-se da responsabilidade criminal desde que, literalmente, tenham condições de pagar por isso.

⁴³ FELDENS, Luciano. Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 199.

⁴⁴ DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 204/295.

Assim sendo, na perspectiva do princípio da vedação ao retrocesso social, implicitamente acolhido no vigente sistema constitucional⁴⁵, a norma disciplinadora ou assecuratória de direitos sociais (prestações estatais em favor da coletividade) figura como um guarda de flanco.⁴⁶ Nessa linha, considerando-se que a consecução de tais deveres prestacionais do Estado dirigidos à sociedade têm, obviamente, um custo financeiro e que a regular arrecadação tributária tem por fim precípua subsidiar o cumprimento das referidas obrigações estatais, é inafastável a conclusão de que as normas incriminadoras pertinentes ao Direito Penal Econômico-Tributário protegem, em última análise, os próprios dos direitos sociais fundamentais, sobretudo em tempos de recessão econômica e escassez generalizada de recursos públicos.

Há que se reconhecer que o recurso à incriminação para evitar o desacatamento de obrigações fiscais é legítimo e o abrandamento da repressão penal nessa quadra, seja por meio de malabarismos interpretativos, seja por inaceitáveis subterfúgios criados pelo legislador, enfraquece e põe em risco o próprio cumprimento das prestações estatais destinadas à coletividade e, em particular, aos estratos sociais mais miseráveis e carentes. Tais circunstâncias consolidam a face penal do princípio da vedação ao retrocesso social, que, portanto, tem o condão de tornar inconstitucionais atos do Poder Público que retirem ou vulnerarem a eficácia de normas (inclusive, penais) que garantam a observância de direitos fundamentais titulados pela coletividade.

É desprovida de fundamento eventual alegação de que a defesa da face penal do princípio da vedação ao retrocesso social engessaria a atividade legislativa. O repensar sobre o tamanho do Estado – abrangendo inclusive a intervenção penal para tutela do custeio de suas obrigações – continua sendo viável, desde que medidas substitutivas compensem, de forma comprovadamente efetiva ou equivalente, a norma revogada ou mitigada a fim de que não haja prejuízo, risco ou retrocesso na garantia de direitos sociais.

Por óbvio, o dinheiro público não nasce em árvores e o desfalque no pagamento de tributos provoca efeitos deletérios não somente sobre a continuidade dos serviços públicos, mas também acarreta a necessidade de elevação da carga tributária e a desigual distribuição do ônus fiscal.

⁴⁵ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 178.

⁴⁶ MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: A efetividade dos direitos sociais. GARCIA, Emerson (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 402.

Destarte, sem a garantia de mecanismos equivalentes compensatórios, atos legislativos tendentes a retirar a proteção penal estabelecida em prol de direitos sociais e dos recursos imprescindíveis à sua respectiva observância são inconstitucionais e, por conseguinte, devem ser submetidas às consequências decorrentes dessa situação, entre elas: (1) a invalidação em sede de controle abstrato de constitucionalidade por meio de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, "a" CR/88) e (2) a não aplicação da lei revogadora ou mitigadora por parte dos órgãos jurisdicionais, no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

À vista do exposto, deve ser afirmada a inconstitucionalidade da extinção da punibilidade dos crimes fiscais com base no pagamento *a posteriori* do tributo, sobretudo se tal quitação se deu após o recebimento da denúncia. Ressalte-se, ainda sobre esse ponto, a incongruência decorrente da não aplicação do mesmo tratamento privilegiado para os delitos contra o patrimônio⁴⁷, que são ontologicamente similares. Outrossim, resta evidente a frustração do fim de prevenção geral, não sendo raros os casos em que contribuintes preferem incorrer na prática criminosa ante a certeza de que tal comportamento lhes trará mais vantagens que preocupações. Considere-se também a tendência de reprodução em massa do desdém pelas normas do Direito Penal Econômico-Tributário.

7. A ANISTIA CRIMINAL NA LEI DE REPATRIAÇÃO DE ATIVOS CLANDESTINOS: UMA IRRAZOABILIDADE INCONSTITUCIONAL

Desde o surgimento da ideia de conceder a anistia criminal para fomentar a repatriação de ativos clandestinamente enviados e mantidos no exterior, algumas motivações foram prontamente lançadas na defesa dessa tese. Afirmou-se, à época, que o Brasil estaria apenas acompanhando uma tendência mundial nesse sentido, além de se beneficiar com o expressivo ingresso de divisas em momento de crise.⁴⁸ Na mesma linha, houve quem asseverasse que a internalização de estimados 100 bilhões de dólares reaqueceria a economia brasileira, além de

⁴⁷ Vide o disposto no artigo 16 do Código Penal/1940, que disciplina o instituto do arrependimento posterior, aplicável aos crimes patrimoniais comuns. Trata-se de benesse bem menos indulgente se comparada à exclusão integral da punibilidade, que, farta e frequentemente, é ofertada pelo legislador brasileiro a delinquentes dotados de poderio econômico e político. Confira-se a respectiva redação do aludido dispositivo legal: "Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços."

⁴⁸ Nesse sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Proposta para repatriação de dinheiro acompanha tendência mundial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/renato-silveira-repatriacao-dinheiro-acompanha-tendencia-mundial>>. Acesso em: 04/12/2015.

sanar a angústia de milhares de brasileiros que desejavam internalizar divisas enviadas ao exterior apenas pelo receio quanto à inflação e à instabilidade econômica do país.⁴⁹

A despeito do esforço argumentativo, as justificativas apresentadas para a anistia criminal mencionada não convenciam e não convencem.

De início, a proposição de anistia criminal pressupunha, *não se sabe* com que base, que milhares de pessoas iriam regularizar sua situação financeira-fiscal. Ocorre que a expectativa de arrecadação e de eliminação da inadimplência mostrou-se frustrada não somente pela arrecadação de valor muito abaixo da estimativa retromencionada, mas também pela persistência de débitos tributários (por parte dos contribuintes-aderentes), que já atingiram, em 07/11/2016, montante superior a 4,1 bilhões de reais.⁵⁰ Portanto, a medida supostamente compensatória revelou-se muito aquém do otimismo exacerbado, muito comum em tais propostas descriminalizadoras⁵¹, o que realça a ilegitimidade constitucional da benevolência penal do legislador na hipótese.

Nem se pode alegar que o fracasso em termos de proteção ao interesse da coletividade não era previsível. Basta lembrar a *péssima* experiência decorrente dos múltiplos programas de parcelamento tributário que vêm sendo lançados pela União Federal ao longo dos últimos anos⁵², cuja barganha atrativa é

⁴⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; NEMR, Jorge. Evasão de divisas: angústia e solução. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/08/1665062-evasio-de-divisas-angustia-e-solucao.shtml>>. Acesso em: 04/12/2015.

⁵⁰ Dados disponíveis em: <<http://istoe.com.br/arrecadacao-da-repatriacao-tem-inadimplencia-de-r-415-bi-informa-receita/>>. Acesso em: 21/07/2017.

⁵¹ Frise-se que, mesmo com a extensão do prazo inicial de adesão até 31/07/2017 e com igual oferta de anistia criminal, o programa de repatriação de ativos clandestinos voltou a frustrar as expectativas de arrecadação, atraindo apenas 1.915 pessoas (o que corresponde a 8% das adesões à versão inicial do programa). A estimativa inicial do governo acerca da nova oportunidade de regularização girava em torno da arrecadação de R\$ 12,7 bilhões, entre tributos e multas, sendo posteriormente minorada para R\$ 2,9 bilhões e, agora, nem mesmo esse valor será atingido, o que teria justificado a recente elevação de tributos sobre combustíveis. Cf. dados disponíveis em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/08/1906546-menos-de-2-mil-contribuintes-aderiram-a-segunda-repatriacao-diz-receita.shtml>>. Acesso em: 03/08/2017.

⁵² Referência às sucessivas edições do assim chamado REFIS, sigla que denominou o primeiro programa de parcelamento tributário, lançado em 2000. Eis o histórico das edições do REFIS: (1) REFIS 1 - Programa de Recuperação Fiscal instituído pela Lei n. 9.964/2000, que se destinava a promover a regularização dos créditos da União Federal, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000; (2) REFIS 2 - oficialmente chamado de “PAES”, esse programa foi instituído pela Lei n. 10.684/2003 para estabelecer o parcelamento especial, em até 180 meses, para todos os débitos para com a Fazenda Nacional (SRF e PGFN), constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União Federal, vencidos até 28 de fevereiro de 2003; (3) REFIS 3 - oficialmente chamado de “PAEX”, esse programa

sempre ofertada em termos de anistia penal, contribuindo-se, assim, para o agravamento da *já comentada* inefetividade da persecução dos crimes contra a ordem tributária.

Como já demonstrado, o histórico da relação entre o Direito Penal e o Direito Tributário-Financeiro no Brasil é permeado por sucessivos e infindáveis benefícios concedidos a indivíduos que violam, de forma, não raras vezes, contumaz, as obrigações legalmente dispostas, sem que as sempre esperadas contrapartidas arrecadatórias ou de alinhamento ao ordenamento jurídico se verifiquem.

Diante desse quadro, a anistia criminal inserida na regulamentação da repatriação de ativos – em suas duas versões legais já editadas e possíveis outras vindouras – parece não corresponder, ao contrário do que apregoa um parcela da doutrina⁵³, ao seguimento dos primados da Análise Econômica do Direito (o chamado movimento *Law & Economics*), nos termos propostos por organismos internacionais ou pelo exemplo de outros países. A política de *sticks and carrots* (chicotes e cenouras, em tradução literal, ou castigo e estímulo) pressupõe que, em algum momento, o castigo (penal) seja ou tenha sido efetivo, o que não se verifica na realidade brasileira. A citada relação normativa é, historicamente, de mão única, ou seja, caracterizada por benesses legais que fluem, em termos pragmáticos, apenas para um lado, qual seja o da imunização de criminosos econômico-tributários.

Se, de fato, foi o medo da instabilidade econômica que levou “milhares de

foi instituído pela Medida Provisória n. 303/2006, que estabeleceu o parcelamento de débitos em até 130 prestações mensais e sucessivas para os débitos de pessoas jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003; (4) REFIS 4 - também apelidado de “REFIS da Crise” e “REFIS da Copa”, esse programa foi instituído pela Lei n. 11.941/2009 (conversão da MP n. 449/2008), que permitia o parcelamento da dívidas tributárias federais vencidas até 30 de novembro de 2008. O prazo de adesão ao programa de parcelamento do “REFIS da Crise” foi reaberto até 31.12.2013 pelo artigo 17 da Lei 12.865/2013. Posteriormente, criaram-se mais 3 prazos de adesão ao longo do ano de 2014; (5) REFIS das Autarquias e Fundações - programa criado pelo artigo 65 da Lei n. 12.249/2010, que estipulou o parcelamento dos débitos administrados pelas autarquias e fundações públicas federais e os débitos de qualquer natureza, tributários ou não tributários, com a Procuradoria-Geral Federal; (6) REFIS dos Bancos – programa instituído pelo artigo 39 da Lei n. 12.865/2013, que tratou do parcelamento de débitos do PIS e COFINS em até 60 parcelas, com descontos de multa e juros e, por fim, (7) REFIS dos Lucros no Exterior - programa instituído pelo artigo 40 da Lei n. 12.865/2013, que tratou do parcelamento de débitos do IRPJ e CSLL de lucros oriundos no exterior, em até 120 parcelas, com descontos de multa e juros. Dados disponíveis em: <<http://www.portaltributario.com.br/guia/refis.html>>. Acesso em: 04.12.2015. Sustentando a inconstitucionalidade da extinção da punibilidade de crimes fiscais pelo pagamento do tributo: STRECK, Maria Luiza Schäfer. Direito penal e Constituição... op. cit., p. 153.

⁵³ Nesse sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômico e direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 124.

cidadãos brasileiros angustiados⁵⁴ a remeterem patrimônio para o exterior, o que os levaria a trazer de volta tais recursos no atual momento econômico do Brasil? Ou será que o mero afastamento da ameaça penal teria o condão de encorajar tais indivíduos a cumprir de deveres fiscais desprezados por anos a fio?

Não se pode esquecer que o diploma legal em comento *não obriga* os contemplados pela anistia criminal a reinvestirem os recursos ocultados no mercado interno ou em qualquer atividade produtiva – e nem poderia fazê-lo de forma juridicamente válida. Bastará, portanto, a mera declaração espontânea da propriedade sobre o patrimônio, que, dessa forma, poderá permanecer aplicado até mesmo nos países assim chamados de “paraísos fiscais”. Portanto, o esperado reaquecimento da economia revelou-se como outra inverdade utilizada como argumento de manutenção da impunidade de criminosos do colarinho branco.

Noutro giro, a remessa de recursos para o exterior demanda profundo conhecimento acerca do mercado financeiro internacional, bem como a imprescindível colaboração de terceiros (profissionais e instituições), além de um patrimônio de alto valor e razões para ocultá-lo. Será que havia mesmo milhares de brasileiros nessa peculiaríssima condição a ponto de justificar a elaboração – diga-se: com invulgar rapidez – de uma lei para socorrê-los? Em sentido contrário, a atual situação político-econômica do Brasil permite bem exergar que os sucessivos pacotes de bondades – tributárias e penais – têm atendido, isso sim, a megadevedores contumazes que logram influir nas mais altas esferas da República e legislar em causa própria.⁵⁵

É importante frisar que não se ignora a utilidade do instituto da anistia criminal para a pacificação de algumas situações em determinados momentos históricos. No entanto, tal fenômeno deve ser amparado em amplo consenso social para que possa, legitimamente, afastar a força obrigatória da norma penal em prol de valores verdadeiramente mais relevantes, o que está longe de se verificar na hipótese.

Destaque-se, por fim, que, diante da redação do artigo 5º, § 1º da Lei n.

⁵⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; NEMR, Jorge. Evasão de divisas... op. cit, p. 01.

⁵⁵ À guisa de ilustração, cite-se o fato de que o atual relator da medida provisória que se encontra em apreciação no Congresso Nacional e que tratará de mais uma versão do REFIS, o Deputado Newton Cardoso Filho, tratou de ampliar, em prol de inadimplentes, o pacote de benesses que já constava no texto original, fazendo com que, se aprovado, fosse gerado um prejuízo aos cofres públicos da ordem de dez bilhões de reais. O dado inusitado dessa iniciativa fica por conta do fato de que o referido parlamentar-relator é sócio de empresas que devem à União Federal mais de cinquenta milhões de reais em tributos. Cf. dados disponíveis em: Jornal O Globo, p. 38, de 13/08/2017.

13.254/2016, após aderir formalmente ao malsinado Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), o candidato a anistiado terá, ainda assim, bastante tempo (até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória) para pensar se vai mesmo abandonar a clandestinidade e cumprir suas obrigações fiscais ou se vai continuar apostando na prescrição ou em qualquer outra possível causa (quem sabe uma nova lei benevolente) que aniquile a possibilidade de punição criminal. Tais circunstâncias embasam a realidade de que a lei em comento neste estudo foi elaborada não para auxiliar cidadãos desejosos de reconciliação com o ordenamento jurídico, como se tentou argumentar, mas sim para privilegiar criminosos dotados de poder econômico e político, o que se dá de forma irrazoável e, por conseguinte, inconstitucional.

CONCLUSÃO

“Entre nós o direito penal tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que povoam nossas prisões horríveis e que constituem a clientela do sistema. A estrutura geral de nosso direito punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa inteiramente acima da lei os que têm poder econômico ou político, pois estes se livram com facilidade [...]”⁵⁶

Em que pese o fato de terem sido lançadas há décadas, as impressões de Fragoso sobre a criminalidade econômico-tributária permanecem, lamentavelmente, atualíssimas no Brasil.

Noutro giro, se, por tradição, a norma tributária é socialmente rejeitada⁵⁷, por outro lado, o tributo vem se configurando, na ilustração de Ricardo Lobo Torres⁵⁸, como o preço da liberdade. Historicamente, a consciência da sociedade brasileira não reconhecia a sonegação fiscal como ilícito, sendo a penalização vista como uma hipótese excepcional de prisão por dívida, o que se reflete, ainda hoje, na escassa imposição concreta de sanções penais – mais raramente ainda, penas

⁵⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios, p. 03. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>>. Acesso em: 12/12/2015.

⁵⁷ A altíssima carga tributária brasileira e os inúmeros episódios criminosos de desvios de recursos públicos contribuem, inegavelmente, para a referida rejeição, o que não afasta a razoabilidade do reconhecimento do dever de solidariedade inerente ao pagamento de tributos. Sobre o tema, vale a transcrição da preleção de Marcus Abraham: “Um dever em favor de si mesmo, como cidadão contribuinte e elemento integrante de uma coletividade que lhe oferece toda uma estrutura para conduzir sua vida e sobrevivência com harmonia, liberdade e satisfação. O dever de pagar tributos é o preço deste sistema.” ABRAHAM, Marcus. O planejamento tributário e o direito privado. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59.

⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação da Capacidade Contributiva e dos Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). Direito Tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 432.

privativas de liberdade – quanto aos crimes praticados em detrimento da ordem econômico-tributária.⁵⁹

Ocorre que a secular complacência social com malfeitos envolvendo tributos ou o produto de seu pagamento (ex.: sonegação, desvio de recursos públicos e irresponsabilidade fiscal dos governantes) vêm sendo, se não erradicada, ao menos combatida na cultura brasileira, o que se dá no contexto de um amadurecimento, republicano e democrático, por meio do qual passa a ser reconhecida a importância do princípio da solidariedade social. Nesse ponto, a emergência da noção de cidadania fiscal fomenta uma maior participação de toda a sociedade nas discussões ligadas à justiça tributária, tanto em seu viés negativo (no tocante à limitação da carga fiscal), quanto em seu viés positivo (no tocante ao reconhecimento do dever fundamental de pagar tributos).⁶⁰

A crítica sobre a intervenção penal para resguardo da ordem jurídico-tributária é frequentemente baseada na genérica afirmação de fracasso do Direito Penal na contenção da sonegação fiscal.⁶¹ Entretanto, em que pese ter o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo⁶², o número de presos ou condenados por crimes econômico-tributários é *tão insignificante que sequer é digno de registro* nos dados estatísticos existentes. Logo, ao menos quanto à realidade pátria, mostra-se desprovida de fundamentação empírica qualquer conclusão sobre o fracasso do Direito Penal no combate à delinquência econômico-tributária.

Os crimes contra a ordem tributária permanecem sendo um faz-de-conta em nosso país. São tipos penais que existem apenas formalmente, eis que *não* são aplicados de forma concreta, o que impede qualquer análise séria sobre sua utilidade e eficácia.⁶³ Tais tipos penais necessitam, na verdade, de imunização frente ao boicote a que são sistematicamente submetidos, ora pelo legislador,

⁵⁹ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de direito tributário. 4. ed. São Paulo: IBDT, 1976, p. 177.

⁶⁰ ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 53.

⁶¹ Mesmo ante sucessivos fracassos em termos de realidade empírica, uma parcela da doutrina insiste em defender a eficácia social da oferta legal de extinção da punibilidade de crimes econômico-tributários em troca da elevação da arrecadação fiscal. Sobre o tema, sustentando a legitimidade do equívoco retronarrado: MASI, Carlo Velho. Criminalidade econômica e repatriação de capitais: um estudo à luz da política criminal brasileira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 396.

⁶² Em junho de 2014, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça, divulgou o levantamento nacional de informações penitenciárias e revelou que o Brasil tinha um total de 607.731 pessoas presas, ocupando a quarta posição mundial em população carcerária, atrás apenas de EUA, China e Rússia. No entanto, o mesmo relatório demonstra que os crimes contra a ordem tributária e os crimes econômicos em geral sequer aparecem no referido registro estatístico dominado pelos tipos penais referentes ao tráfico de entorpecentes (27% dos presos), ao roubo (21%) e ao homicídio (17%). Dados disponíveis em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>>. Acesso em: 07/12/2015.

⁶³ Dai o descabimento da afirmação de que os crimes contra a ordem tributária têm “pouca utilidade prática”. MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16.

ora pela jurisprudência. Uma vez efetivados em sua integralidade, ai sim uma conclusão digna de credibilidade poderá ser alcançada.

Aliás, modernos estudos têm defendido que a certeza do sancionamento penal produz considerável efeito dissuasório, sobretudo diante da criminalidade econômica, cujo perfil é sabidamente utilitarista e racional. Nesse aspecto, revela-se adequada a aplicação da chamada teoria dos “3 esses” (em referência à expressão “*short, shock and sharp*”⁶⁴), que preconiza que, sem prejuízo do emprego de sanções pecuniárias e restritivas de direitos para infrações de pequena monta⁶⁵, a pena privativa liberdade mostra-se razoável e adequada no enfrentamento da delinquência econômica de grande porte, desde que a sanção citada seja qualificada pela curta duração, pela irredutibilidade (descabimento de medidas mitigadoras ou substitutivas) e, acima de tudo, pela inexorabilidade (certeza de sua aplicação).

Sobre o tema, mais uma vez, é inarredável reconhecer a subsistente atualidade do pensamento de Fragoso⁶⁶:

“Tem-se dito, com razão, que os homens de negócio temem particularmente a pena criminal e que, em relação a este tipo de delinquentes, a intimidação da pena seria muito mais eficiente, porque afeta a reputação, e, conseqüentemente, o crédito e a prosperidade dos negócios. A Criminologia Radical tem insistido na necessidade de dirigir o potencial repressivo do Estado precisamente contra os que integram a classe dominante, sendo beneficiários de uma ordem sócio-econômica desigual, estabelecida exatamente para protegê-los.”

Por todo o exposto, crê-se que a anistia criminal concedida pelo artigo 5º da Lei n. 13.254/2016 viola o princípio constitucional implícito da razoabilidade-proporcionalidade porque: (1) afronta a vedação à proteção penal deficiente de direitos fundamentais e a vedação de retrocesso na proteção penal a interesses sociais; (2) contribui para a perpetuação da impunidade que privilegia delinquentes do colarinho branco; (3) desestimula cidadãos honestos quanto ao cumprimento de obrigações fiscais e, em última análise, (4) causa descrédito à atuação igualitária e efetiva da Justiça Criminal do Brasil.

⁶⁴ Sobre o tema, confira-se: ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. O direito penal econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. Número 25. São Paulo: RT, janeiro-março/1999, p. 143.

⁶⁵ ALVARENGA, Aristides Junqueira. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). Crimes contra a ordem tributária. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 57.

⁶⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios, p. 04. Texto disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>>. Acesso em 12/12/2015.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. O planejamento tributário e o direito privado. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- _____. Curso de direito financeiro brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). Crimes contra a ordem tributária. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 52/63.
- ANDRADE, Vieira de. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: RT, 1995, p. 155.
- _____. O direito penal econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. N. 25. São Paulo: RT, janeiro-março/1999, p. 142/156.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo Baltazar. Crime organizado e proteção de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. 39 p. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em: 12/12/2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Especial. V. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; NEMR, Jorge. Evasão de divisas: angústia e solução. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/08/1665062-evasao-de-divisas-angustia-e-solucao.shtml>>. Acesso em: 04/12/2015.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- DESANCTIS, Fausto Martin. Direito penal tributário: aspectos relevantes. Campinas: Bookseller, 2005.
- DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- FELDENS, Luciano. Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 199.
- _____. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). A constitucionalização dos direitos: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 831/856.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: RT, 2007.
- FILETI, Narbal Antônio Mendonça. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. O novo direito penal tributário e econômico. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/pareceres/85-artigos-e-pareceres.html>>. Acesso em: 04/12/2015.
- _____. Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>>. Acesso em: 12/12/2015.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. Direito Penal. V. I: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007.
- GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: Novos Rumos do direito penal contemporâneo. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. SCHMIDT, Andrei Zenkner Schmidt (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 401/426.
- GUARANI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). Ministério Público e princípio da proteção eficiente. São Paulo: Almedina, 2016, p. 151/172.
- _____. Princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). Ministério Público e princípio da proteção eficiente. São Paulo: Almedina, 2016, p. 173/206.
- MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: A efetividade dos direitos sociais. GARCIA, Emerson (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MASI, Carlo Velho. Criminalidade econômica e repatriação de capitais: um estudo à luz da política criminal brasileira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios políticocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de código penal español de 1995. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 07/20.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de direito tributário. 4. ed. São Paulo: IBDT, 1976.
- PANOEIRO, José Maria de Castro. Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

- PASCHOAL, Janaína Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo. São Paulo: RT, 2003.
- PEÑA CABRERA, Raul. El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). Revista Brasileira de Ciências Criminas. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 36/49.
- PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- RIOS, Rodrigo Sánchez. O crime fiscal. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.
- ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____; FELDENS, Luciano. O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Proposta para repatriação de dinheiro acompanha tendência mundial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/renato-silveira-repatriacao-dinheiro-acompanha-tendencia-mundial>>. Acesso em: 04/12/2015.
- _____; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de Direito Penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- STRECK, Maria Luiza Schäfer. Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 104.410/Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 06/03/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/07/2017.
- TOLEDO, Suzana Barros de. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação da Capacidade Contributiva e dos Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). Direito Tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 430/456.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1999.

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/>

