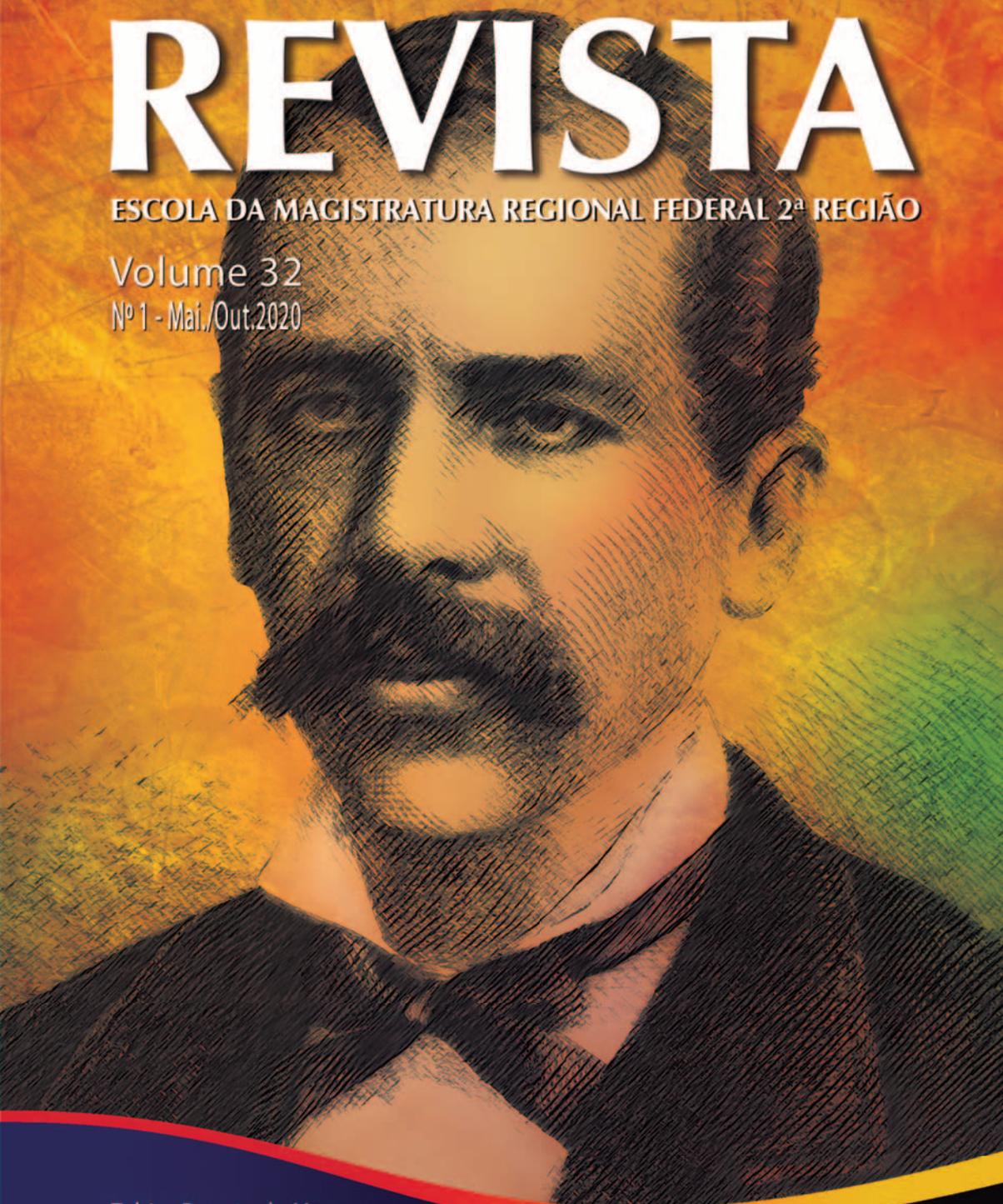


REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 32

Nº 1 - Mai./Out.2020



Tobias Barreto de Meneses
Jurista

**EMARF**



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 32
Mai./Out.20

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 2019 - volume 32, n. 1
(mai./out.20)

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 Sergio Schwaitzer

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

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Theophilo Antonio Miguel Filho

EQUIPE DA EMARF

Roque Bonfante de Almeida - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

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

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Pedro Mailto de Figueredo Lima

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

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 Dyrlund, 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 REIS FRIEDE

Vice-Presidente

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Corregedor-Geral

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

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 ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

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 DESJUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO CONTROLE DA TUTELA DE SAÚDE INDIVIDUAL E FORMA DE OTIMIZAÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	11
Albertina Maria Anastácio	
EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS: REPERCUSSÃO SOBRE O CONSUMIDOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	55
Caroline Medeiros e Silva	
A ABUSIVIDADE DA TARIFA DINÂMICA PRATICADA PELO UBER.....	77
Cássio Benvenuti de Castro	
TRIBALISMOS E POLARIZAÇÕES. OS DIREITOS HUMANOS E O FUTURO DA DEMOCRACIA.....	109
Eduardo Aidê Bueno de Camargo	
OS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA REFERENTES AO DIREITO SOCIAL À SAÚDE PRESENTES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	129
Fernanda Barreto Alves e Rafael Meireles Saldanha	
CINEMA, EDUCAÇÃO E ACESSO À CULTURA	141
Isabella Neumann Esquenazi	
CONCEITO E FUNÇÃO DA NORMA JURÍDICA SEGUNDO UMA CONCEPÇÃO RETÓRICA.....	163
Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana	
PRESCRIÇÃO. DANO PERMANENTE, NASCE A CADA DIA, VIOLAÇÃO CONTINUADA, AFASTADA A PRESCRIÇÃO?.....	175
José Carlos Tinoco Soares	
UM BREVE HISTÓRICO DA MARINHA MERCANTE BRASILEIRA.....	201
Meton Soares	
A PROPRIEDADE INDUSTRIAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	223
Newton Silveira	

Sumário

A ARGUIÇÃO DE “NULIDADE” COMO MATÉRIA DE DEFESA NAS DEMANDAS DE CONTRAFAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL	229
Pedro Marcos Nunes Barbosa	
FUNDOS PATRIMONIAIS FILANTRÓPICOS E A LEI 13.800/2019: A BUSCA DA SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA DO TERCEIRO SETOR.....	257
Rafael Carvalho Rezende Oliveira	
TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E DA NORMA CONSTITUCIONAL.....	279
Reis Friede	
A VULNERABILIDADE LINGUÍSTICA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONSUMERISTAS: UM DIREITO FUNDAMENTAL	307
Tadeu Luciano Siqueira Andrade	

A DESJUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO CONTROLE DA TUTELA DE SAÚDE INDIVIDUAL E FORMA DE OTIMIZAÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Albertina Maria Anastácio¹

Resumo: O presente trabalho busca refletir sobre o sistema judiciário hodierno, quanto ao acesso à Justiça e a duração razoável da tramitação dos feitos no Poder Judiciário, na área da saúde. É preciso considerar, ainda, o alto número de tutelas de saúde que hoje colaboram com a taxa elevada de contingenciamento no Judiciário, sendo que boa parte dessas demandas são repetitivas. O sistema de múltiplas portas de acesso à Justiça (EUA) é uma proposta interdisciplinar como alternativa para a resolução dos conflitos, com mais eficiência e celeridade, além de viabilizar o acesso à Justiça, pela adaptação do procedimento ao tipo de controvérsia existente, com o escopo de redesenhar a justiça administrativa, pela perspectiva filosófica Habermasiana da inclusão do outro. A saúde é uma das vertentes do direito das minorias, pois parte da população, encontra-se numa faixa de exclusão ante a crise no setor. Será aplicada a metodologia da observação e análise, através da definição do problema, pesquisa e definição de objetivos. Dessa feita, em consonância com os ensinamentos da economia da saúde, novos conceitos podem

¹ Mestranda e doutoranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação do PPGBIOS, em Associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); Mestre em Justiça Administrativa (Direito e Economia) – Mestrado Profissional, pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Mestre em Economia Empresarial, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

ser inseridos na saúde, como por exemplo, a ideia de equidade e igualdade na saúde, dentre outros. Ensinamentos de Amartya Sen, vencedor do Prêmio Nobel de Economia, que aponta o desenvolvimento como liberdade são aplicados ao presente estudo.

Palavras-chave: Saúde no Brasil. Economia da Saúde. Sistema de Múltiplas Portas. Desjudicialização da Saúde.

Abstract: The present work seeks to reflect on the modern judicial system, regarding access to Justice and the reasonable duration of the proceedings in the Judiciary, in the area of health. It is also necessary to consider the high number of health tutelages that today collaborate with the high rate of contingency in the Judiciary, and a large part of these demands are repetitive. The multiple-door system of access to Justice (USA) is an interdisciplinary proposal as an alternative for resolving conflicts, with more efficiency and speed, in addition to enabling access to Justice, by adapting the procedure to the type of existing controversy, with the scope of redesigning administrative justice, from the Habermasian philosophical perspective of the inclusion of the other. Health is one of the aspects of minority rights, since part of the population is in a range of exclusion in the face of the crisis in the sector. The methodology of observation and analysis will be applied, through the definition of the problem, research and definition of objectives. This time, in line with the teachings of health economics, new concepts can be inserted in health, such as, for example, the idea of equity and equality in health, among others. Teachings of Amartya Sen, winner of the Nobel Prize in Economics, who points to development as freedom are applied to the present study.

Keywords: Health in Brazil. Health Economics. Multiple Door System. Dejudicialization of Health.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o condão de analisar a justiça administrativa brasileira, sem pretender esgotar o tema, sob o enfoque da tutela da saúde, uma das vertentes dos direitos das minorias, como expressão do estado democrático de direito, para que o leitor compreenda as diversas dimensões do problema, no sentido da pesquisa alcançar com efetividade, o seu caráter propositivo e acrescente conteúdo à bibliografia existente.

Importa ressaltar a existência da crise do Poder Judiciário, sobretudo quando as múltiplas demandas de saúde judicializadas emperram a própria Justiça. O enjurramento de demandas de saúde se justifica pela ineficiência do Estado

na garantia dos direitos fundamentais. O ensaio apresenta uma análise dos problemas que justificam a crise no Poder Judiciário, apontando como uma das possíveis soluções ao problema estudado, a possibilidade de serem aplicados outros métodos de soluções para as controvérsias.

Devido à crise do Poder Judiciário, é preciso pensar em uma “porta de saída” com o escopo de se implementar uma política pública de tratamento de conflito em contrapartida ao litígio, através de diálogo entre as partes, restabelecendo o consenso, a participação e a comunicação para tratar dos conflitos, o que pode ter como supedâneo o sistema norte-americano *Multidoor Courthouse*.

O sistema norte-americano de Múltiplas Portas enseja uma inovação no assunto, na medida em que busca romper com a exegese legal e com o dogmatismo jurídico, através de uma nova perspectiva interdisciplinar, analisando os grandes temas e problemas nacionais, disponibilizando uma variedade de soluções (ou portas) para a solução de conflitos, além da adoção de políticas públicas brasileiras para o tratamento dos conflitos.

Diante da hipótese de trabalho, em questão, nasce a relevância do enfoque da Escola de Direito e Economia, objetivando substituir o ideal de justiça pela racionalização da eficiência econômica, pela análise do custo do direito e o seu impacto econômico em relação à sociedade, através da eficiência; traçando um liame entre a norma jurídica e o seu reflexo social. Na realidade, a eficiência é um instrumento de grande valia para a implementação de políticas públicas.

Considerando a avalanche de demandas que hoje assoberbam a carga de trabalho dos magistrados e servidores, nos tribunais e ante a escassez de recursos materiais e humanos, convém apontar o seguinte problema: “QUAIS AS SOLUÇÕES QUE PODERIAM SER IMPLEMENTADAS COMO METODOLOGIA ALTERNATIVA PARA A SOLUÇÃO DAS DEMANDAS JUDICIAIS?”

E diante do caráter repetitivo das demandas sobre saúde que hoje massacram o Poder Judiciário e o valor “vida”, protegido por essas ações, o que enseja, ainda mais, celeridade em suas tramitações e nos provimentos jurisdicionais, convém apontar o seguinte problema: “COMO OTIMIZAR A PROCESSUALÍSTICA DAS TUTELAS DE SAÚDE E PROMOVER AS SOLUÇÕES DE SEUS CONFLITOS, NUM TEMPO RAZOÁVEL?”

O presente estudo busca avaliar os impactos da judicialização da saúde

na gestão pública, trazendo à baila a relevância da multidisciplinaridade e intersetorialidade do setor para fins de planejamento, logística e gestão da saúde no Brasil.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É mister observar que o exaurimento do sistema jurisdicional brasileiro se verifica sobretudo após a Constituição de 1988 que estabeleceu como garantia constitucional o acesso à justiça, comprometendo a Constituição da República. Nesse sentido, CANOTILHO (1994), que esse autor, esclarece quanto à exigência de atuação do Estado:

Mas o "bloco constitucional dirigente" não visa só (como se deduz logo da sua adjectivação) constituir um limite à direção política. A sua função primordial é bem outra: fornecer um impulso directivo material permanente e consagrar uma "exigência" de actuação (CANOTILHO, 1994, p. 464)

Isso porque de um lado, a Carta Magna prevê a garantia constitucional do acesso à Justiça e do outro, existem barreiras, quase intransponíveis, para o jurisdicionado obter o provimento de sua tutela, de forma eficiente.

Os direitos fundamentais tem por escopo promover a dignidade da pessoa humana. ZIPPELIUS (1997) faz uma referência entre os direitos fundamentais e a liberdade individual, a saber:

A função principal dos direitos fundamentais consiste em proteger um espaço de liberdade individual contra a ingerência do poder do Estado e contra a sua expansão totalitária. No entanto, nem todos os sinais de liberdade e tolerância do Estado face a concepções e interesses individuais podem ser interpretados, sem mais, como fase evolutiva dos direitos fundamentais. (ZIPPELIUS, 1997, p. 419)

O indivíduo tem direito a uma prestação positiva do Estado. Mas, os direitos fundamentais são limitações ao agir do Estado, exigindo uma ação negativa.

MIRANDA (1996), citando Konrad Hesse, lembra o dever constitucional em garantir a liberdade individual:

Para Konrad Hesse, a Constituição é a ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade. A sua função consiste em prosseguir a unidade

do Estado e da ordem jurídica (não uma unidade preexistente, mas de actuação); a sua qualidade em constituir, estabilizar, racionalizar e limitar o poder e, assim, em assegurar a liberdade individual. (MIRANDA, 1996, p. 59)

A respeito da tutela dos direitos do homem, BOBBIO (2004) apregoa sobre as 03 (três) perspectivas: promoção, controle e garantia, os seguintes ensinamentos:

As atividades até aqui implementadas pelos organismos internacionais, tendo em vista a tutela dos direitos do homem, podem ser consideradas sob três aspectos: promoção, controle e garantia. [...] A separação entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos do homem e a terceira é bastante nítida: enquanto a promoção e o controle se dirigem para as garantias existentes ou a instituir no interior do Estado, ou seja, tendem a reforçar ou a aperfeiçoar o sistema jurisdicional nacional, a terceira tem como meta de nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente. (BOBBIO, 2004, p. 22)

Assim, percebe-se que os direitos humanos ultrapassam as fronteiras dos Estados.

É necessário reconhecer que o marco mais importante da formação do direito internacional dos direitos humanos é a II Guerra mundial, considerando que a violação à dignidade da pessoa humana era a raiz dos conflitos.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo instalado a partir do término da II Grande Guerra, a dignidade da pessoa humana, os valores dos direitos humanos começaram a consagrar como valores supremos da humanidade, viabilizando o surgimento dos aclamados “novos direitos”.

Dentre esses aclamados “novos direitos”, importa refletir o direito das minorias, como mais uma vertente de estudos jurídicos. Isto porque quando se pensa em direito das minorias, preocupa-se com a parte mais fraca, que muitas vezes é excluída de um grupo, devendo a Saúde ser inserida nessa categoria de novos direitos, daí a relevância do estudo de sua problemática.

O método da argumentação, utilizado na filosofia do direito, por meio de seus questionamentos sobre as dificuldades observadas e a busca de respostas para os problemas contribui para a ciência do direito, como ferramenta para a compreensão do direito e o homem social. Isto porque o direito se arrima na sociedade, considerando que está integrado à mesma e a filosofia é uma ciência

dinâmica e integrativa ao direito, tendo em vista que existe uma estreita relação entre o ser humano e a vida desse em sociedade.

Nesse sentido, urge refletir como arcabouço filosófico para o presente ensaio, sobre o pensamento de Jürgen Habermas sobre a “inclusão do outro”, no processo democrático.

3. HABERMAS E A INCLUSÃO DO OUTRO

Habermas (2002) questiona, em sua relevância teórica da democracia deliberativa, de que maneira podem a Constituição e o Direito lidarem com pretensões de liberdade, igualdade e justiça social quando o sistema financeiro mundial utiliza-os para implantar, sem restrições, uma liberdade de mercado tendente a criar uma massa de indivíduos consumidores e desigualdade na produção de riquezas. Habermas não pretende eliminar o conflito, mas preservá-lo para a construção de uma sociedade democrática.

E o que é preservar o conflito? É saber lidar com ele.

Assim, o direito fundamental ao acesso à justiça não delimita a democracia, mas é constitutivo dela. Os direitos fundamentais de participar com igualdade de oportunidades nos processos de formação de opinião e da vontade comum, que os cidadãos exerçam sua autonomia pública compõem os direitos da democracia e da teoria discursiva habermasiana, surgindo uma necessidade de reflexão quanto aos direitos fundamentais e o próprio direito das minorias.

Jürgen Habermas, no livro “A Inclusão do Outro”, onde no Capítulo 9, leciona sobre os 3 (três) modelos normativos de democracia: o liberal, o republicano e o que ele denomina de “política deliberativa”.

3.1 O Processo Democrático

Habermas não é o primeiro a falar ou escrever sobre a deliberação, mas a sua influência sobre o tema é notória. Esta concepção habermasiana foi apresentada, pela primeira vez, em um Seminário na Cardozo *Law School*, através de um debate com outros colaboradores, nos Estados Unidos da América.

No que diz respeito ao Capítulo 9, supracitado, Habermas desenvolve o seu estudo em três partes, sendo que na primeira, influenciado pelos trabalhos de Frank Michelman, professor de teoria do Estado da Universidade de Harvard, ele discute as concepções de política “liberal” e “republicana”, que hoje representam frentes opostas nos Estados Unidos da América, esclarecendo o seguinte:

[...] para que se volte ao interesse da sociedade: imagina-se o Estado como aparato da administração pública, e a sociedade como sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social dessas pessoas, estruturada segundo leis de mercado. A política, sob essa perspectiva, e no sentido de formação política da vontade dos cidadãos, tem a função de congregar e impor interesses sociais em particular mediante um aparato estatal já especializado no uso administrativo do poder político para fins coletivos. (HABERMAS, 2002, p. 269/270)

Assim, este filósofo moderno traça um paralelo entre os dois modelos polêmicos, à luz das concepções de “cidadão do Estado” e “direito”, sob o aspecto do processo político da formação da vontade.

Na segunda parte, Habermas considerando o peso ético excessivo ao modelo republicano, ele apresenta um terceiro modelo normativo de democracia, denominado pelo filósofo de “política deliberativa”, delineando algumas conclusões na terceira parte de seu estudo.

Cumpra assim apresentar uma reflexão do tema, cujos impactos se refletem da economia do Estado, inclusive.

3.1.1 Política

Na visão republicana, a política favorece a reflexão sobre a vida social, considerando que ela constitui o próprio processo de coletivização social. Dessa feita, a consciência das comunidades solidárias tem um direcionamento para a interdependência mútua, o que possibilita a formação de uma associação de cidadãos livres e iguais.

Depreende-se assim, um terceiro braço do Estado: a solidariedade como fonte de integração social, ao lado do poder soberano estatal e do poder regulatório dos mercados.

Habermas enaltece a importância da participação do cidadão no processo político, pelo que se depreende das seguintes palavras:

Esse estabelecimento da vontade política horizontal, voltada ao entendimento mútuo ou ao consenso almejado por via comunicativa, deve gozar até mesmo de primazia, se considerado do ponto de vista tanto genético quanto normativo. Para a práxis de autodeterminação por parte dos cidadãos no âmbito do Estado, aceita-se uma base social autônoma que independa da administração pública e da mobilidade socioeconômica privada e que impeça a comunicação política de ser tragada pelo Estado e assimilada pela estrutura de mercado. Na concepção republicana, confere-se significado estratégico tanto à opinião pública de caráter político quanto à sociedade civil, como seu sustentáculo. Ambos devem conferir força integrativa e autonomia à práxis de entendimento mútuo entre os cidadãos do Estado.² Ao desacoplamento da comunicação política em relação à sociedade econômica corresponde uma retroalimentação do poder administrativo a partir do poder comunicativo decorrente do processo de formação da vontade e opinião políticas. (HABERMAS, 2002, p. 270-271)

A partir desse raciocínio, Habermas aponta algumas consequências desses modelos de democracia, sob o enfoque dos conceitos de cidadão e de direito e do processo político.

3.1.1.1 Conceito de Cidadão

Como primeira consequência dos modelos de democracia liberal e republicano, Habermas diferencia as concepções de cidadão e do Estado.

Segundo a **concepção liberal**, o *status* dos cidadãos é estabelecido pelos direitos subjetivos que eles possuem relativamente ao Estado e aos demais cidadãos, podendo ser apontados dois alicerces: os direitos subjetivos ao lado dos direitos políticos.

Os direitos subjetivos têm um papel notável nesse processo, pelos quais os cidadãos se apoiam no Estado para que este defenda os seus próprios interesses dentro dos limites legais, incluindo-se aí, as intervenções estatais que extrapolam os ditames constitucionais. Habermas conceitua os direitos subjetivos como

² Cf. H. Arendt. *Über die Revolution*. München, 1965 (ed. Br: Da Revolução, São Paulo, Ática, 1995): idem, *Macht und Gewalt*, München, 1970)

“direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas do direito se vêem livres de coações externas”.

Por sua vez, os direitos políticos também exercem função similar, à medida que garanta aos cidadãos a validação de seus próprios interesses particulares. Dessa forma, os cidadãos podem adentrar no campo de outros interesses privados, através do processo eleitoral (votações, formação de corporações parlamentares e composições de governos) e possam ter uma vontade política que consiga influenciar a administração; e ao mesmo tempo, exercer um controle do poder estatal, com o fito de verificar se este está sendo exercido em prol da sociedade.

No que tange à **concepção republicana**, os direitos de cidadania, participação e comunicação política são direitos positivos e não liberdades negativas, que possam ser reivindicados, individualmente. O processo democrático exige que não haja coação, no exercício desses direitos, uma vez que somente a ação comunicativa sem pressão, pela práxis comum, garante liberdade e igualdade aos cidadãos. Nesse modelo, verifica-se que o papel da política não serve apenas de controle do Estado, posto que os cidadãos ao exercerem os seus direitos e liberdades, alcançam uma autonomia já pré-existente.

Considerando que o poder estatal democrático não se consubstancia em força originária, o processo político também não é mediador entre o Estado e a sociedade. Na realidade, o poder gerado pela práxis de autodeterminação dos cidadãos do Estado é que se constitui em força originária, legitimando-se pela proteção da liberdade pública.

Assim, 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.

Com o intuito de esclarecer ainda mais este enfoque habermasiano, convém apresentar o estudo comparativo dos dois modelos clássicos de democracia, à luz do conceito de cidadão, conforme demonstração adiante:

Tabela 1: ESTUDO COMPARATIVO DOS MODELOS LIBERAL E REPUBLICANO DE POLÍTICA, QUANTO AO ENFOQUE DO CIDADÃO, SEGUNDO HABERMAS

CONCEITO DE CIDADÃO	
LIBERAIS	REPUBLICANO
O status dos cidadãos é estabelecido pelos direitos subjetivos que eles possuem relativamente ao Estado e aos demais cidadãos, podendo ser apontados dois alicerces: os direitos subjetivos ao lado dos direitos políticos.	Os direitos de cidadania, participação e comunicação política são direitos positivos e não liberdades negativas, que possam ser reivindicados, individualmente. O processo democrático exige que não haja coação, no exercício desses direitos, uma vez que somente a ação comunicativa sem pressão, pela práxis comum, garante liberdade e igualdade aos cidadãos. Nesse modelo, verifica-se que o papel da política não serve apenas de controle do Estado, posto que os cidadãos ao exercerem os seus direitos e liberdades, alcançam uma autonomia já pré-existente.

Fonte: elaboração própria

Analisando o cidadão sob o aspecto dos modelos liberal e republicano de democracia, Habermas assinala ainda, outro impacto desses sistemas democráticos, o conceito de direito, pelo que se pode depreender a seguir.

3.1.1.2 Conceito de Direito

Segundo Habermas, a polêmica existente sobre o conceito clássico de personalidade jurídica como portadora de direitos subjetivos traz à baila a controvérsia sobre o próprio conceito de direito.

Para **os liberais**, a função da ordem jurídica é o controle pela mesma, devendo verificar quais são os direitos subjetivos aplicáveis a cada caso individual. Por sua vez, a **concepção republicana** exige que os direitos subjetivos estejam legitimados por uma ordem jurídica **objetiva**, que garanta a convivência mútua, equitativa e autônoma. Assim, no modelo liberal, a ordem jurídica se funda nos **direitos subjetivos**; e no republicano, é concedido um primado aos **direitos objetivos** correspondentes aos direitos subjetivos.

Verifica-se que esses conceitos não se equiparam à concepção jurídica do binômio clássico de “direitos e deveres”, exigindo-se um passo adiante, considerando o conteúdo intersubjetivo dos direitos, devendo haver respeito tanto dos direitos quanto dos deveres.

A ideia republicana outorga à integridade do indivíduo e suas liberdades subjetivas, o mesmo peso que à integridade social, dando primazia ao reconhecimento dos indivíduos como integrantes dessa comunidade. Em outras palavras, os republicanos defendem duas vertentes: uma, que se consubstancia na integridade do indivíduo e suas liberdades subjetivas; e outra, na integridade da própria comunidade, onde se preserva o reconhecimento que o indivíduo tem uns aos outros como membros integrantes do meio social e representantes da sociedade civil no processo (participativo).

Assim, cria-se um vínculo entre a legitimidade das leis ao processo democrático, preservando o liame interno entre a práxis de autodeterminação do povo e a impessoalidade das leis.

Citando Michelman³, Habermas esclarece que **para os republicanos**, os direitos se fundam na vontade política enquanto que **para os liberais**, os direitos de arrimam num direito supremo da razão ou revelação transpolítica.

O direito ao voto é o modelo dos direitos, posto que além de gerar a autodeterminação política, significa que os cidadãos de uma comunidade ao serem eleitos, representam na realidade, os direitos de cada indivíduo, de forma autônoma.

Habermas, citando Michelman (ob. cit.), esclarece que na realidade, a interpretação dos direitos à comunicação e à participação política norteia não só essa estrutura política apresentada, como também, todos os direitos inerentes ao processo legislativo. Deve ser ressaltado que, os direitos privados, embora fundamentados na autonomia da vontade, apresentam limites da ação estratégica, determinados pelo próprio interesse social.

Verifica-se pela exposição do diagrama abaixo, o estudo comparativo dos modelos liberal e republicano de democracia, considerando o conceito de direito, segundo Habermas:

³ F. I. Michelman. “Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument. Voring Rhigths.” Florida Law Review, n. 41, 1989, pp. 446s.

Tabela 2: ESTUDO COMPARATIVO DOS MODELOS LIBERAL E REPUBLICANO DE POLÍTICA, QUANTO AO CONCEITO DE DIREITO, SEGUNDO HABERMAS

CONCEITO DE DIREITO	
LIBERAIS	REPUBLICANO
A função da ordem jurídica é o controle pela mesma, devendo verificar quais são os direitos subjetivos aplicáveis a cada caso individual.	Exige que os direitos subjetivos estejam legitimados por uma ordem jurídica objetiva, que garanta a convivência mútua, equitativa e autônoma.
A ordem jurídica se funda nos direitos subjetivos.	É concedido um primado aos direitos objetivos correspondentes aos direitos subjetivos. Existem duas vertentes: uma, que se consubstancia na integridade do indivíduo e suas liberdades subjetivas; e outra, na integridade da própria comunidade, onde se preserva o reconhecimento que o indivíduo tem uns aos outros como membros integrantes do meio social e representantes da sociedade civil no processo (participativo).

Fonte: elaboração própria

Habermas apresenta, ainda, outra consequência dos sistemas liberal e republicano, qual seja o processo político.

3.2 Processo Político

O papel do cidadão e do direito apresenta diversos significados, sob a visão do processo político.

Para os liberais, a política se consubstancia na luta para conquistar ou manter o próprio poder administrativo, sendo determinada pela concorrência entre os agentes coletivos, no processo de formação de vontade e da opinião pública. Esse processo participativo é mensurado pelo número de votos dos eleitores, que ao exercerem o sufrágio eleitoral, demonstrando as suas preferências, permitem o acesso dos partidos políticos à posição pela qual lutam. O *imput* de votos e o *output* do poder são relacionados ao mesmo modelo de ação estratégica.

Os republicanos acreditam que a formação da opinião e vontade políticas nos debates do parlamento não segue às estruturas dos processos de mercado;

e sim, à comunicação pública realizada através do entendimento mútuo. Nesse sentido, o diálogo e não o mercado é o paradigma da política, voltada para uma práxis de autodeterminação por parte de cidadãos do Estado.

Segundo Habermas, a ação comunicativa nos discursos políticos gera o poder comunicativo, que é amparado por um aparato estatal; estando os partidos políticos adstritos aos discursos políticos. Cumpre demonstrar, a seguir, um resumo da concepção habermasiana sobre os modelos democráticos analisados, quanto ao processo democrático:

Tabela 3: ESTUDO COMPARATIVO DOS MODELOS LIBERAL E REPUBLICANO DE POLÍTICA, QUANTO AO PROCESSO POLÍTICO, SEGUNDO HABERMAS

PROCESSO POLÍTICO	
LIBERAL	REPUBLICANO
A política se consubstancia na luta para conquistar ou manter o próprio poder administrativo, sendo determinada pela concorrência entre os agentes coletivos, no processo de formação de vontade e da opinião pública. Esse processo participativo é mensurado pelo número de votos dos eleitores que ao exercerem o sufrágio eleitoral e demonstrarem as suas preferências, permitem o acesso dos partidos políticos à posição pela qual lutam. O <i>input</i> de votos e o <i>output</i> do poder são relacionados ao mesmo modelo de ação estratégica.	A formação da opinião e vontade políticas nos debates do parlamento não segue às estruturas dos processos de mercado; e sim, à comunicação pública realizada através do entendimento mútuo. Nesse sentido, o diálogo e não o mercado é o paradigma da política, voltada para uma práxis de autodeterminação por parte de cidadãos do Estado.

Fonte: elaboração própria

Segundo Habermas, existe uma força legitimadora no confronto das opiniões políticas, não apenas para autorizar posições de poder, mas também para legitimar a força vinculativa do discurso político perante a dominação política. O poder administrativo só pode ser legitimado quando estiver fundado em políticas e for limitado apenas por leis nascedouras do próprio processo democrático.

Considerando todo o arcabouço filosófico apresentado, convém analisarmos a problemática da judicialização da saúde, à luz da saúde pública do Brasil.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O estudo do problema irá demonstrar uma reflexão sobre a Justiça Administrativa, exercida pelo Poder Judiciário, uma vez que haverá um aprofundamento de conhecimentos interdisciplinares, tais como, jurídicos, históricos, políticos, filosóficos, sociológicos e econômicos fundamentais, em prol da efetividade da tutela jurisdicional da saúde; para o exercício adequado da função estatal jurisdicional.

4.1 A Saúde no Brasil

O sistema brasileiro de saúde é composto por um sistema misto, formado por um sistema público e um privado.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é o sistema público de assistência à saúde, instituído pela Constituição da República de 1988 e regulado pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, com o condão da promoção da saúde pública no Brasil, à luz dos princípios principais da universalidade, integralidade e descentralização.

A saúde e o direito são temas que causam grandes impactos nas sociabilidades e o estabelecimento de estratégias de reivindicação de direitos, sobretudo, perante o Poder Judiciário.

A saúde no Brasil tornou-se fortificada após a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, pela constitucionalização dos direitos sociais, levando a uma crescente judicialização do direito à saúde, quanto a serviços de saúde tanto públicos quanto privados, seja para autorização judicial para internações, realização de cirurgias, fornecimento de medicamentos, dentre outros pedidos.

Dessa feita, o Poder Judiciário tem um papel importante, como um dos atores na gestão da saúde no Brasil, apresentando influência, inclusive nas políticas públicas da saúde brasileira.

4.2 A Judicialização e o Ativismo Judicial

BARROSO (2018) em seu conceito de judicialização menciona que existe uma transferência de poder, em favor do Poder Judiciário, em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2018, p. 2178)

O mesmo jurista esclarece, ainda, que a judicialização é uma circunstância existente nos países democráticos, mormente naqueles que apresentam Cartas Constitucionais democráticas, consagradoras de direitos econômicos e sociais.

A judicialização, portanto, constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional adotado na maior parte dos países democráticos. Esse arranjo inclui o acesso à justiça, a definição constitucional de direitos fundamentais e a existência de Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais com o papel de dar-lhes cumprimento. Desnecessário dizer que a judicialização é potencializada nos países de Constituições mais analíticas, sobretudo as que consagram direitos econômicos e sociais, como é o caso da África do Sul, da Colômbia e do Brasil, por exemplo. (BARROSO, 2018, p. 2180)

GONÇALVES (2015), em sua tese de doutorado, apresenta o seguinte conceito de judicialização:

Judicialização: *mecanismo através do qual o Poder Judiciário atua, mediante provocação do interessado e no bojo de um litígio, formulando políticas públicas, revendo decisões dos outros poderes ou intervindo nas relações jurídicas contratuais, relativizando suas condições em prol de uma das partes contratantes a partir de premissas fundadas no estabelecimento de Justiça Social, nos Direitos Fundamentais e nos Princípios Constitucionais.*⁴ (GONÇALVES, 2015, p. 11)

TATE (1995), por sua vez, aponta na judicialização, o papel do magistrado, como formulador de políticas.

Mesmo sob uma constelação muito favorável de condições facilitadoras, o desenvolvimento real da judicialização da política exige que os juízes tenham atitudes pessoais apropriadas e preferências políticas de valores, especialmente em relação aos valores de outros tomadores de decisão. Sob condições favoráveis, a judicialização se desenvolve apenas porque os juízes decidem que devem (1) participar de decisões políticas que podem ser deixadas ao critério sábio ou tolo de outras instituições e, pelo menos

⁴ Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra BRANDÃO, R. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, mai/ago/2013.

ocasionalmente, (2) substituir soluções políticas que eles derivar para aqueles derivados por outras instituições. Para esclarecer, devo observar que aceito o aforismo “não decidir é decidir”. Ao optar por não participar ou não substituir suas próprias prescrições políticas pelas de outras pessoas, os juízes afirmam as políticas existentes, incluindo a política de “nenhuma política”, tão certo quanto se tivessem imposto essas políticas existentes por sua própria vontade. Nesse sentido, eles não podem escapar do seu papel de formulador de políticas. (TATE, 1995, p. 33)

FRAGATE FILHO (2010), por sua vez, pondera sobre a figura multifacetária do magistrado devendo decodificar como o mundo do ser, antes de enunciar como o mundo deve ser.

Assim, a magistratura viu-se compelida a manusear diferentes saberes, além de iniciar um processo de integração social, no qual o juiz jupieriano, ativo e distante, isolado dos problemas sociais, pronto a intervir com um tertius que se retira tão logo proferida sua decisão, restou condenado. O juiz não poderia ser um autista social, que decodifica o mundo tão somente por um viés normativo, mas, ao contrário, necessitaria integrar-se ao mundo do ser para poder compreender e realizar as arbitragens sociais que lhe são solicitadas. Em outras palavras, ante de enunciar como o mundo deve ser, o juiz deve antes decodificar como ele é, para então, realizar as operações que o seu ofício lhe demanda. (FRAGATE FILHO, Roberto, 2010, p. 118)

Importa estabelecer uma diferenciação de judicialização e o ativismo judicial.

O conceito de ativismo judicial nasceu na jurisprudência dos Estados Unidos da América (EUA).

Após a eleição de Richard Nixon, em 1968, a Suprema Corte norte-americana fez uma migração de seu estado ativista para uma Corte mais conservadora. Com a aposentadoria do Presidente da Corte Earl Warren, assume em seu lugar, Warren Burger, um oponente da jurisprudência ativista da Corte da época de Earl Warren, que ficou na presidência da Corte de 1969 a 1986.

BARROSO (2010) esclarece sobre o período da Corte Burger na Suprema Corte norte-americana:

E certamente não foi uma Corte cuja característica fosse a autocontenção. O fato real é que com suas idas e vindas, indecisões e sinais contraditórios, a Corte Burger não comporta uma análise homogênea. Em algumas áreas, indiscutivelmente, significou um retrocesso ou, pelo menos, um freio nas posições de sua antecessora. Em outras, todavia, foi surpreendentemente

avançada, ainda que sem o entusiasmo ou o voto de seu Presidente.

Uma das áreas em que se deu um passo atrás foi em relação aos direitos dos acusados em procedimentos criminais, tema no qual a jurisprudência da Corte se alinhou ao discurso da lei e da ordem e do aumento da discricionariedade policial. (BARROSO, 2010, ps. 11-12)

C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder organizaram o livro *The Global Expansion of Judicial Power* (A Expansão Global do Poder Judicial) e apresentaram o conceito de judicialização da política e hoje, essa expressão é utilizada em diversos países, inclusive no Brasil. Os magistrados passaram a intervir em questões políticas de funções administrativas (Poder Executivo) e legiferante (do Poder Legislativo).

SCHULMAN e BALLANDE-ROMANELLI (2016) ressaltam a relevância do direito da saúde, sob diversos olhares e perspectivas.

[...] A judicialização da saúde representa um desafio particular, reunindo um problema social delicado, complexos arranjos institucionais e amplos debates sobre o sentido constitucional ao acesso à saúde. Como aponta o título desta obra coletiva, o direito da saúde demanda um tratamento sob diferentes olhares e perspectivas. (SCHULMAN e BALLANDE-ROMANELLI, 2016, p. 42)

BARROSO (2018) traça um paralelo entre os conceitos de judicialização e ativismo judicial.

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional das democracias contemporâneas. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2018, p. 2182-2183)

Após a reflexão sobre a judicialização e o ativismo judicial, convém analisarmos o perfil da judicialização da saúde no Brasil.

4.3 Perfil da Judicialização da Saúde

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem se preocupando com a temática da judicialização da saúde, buscando discutir as questões pertinentes às prestações

de saúde, com as suas carências e disfunções, discutindo sobre a eficiência do Poder Judiciário, no seu exercício judicante, assim como, a qualidade das políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo.

NOBRE (2011) esclarece que a efetivação da justiça está intrinsecamente ligada à atuação da magistratura, que de um lado, nos casos concretos, deve garantir a vida individual saudável; e, de outro, a manutenção das políticas públicas de saúde e dos seus sistemas operacionais.

Ressalto que, ao referir à eficiência na prestação jurisdicional, deve ser lembrado que esse patamar de efetivação da justiça depende ao apenas de medidas situadas no campo de atuação judicante da magistratura, bem como carece de providências do mais variado alcance e tendentes a obter maior eficácia, segurança e economicidade às decisões a serem proferidas nos casos concretos, uma vez que, se, por um lado, há imperiosa necessidade de proteção à vida individual saudável, por outro, não menos fundamental é assegurar, tanto quanto possível, a manutenção das políticas públicas de saúde e dos seus sistemas operacionais. (NOBRE, 2011, p. 356)

Nesse condão, diversas medidas têm sido adotadas pelo CNJ, com o escopo de promover a eficiência e celeridade no tempo da prestação jurisdicional pelo Judiciário, em relação às demandas de saúde.

O Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ elaborou a Série Justiça Pesquisa, através de contratação, por meio de edital de convocação pública e de seleção, a produção de uma pesquisa, que foi realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) "Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução". Deve ser frisado, no entanto, que o CNJ não participou diretamente dos levantamentos de dados e das análises dos mesmos, pois o estudo foi preparado pelo INSPER para o CNJ. A pesquisa foi elaborada, a partir de dois eixos estruturantes complementares entre si: o de direitos e garantias fundamentais e o de políticas públicas do Poder Judiciário.

4.3.1 Números de Processos de Saúde no Tribunal de Justiça

O Relatório Justiça em Números apontava que no período entre 2008 a 2017, houve um crescimento superior a 50% do número total de processos de primeira

instância. A pesquisa atual do INSPER demonstra que entre 2008 e 2017, o número de demandas sobre saúde expandiu no percentual de 130%.

Na segunda instância, a pesquisa aponta que no ano de 2008, foram informados apenas 2.969 processos, e para os anos seguintes o número de processo ultrapassou a vinte mil.

4.3.2 Quanto aos Assuntos

De acordo com o levantamento, os principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância são: “Plano de Saúde” (34,05%), “Seguro” (23,77%), “Saúde” (13,23%) e “Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos” (8,76%). A incidência elevada de assuntos como “Plano de Saúde” e “Seguro” mostra a relevância das ações judiciais na esfera da saúde suplementar.

Mas existe uma alta judicialização de tecnologias de saúde e serviços não listados. A tabela, a seguir, expressa os dados coletados pertinentes aos acórdãos por objeto e por região, havendo sobreposição quando um único processo judicial abrange mais de dois objetos, podendo a soma de ambos exceder a 100%.

Tabela 4: ACÓRDÃOS POR OBJETO E POR REGIÃO

(Apenas Tribunais de Justiça)

OBJETO	NORTE	NORDESTE	SUDESTE	SUL	CENTRO OESTE	TOTAL
Consultas	5,2%	0,8%	1,9%	1,7%	2,4%	1,8%
Erro Médico	6,3%	2,3%	2,2%	4,5%	2,1%	2,9%
Exames	67,9%	40,7%	56,6%	59,9%	33,5%	55,6%
Imunização	0,4%	1,7%	1,2%	1,6%	0,6%	1,3%
Insumo ou Materiais	31,0%	23,4%	42,0%	20,6%	14,9%	33,1%
Insumos	0,1%	0,0%	0,0%	0,1%	0,2%	0,1%
Internação	28,3%	12,2%	19,0%	19,8%	21,8%	19,2%
Leitos	75,2%	69,5%	36,7%	60,3%	52,2%	46,7%
Medicamento	79,2%	56,3%	68,9%	74,6%	52,5%	69,1%
Procedimentos	65,0%	42,5%	49,4%	44,4%	36,9%	47,1%
Órteses, próteses e meios auxiliares	69,6%	45,1%	66,5%	63,4%	38,3%	63,0%
Transplante	2,4%	1,5%	1,5%	0,8%	1,1%	1,3%
Vagas	6,5%	2,4%	6,0%	3,5%	12,1%	5,4%

Fonte: CNJ e INSPER, 2019

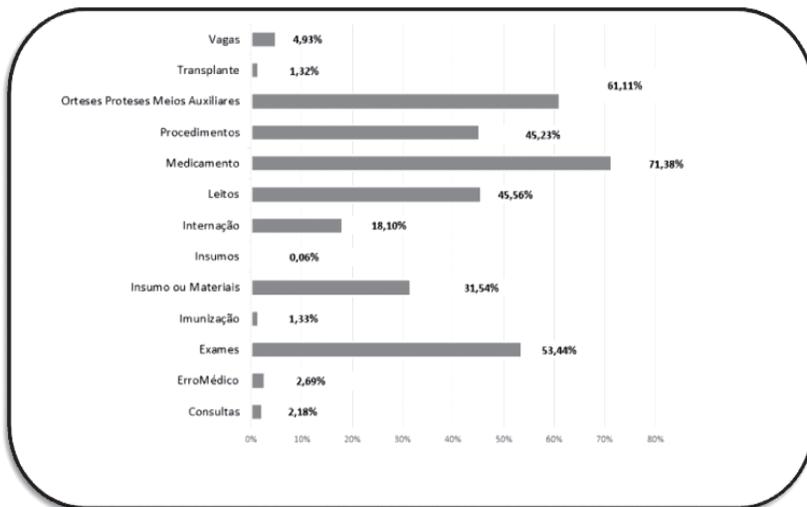
Pelos dados apresentados, verifica-se uma alta demanda por produtos, seja por insumo ou materiais (33,1% do total), seja por órteses, próteses e meios auxiliares (63,0% do total); bem como, por medicamentos (69,1% total). Como segunda categoria, observa-se uma alta demanda por exames (55,6 % do total), leitos (46,7 % do total) e internações (19,2% do total).

Deve ser ressaltado que o número de ações não significa maior custo, como acontece com as ações de transplantes, que malgrado apresente baixa judicialização, os custos despendidos são altos.

Observa-se, ainda, que a Região Norte apresenta taxas mais altas do que a média das Regiões brasileiras.

O gráfico, a seguir, demonstra os dados referentes à distribuição dos acórdãos por assunto em segunda instância, relativos aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 4ª e 5ª Regiões:

Gráfico 01: DISTRIBUIÇÃO DOS ACÓRDÃOS POR ASSUNTO
(Tribunais de Justiça, TRF1, TRF4 e TRF5)



Fonte: CNJ e INSPER (2019)

4.3.3 Demandas por Medicamentos

Importa observar a estatística da saúde, no que tange às demandas por medicamentos, que hoje, são as grandes estrelas da judicialização da saúde brasileira.

Pela leitura da tabela a seguir, verifica-se que a maior demanda por medicamentos no Judiciário é na Região Norte, apresentando 79,20% do total. Os menores índices de medicamentos são relativos ao uso de medicamentos não-incorporados, perfazendo 0,19% do total geral.

Tabela 05: DEMANDAS POR MEDICAMENTOS NO SETOR PÚBLICO

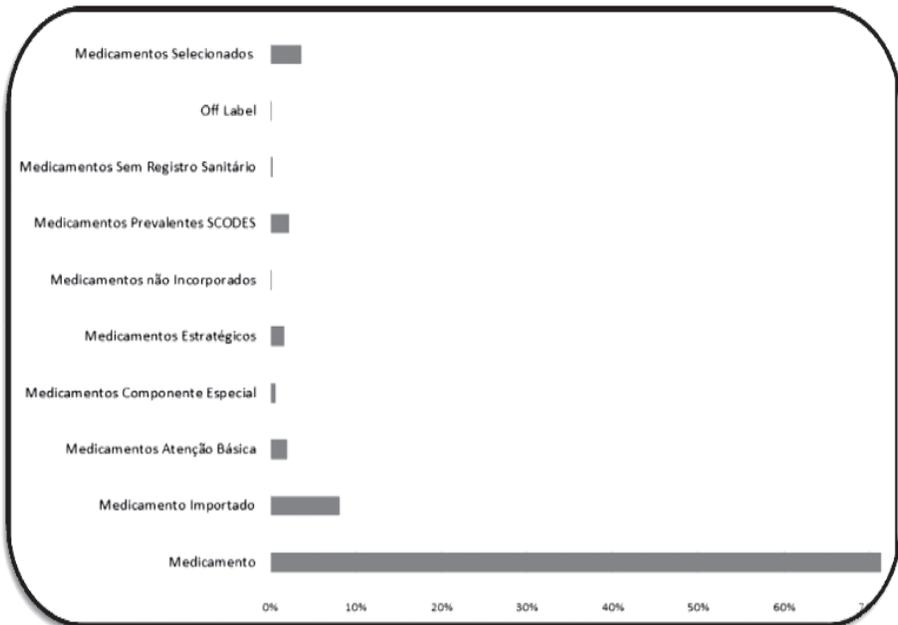
(Tribunais de Justiça, TRF1, TRF4 e TRF5)

	NORTE	NORDESTE	SUDESTE	SUL	CENTRO OESTE	TOTAL
Medicamento	79,20%	56,29%	68,87%	74,65%	52,48%	69,09%
Importado	8,08%	5,62%	7,78%	10,96%	3,04%	8,34%
Componente Básico	1,86%	0,44%	1,57%	3,30%	0,80%	1,97%
Componente Especial	0,35%	0,11%	0,38%	1,23%	0,15%	0,60%
Estratégicos	1,45%	0,46%	1,53%	1,89%	0,56%	1,52%
Não-Incorporados	0,12%	0,06%	0,23%	0,18%	0,00%	0,19%
Prevalentes SCODES18	1,51%	0,27%	2,65%	2,71%	0,24%	2,39%
Sem Registro Sanitário	0,12%	0,07%	0,28%	0,09%	0,10%	0,20%
Uso "Off Label"	0,35%	0,16%	0,26%	0,25%	0,15%	0,25%
Selecionados	2,96%	1,67%	5,06%	2,16%	1,13%	3,79%

Fonte: CNJ e INSPER (2019)

O gráfico seguinte demonstra os dados das demandas por medicamento no setor público em segunda instância, relativos aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 4ª e 5ª Regiões:

Gráfico 02: DEMANDAS POR MEDICAMENTO NO SETOR PÚBLICO
EM SEGUNDA INSTÂNCIA
(Tribunais de Justiça, TRF1, TRF4 e TRF5)



Fonte: CNJ e INSPER (2019)

4.3.4 Demandas por Insuficiência

A tabela, a seguir, revela os percentuais equivalentes à judicialização da saúde, quanto ao perfil dos demandantes. Nesse sentido, os elementos gráficos indicam hipossuficiência econômica no conjunto das ações estudadas.

Tabela 05: INDICADORES DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DO AUTOR DA AÇÃO EM ACÓRDÃOS POR REGIÃO

(Tribunais de Justiça)

	REPRESENTAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA OU ADVOGADO DATIVO	JUSTIÇA GRATUITA	HIPOSSUFICIÊNCIA	INSUFICIÊNCIA DE RENDA
Norte	13,1%	0,6%	27,7%	11,4%
Nordeste	7,9%	0,7%	18,8%	9,0%
Sudeste	7,7%	0,3%	23,7%	2,8%
Sul	31,7%	0,1%	18,9%	8,8%
Centro Oeste	11,4%	0,3%	15,9%	4,4%
Total	15,0%	0,3%	21,7%	5,1%

Fonte: CNJ e INSPER (2019)

A tabela acima expressa que cerca de 15% do total são demandas propostas pela Defensoria Pública ou advogado dativo, mas 21,7% equivalem a ações propostas por hipossuficientes, equivalendo a cerca de um quinto das demandas propostas nos Tribunais de Justiça do país, sobre saúde.

4.3.5 Tutelas Antecipadas e Liminares

A pesquisa revela que de um total de 188.146 decisões liminares distribuídas anualmente, 2,7% desse total é anterior a 2008, podendo ser observado um crescimento significativo na última década, conforme se pode observar na tabela adiante:

Tabela 06: DISTRIBUIÇÃO ANUAL DE ANTECIPAÇÕES DE TUTELA
(Tribunais de Justiça)

ANO	FREQ.	%	CUM.
1980 a 1997	234	0,05%	0,22%
1998	101	0,05%	0,27%
1999	138	0,07%	0,34%
2000	159	0,08%	0,43%
2001	183	0,10%	0,53%
2002	219	0,12%	0,64%
2003	218	0,12%	0,76%
2004	252	0,13%	0,89%
2005	451	0,24%	1,13%
2006	656	0,35%	1,48%
2007	923	0,49%	1,97%
2008	1.510	0,80%	2,77%
2009	2.516	1,34%	4,11%
2010	4.704	2,50%	6,61%
2011	9.965	5,30%	11,91%
2012	12.505	6,65%	18,55%
2013	24.029	12,77%	31,32%
2014	27.472	14,60%	45,93%
2015	32.851	17,46%	63,39%
2016	29.898	15,89%	79,28%
2017	27.225	14,47%	93,75%
2018*	11.764	6,25%	100,00%
Total		188.146	

* Até abril

Fonte: CNJ e INSPER (2019)

Denota-se, ainda, que o ano mais significativo é 2015, com uma leve diminuição em 2016 e 2017. O ano de 2018 foi calculado com dados coletados até abril.

4.4 Crise na Justiça (Saúde)

De acordo com a Pesquisa realizada pelo INSPER, o número de processos em primeira instância sobre a saúde foram triplicados, no período de 2009 a 2017.

No período observado, houve um aumento na quantidade de casos, no percentual de 198%. Na segunda instância, no mesmo período observado, qual seja, de 2009 a 2017, as ações sobre saúde cresceram cerca de 85% nos Tribunais de Segunda Instância, em apelações, crescendo 32% no total de processos na Segunda Instância.

A pesquisa revela que quase 70% dos assuntos discutidos na segunda instância são sobre medicamentos. Órteses e próteses e meios auxiliares equivalem a 63% das decisões (segunda instância).

Em consonância com o Relatório do ICJBrasil, produzido pela Fundação Getúlio Vargas (1º semestre de 2017), que mensura o índice de confiança do Poder Judiciário brasileiro, apesar da má avaliação do Judiciário, os entrevistados na pesquisa, sejam eles jovens ou mais velhos reconhecem como instituição capaz de solucionar os seus conflitos e continuam dispostos a solucionar seus conflitos na Justiça. Verifica-se que as variáveis escolaridade e faixa de renda não afetam a confiança na Justiça.

De acordo com o aludido Relatório, 24% dos entrevistados confiam no Poder Judiciário:

De 2013 para cá, a confiança no Judiciário caiu 10 pontos percentuais, passando de 354%, em 2013, para 24%, em 2017. Esse dado é significativo, considerando-se que em anos anteriores não havia grandes oscilações no grau de confiança na Justiça. (ICBrasil, 2017, p. 14)

Quanto aos motivos que levariam as pessoas à Justiça brasileira, 88% dos entrevistados apontaram a judicialização da saúde.

Foi avaliado que o Judiciário, apesar de ser lento, caro e difícil de utilizar,

a principal dimensão que afeta o índice de confiança nessa Instituição é a morosidade na prestação jurisdicional.

4.5 Políticas Públicas

LOBO e SANTIAGO (2017) esclarecem que as ações estatais são externalizadas, em regra, através de políticas públicas.

Independentemente da ideologia econômica adotada pelo Estado-Nação, se liberal ou social, as ações estatais, fundadas no propósito de segurança, latu sensu, dos atores integrantes da comunidade, físicos e jurídicos, voltam-se a equacionar necessidades materiais e ideais, interesses subjetivos e objetivos, a competições e conflitos; este poder extroverso pode se dar pela via da coercibilidade ou do convencimento, mas sua externalização, via de regra, se faz por meio de políticas públicas, ilegítimas naquele caso ou legítimas neste. (LOBO e SANTIAGO, 2017, p. 123)

Existe alocação de recursos em saúde quando os recursos disponíveis não atendem a todas as pessoas, devendo assim, realizar uma escolha a quem atender, diante do quadro de escassez relativa. Nesse caso, um grupo é beneficiado pelo atendimento. Deve ser frisado que haverá escassez absoluta quando houver impossibilidade total de atender a todos os indivíduos. (GEBRAN NETO, 2016)

O mesmo autor (2016) leciona ainda, sobre a diferença entre o racionamento e alocação de recursos:

Assim, a distinção entre racionamento e alocação de recursos se estabelece quanto à natureza de escassez, mas também quanto à chave da questão ética sobre quem receberá o benefício: quando se tratar de racionamento, qual indivíduo receberá o bem da vida; quando se tratar de alocação de recursos, quais os grupos de indivíduos que dividirão os recursos. E isso tem efeitos quanto à competência para decidir: na escassez absoluta, em matéria de saúde, quem delibera são os profissionais da saúde. Na alocação de recursos, são decisões político-administrativas ou legais. (GEBRAN NETO, 2016, p. 118)

Convém esclarecer que hoje, o SUS tem indicadores inferiores aqueles recomendados pela Organização Mundial de Saúde (OMS), além de apresentar oferta de bens e serviços de saúde para a população, insuficiente à demanda, causando um verdadeiro caos no sistema público de saúde.

Corroborando com a crise na saúde, os custos da judicialização consomem muita verba do SUS. Em 2016, as demandas judiciais em saúde consumiram cerca de R\$ 1,3 bilhões, pesando como maior variável do modelo, os medicamentos mais caros, que se consubstanciam no percentual de 90% desse valor, consoantes dados apurados pelo INSPER, na pesquisa aludida acima.

FIGUEIREDO (2018) traça um liame entre o princípio da participação da comunidade e o princípio democrático, na definição das políticas públicas da saúde.

Princípio da participação da comunidade: A participação da comunidade no planejamento e controle sobre a gestão do SUS guarda pertinência direta com o princípio democrático, assegurando que os cidadãos participem ativamente na definição das políticas públicas do setor [...] (FIGUEIREDO, 2018, p. 181)

No que diz respeito às reformas estruturais, Eugenio Raúl Zaffaroni, no livro “Estructuras Judiciales”, 1994, Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, lembra a existência de mudanças e debates políticos na América Latina, em quase todo o sistema. Ele destaca a necessidade de reformar as estruturas legais, mas aponta que a ausência de clareza sobre o significado dessas reformas, além de que os referidos debates muitas vezes recaem sobre as deficiências pessoais dos juízes, pelo que se pode observar, a seguir:

É um fenômeno verificável que, nos últimos anos, tem sido produzido um deslocamento da questão judicial em direção ao centro dos debates políticos argentinos e latino-americanos. Em quase todo o continente destaca a necessidade de reformar estruturas judiciais, especialmente no que se refere ao governo, à seleção de juízes e à distribuição orgânica. No entanto, há pouca clareza quanto ao significado das reformas necessárias.

Esta situação não pode ser estranha, pois geralmente vem a maneira mais fácil de evitar o problema, como é apontar os defeitos pessoais dos juízes (sua personalidade, seu caráter, insegurança etc.), «como se fossem pessoas que não sejam maquinistas, fabricantes ou professores”⁵, ou atribuir tudo a deficiências materiais e leis processuais obsoletas. Tudo isso impede apenas o debate sério na seleção de juízes e o governo e distribuição orgânica das funções do Poder Judiciário.⁶ (tradução nossa (ZAFFARONI, 1994, p. 13)

⁵ Dieter Simon, La independencia del juez, Barcelona, 1985, p. 28.

⁶ **Texto original:** “Es un fenómeno verificable que, em los últimos años, se ha producido un desplazamiento del tema judicial hacia el centro de los debates políticos argentinos y latinoamericanos. En casi todo el continente se destaca la necesidad de reformar las estructuras judiciales, particularmente em lo que hace al gobierno, a la selección de los jueces y a la distribución orgánica. No obstante, es poca la claridad en cuanto al sentido de las reformas requeridas.

Esta situación no puede extrañar, pues generalmente se acude al camino **más** sencillo para eludir el problema, como es señalar los defectos personales de los jueces (su personalidad, su carácter, su inseguridad, etc.),

Nesse diapasão, o Estado Democrático de Direito não pode apresentar um Poder Judiciário emperrado de ações judiciais, que tramitam, de forma lenta, sobretudo através da via recursal; protelando a entrega da prestação jurisdicional ao cidadão.

De fato, o estudo da Justiça Administrativa do Brasil e de outros países, seja pela fundamentação do direito e economia, pela denominada Escola de Chicago (*Law and Economics*), além de uma análise do Movimento *Law and Development*, reflete na problemática da saúde, ainda, pelo sistema de Justiça de Múltiplas Portas, sobretudo a experiência norte-americana, buscando encontrar uma porta de saúde para a judicialização da saúde brasileira.

4.6 O Sistema de Múltiplas Portas e o Direito Norte-Americano

O sistema de múltiplas portas trata-se de um meio de desjudicialização, pelo qual a porta única do Judiciário, através da propositura de demandas passa a ser substituída por um sistema de múltiplas portas, funcionando como um centro de resolução de conflitos, com diversos procedimentos. Este sistema surge como uma resposta global, primando pela eficiência, considerando que tem por escopo não alongar as demandas, apresentando soluções mais rápidas para as partes, adotando políticas públicas que objetivam a cidadania, pacificação social, eficiência dentre outros fatores.

Na realidade, diante da diversidade de procedimentos, deve ser levada em consideração, analisando as características do conflito de interesses, para identificar qual procedimento a ser utilizado, pelas pessoas que recebem as partes, realizado por um funcionário do Judiciário e o magistrado tem uma função gerencial e fiscalizatória, dos procedimentos adotados.

Consoantes explanações anteriores, o Sistema de Múltiplas Portas aparece como uma resposta global, primando pela eficiência, considerando que tem por escopo não alongar as demandas, apresentando soluções mais rápidas para as partes, adotando políticas públicas que objetivam a cidadania, pacificação social, eficiência, dentre outros fatores.

“como si éstos fuesen personas distintas a los conductores de trenes, fabricantes o profesores”, o bien atribuir todo a carências materiales y a leyes procesales obsoletas. Todo ello no hace **más que impedir** el debate serio sobre la selección de los jueces y el gobierno y distribución orgánica de funciones del Poder Judicial.

Dessa feita, para a análise dos conflitos, a política do *Multidoor Courthouse System*, seria aplicada, substituindo o formalismo exagerado, pelo diálogo, o consenso e a democracia.

Ao sopesar sobre a judicialização da saúde no Brasil, torna-se imprescindível pensar na saída da problemática da saúde, pela porta da economia da saúde.

5. ECONOMIA DA SAÚDE

Se de um lado, muitos economistas não demonstram interesse pela temática da saúde; de outro, os biomédicos não buscam a economia. Mas o fato, é que a multidisciplinaridade entre economia e saúde muito tem contribuído para o desenvolvimento da biomedicina, tanto na via administrativa das políticas públicas, quanto no setor biomédico da saúde, seja pela formação do pessoal, ou ainda, pela melhoria do conhecimento técnico, dentre outros. Verifica-se, dessa forma, que a assistência à saúde vai além da compreensão do tema, através de números.

5.1 As Ideias de Amartya Sen, quanto ao Desenvolvimento Econômico como Liberdade

De acordo com Amartya Sen, ganhador do prêmio Nobel de economia de 1998, a prosperidade econômica é instrumento de enriquecimento da vida das pessoas e não um objetivo a ser alcançado. Isto porque o mero aumento da riqueza econômica pode apresentar ineficácia para os fins significativos. Países com PIBs mais altos, poderão apresentar baixa qualidade de vida, como por exemplo, a África do Sul tem um PIB per capita cinco ou seis vezes maior que os do Sri Lanka ou da China, mas a esperança de vida é muito menor. (SEN, 1993).

Para SEN, o estudo da liberdade e das capacidades leva ao desenvolvimento sustentável. Citando Brundtland, SEN apresenta o conceito de desenvolvimento sustentável: “O Relatório Brundtland define desenvolvimento sustentável como o que satisfaz “as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades.” (SEN, 2011, p. 284)

Em sua obra, SEN apregoa que os indivíduos deixam de ser “pacientes”, para serem “agentes”, devendo considerar as suas necessidades, com liberdade de

decidir o que valorizar, muito além de suas necessidades. As capacidades vão além dos objetos de conveniência, como as rendas ou mercadorias.

A abordagem das capacidades se concentra na vida humana e não apenas em alguns objetos separados de conveniência, como rendas ou mercadorias que uma pessoa pode possuir, que muitas vezes são considerados, principalmente na análise econômica, como o principal critério do sucesso humano. (SEN, 2011, p. 267)

O conceito de privação, segundo SEN (2011), relativo à pobreza está diretamente relacionado ao desenvolvimento, como um processo de expansão das liberdades substantivas, que apresenta um papel constitutivo, em virtude o fim primordial e um papel instrumental, por ser o principal meio de desenvolvimento.

É preciso esclarecer que as liberdades substantivas incluem as capacidades básicas, como por exemplo, ter condições de evitar a fome, retirando do modelo econômico, as principais variáveis mais preponderantes como fatores de privação de liberdade, que podem ser pela negligência dos serviços públicos ou mesmo, pela carência de oportunidades econômicas da população.

Segundo SEN (2011), "A perspectiva da capacidade aponta para a relevância central da desigualdade de capacidades na avaliação das disparidades sociais, mas não propõe, por si própria, uma fórmula específica para as decisões sobre política." (SEN, 2011, p. 266)

O homem livre e sustentável converge em um sustentáculo para o desenvolvimento nacional, influenciando outras modalidades de liberdades, como a liberdade política, pela liberdade de expressão, promovendo uma interação entre essas liberdades.

As oportunidades sociais (educação e saúde) viabilizam a participação do indivíduo na economia. Trata-se de um ciclo de produção em que as facilidades econômicas, ínsitas nas oportunidades de participação no comércio e na produção, promovem a geração de renda individual além de dotações de recursos públicos para os serviços sociais (educação e saúde), que otimizam as oportunidades sociais.

Deve ser consignado que as liberdades dos indivíduos apresentam um papel constitutivo no desenvolvimento, considerando que as políticas públicas

podem aumentar as capacidades das pessoas, além de serem influenciadas pelas capacidades participativas dos indivíduos.

SEN apresenta 05 (cinco) espécies de liberdades, que têm um papel instrumental no processo de desenvolvimento, a saber: as liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantidas de transparência e segurança protetora.

Segundo ele, as liberdades políticas referem-se às oportunidades que as pessoas têm para escolher os seus governantes, além de todo o processo de fiscalização da governança; como também, de poder escolher os seus partidos políticos de forma livre, e de ter uma liberdade de imprensa, além de uma liberdade de opinião, dentre outros. As liberdades políticas para SEN referem-se às democracias e às liberdades públicas, em forma de direito a voto, diálogo, crítica e participação na escolha de seus representantes políticos.

Mas, qual o significado do desenvolvimento como liberdade?

SEN, em sua obra “Desenvolvimento como Liberdade” apregoa que a perspectiva do desenvolvimento como liberdade relaciona o contraste no aspecto da oportunidade e não apenas ao processo.

Ao desenvolver a concepção do desenvolvimento como liberdade, precisamos examinar – em adição às liberdades envolvidas nos processos políticos, sociais e econômicos – em que grau as pessoas têm a oportunidade de obter resultados que elas valorizam e que têm razão para valorizar. Os níveis de renda real desfrutados pelas pessoas são importantes porque lhes dão oportunidades correspondentes de adquirir bens e serviços e de usufruir padrões de vida proporcionados por essas aquisições. (SEN, 2010, p. 370)

SEN, em seu livro “Desigualdade Reexaminada”, esclarece, ainda, que mesmo, quando não for possível dotar alguém incapacitado, da liberdade para desfrutar o mesmo nível de funcionamentos de alguém capacitado, existe o argumento fundado na equidade para maximizar o seu menor potencial para realizar funcionamentos.

Pode ser sustentado que, mesmo quando não se pode dar, de forma alguma, a uma pessoa incapacitada [disabled] a liberdade para desfrutar o mesmo nível do funcionamento em questão (p. e., o mesmo potencial para movimentar-se livremente como as outras), existe ainda um bom

argumento – baseado na equidade – para que se tente maximizar seu menor potencial para realizar funcionamentos [functioning ability] em vez de ficar com a mesma insuficiência (absoluta ou proporcional) que outros têm com relação a seus – bens maiores – funcionamentos máximos (como seria exigido pela igualdade de insuficiência) em vez de ficar com a mesma insuficiência (absoluta ou proporcional) que outros têm com relação a seus – bens maiores – funcionamentos máximos (como seria exigido pela igualdade de insuficiência). (SEN, 2017, p. 150)

5.2 Novas Perspectivas da Saúde

Urge analisar alguns tópicos da problemática da saúde, à luz da economia, com o escopo de melhor entender o problema da pesquisa, enfocando o sentido de justiça equidade e igualdade, nesse setor, além de se analisar o sentido de finito e infinito, quanto à integralidade, dentre outras questões.

5.2.1 A Saúde como Estoque para os Indivíduos e um Fluxo para os Serviços

A saúde apresenta reflexos na economia, o que leva à indagação se todos devem ou não ter acesso aos mesmos serviços de saúde. Nesse sentido, é mister analisar o fluxo da oferta voltado a atender a todos os usuários, devendo refletir, por exemplo, se casos similares devem ou não ser tratados de forma similar, através de uma equidade horizontal e se os casos diferentes devem ou não ser tratados diferencialmente, por meio de uma equidade vertical. Isso porque a igualdade no acesso difere da equidade.

5.2.2 Igualdade de Oportunidades para a População na Obtenção dos Serviços de Saúde

O modelo clássico para estudar a saúde e o desenvolvimento, apenas com correlações estatísticas de variáveis, em forma de equações separadas, apresenta uma visão limitada. Hoje, o entendimento dos estudiosos da temática mudou. Nesse diapasão, é preciso, analisar a atuação do Estado, com os impactos sociais de suas políticas públicas de saúde, balizando os momentos de crises de acesso, de custos e de eficácia dos serviços de saúde. Por isso, importa avaliar a função

distributiva dos sistemas de saúde, pela análise da desigualdade social e a equidade possível.

Torna-se necessário analisar a equidade de acesso aos serviços, abrangendo a equidade geográfica e a equidade por classe social, por faixa etária ou grupo sociocultural, além da equidade de utilização e a equidade de resultados terapêuticos. Essas formas de equidade irão compor o modelo econômico a ser estudado.

Ainda nesse estudo, é mister analisar se a população deve ter iguais oportunidades no intuito de obter os serviços de saúde, lembrando que essas oportunidades iguais não significam iguais serviços, mas sim, ter os recursos para alcançar os serviços necessários a cada um. Isso porque os instrumentos públicos devem adequar a oferta, homogeneizar a informação e promover a igualdade de oportunidades, que é bem próxima a ideia de equidade, à medida que promove a inclusão social.

Mas, diante de toda a crise hodierna na saúde brasileira, é categórico refletir se todos devem ter o mesmo acesso aos serviços de saúde, devendo ser considerada a correção das assimetrias de informação, o próprio custo dos serviços, em que a equidade poderia ser vinculada a ideia do acesso e não propriamente ao uso. A sociedade sendo desigual, o acesso universal e igualitário gera distorções, à medida que igualdade e equidade são conceitos distintos.

5.2.3 Equidade em Saúde

Segundo Amartya Sen, a equidade é uma expressão de justiça social a qual se destina a corrigir desigualdades que podem ser evitadas na distribuição de bens ou capacidades básicas que são de responsabilidade social.

Por exemplo, uma instituição ou uma política pode muito bem ser defendida não porque aumenta a igualdade de capacidades, mas pela razão de que expande as capacidades de todos (mesmo que não haja nenhum ganho distributivo). A igualdade de capacidades ou, de maneira mais realista, a redução da desigualdade de capacidades, certamente tem apelo sobre nossa atenção, mas o mesmo acontece com o avanço geral das capacidades de todos. (SEN, 2011, p. 332)

Assim, no âmbito da equidade em saúde, não se pode realizar um estudo,

em separado, quanto a algumas variáveis, tais como, acesso, financiamento, necessidades, dentre outros fatores. Existe desigualdade nas origens.

5.2.4 Iniquidade em Saúde

De acordo com Amartya Sen, o princípio da justiça distributiva irá balizar a separação das desigualdades das iniquidades. Na realidade, o não reconhecimento de que a sociedade é DESIGUAL, gera iniquidades. Para esse economista, na tomada de decisão coletiva é preciso avaliar os valores dos indivíduos. Ele desenvolveu a teoria da escolha social, através da economia de bem-estar, analisando estudos sobre a justiça social e a racionalidade. (SEN, 2017)

5.2.5 Deflação do Uso

Malgrado o SUS ser considerado a melhor política social brasileira, implantada nos últimos 20 (vinte) anos, verifica-se uma crise existente no mesmo, quanto ao acesso, uso e a qualidade de seus serviços, voltados para os mais pobres, o aludido grupo de “minorias”.

Quanto à demanda de serviços de saúde, é preciso refletir sobre o preço que se paga por cada um dos serviços de saúde, quem exerce essa demanda, sejam os consumidores, os prestadores ou o governo e os impactos causados por essa demanda.

No que diz respeito à oferta de serviços de saúde, a tecnologia é um grande instrumento de implantação da política de saúde, seja em forma de medicamentos ou mesmo, de equipamentos medico-hospitalares.

5.2.6 Inflação do Abuso

Hoje, a saúde incorporou as características sociais do Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), podendo ser verificado, numa visão econômica, a existência de uma inflação do abuso dos serviços de saúde, à medida que, por exemplo, a população pleiteia pagamento pelo SUS de procedimentos sem coberturas.

Importa refletir ainda sobre os custos da saúde. AMARAL aponta o aumento de despesas totais com saúde, no Brasil, num percentual de 323,53% de aumento, em comparação com o aumento da despesa mundial com saúde, em torno de 35%, conforme dados da Organização Mundial de Saúde (OMS).

O aumento das despesas totais, comparando 2002 com 2007, são 323,53% de aumento.

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde, já descontada a inflação, a despesa mundial com saúde cresceu 35% entre 2003 e 2008 (OMS, 2008). A inflação dos custos médicos, nos Estados Unidos, varia de 12% a 20% ao ano, ante a absorção de novos medicamentos e procedimentos. (AMARAL, 2011, p. 93)

5.2.7 A Teoria do Mínimo Existencial como Subsistema dos Direitos Fundamentais

A teoria do mínimo existencial foi desenvolvida em 2008, na Alemanha, por Robert Alexy, que se consubstancia na garantia do valor mínimo que cada indivíduo precisa para viver, para a sua sobrevivência com dignidade, impingindo ao Estado o ônus desse mínimo existencial para a população, através de prestações positivas. Na realidade, a teoria do mínimo existencial é decorrente da teoria dos direitos fundamentais, com resultado do processo de lutas sociais existentes, que contrapõem à exclusão social, a fome, a discriminação e a miséria, que ofendem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Observa-se, por seu turno, que os direitos sociais para serem implementados estão subjugados a uma ação governamental, por meio de prestações positivas. Os direitos a prestações positivas, concedidos pelo governo, devem ser investigados, sob a ótica das limitações orçamentárias que o Estado possui. O caso brasileiro apresenta, ainda, um outro obstáculo; uma Constituição da República programática.

A ideia de Estado de bem-estar social (*Welfare State*) deve ter interpretação mitigada, considerando que o Estado não pode ser o grande garantidor de uma gama de direitos fundamentais, sem considerar, por exemplo, o seu próprio orçamento.

Malgrado desde a Antiguidade, programas assistenciais terem se desenvolvido, de forma pontual, o Estado de bem-estar social moderno foi

formalizado por Otto Von Bismarck, em 1880, quando criou os primeiros programas de assistência social nacional, de forma compulsória. Dessa feita, surgiram diversas medidas assistenciais governamentais importantes, como, seguro de saúde (1883), indenizações laborais (1884), pensões de velhice e invalidez (1889). Na realidade, esse modelo estatal e compulsório não assegura a desmercadorização substancial, de forma automática, dependendo da legislação pertinente reguladora dos benefícios.

Após a criação na Alemanha, o modelo foi implementado na Áustria e Hungria. Um pouco mais tarde, diversas reformas sociais foram adotadas entre 1914 e 1918, na Inglaterra.

Nos Estados Unidos da América (EUA), esse modelo estatal foi desenvolvido, após a Grande Depressão, com o fim do totalitarismo na Europa Ocidental, exercendo a sua política social protetora através de uma tributação diferenciada, sobretudo, sobre o patrimônio e a renda, onerando ainda mais, os mais ricos, em prol da camada mais carente, com o fito de garantir o “mínimo necessário”, nas áreas da saúde, educação dentre outras. Franklin D. Roosevelt consagrou o Estado Social com o *New Deal*, entre 1933 e 1937.

Na realidade, os modelos de estados de bem-estar diferenciam entre si, podendo ser social-democratas, como na Escandinávia, com alta carga tributária e em contrapartida, com benefícios assistenciais, com coberturas universais. Esse modelo nos leva a pensar que a igualdade fundamental requer a socialização econômica.

ESPING-ANDERSEN (1991) esclarece, ainda, sobre o modelo social-democrata do *Welfare State*:

O modelo social-democrata é, então, o pai de uma das principais hipóteses do debate contemporâneo sobre o welfare state: a mobilização de classe no sistema parlamentar é um meio para a realização dos ideais socialistas de igualdade, justiça, liberdade e solidariedade. (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 90)

Outra modalidade seria o modelo anglo-americano, com baixa carga tributária, com garantia apenas do mínimo existencial (sem benefícios universais). É o chamado *welfare state liberal*, com benefícios para indivíduos de baixa renda, os comprovadamente pobres, com coberturas universais reduzidas. Denota-se, nesse modelo, uma limitação na reforma social, em favor da ética do trabalho.

O Estado, nessa hipótese, de um lado, garante o mínimo existencial e de outro, incentiva a previdência privada, ações que viabilizam a minimização dos efeitos da desmercadorização. Adotam esse modelo, EUA, Canadá, Austrália, dentre outros.

Existe, ainda, um terceiro modelo, considerado como misto, adotado pela Alemanha, que prima pelo princípio contributivo. ESPING-ANDERSEN (1991), a respeito desse modelo, leciona que esse modelo, embora seja marcado por direitos sociais, é dependente de regras e pré-condições correspondentes.

Os benefícios dependem quase inteiramente de contribuições e, assim, de trabalho e emprego. Em outras palavras, não é a mera presença de um direito social, mas as regras e pré-condições correspondentes, que dita a extensão em que os programas de bem-estar social oferecem alternativas genuínas à dependência em relação ao mercado. (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 103)

Na realidade, a teoria do mínimo existencial está centrada nos princípios da igualdade de oportunidades, distribuição equitativa da riqueza, bem como, da responsabilidade pública em prover um mínimo necessário para os cidadãos, mas que hoje, deve ser olhado com moderação.

5.2.8 Constituição da República Programática

Outro fator que se deve considerar, diz respeito à Constituição da República Federativa do Brasil, que hoje se trata de uma ordem constitucional programática, denominada de diretiva ou dirigente. Esta modalidade de Constituição apresenta um programa de ação extenso de atribuições para o Estado, embora CANOTILHO a considere como proposta de legitimação material da magna carta de um país: “A “programática”, os “princípios” e as “directivas” constitucionais outra coisa não são que propostas de legitimação material da magna carta de um país.” (CANOTILHO, 1994, p. 22)

5.2.9 Reserva do possível

O Estado dispõe de limitada capacidade para financiar as prestações reconhecidas de direitos fundamentais sociais e do mínimo existencial, o que ensejará, num processo de cadeia, a dependência de uma “reserva do possível”.

A reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) originou-se na Alemanha, nos anos de 1970 e o Governo tem sem apoiado na ideia da reserva do possível, com o fito de se escusar da responsabilidade das prestações.

Por seu turno, convém esclarecer que a reserva do possível, malgrado estar diretamente ligada às restrições orçamentárias estatais, que pode descurar o princípio do mínimo existencial, sob pena de afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale acrescentar, ainda, que hoje, o princípio da dignidade da pessoa humana, é uma garantia fundamental para o indivíduo, constituindo-se num dos fundamentos no estado democrático de direito, consoante redação do inciso III, do artigo 1º., da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A viabilidade da pesquisa se justifica na forma de buscar solucionar o problema apresentado, apontando soluções outras para os conflitos, facilitando o acesso à Justiça, e dessa forma, promover o desenvolvimento nacional, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consoante inciso II, do artigo 3º. da *Magna Carta*.

De acordo com a perspectiva de Habermas, o conteúdo normativo é gerado das ações comunicativas. Segundo ele, os republicanos defendem uma democracia consistente na auto-organização política da sociedade, enquanto que os liberais sustentam a impossibilidade de uma separação entre o Estado e a sociedade, podendo ser mitigada pelo processo democrático, que é capaz de limitar o poder e os interesses sociais, através das leis.

Em consonância com a teoria do discurso, o conteúdo normativo é superior no modelo liberal e inferior, no republicano, priorizando a formação política da opinião e da vontade, além de considerar os princípios do Estado constitucional como solução para as questões surgidas, por ocasião da institucionalização das ações comunicativas da formação da vontade e da opinião.

A Constituição da República Federativa do Brasil adota um modelo social de Estado (*Welfare State*), com o primado de atender a justiça social. O Estado, assim,

ao apresentar um modelo *welfarista*, obriga o Poder Executivo a implementar políticas públicas eficientes, com aplicação da verba pública de forma racional e equilibrada.

Na realidade, esse modelo constitucional *welfarista* exige a interpretação das normas constitucionais e infralegais e de sua operacionalização, de forma que haja eficiência na promoção dos direitos fundamentais, pela ascensão dos direitos sociais.

Mas, qual o limite da promoção dos direitos sociais, em especial, o direito à saúde, considerando, sobretudo, as dificuldades financeiras do poder público?

A utilização do ativismo judicial para buscar resolver a crise na saúde tem demonstrado, ao longo do tempo, um ponto negativo para o desenvolvimento nacional. Isso porque o próprio judiciário fica afetado com as inúmeras demandas judiciais sobre saúde pública, que muitas vezes, versam sobre problemas administrativos dos hospitais públicos, como por exemplo, transferências de pacientes.

É perceptível, hoje, como o Poder Judiciário está enfrentando uma crise interna séria, à medida que não consegue controlar a “avalanche” processual que se instalou, no caso, sobre a Saúde, comprometendo o acesso à Justiça.

Através do método de múltiplas portas, surge uma alternativa em evitar a judicialização de demandas de saúde, pela solução das controvérsias na fase pré-processual, adotando políticas públicas que objetivam a cidadania, pacificação social, eficiência dentre outros fatores. Assim, o sistema de múltiplas portas (EUA) busca romper com a exegese legal e o dogmatismo jurídico, sob uma nova perspectiva interdisciplinar, disponibilizando diversas “soluções” (ou portas) para os conflitos.

Deve ser ressaltado que a judicialização da saúde, além de emperrar o Judiciário, motivou um desordenamento na saúde, à medida que tutelas urgentes têm sido deferidas, como no caso, de deferimento de cirurgias ou fornecimento de remédios, dentre outras. Com essas medidas judiciais, surge como impactos, o desrespeito daqueles que já se encontram numa ordem, na fila de espera, além de retirar recursos previstos anteriormente no orçamento, passando os mesmos a ficarem alocados de outra forma, por decorrência de decisões judiciais desprovidas de razoabilidade, descurando a dignidade de pessoa humana, pela desigualdade de tratamento.

É preciso consignar que nem todas as necessidades da saúde pública conseguirão ser supridas, mesmo porque os recursos não são inesgotáveis; são finitos.

Nesse condão, cabe ao administrador público a razoabilidade em suas decisões administrativas, por ocasião da aplicação das verbas públicas, considerando que medidas administrativas, malgrado não possam resolver todos os problemas da saúde, devem coadunar com os programas previstos na Constituição da República, conforme a possibilidade financeira estatal.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de Cada Um: Reflexões para a Transição da Práxis Judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito e SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O Cnj e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 81-115.
- BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Biblioteca Digital Fórum de Direito Público Interesse Público – IP**. Belo horizonte, ano 12. n. 59. jan/fev. 2010, ps. 11-12. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-americanizacao-do-direito-constitucional-e-seus-paradoxos.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2020.
- _____. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito E Práxis**. Rio de Janeiro, ano 2018, v.9, n. 4. Disponível <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n4/2179-8966-rdp-9-4-2171.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2020.
- BOBBIO, Norberto, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1994.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do welfare state. **Lua Nova**, São Paulo , n. 24, p. 85-116, Sept. 1991 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 08 Mar. 2020.
- FRAGATE FILHO, Roberto. Reconfigurações Profissionais da Magistratura: Um Exercício (Preliminar) a partir da Jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça. IN: CUNHA, José Ricardo (org.) **Poder Judiciário: Novos Olhares sobre Gestão e Jurisdição**. RJ: Editora FGV, 2010, p. 97-125.

A desjudicialização como instrumento processual adequado ao controle da tutela de saúde individual e forma de otimização da implementação de políticas públicas

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde: Leis 8.080/1990 e 8.142/1990, arts. 6º e 196 a 200 da Constituição Federal.** Coleção Leis Especiais para Concursos. 5ª. ed. Bahia, Jus Podivm, 2018.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJBrasil.** 1º semestre/2017. São Paulo.

GEBRAN NETO, João Pedro. A Busca por Critérios para o Fornecimento Gratuito de Medicamentos e/ou Procedimentos da Saúde. In: GENTILLI, Raquel de Matos Lopes [et al.] (org.). **Judicialização, gestão e acesso.** Vitória: Editora Emescam, 2016, p. 113-140.

GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do Direito à Saúde e o Sistema de Saúde Suplementar no Brasil: Aspectos Críticos da Fundamentação de Decisões Judiciais.** 2015. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica -CDCJ) - (Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ. Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Itajaí, Santa Catarina.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política.** Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo: Edições Loyola, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPER). Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução.** Brasília: CNJ, 2019. Disponível em <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-jacusta-r-13-bi-a-uniao/>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

LOBO, Edilene e SANTIAGO, Frederico Dutra. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: A Quebra dos Princípios Sensíveis e Organizatórios do Estado Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública.** Brasília: v. 3, n. 1, Jan/Jun. 2017, p. 121 – 138.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Constituição e Inconstitucionalidade.** 3. ed., v. II. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1996.

NOBRE, Milton Augusto de Brito Nobre. Da Denominada “Judicialização da Saúde”: Pontos e Contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito e SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O Cnj e os desafios da efetivação do direito à saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 353-366.

SEN, Amartya. O Desenvolvimento como expansão de Capacidades. **Lua Nova,** São Paulo, n. 28-29, p. 313-334, Apr. 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451993000100016&script=sci_arttext&lng=pt.> Acesso em: 10 Fev. 2020.

_____. **A Ideia de Justiça.** Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desigualdade Reexaminada.** Tradução e apresentação: Ricardo Doninelli Mendes. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

_____. **Desenvolvimento como Liberdade.** Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SCHULMAN, Gabriel e BALLANDE-ROMANELLI, Sandro. Judicialização da Saúde: Um Remédio Amargo? Perspectivas sobre os Erros e Acertos da Atuação do Poder Judiciário nas

Demandas de Tratamento Médico. IN: GENTILLI, Raquel de Matos Lopes [et al.] (org.). **Direito da saúde em perspectiva: Judicialização, Gestão e Acesso**. Vitória: Editora Emescam, 2016, p. 41-77.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructuras Judiciales**, 1994. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Site visitado:

Disponível em <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS: REPERCUSSÃO SOBRE O CONSUMIDOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Caroline Medeiros e Silva - Juíza Federal na 2ª Região

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal editou tema no qual definiu seu entendimento acerca da inclusão do ICMS no conceito de faturamento e, por consequência, sua repercussão do cálculo de tributos que possuem aquela base de cálculo, notadamente PIS e COFINS.

A partir daquele julgamento, inaugurou-se, então, uma onda de ações de consumidores de serviços públicos concessionados, notadamente de energia elétrica e telefonia que ingressaram com ações de repetição de indébito ao fundamento de que o valor do PIS e da COFINS é repassado ao consumidor do dito serviço e, portanto, fazem jus à diferença do tributo cobrado a maior, a partir da conclusão sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo e, portanto, da redução do PIS e COFINS pago e repassado ao consumidor.

O presente artigo visa examinar, justamente, a possibilidade de aplicação daquele tema a tais hipóteses consumeristas, em especial no tocante à legitimidade ativa para requerer tal indébito tributário, em nome próprio, em que pese pago por terceiro. O assunto merece atenção e esclarecimento ante a profusão de ações judiciais apresentadas com decisões em todos os sentidos.

2. A DISCUSSÃO JURÍDICA SOBRE O ALCANCE DO TEMA 69 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O CONSUMIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA E TELEFONIA

Em suma, as ações propostas na esfera federal cuidam de pedidos de repetição de indébito tributário - e eventual declaração de inconstitucionalidade incidental - fruto da inclusão do ICMS na composição da base de cálculo dos tributos PIS e COFINS, cujos valores estariam embutidos nas faturas de energia e/ou telefonia. A pretensão é articulada pelos consumidores finais destes serviços, em que pese tais tributos serem pagos pelas concessionárias de serviço público, tendo por base o seu próprio faturamento, ao fundamento de que seriam os contribuintes de fato dos referidos tributos, haja vista que as concessionárias os “embutem” nos preços fixados para as tarifas.

Desde já percebe-se os elementos que devem ser examinados no caso e que envolvem não apenas o direito tributário, mas também o administrativo e consumerista. Da parte do direito tributário, temos ainda de investigar a aplicabilidade da substituição tributária e consequente figuras de contribuinte de fato e de direito daí advindas para tributos da natureza das contribuições discutidas, seja para o para o Programa de Integração Social (PIS) seja para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

A celeuma iniciou-se a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE574.706 julgado em 15/03/2017 que fixou a tese no tema 69, no seguinte sentido: **“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”**. Eis os termos da ementa do acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, **não se incluir todo ele na definição de faturamento** aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Importante aqui verificar o caso concreto que envolveu o exame feito pela Suprema Corte, e a levou a fixar o tema, haja vista o efeito vinculante daí advindo. De fato, o caso concreto levado do Supremo Tribunal Federal envolvia uma pessoa jurídica, contribuinte direta de PIS e COFINS sobre seu faturamento, e que pretendia excluir, desta base de cálculo (faturamento) o ICMS também por ela pago pela circulação de mercadorias.

A partir desta sucinta descrição já se pode aferir que os casos levados ao Judiciário pelos consumidores de energia elétrica e telefonia, em sua maior parte, não são similares àqueles julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

A pretensão, neste último caso, é de percepção dos reflexos financeiros da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pago pela concessionária de energia elétrica/telefonia a partir do seu faturamento, ou seja, do faturamento da concessionária de serviço público. A tese é de que possuiriam os consumidores finais legitimidade para perquirir sobre tal repetição pois tais valores são repassados ao consumidor no preço do serviço, no caso, no preço da energia elétrica e serviço de telefonia, advindo desta repercussão econômica sua legitimidade.

Como visto, **o tema 69 do Supremo Tribunal Federal, que se pretende usar como paradigma, não tratou da presente situação.**

E tal se diz pois **não** se discute aqui a repetição direta do eventual indébito tributário de ICMS, imposto indireto, em que existem as figuras dos contribuintes de fato e de direito, mas sim a repetição de indébito das Contribuições para o

Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) pela inclusão indevida do ICMS na sua base de cálculo.

O PIS e a COFINS são tributos diretos, pagos por quem possui faturamento, no caso, o faturamento da concessionária do serviço público (energia elétrica e/ou telefonia) em que **não existem as figuras dos contribuintes de fato e de direito.**

A tese de que pagou o ICMS inserido na base de cálculo do PIS e da COFINS da concessionária, a partir do seu faturamento, ante o repasse de tal custo operacional tributário no preço da energia elétrica e/ou telefonia, por força de eventual previsão do direito administrativo na forma como de estabelece o preço dos serviços públicos concessionados não é capaz de criar legitimidade tributária para tal espécie de repetição. **Não há, na relação de pagamento de PIS e COFINS, substituição tributária que alcance o consumidor final a outorgar-lhe legitimidade tributária** para repetição de indébito de tributos devidos e pagos pela concessionária de serviço público, pois o consumidor final sequer é contribuinte do PIS e da COFINS haja vista que, repita-se, não tem tais autores faturamento, e o contribuinte deste tributo, por ser direto, necessariamente tem de possui-lo!

A concessionária de serviço público não paga o PIS e a COFINS na condição de substituto tributário, como se este fosse devido pelo consumidor autor de tais ações judiciais; ela, concessionária, é obrigada ao pagamento do PIS e COFINS ao poder concedente (União) independentemente do que se dê entre ela, concessionária, e o consumidor final. A obrigação tributária é dela, concessionária, e não do consumidor que pode, sim sofrer os reflexos financeiros de tais tributos no valor do preço do serviço, fruto de relação consumerista entre ele e a prestadora do serviço, e relação administrativista entre poder concedente e prestador do serviço, que estipula a forma como o preço do serviço concedido (tarifa) é fixado. Não há, porém, qualquer relação tributária entre o prestador do serviço público e o usuário, ou mesmo entre este último e a União pelo só fato de usar tal serviço público a ponto de autorizar repetição de eventual indébito pago por terceiro.

Ainda, é certo que o preço de um serviço público concessionado – que é o que toca o consumidor final – provem de uma relação jurídica regida pelo direito administrativo e não pelo direito tributário, e é estabelecido a partir de critérios previstos na licitação da concessão do serviço visando ao equilíbrio financeiro,

econômico e atuarial que viabilize o fornecimento do serviço sem prejuízo a quem o fornece. Por esta razão exclusiva é que os custos dos tributos devidos pela concessionária podem ser embutidos no preço da tarifa, conforme critérios fixados no edital de licitação do serviço. Trata-se de uma relação puramente de direito administrativo e não de direito tributário como acreditam os autores de tais ações judiciais, não importando, necessariamente, em repasse direto de tributos, da concessionária para o consumidor.

A prevalecer o raciocínio pela legitimidade, admitir-se-ia que todos os consumidores pleiteiem a restituição de todo e qualquer tributo indevidamente pago pelas concessionárias, e que acreditem impactar o preço final.

A questão específica da incidência de ICMS e seu impacto sobre o preço de serviços públicos não foi o objeto do julgamento do Supremo Tribunal Federal, que se ateu ao conceito de faturamento para fins de pagamento de PIS e COFINS de responsabilidade da própria recorrente naquele caso, ou seja, a incidência do ICMS inserido no conceito de faturamento da própria contribuinte que era responsável pelo pagamento do PIS e da COFINS. A própria recorrente, no caso levado ao Supremo Tribunal Federal, tinha faturamento e, por isso, pagava PIS e COFINS.

No caso, os autores de tais ações são, em sua maioria, pessoas físicas que sequer possuem faturamento – ou mesmo pessoas jurídicas, mas que pretendem a repetição com base no faturamento da concessionária de serviço público¹, e buscam se beneficiar do pagamento feito pela concessionária de serviço público, que tem faturamento e, por isso, paga PIS e COFINS. O fundamento é tão somente o já exposto, no sentido de que aqueles valores todos, PIS, COFINS e ICMS constam do preço do serviço e, portanto, tem direito à repetição. Não há qualquer demonstração sequer do *quantum* de repercussão daqueles tributos e reflexo da exclusão do ICMS da base de cálculo de outros tributos sobre o preço dos serviços concessionados o que, no mínimo, inviabilizaria a liquidação do julgado pois os critérios de fixação da tarifa de serviço público são administrativos e financeiros de ordem atuarial estabelecidos em edital de concessão e visando a viabilização

¹ De fato, dos vários casos já vistos pela autora deste artigo, em apenas uma oportunidade o autor da ação, pessoa jurídica – um restaurante – requeria, corretamente, a repetição de indébito fruto da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS por ele pago e com base em seu próprio faturamento. A “febre” litigante é tal que, mesmo pessoas jurídicas que, portanto, tem faturamento a princípio e pagam PIS e COFINS e que, portanto, teriam direito à repetição do indébito com base em seu próprio faturamento, pelo PIS e COFINS por eles mesmas devido, preferem ingressar na Justiça para requerer os reflexos financeiros da exclusão com base no PIS e COFINS pagos pelas concessionárias de energia elétrica e telefonia, em uma total prova de falta de compreensão do direito e da matéria.

do serviço. Repita-se que não se está aqui tratando da incidência direta do ICMS na prestação de tais serviços, mas sim a repercussão reflexa deste tributo sobre outros, diretos, por integrar indevidamente a base de cálculo daqueles.

Vale notar, por fim, **que o Supremo Tribunal Federal NÃO virá a se pronunciar sobre o ponto aqui discutido**, haja vista que a questão específica aqui tratada já foi, por duas vezes ao menos, levada àquela Suprema Corte quando, então, esta se manifestou por sua incompetência para dirimir a controvérsia haja vista que a matéria remeteria à interpretação de norma infraconstitucional, no caso, tributária, relacionada, justamente à natureza dos tributos e substituição tributária da concessionária de serviço público pelo consumidor:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. REPASSE DO PIS E DA COFINS AO CONSUMIDOR FINAL DE ENERGIA ELÉTRICA. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 8.10.2011. A controvérsia, a teor do que já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar, nesse compasso, em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais, porquanto compreender de modo diverso exigiria análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão prolatada pela Corte de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Corte. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido.” (ARE 683861 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2014 PUBLIC 17-12-2014)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL – PIS E PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS AO CONSUMIDOR FINAL DE ENERGIA ELÉTRICA. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (ARE 639615 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 02/08/2011, DJe-163 DIVULG 24-08-2011 PUBLIC 25-08-2011 EMENT VOL-02573-04 PP-00590).

Entrementes, o Superior Tribunal de Justiça, que é a Corte máxima a se manifestar sobre interpretação de normas infraconstitucionais, já se pronunciou,

especificamente, sobre a questão, ainda em 2010 e em sede de repetitivo de controvérsia (com efeito vinculante, portanto) em caso que envolvia consumidor final de serviço de telefonia e concessionária do serviço público, justamente em demanda em que o usuário pretendia excluir do preço do serviço de telefonia tributos (no caso, PIS e COFINS) ao fundamento de que não seria contribuinte daquele e, portanto, não poderia ter seu valor repassado no preço.

A ponderação que o Superior Tribunal de Justiça fez no caso foi, justamente, de que **não há relação jurídica tributária entre concessionária de serviço público e consumidor final de serviço a autorizar a pretendida repetição de indébito.**

Ali, fixou-se, ainda, o entendimento de que o eventual repasse econômico do PIS e da COFINS, nos moldes realizados pela empresa concessionária de serviços públicos, revela prática legal mesmo à luz do Código de Defesa do Consumidor, conforme art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995² (lei que dispõe sobre o regime jurídico de concessão e permissão de serviços públicos) e no art. 108, § 4º, da Lei n. 9.472/1997³ (lei que regula, especificamente, os serviços de telecomunicações) pelo que, mesmo se afastando do direito administrativo e se atendo ao direito do consumidor, é juridicamente possível o repasse de encargos, pois o preço do serviço concessionado é fixado levando em conta os custos da operação da concessionária, incluído aí tributos.

Por tal razão, o eventual aproveitamento econômico fruto desta exclusão de tributo não poderia se dar por meio tributário, mediante ação de repetição

² Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...)

§ 3º **Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.**

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

³ Art. 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.

§ 1º A redução ou o desconto de tarifas não ensejará revisão tarifária.

§ 2º Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas.

§ 3º **Serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços.**

§ 4º **A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato.**

de indébito, pois o consumidor não é substituto tributário de PIS e COFINS e, portanto, não tem legitimidade tributária para pugnar a repetição; ela, exclusão, apenas seria admitida à luz da relação consumerista entre concessionária e usuário final do serviço, na hipótese de abusividade que, no Código de Defesa do Consumidor, pressupõe cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade. E citou inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal.⁴ Vide, por todos, os termos do Recurso Especial 976.836/RS, julgado, ainda, em 2010:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. PIS E COFINS. REPERCUSSÃO JURÍDICA DO ÔNUS FINANCEIRO AOS USUÁRIOS. FATURAS TELEFÔNICAS. LEGALIDADE. DISPOSIÇÃO NA LEI 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. TARIFAS DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA DOS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

*1. A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob **garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro**, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.*

*2. O concessionário trava duas espécies de relações jurídicas a saber: (a) uma com o Poder concedente, titular, dentre outros, do **ius imperii** no atendimento do interesse público, ressalvadas eventuais indenizações legais; (b) outra com os usuários, de natureza consumerista reguladas, ambas, pelo contrato e supervisionadas pela Agência Reguladora correspondente.*

*3. **A relação jurídica tributária é travada entre as pessoas jurídicas de Direito público (União, Estados; e Municípios) e o contribuinte, a qual, no regime da concessão de serviços públicos, é protagonizada pelo***

⁴ ADI 2.733-ES, DJ 3/2/2006; do STJ: EREsp 692.204-RJ, DJe 4/9/2009; REsp 1.099.539-MG, DJe 13/8/2009; REsp 979.500-BA, DJ 5/10/2007; AgRg no Ag 819.677-RJ, DJ 14/6/2007; REsp 804.444-RS, DJ 29/10/2007; REsp 555.081-MG, DJ 28/9/2006; REsp 1.062.975-RS, DJe 29/10/2008; REsp 994.144-RS, DJe 3/4/2008; REsp 1.036.589-MG, DJe 5/6/2008; REsp 961.376-RS, DJe 22/9/2008; AgRg no Ag 1.034.962-SP, DJe 17/11/2008; REsp 994.144-RS, DJe 3/4/2008; REsp 1.036.589-MG, DJe 5/6/2008, e AgRg na SS 1.424-RJ, DJ 6/6/2005.

Poder Concedente e pela Concessionária, cujo vínculo jurídico sofre o influxo da supremacia das regras do direito tributário.

4. A relação jurídica existente entre a Concessionária e o usuário não possui natureza tributária, porquanto o concessionário, por força da Constituição federal e da legislação aplicável à espécie, não ostenta o poder de impor exações, por isso que o preço que cobra, como longa manu do Estado, categoriza-se como tarifa.

5. A tarifa, como instrumento de remuneração do concessionário de serviço público, é exigida diretamente dos usuários e, consoante cediço, não ostenta natureza tributária. Precedentes do STJ: REsp 979.500/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 05/10/2007; AgRg no Ag 819.677/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 14/06/2007; REsp 804.444/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/10/2007; e REsp 555.081/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 28/09/2006.

6. O regime aplicável às concessionárias na composição da tarifa, instrumento bifronte de viabilização da prestação do serviço público concedido e da manutenção da equação econômico-financeira, é dúplice, por isso que na relação estabelecida entre o Poder Concedente e a Concessionária vige a normatização administrativa e na relação entre a Concessionária e o usuário o direito consumerista. Precedentes do STJ: REsp 1062975/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJ de 29/10/2008.

7. O repasse de tributos para o valor da tarifa, consecutivamente, não obedece ao regime tributário da responsabilidade tributária, por transferência, sucessão ou substituição, senão ao edital, ao contrato de concessão, aos atos de regulação do setor; e ao Código de Defesa do Consumidor (CDC).

8. A legalidade do repasse de tributos há de ser, primariamente, perquirida na lei que ensejou a oferta pública da concessão do serviço público e o respectivo contrato, sendo certo que, em sede de Recurso Especial, o vínculo travado entre as partes revela-se insindicável, em razão do óbice erigido pelo teor da Súmula 05/STJ.

9. As premissas assentadas permitem concluir que: (a) a remuneração tarifária do valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, tem seu fundamento jurídico primário no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança/fixação depende de lei; (b) no contrato de concessão firmado entre a concessionária e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, para manutenção do direito de uso,

as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Precedentes do STJ: REsp 994144/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJ de 03/04/2008; REsp 1036589/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJ de 05/06/2008.

10. A estrutura das tarifas de telefonia decorre da legislação, verbis: A Lei nº. 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, estabelece em seu art. 9º sobre a fixação das tarifas de serviços públicos em geral: Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...) § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração. grifos nossos A Lei nº. 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, preceitua sobre a as tarifas dos serviços de telecomunicações: Art. 93. O contrato de concessão indicará: (...) VII - as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão; Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço.

(...) § 4º A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato. (grifos nossos)

11. A legalidade da tarifa acrescida do PIS e da COFINS assenta-se no art. 9º, § 3º da Lei 8987/85 e no art. 108, § 4º da Lei 9.472/97, por isso que da dicção dos mencionados dispositivos legais deduz-se que é juridicamente possível o repasse de encargos, que pressupõe alteração da tarifa em função da criação ou extinção de tributos, consoante se infere da legislação in foco.

12. Dessarte, **a normação das concessões e das telecomunicações são lex specialis em relação ao CDC e ao mesmo se sobrepõe.**

13. A legalidade da tarifa e do repasse econômico do custo tributário encartado na mesma, exclui a antijuridicidade da transferência do ônus relativo ao PIS e à COFINS, tanto mais que, consoante reiterada jurisprudência desta Corte, a abusividade do Código de Defesa do Consumidor pressupõe cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, inócorrentes no caso sub judice. Precedentes do STJ: REsp 994144/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJ de 03/04/2008; REsp 1036589/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJ de 05/06/2008.

14. A legalidade no campo tributário é pro contribuinte, porquanto a invasão de sua propriedade, mediante estratégia estatal de exação, exige normatização prévia, obstando, a fortiori, a surpresa fiscal, consectário da segurança jurídica garantida constitucionalmente.

15. A legalidade no campo consumerista apresenta dupla face no sentido de que os direitos e deveres das partes não podem ser erigidos ao alvedrio das mesmas, à míngua de previsão legal, sob pena de configurar ilegal constrangimento.

16. A relação de consumo derivada da concessão de serviço público reclama interpretação harmônica entre as regras de concessão e o Código de Defesa do Consumidor, por isso que a imposição de obrigação ao concessionário não prevista em lei afronta o princípio da legalidade.

17. A concessão inadmite que se agravem deveres não previstos em detrimento do concessionário, por isso que os direitos dos usuários de serviço público concedido obedecem à ratio no sentido de que (...) Os usuários, atendidas as condições relativas à prestação do serviço e dentro das possibilidades normais dele, têm o direito ao serviço e ao que foi legalmente caracterizado como serviço adequado, no referido art. 6º, § 1º. O Concessionário não lhes poderá negar ou interromper a prestação, salvo, é claro, nas hipóteses previstas nas próprias cláusulas regulamentares. Cumpridas pelo usuário as exigências estatuídas, o concessionário está constituído na obrigação de oferecer o serviço de modo constituído e regular. Com efeito, sua prestação é instituída não apenas em benefício da coletividade concebida em abstrato, mas dos usuários, individualmente considerados, isto é, daqueles que arcarão com o pagamento das tarifas a fim de serem servidos. Por isto, aquele a quem for negado o serviço adequado (art. 7º, I, c/c 6º, § 1º) ou que sofrer-lhe a interrupção pode, judicialmente, exigir em seu favor o cumprimento

da obrigação do concessionário inadimplente, exercitando um direito subjetivo próprio. (...) Não cabendo discussão quanto à aplicabilidade do Código, as divergências doutrinárias se ferem quanto a extensão de sua aplicação e à identificação das espécies de serviços públicos que estariam sob seu âmbito de incidência. Para Dinorá Grotti ela só ocorrerá quando se trate de serviço individualizadamente remunerado, não cabendo discriminar em função de a remuneração ser denominada taxa ou tarifa. Ao nosso ver esta é a orientação geral correta, aduzindo-se que a aplicação do Código servirá para apontar benefícios suplementares aos que resultam diretamente dos direitos de usuário, conquanto inúmeras vezes, em rigor, estejam correspondendo ou a uma reiteração ou a um detalhamento deles. Entretanto, dadas as óbvias diferenças entre usuário (relação de direito público) e consumidor (relação de direito privado) com as inerentes conseqüências, certamente suas disposições terão de se compatibilizar com as normas de direito público, ou quando afronte prerrogativas indeclináveis do Poder Público ou com suas eventuais repercussões sobre o prestador de serviços (concessionário ou permissionário) (...)? in Curso de Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello, 25ª ed., Malheiros Editores, 2008, p. 733-735.

18. Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio, por isso que discriminar os componentes da tarifa equipara-se, v.g., a discriminação dos pulsos excedentes telefônicos, tarefa que reclama legislação específica impositiva do facere reclamado.

*19. O direito à informação não pode ser inferido de norma genérica (o CDC) que, mercê de revelar sentido diverso da indicação dos tributos que compõem o custo da tarifa, infirma *lex specialis*, que enuncia os direitos dos usuários do serviço, em razão de conferir interpretação extensiva ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). Sob esse enfoque a legalidade estrita é aplicável no campo da imposição de deveres e de sanções no âmbito administrativo.*

20. O Código de defesa do Consumidor, na sua exegese pós positivista, quanto à informação do consumidor deve ser interpretado no sentido de que o microssistema do Código de Defesa do Consumidor, o direito à informação está garantido pelo art. 6.º, n. III, e também pelo art. 31, que prevêem que o consumidor tem direito a receber informações claras e adequadas a respeito dos produtos e serviços a ele oferecidos, assim dispendo: ?Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: III. a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; Art. 31.

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar

informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores..

21. *O direito do consumidor e, em contrapartida, o dever do fornecedor de prover as informações e de o de obter aquelas que estão apenas em sua posse, que não são de conhecimento do consumidor, sendo estas imprescindíveis para colocá-lo em posição de igualdade, bem como para possibilitar a este que escolha o produto ou serviço conscientemente informado, ou, como denomina Sérgio Cavalieri Filho, de consentimento informado, vontade qualificada ou, ainda, consentimento esclarecido, consoante leciona Sergio Cavalieri Filho. Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2008, p. 83.*

22. *“O consentimento esclarecido na obtenção do produto ou na contratação do serviço consiste, em suma, na ciência do consumidor de todas as informações relevantes, sabendo exatamente o que poderá esperar deles, sendo capacitados a “fazer escolhas acertadas de acordo com a necessidade e desejos individuais” Luiz Antonio Rizzatto Nunes, in O Código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial, 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 295.*

23. *A exposição de motivos do Código de Defesa do Consumidor, sob esse ângulo esclarece a razão de ser do direito à informação no sentido de que: “O acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer escolhas bem seguras conforme os desejos e necessidades de cada um?. Exposição de Motivos do Código de Defesa do Consumidor. Diário do Congresso Nacional, Seção II, 3 de maio de 1989, p. 1663.*

24. *A informação ao consumidor, tem como escopo: “i) consciencialização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito; ii) possibilitação de que sejam averiguados, de acordo com critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço; iii) criação e multiplicação de oportunidades para comparar os diversificados produtos; iv) conhecimento das posições jurídicas subjetivas próprias e alheias que se manifestam na contextualidade das séries infindáveis de situações de consumo; v) agilização e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora, ou decisória, de conflitos do mercado de consumo. Alcides Tomasetti Junior. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação das declarações negociais para consumo, in Revista de Direito do Consumidor, n. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, número especial, 1992, pp. 52/90.*

25. Deveras, é forçoso concluir que o direito à informação tem como desígnio promover completo esclarecimento quanto à escolha plenamente consciente do consumidor, de maneira a equilibrar a relação de vulnerabilidade do consumidor, colocando-o em posição de segurança na negociação de consumo, acerca dos dados relevantes para que a compra do produto ou serviço ofertado seja feita de maneira consciente.

30. Sob esse enfoque a ANATEL já afirmou em parecer exarado nos autos do REsp 859877-RS que “caso ela venha a fixar a tarifa bruta, a agência levará em conta os impostos que tem pertinência (ou seja, aqueles que incidem direta e indiretamente) com o serviço prestado pela empresa concessionária, ora Recorrente”. O que representa que: “a situação do consumidor é exatamente a mesma no caso de fixação de tarifa bruta ou líquida! O consumidor não tem situação de vantagem ou desvantagem em nenhuma das hipóteses, pois a carga tributária é exatamente a mesma em ambas as conjecturas”.

26. Ora, se a situação do consumidor não é alterada pela informação da carga tributária incidente direta e indiretamente na operação de telefonia, a mesma é irrelevante para que o consumidor possa fazer a escolha consciente de qual operadora de telefonia vai contratar, razão pela qual a falta de obrigação legal de ostentação em fatura telefônica, da discriminação dos tributos envolvidos nas operações de telefonia, é inconteste.

27. O projeto de lei, em tramitação no Congresso Nacional, mediante o qual se pretende a obrigatoriedade da informação sobre a totalidade de tributos cuja incidência influi na formação do preço dos produtos ou serviços, induz no raciocínio de que o fato de o tema ser objeto de projeto de lei reforça a falta de obrigatoriedade da ostentação dos tributos envolvidos na operação.

28. O Código de Defesa do Consumidor no art. 6º, inciso III, por seu turno, impõe ao fornecedor o dever de informar a composição e o preço do produto ou do serviço oferecido o que não significa que o fornecedor está obrigado a informar a composição de preço de seu produto ou serviço. O que o Código de Defesa do Consumidor no art.

6º, inciso III, estabelece é que o consumidor tem o direito de saber qual a composição do produto ou do serviço que pretende contratar, bem como qual o preço que deverá pagar por esse produto ou serviço.

29. O direito à informação previsto no CDC está indissociavelmente ligado aos elementos essenciais para que o consumidor possa manifestar seu consentimento esclarecido. Desse modo, a informação deve guardar relevância para o uso do produto, para sua aquisição, para a segurança,

sendo certo que nesse contexto não se encaixa a carga tributária incidente na relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor.

30. O repasse econômico do PIS e da COFINS, nos moldes realizados pelas empresa concessionária de serviços de telefonia, revela prática legal e condizente com as regras de economia e de mercado, sob o ângulo do direito do consumidor.

31. O Princípio da Legalidade, consubstancial ao Estado de Direito, exige que a atividade administrativa, notadamente no que concerne à imposição de obrigações e sanções em razão de eventual descumprimento, se dê ao abrigo da lei, consoante se colhe da abalizada doutrina: "(...) significa subordinação da Administração à lei; e nisto cumpre importantíssima função de garantia aos administrados contra eventual uso desatado do Poder pelos que comandam o aparelho estatal. Entre nós a previsão de sua positividade está incorporada de modo pleno, por força os arts. 5º, II, 37, caput, e 84, IV, da Constituição federal. É fácil perceber-se sua enorme relevância ante o tema das infrações e sanções administrativas, por estarem em causa situações em que se encontra desencadeada uma frontal contraposição entre Administração e administrado, na qual a Administração comparecerá com todo o seu poderio, como eventual vergastadora da conduta deste último. Bem por isto, tanto infrações administrativas como suas correspondentes sanções têm que ser instituídas em lei ? não em regulamentos, instrução, portaria e quejandos(...)? in Curso de Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello, 25ª ed., Malheiros Editores, 2008, p. 837-838

32. Os tributos incidentes sobre o faturamento decorrente da prestação de serviços incidem sobre a remuneração auferida pelo concessionário, por isso que a criação ou a elevação dos tributos sobre a referida base de cálculo significa o surgimento ou o aumento de uma despesa.

33. É inquestionável que a tarifa pelos serviços telefônicos compreende uma remuneração destinada a compensar os valores desembolsados pela operadora a título de PIS e COFINS, tanto que sempre foi aplicada, desde o momento da outorga das concessões e autorizações.

34. A ANATEL, como amicus curiae, manifestou-se no sentido de que a discriminação na fatura do valor atinente às contribuições para PIS e COFINS foi uma solução encontrada pela ANATEL para fazer face às variações do valor da tarifa variações relacionadas com o regime jurídico do ICMS e essa prática não representa qualquer benefício para o prestador do serviço, nem prejuízo para o usuário, como afirmou a Agência Regularora.

35. A solução prática adotada pela ANATEL não significa uma elevação disfarçada do valor exigido dos usuários pelos serviços telefônicos.

A tarifa continuou a abranger como sempre ocorreu a remuneração correspondente aos custos necessários à prestação do serviço. A discriminação de um valor de tarifa líquida e de uma carga tributária representou apenas uma solução prática para superar a dificuldade de determinar, de modo abrangente, o valor final máximo a ser cobrado dos usuários. Em consequência, restaria afirmar que incidindo PIS e COFINS sobre o faturamento, incabível fixar um valor correspondente a cada operação realizada com os usuários cabendo, assim, aos prestador do serviço o dever de calcular a fração de seu custo tributário em vista de cada usuário com relação ao PIS e a COFINS.

36. A vexata quaestio posta nos autos não envolve controvérsia de direito tributário, tampouco versa sobre tributos diretos e indiretos, sobre a sujeição passiva das contribuições examinadas ou do seu fato gerador. O núcleo da disputa envolve o conceito e a abrangência da tarifa dos serviços públicos delegados ou autorizados.

37. A previsão legal da obrigatoriedade da discriminação do valor devido a título de ICMS não envolve a composição tarifária e não é pro consumidor, mas, antes, se relaciona com a sistemática de não-cumulatividade do referido tributo, razão porque determina-se que o valor correspondente ao referido tributo estadual deve ser destacado na documentação fiscal emitida de modo a assegurar a sua utilização para eventual compensação em operações posteriores.

38. Consoante bem destacado nos autos: (a) Se somente pudessem compor a tarifa as despesas cuja obrigatoria discriminação tivesse sido prevista em lei, então a tarifa teria de ser composta exclusivamente pelo valor do ICMS. Uma vez realizada a outorga, os prestadores do serviço têm direito a obter precisamente a remuneração que lhes foi assegurada por meio do ato administrativo. A competência jurisdicional, universal para conhecer todos os litígios, não compreende o poder de alterar a planilha tarifária; (b) Sob certo ângulo, essa orientação foi albergada pelo STF, ainda que a propósito de intervenção legislativa, e pelo STJ: 1. A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados. (ADI 2733, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. em 26-10-2005, DJ de 3-2-2006) 1. A Lei nº 9.427/96, art. 3º, VI, atribuiu competência à ANEEL para fixar critérios para cálculo do preço de transporte de que trata a Lei nº 9.074/95, art. 15, § 6º. Assim, a questão atinente aos critérios utilizados na composição do

preço cobrado pelo serviço de transporte é matéria atinente ao mérito do ato administrativo da ANEEL, não sendo possível ao judiciário nela intervir, a não ser para aferir a legalidade. 2. Ameaçada a ordem pública quando inviabilizado o exercício regular das funções institucionais atribuídas por lei à ANEEL, a quem competia definir quais os encargos que guardam pertinência com as despesas que compõem o 'custo de transporte' de energia elétrica (AgRg na SS 1.424/RJ, Corte Especial, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 1-2-2005, DJ de 6-6-2005 p. 172)

39. O eventual reconhecimento de que as tarifas telefônicas não poderão compreender a compensação pela carga tributária de PIS e COFINS conduz à inevitável conclusão de que se imporá recomposição tarifária.

40. A Agência Nacional e Telecomunicações (ANATEL), na sua função específica e intervindo como amicus curiae, esclareceu que a tarifa líquida de tributos que homologa não impede que nela incluam-se os tributos; salvo os de repasse vedado pela lei, como o Imposto de Renda e seus consectários, porquanto essa metodologia empregada visa a evitar que a Agência Reguladora imiscua-se na aferição da economia interna das empresas concessionárias, sendo certo que, de forma inequívoca, atestou a juridicidade do repasse econômico do PIS e da COFINS sobre as faturas de serviços de telefonia, consoante se colhe do excerto, verbis: 'Com os argumentos assim ordenados e apoio na legislação supracitada, inexistente fundamento jurídico para a inconformidade da recorrente, pois cabível a transferência do ônus financeiro do PIS e da COFINS, bem como de tributos diretos, para o preço final da tarifa telefônica cobrada do contribuinte, por integrem os custos na composição final do preço.'

41. As questões iuris enfrentadas, matéria única reservada a esta Corte, permite-nos, no afã de cumprirmos a atividade de concreção através da subsunção das quaestio facti ao universo legal a que se submete o caso sub iudice, concluir que: (a) o repasse econômico do PIS e da COFINS nas tarifas telefônicas é legítimo porquanto integra os custos repassáveis legalmente para os usuários no afã de manter a cláusula pétrea das concessões, consistente no equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão; (b) o direito de informação previsto no Código de Defesa do Consumidor (CDC) não resulta violado pela ausência de demonstração pormenorizada dos custos do serviço, na medida em que a sua ratio legis concerne à informação instrumental acerca da servibilidade do produto ou do serviço, visando a uma aquisição segura pelo consumidor, sendo indiferente saber a carga incidente sobre o mesmo; (c) a discriminação dos custos deve obedecer o princípio da legalidade, por isso que, carente de norma explícita a interpretação extensiva do Código de Defesa do Consumidor cede à legalidade estrita da lei das concessões e permissões,

quanto aos deveres do concessionário, parte geral onde resta inexigível à retromencionada pretensão de explicitação.

42. In casu, o reconhecimento da legitimidade do repasse econômico do PIS e da COFINS nas tarifas telefônicas conduz ao desprovimento da pretensão do usuário quanto à repetição do valor in foco, com supedâneo no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

43. A decisão que pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos não enseja recurso especial pela violação do art. 535, I e II, do CPC.

44. A ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados conduz à inadmissibilidade do Recurso Especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal.

Precedentes do STJ: REsp 692.204/RJ, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 04/09/2009; REsp 855.181/SC, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/09/2009; e REsp 1099539/MG, PRIMEIRA TURMA, DJ de 13/08/2009 45. É que o acórdão recorrido analisou a legalidade do repasse econômico do PIS e da COFINS nas tarifas telefônicas e o acórdão paradigma, ao revés, examinou a legalidade da inclusão da parcela relativa ao ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

46. Recurso Especial interposto pela empresa BRASIL TELECOM S/A parcialmente conhecido, pela alínea “a”, e, nesta parte, provido.

47. Recurso Especial interposto por CLÁUDIO PETRINI BELMONTE desprovido. (REsp 976.836/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 05/10/2010)

Portanto, quanto ao repasse de PIS e COFINS ao preço do serviço público concessionado, que é do que se trata aqui, não há ilegalidade a autorizar repetição de indébito pois a relação jurídica entre a concessionária de serviço público e o consumidor não é tributária, e sim de consumo de serviço público, possuindo natureza onerosa e sinalagmática e devendo a contraprestação ser suficiente para retribuir os custos suportados, visando ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁵ A eventual repercussão econômica de redução da carga tributária para as concessionárias de serviço público pode, e deve, repercutir sobre o preço das tarifas dos serviços, mas não mediante ação individual de índole tributária, posto que sequer haveria base de cálculo para se chegar a liquidação do julgado haja vista que, repita-se, não é esta a tratar da incidência direta do ICMS sobre o serviço – o que seria proporcional ao uso feito pelo mesmo por cada consumidor – mas da repercussão provocada pela redução da base de cálculo de outro tributo que é calculado com base no faturamento global da concessionária de serviço.

⁵ Recurso Especial 1.185.070

Por derradeiro, vale destacar que a questão específica de incidência do ICMS e sua repercussão sobre o preço de serviços públicos repassados ao consumidor final também foi matéria examinada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2012, nos autos do Recurso Especial 1.278.688 onde foi reconhecida legitimidade para questionar a exclusão daquele tributo sobre a demanda contratada pela concessionária, de modo que sua incidência se restringisse apenas a demanda de energia efetivamente utilizada.

No caso, porém, foi reconhecida a legitimidade por tratar-se de questionamento direito do próprio ICMS incidente sobre o serviço usado pelo consumidor – e a ele repassado diretamente - e não de sua repercussão sobre outros tributos dos quais a parte autora não seja contribuinte direto!⁶ Trata-se de hipótese distinta, portanto, da que ora se examina.

⁶ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. LEGITIMIDADE ATIVA PROCESSUAL DO CONSUMIDOR. ICMS. INCIDÊNCIA APENAS SOBRE ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA.

1. Cuida-se de examinar **legitimidade ativa processual de consumidor de energia elétrica para discutir judicialmente exigência de ICMS que entende indevida**, além do exame de mérito (cobrança sobre a demanda contratada).

2. **As duas Turmas da Primeira Seção têm aplicado a jurisprudência fixada no REsp 903.394/AL (repetitivo), afastando a pretensão dos consumidores.** Ocorre que a hipótese é distinta.

3. **Em se tratando de concessionária de serviço público, a legislação especial prevê expressamente o repasse do ônus tributário (art. 9º, § 3º, da Lei 8.987/1995).** Ademais, no serviço essencial prestado em regime de monopólio (há possibilidade de concorrência apenas em favor de grandes consumidores de energia elétrica), qualquer exação fiscal tende a ser automaticamente repassada ao consumidor.

4. Diferentemente das fábricas de bebidas (objeto do repetitivo), as concessionárias de energia elétrica são protegidas contra o ônus tributário por disposição de lei, que permite a revisão tarifária em caso de instituição ou aumento de imposto (exceto o incidente sobre a renda).

5. **A lei federal impõe inquestionavelmente ao consumidor o ônus tributário, tornando-se nebulosa a aplicação da alcunha de “contribuinte de fato”. Isso porque a assunção do ônus do imposto não se dá pelo simples repasse de custos, típico de qualquer relação empresarial, mas decorre de manifesta determinação legal. O consumidor é atado à exigência tributária por força de lei (art. 9º, § 3º, da Lei 8.987/1995).**

6. A rigor, a situação de consumidor aproxima-se muito, se é que não coincide, com a de substituído tributário. De fato, a concessionária, tendo reconhecido legalmente o direito de repassar o ônus de impostos ao consumidor em relação a produto essencial, e não sendo inibida por pressão concorrencial, age como substituto tributário, sem qualquer interesse em resistir à exigência ilegítima do Fisco.

7. Inadmitir a legitimidade ativa processual em favor do único interessado em impugnar a inválida cobrança de um tributo é o mesmo que denegar acesso ao Judiciário em face de violação ao direito.

8. No mérito, **o acórdão recorrido harmoniza-se com o entendimento do STJ de que o ICMS deve incidir apenas sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, ainda que seja pago preço por demanda superior.**

9. A pretensão da contribuinte sempre foi excluir o ICMS apenas da parcela não utilizada de energia elétrica, conforme pedido formulado na inicial. A sentença foi exatamente nesse sentido, acolhendo totalmente o pleito para “declarar a inexistência da cobrança do ICMS sobre a demanda contratada de potência não utilizada”, o que foi mantido pelo TRF. O acórdão recorrido, portanto, reconheceu a incidência do imposto estadual apenas “sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada” (Súmula 391/STJ), razão pela qual deve ser integralmente mantido.

10. Recurso Especial não provido.

(REsp 1278688/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 22/08/2012)

3. CONCLUSÃO

Em conclusão, portanto, tem-se que a relação jurídica estabelecida entre concessionária de serviço público e consumidor final não é de natureza tributária, não havendo legitimidade do usuário para requerer repetição de indébito de tributos pagos pela concessionária, pois não há relação de substituição tributária no caso de tributos diretos como PIS e COFINS que são tributos pagos apenas por aqueles contribuintes que tem faturamento. Caberia, no máximo, a propositura de uma ação coletiva pelos legitimados de direito, dentre eles, o Ministério Público, para que houvesse uma eventual revisão do valor geral das tarifas dos serviços públicos em que restasse demonstrado o impacto real da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pagos pelas concessionárias de serviço público sobre as tarifas cobradas do consumidor, com a demonstração do *quantum* de redução de seu custo operacional e repasse da repercussão a todos os consumidores em geral, com base, entre outros, no artigo 9º § 3º da lei 8987/95 já transcrito.

A relação entre concessionária de serviço público e usuário final é de natureza consumerista e a modificação no valor da tarifa/preço do serviço público cobrado – com a exclusão de eventuais tributos – pressupõe abusividade, conforme dispõe o próprio Código de Defesa do Consumidor, do que não se tem qualquer prova, ante os critérios de ordem administrativista para fixação do preço do serviço licitado, que pressupõe a manutenção do equilíbrio econômico-atuarial de modo a viabilizar a prestação do serviço concessionado.

Ainda assim, nesta última hipótese, a eventual ação a ser proposta não seria de repetição de indébito – pois, repita-se, a relação não é tributária – e muito menos em face da União, mas sim contra a concessionária de serviço público, ao pressuposto de abusividade no valor da tarifa cobrado, com base na relação consumerista entre elas estabelecida, pelo que faleceria legitimidade passiva também à União, hodiernamente posto no polo passivo de tais ações judiciais, frustrando, sob todos os ângulos, a pretensão articulada judicialmente.

Rio de Janeiro, 12 de junho de 2019

BIBLIOGRAFIA

- BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 11ª edição. Editora Forense, 2010.
- BARRETO, Aires F. A nova Cofins: primeiros apontamentos. Revista Dialética de Direito Tributário, vol 103, São Paulo, abril/2004
- CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS, 16ª edição, editora Malheiros: São Paulo, 2012.
- MINATEL, José Antonio. PIS-COFINS: Receita e questões controvertidas. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). <https://www.ibet.com.br/pis-cofins-receita-e-questoes-controvertidas-por-jose-antonio-minatel/>
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. A problemática das receitas de terceiros perante as bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Direito Tributário atual, vol. 17. Editora Dialética.
- SCHOUERI, Luis Eduardo. A restituição de impostos indiretos no sistema jurídico-tributário brasileiro. Revista de Administração de empresas, vol. 27, n. 1. São Paulo, 1987.
- VELLOSO, Andrei Pitten. ICMS na base de cálculo dos tributos sobre a receita: premissas e corolários lógicos da tese jurídica. Revista de Doutrina da 4ª Região, nº 75; Porto Alegre, dez.2016

A ABUSIVIDADE DA TARIFA DINÂMICA PRATICADA PELO UBER

Cássio Benvenuto de Castro¹

Resumo: O serviço publicizado de transporte individual de passageiros foi revolucionado pelo advento do Uber. Uma sucessão de normas jurídicas regulamentou a prestação do serviço, com base no esquema concorrencial e da livre iniciativa objetivada como fundamento e como princípio constitucionais. O problema, atualmente, não reside na diagramação conceitual, antes na fixação de limites ao serviço de precificação do Uber, que deve atender ao poder de polícia administrativa implicado pela Constituição. A tarifa dinâmica se torna abusiva quando não está pautada em critérios limítrofes de quantificadores, de tempo e de espaço para a realização; ainda mais, quando a estipulação do preço é nota unilateral e que se modifica em segundos refratários à previsibilidade dos consumidores. A pesquisa avança através de uma metodologia dialética que aproxima os serviços de táxi e de Uber, portanto, descobre a necessidade de controle no preço do serviço prestado em nome da mobilidade urbana e no interesse dos consumidores.

THE ABUSIVENESS OF THE DYNAMIC TARIFF PRACTICED BY UBER

Abstract: The advertising service for individual passenger transportation was revolutionized by the advent of Uber. A succession of rights regulated the provision of the service, based on the competitive scheme and the free initiative objectified as the foundation and constitutional principle. The problem, now, lies not in conceptual issues, but rather in setting limits on Uber's pricing service, which must take into account the administrative police power taken over by the Constitution. The dynamic

¹ Juiz de direito no Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS. Autor, em 2018, dos livros: *Direito Probatório: o pendulo entre a verdade e a prova (Juruá)*; *Prescrição e Decadência: sistematização de critérios na perspectiva da tutela dos direitos (Lumen Juris)*; *Ônus da Prova: função e natureza jurídica (Lumen Juris)*. Autor de diversos outros livros e ensaios em revistas nacionais e internacionais.

tariff becomes abusive when it is not based on boundary terms of quantifiers, time and space for realization; even more, when the stipulation of the price is unilateral note and that modifies in seconds refractory to the predictability of the consumers. The research advances through a dialectical methodology that approximates the services of taxi and Uber, therefore, uncovers the need of control the prices of the service rendered in the name of the urban traffic and in the interest of the consumers.

Palavras-chave: administrativo; consumidor; transporte; Uber; tarifa dinâmica

Keywords: administrative; consumer; transport; Uber; dynamic price

INTRODUÇÃO

A tecnologia consiste em uma interface da globalização e dos novos arranjos do mercado (espaço-temporal das relações econômicas). Não ocorre justaposição diacrônica entre os fenômenos, antes uma intercambiável desenvolve-se que descobre inéditas práticas e relações entre os certames públicos e privados, na cada vez mais hipercomplexa² sociedade pós-moderna.

O direito acusa tais movimentações³. Embora se comente que a linguagem se estabiliza no tempo-espaço e, comumente, perfectibiliza arranjos sociais consolidados de maneira morosa ou conservadora em uma feição institucional, a própria abertura das normas constitucionais proporciona uma reordenação de

² “Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”. A ideia dos “direitos” não se resume a dicotomias. O interesse encampa novas necessidades, daí que a tutela do direito, ainda, fornece inéditas dinâmicas à temática em análise. Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45/6.

Uma visão prática da influência da tecnologia em uma nova ordem mundial dos negócios pode ser avistado no ensaio CASTRO, Cássio Benvenuti de. Desterritorialização das relações jurídicas: efeitos para o direito privado. *Revista Jurídica*. São Paulo: Sage, vol. 481, nov/2017, *passim*.

³ “A virtude que se proclama servir melhor aos interesses do indivíduo não é a *conformidade* às regras (as quais, em todo caso, são poucas e contraditórias), mas a *flexibilidade*: a prontidão em mudar repentinamente de tática e de estilo, abandonar compromissos e lealdades sem arrependimento – e buscar oportunidades mais de acordo com sua disponibilidade atual do que com as próprias preferências”. Em um mundo pluralista e glocalizado, cujas diretrizes virtuais, na prática, apropriaram-se da realidade palpável (e o homem virou o objeto do produto), natural que o poder não está na ortodoxia; deve estar no grau de agilidade de inovar e reconstruir as tendências para uma vida melhor. Ou, para o que restar da vida (considerando a revolta da natureza com a destruição do meio ambiente). Ver BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 10.

enunciados que não estão adstritos ao monopólio estatal – inclusive a soberania⁴ se recondiciona, em uma nova ordem mundial cuja virtualização é pedra de toque da desterritorialização⁵ e da agilidade dos negócios alinhavados.

A proposta do ensaio se conforma nessa mobilidade: discutir alguns aspectos do serviço prestado pela plataforma do Uber, considerando-se os enunciados integrativos do sistema jurídico bem como as normativas de ordem pública que, em alguma medida, limitam uma total falta de regulamentação do mercado. Afinal, não existem direitos ilimitados ou absolutos no embasamento constitucional.

O serviço do Uber é atividade privada de utilidade pública. Daí que ele transcende a vetusta conceitualização de enquadramento enquanto serviço público (a tese do *one size fits all*⁶). Com fundamento nos arts. 1º, IV e 170, *caput* e parágrafo único, todos da CF, a livre concorrência e a autonomia privada remetem o serviço a um esquema de autorregulação. O que é natural no mercado. Agora, conforme a doutrina da *law and economics*, os interesses privados tendem a serem maximizados, com a inversão contingencial e indesejada dos maiores interessados na utilização da plataforma – os usuários, os passageiros. Embora se trate de um sistema de compartilhamento econômico dos custos do transporte (*sharing economy*⁷), os desvios funcionais que as intercorrências do jeitinho brasileiro podem acarretar demanda tentáculos interventivos dos enunciados jurídicos (*public takeovers*)⁸.

⁴ Zagrebelsky chega a comentar que forças corrosivas internas e externas implicam uma releitura da soberania, com ascensão da primazia do ser humano como o centro do pluralismo valorativo que unifica os sistemas jurídicos. Por exemplo: as contingências políticas fragmentadoras do poder central; a formação de centros alternativos de poder; os imperativos econômicos, ideológicos, religiosos e culturais, em dimensões que acabam por fragmentar o próprio território; a neoinstitucionalização de contextos arregimentados por novos costumes e práticas, como o próprio comércio eletrônico; e a tendente supremacia de Tribunais supranacionais; cada questão influencia, à sua maneira, e compõe um circuito de forças que descentraliza o poder, para daí revalorizar o sentimento do ser humano como o início e o ponto de chegada das soluções jurídicas. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 10.

⁵ CASTRO, Cássio Benvenuti de. Desterritorialização das relações jurídicas: efeitos para o direito privado. *Revista Jurídica*. São Paulo: Sage, vol. 481, nov/2017, *passim*.

⁶ A crise da subsunção e os estudos de metodologia (argumentação) descobrem que o direito não é uma moldura que deve sobrepor toda a realidade. Pelo contrário, normas e fatos interagem e se autoinfluenciam, um fenômeno que destaca o direito como uma empresa em diuturna construção.

⁷ A utilização de terminologia estrangeira é decorrente do pressuposto glocalizado da temática. Aliás, quando se depara com notas virtuais, tecnologia e digitalização da vida, inevitável o “compartilhamento” de conceitos para não desperdiçar a origem a própria funcionalidade dos fenômenos. *Sharing economy* assume um sentido de simbiose transportador-passageiro, como um jogo de ganha-ganha, quase uma carona subsidiada; o *public takeover* é chamada a intervenção institucionalizada nas falhas do mercado, quando fatores contingenciais saem da rota esperada pelo setor.

⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Desafios das reformas institucionais a

A estrutura do serviço de transporte individual de passageiros, por intermédio da plataforma Uber, com sua virtualidade e sua peculiaridade, reclama atenção funcional. Através de uma metodologia dialógica entre os ditames normativos e argumentos empíricos, é questionada a precificação denominada “tarifa dinâmica” do serviço. Afinal, o Uber não possui uma tabela pré-fixada, e malgrado antecipe o preço da corrida antes, mesmo, da chegada do veículo, esse custo é pautado unilateralmente, o que permite preços onerosos e desconforme a critérios explícitos segundo a demanda.

Os valores e um contexto de ordem pública implicam uma previsibilidade nessa precificação. Do contrário, o benefício da tecnologia arrisca violar caros ditames jurídicos constitucionais e de superposição legal.

1 O TRANSPORTE PUBLICIZADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

O transporte público de passageiros consiste em uma classe cujas espécies são o transporte coletivo (ônibus, lotação, avião de grande porte) e o transporte particular (no caso estudado, automóveis). Em direito público, classicamente, existem controvérsias acerca do regime jurídico aplicável a essa última categoria. Consoante a notória percepção de Pontes de Miranda, o “direito brasileiro nasceu de galho em planta”, logo, acaba por não assumir uma postura sistemática sobre a natureza jurídica do serviço de transporte individual de passageiros. Influências da Escola francesa⁹ e um apanhado de conceitos importados dos Estados Unidos, mais recentemente, combinam-se ao performar jurisprudência e dogmática brasileira em uma colcha de retalhos – o que não é novidade, no #paísdofuturoquenuncacheга.

O problema reside em definir se o transporte remunerado individual de passageiros se trata de um (a) serviço público ou, de outro lado, se ele configura (b) uma atividade econômica em sentido estrito (art. 170 e 173 da CF).

Note-se que o art. 175 da CF considera serviço público aquele essencial, prestado pelo Estado, conforme vagueza semântica do “interesse público” (Escola

partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática ao direito público a partir do caso do Uber. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 54, 2016, p. 159 e 161.

⁹ Notória a influência francesa na Escola de Direito Administrativo brasileiro, uma matriz conceitual e que, em termos de serviço público, deveras alinhada a conceitos a regimes jurídicos estatelistas e centralizadores. Ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18^o ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 26 e seguintes.

Francesa), ou mediante delegação por concessão ou permissão, por intermédio de licitação. Porém, os táxis e o serviço de Uber não são delegados nessas formalidades, o que lhes retira o caráter de serviço público. Segundo as notas americanizadas, quanto maior a regulação normativa do serviço, ele assume o caráter de público ou, do contrário, o caráter de atividade econômica remunerada¹⁰.

A estrutura e a funcionalização dos serviços de táxi e do Uber, quando analisados no diálogo entre as fontes, comportam mais similitudes que dessemelhanças. Embora a jurisprudência seja dissonante sobre a temática, o contexto normativo remete a uma integração conceitual e a respeito do regime jurídico das atividades, aproximando-as, o que somente não é admitido caso sobreposta leitura mais ideológica que jusfilosófica.

1.1 O regime jurídico aplicável ao táxi

Consoante diversas decisões judiciais antigas, pelo fato do serviço de táxi, em algumas hipóteses, ser autorizado mediante licitação, o regime jurídico que o abalizava seria o de serviço público. Daí a implicância da categoria em relação ao advento do Uber, porque os taxistas estavam submetidos a encargos maiores que a nova modalidade de prestação de transporte.

Em primeiro lugar, a Constituição não explicita que o serviço de táxi se enquadre como serviço público. Somente o transporte coletivo¹¹ estaria sujeito à permissão ou concessão – sendo que o táxi seria meramente autorizado ao condutor ou, como tem acontecido, a alguma empresa que subautoriza ou contrata motoristas para a prestação do serviço (violando-se a eventual licitação¹² que poderia ter sido efetuada).

¹⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, n. 68, 2017, p. 229 e seguintes.

¹¹ A única referência ao transporte de passageiros como serviço público, na Constituição, está no art. 30, V, referindo-se ao transporte em “coletivos”. Evidente que lei infraconstitucional pode determinar outros serviços públicos, desde que observados os ditames constitucionais (arts. 175, 173, 170, 178, dentre outros) bem como os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. A lei não pode transcender o contexto explícito e implícito diagramado pelo Estado Constitucional.

¹² O argumento de que a autorização (permissão precária, nos termos de muitos julgados) deveria ser precedida de licitação, e acabou por conduzir a jurisprudência para as decisões mais díspares, perdeu o sentido. A Lei de Mobilidade Urbana (LMU, Lei 12.587/12) refere que o serviço pode ser transferido a terceiros, desde que atendidas normas do poder de polícia – o que é bem diferente das normas atinentes ao serviço público. A referida lei estabelece:

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local.

§ 1º É permitida a transferência da outorga a terceiros que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal.

Em segundo lugar, a reforma legislativa explicitada na Lei de Mobilidade Urbana surpreende a rotação epistêmica sobre a natureza do serviço prestado pelo táxi. Com efeito, a redação originária da Lei 12.587/12 estabelecia:

Art. 12. Os serviços públicos de transporte individual de passageiros, prestados sob permissão, deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.

A Lei 12.865/13 conferiu nova redação ao dispositivo, salientando-se duplas situações fundamentais – foi retirado o termo “permissão” bem como não se utilizou mais o predicado “serviço público”, mas *serviço de utilidade pública*, conceito deveras amplo, e que remete a prestação dessa modalidade de transporte à atividade econômica no sentido estrito:

Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.

O que significa dizer que o serviço de táxi é de utilidade pública?

A resposta se auto explica em tópicos¹³: o sujeito que adota e conserva uma praça pública desenvolve atividade de utilidade pública; o sujeito que conserva e reconstrói a estátua de Iemanjá, na beira-mar, pratica ato de utilidade pública; o sujeito que acolhe, medica e trata de animais de rua (sem raça definida) desenvolve serviço de utilidade pública.

Quer dizer, um conceito vago¹⁴ no qual todo o benefício à universalidade comunitária pode ser adequado. As atitudes razoáveis em benefício da sociedade são de utilidade pública, sejam elas, atividade remuneradas, ou não. O problema é que os legisladores brasileiros que votam as leis não percebem tais peculiaridades

¹³ Os tópicos são pontos de vista empregáveis que podem ser dessumidos pelas inferências da própria problematização circular que uma questão singela (porque respondida pelo senso comum e por máximas de experiência, art. 375 do CPC) remete ao raciocínio. Perguntar também responde. Ver VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. da 5ª ed. Alemã por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 25.

¹⁴ A compreensão ou interpretação de enunciados vagos ou abertos reclama uma circularidade que, no mais das vezes, trafega do fato para a norma, e vice-versa. Questão hermenêutica aprofundada por Esser e a miríade de jusfilósofos como Heidegger e Gadamer. Sobre uma aproximação temática, propedêutica, ver ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 205 e seguintes.

que implicam valores (porque escritos em normas jurídicas). Afinal, celebridades do legislativo parecem mais artistas, lideranças de grupos lobistas e, ultimamente, figurantes de celas da polícia federal.

Ocorre que os detalhes da legislação convergem ao sistema constitucional, devem ser aplicados conforme a Constituição. Daí que o serviço de táxi, embora predicado como de utilidade pública, trata-se de uma atividade econômica no sentido estrito que, diferentemente do sujeito (pessoa física ou jurídica) que cuida da estátua de Iemanjá, apenas deve atender a requisitos mais estritos porque decorrentes do poder de polícia estatal. Não se trata de delegação de serviço público no contexto francês que inaugurou o direito administrativo brasileiro, antes consiste em um conceito estadunidense amarrado no amontoado de retalhos que performa a legislação do *país do futuro*.

Lembra-se que o direito brasileiro “nasce do galho em planta”. Portanto, é tarefa dos cientistas, da academia, propor os requisitos de saturação¹⁵ argumentativa que expliquem o porquê desse estado de coisas conceitual e funcional – influências do direito comparado que, em realidade, mais confundem que exprimem a estrutura do serviço prestado.

Aliás, a confusão brasileira não está apenas no divã da legislação. No último mês de dezembro de 2018, um filósofo contemporâneo denominado Carlos Massa (o Ratinho) profligou que o Brasil vive tempos de paradoxos (sem preconceitos ou pré-compreensões desconstrutivas, o signatário desse texto é pardo-afrodescendente): a mulher mais sexy do país é um homem; o homem mais sexy do país é uma mulher; o sujeito mais honesto “da história desse país” está preso em uma carceragem da polícia federal, em Curitiba; e João de Deus pareceu acusado pelo capeta.

O reino da confusão está armado. Os bobos da corte desviam o foco em questões policiais catastróficas, ou em concursos de dancinhas como em corridas de receituários. O papel da rede social, inclusive, foi descortinar o ridículo do artista e repaginar a eleição de novos atores sociais com um minuto de fama repetidos até serem engolidos pelo cansaço mental.

¹⁵ Em teoria da argumentação (a mais prática das teorias), o requisito de saturação cuida do acúmulo de enunciados que reforçam a proposição normativa almejada. “A validade dos argumentos nas diversas formas depende da validade dos enunciados que se estabelecem para dita saturação. Para fundamentar a validade desses enunciados, são necessários argumentos de novas formas”. ALEXYY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 236.

Importante é que o serviço prestado pelo táxi não é serviço público – trata-se de atividade econômica em sentido estrito, que resplandece uma utilidade pública; o que, apenas por isso, não o distingue da natureza jurídica do Uber.

1.2 O regime jurídico aplicável ao Uber

A elaboração de novas práticas econômicas no mercado é abalizada como fundamento e como princípio constitucional. Com efeito, as máximas da livre iniciativa e da livre concorrência imputam, para além de uma eficácia interpretativa dos direitos fundamentais, uma cláusula de barreira para os nichos de mercado que tendem a impedir novas práticas empresariais, negociais ou comerciais.

O art. 1º, IV da CF estabelece a livre iniciativa como fundamento; o art. 170, IV da CF estabelece a livre concorrência. Fundamento e princípio, o que importa é o caráter fundamental dos enunciados alocados na Constituição, embora não estejam no sempre citado art. 5º. Aliás, no art. 5º, XXXII se explicita que o Estado promoverá a proteção do consumidor, o que é causa e consequência dos enunciados de antemão citados.

Não se trata, somente, de proteger os agentes econômicos que sobrevivem do mercado. Sobretudo, ocorre da livre iniciativa e da liberdade da concorrência tutelar a atividade econômica enquanto um benefício para o próprio consumidor. Daniel Sarmento refere que o “foco principal *não* é a proteção desses agentes, mas sim a tutela dos interesses dos consumidores, que são prejudicados pela imposição de limites injustificados à sua liberdade de escolha. Portanto, a criação de embaraços estatais à competição, com a instituição de reservas e privilégios a empresas ou grupos específicos, viola não apenas os direitos dos potenciais concorrentes prejudicados. Mais que isso, ela ofende os interesses dos consumidores e da própria sociedade”¹⁶.

Inclusive, o STF adjudicou a Súmula vinculante 49, cuja *ratio decidendi* leva em conta a liberdade de iniciativa e a liberdade para a concorrência no Estado Constitucional:

Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso Uber”. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, n. 50, 2015, p. 17.

Portanto, reservas de mercado ou alegação de monopólio para o transporte individual de passageiros é argumento que violenta o texto da Constituição. Assinala desrespeito, inclusive, ao sistema normativo e ao estado de coisas que o regime jurídico do Estado Constitucional estabeleceu como superiores, tanto em termos de liberdade como de igualdade – princípios superiores em relação aos demais (embora não absolutos).

A LMU classificou meios de transporte e normas sobre a mobilidade urbana em um caráter geral:

Art. 3º O Sistema Nacional de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.

§ 2º Os serviços de transporte urbano são classificados:

I - quanto ao objeto:

a) de passageiros;

b) de cargas;

II - quanto à característica do serviço:

a) coletivo;

b) individual;

III - quanto à natureza do serviço:

a) público;

b) privado.

A Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) reforça a liberdade de concorrência a promoção de inovações, notas marcantes do Uber:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso.

Textos legislados que refletem o caráter de atividade econômica em sentido estrito desempenhada pelo serviço de Uber, aproximando-o, em natureza, do serviço de táxi.

Respeitosamente a entendimentos contrários¹⁷, a LMU é imputável tanto ao serviço de táxi como ao serviço de Uber. Com efeito, o Uber não se trata de um

¹⁷ Daniel Sarmiento (*op. cit.*, p. 28) refere que a LMU foi prevista para o serviço de táxi, esse sim, de caráter público. Porque o Uber não seria “aberto ao público”, na medida em que o transporte pelo Uber somente pode ser “realizado para consumidores previamente cadastrados junto a uma empresa privada”. Reiterando o respeito ao autor, isso chega a ser um argumento suicida ao próprio esquema tecnológico que Sarmiento, mesmo, defende, no citado ensaio. Na pós-modernidade que respira o ambiente virtual, não estar cadastrado não define regimes jurídicos, quando se trata de cadastramento gratuito, quando a frota de Uber é tamanha que atinge a mobilidade urbana e a própria segurança dos consumidores por equiparação, e, principalmente, porque a realidade da coisificação do homem em benefício do *app* do celular não pode ser refratária ao fato de que o ser humano se transformou em um avatar que se vale do *click agreement*, inclusive, para o táxi – basta observar o “99 táxi”, dentre outros aplicativos.

A virtualização arrefece conceitos acerca de abertura ou não abertura. Por isso se repete que há mais semelhanças que diferenças, entre os serviços. A separação é meramente metodológico-evolutiva. Melhor falar em coparticipação, compartilhamento, ou maior escala de normas de polícia que controlam determinada atividade, porque #somostodosvirtuais.

Marcelo Schenk Duque assume posição similar à de Sarmiento, ao dizer: “o Uber não pode ser apontado propriamente como uma modalidade de transporte aberta ao público, no sentido convencional do termo, já que depende da intermediação de uma plataforma que faça a mediação entre ofertantes e demandantes de caronas pagas, há que se concluir que a sua previsão fugiu dos limites traçados pela lei que instituiu as diretrizes da Política Nacional da Mobilidade Urbana”. Ver DUQUE, Marcelo Schenk. A constitucionalidade do serviço Uber no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 105, 2016, p. 507. Ora, o Uber é mais público que o táxi – ele está por todos os lugares, dentro da casa de todas as pessoas. O táxi, em realidade, acabou se privatizando em linhas mais estreitas (embora o táxi também se valha de plataformas digitais, na atualidade). Logo, a metodologia digital não é peremptória para enquadramentos, como refere Duque, até por que argumentos éticos, empíricos, analógicos, e que compõem uma “saturação” hipercíclica entre fato-norma, no ineditismo que a tecnologia enseja, a novidade deve ser acompanhada sem âncoras conceituais. A dicotomia pública privada não se sotopõe ao critério “plataforma” (repete-se: o táxi também está se valendo de plataforma digital). Daí que os argumentos jurídicos estritos devem observar o discurso prático, a flexibilidade e celeridade da inovação, no esquema proposto pela discursividade alexyana. O problema chega a lembrar o debate sobre a subsunção ou sobre o dedutivismo estrito, na metodologia – e se chama atenção à teses de doutoramento de Duque que, justamente, vale-se de uma metódica contra-majoritária para encorpar legitimidade à *drittwirkung* através de uma maneira-de-ver o sistema jurídico em direção à CF, a despeito do texto estrito da Constituição, que deve ser integrado pelo sistema (em termos de estruturação das normas e dos cânones interpretativos, ver a doutrina de Friedrich Müller).

Público ou privado é fator secundário. Incidência da LMU é contigencial à natureza do serviço. Em caso de conceitos estritos, impossível falar do Uber como uma *sharing travel*, porque se trata de relação de consumo, apenas com intensidade normativa de inserção mercadológica mais flexíveis. Aliás, a tendência da civilidade é a desburocratização – isso se verifica até no processo civil, com as ADR (*administrative dispute resolutions*), o sistema multiportas, os CEJUSCs, a mediação, dentre outros meios alternativos de solução de contendas (e que não perdem o caráter judicioso).

transporte privado – apenas porque condiciona a respectiva chamada a quem possui aplicativo virtual.

Em primeiro lugar, porque o aplicativo é gratuito e seria contrariar as próprias premissas da evolução glocalizada e desterritorializada da internet, pensar que o táxi é público porque identificável com uma cor diferente, mas o Uber não é público porque se trata de um carro comum. O estado de coisas não deve tentar, de toda maneira, se sotopor a conceitos pré-dados, mas fazer circular a realidade fato-norma àquilo que a evolução da sociedade, dinamicamente, implica à rotina das pessoas. Em segundo lugar, atualmente, existem tantos ou mais carros de Uber, na praça, que automóveis de táxi. Isso quer dizer que o serviço de Uber acaba intervindo a um indeterminável número de pessoas, fazendo-as consumidoras do serviço (art. 2º, parágrafo único do CDC), seja no sentido estrito da lei, seja por equiparação (art. 29 do CDC, o *bystander*; bem como o consumidor vítima, art. 17). Tratando-se de lei de ordem pública (o CDC), a condição dos usuários também reflete – na volta – à natureza dos fornecedores, daí que táxi e Uber desempenham atividade econômica e ambos consistem em serviços de transporte remunerado de passageiros em caráter público, conforme a previsão da Lei de Mobilidade Urbana.

A Lei 12.468/11, que regulamenta a atividade do taxista dispõe:

Art. 2º É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros.

A “privatividade” estipulada nesse dispositivo justifica o esforço doutrinário em caracterizar o Uber como transporte individual “privado”. Contudo, essa “privatividade” enseja uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com basilares cânones interpretativos bem como relevando o discurso prático geral.

Pelo sistema constitucional, o serviço de táxi não consiste em serviço público, mas em atividade remunerada oferecida ao público (de interesse público). A “privatividade” deve convergir à CF (na terminologia da doutrina de Marcelo Schenk Duque, em tese de doutoramento). Além disso, a LMU é norma posterior, que retirou o caráter de serviço público que outrora se poderia atribuir ao táxi. O direito consiste em subproduto da cultura, sofre os influxos da cultura, daí que, antigamente, até a Lei 9.099/95, a capacidade postulatória em juízo era “privativa” do advogado – até que se estabelecesse a dispensa do advogado, atendido os valores e critérios legais determinados. Assim acontece com os

demais nichos de mercado, em especial, na matéria de trânsito e transporte, cujo o maior interessado é a população que propulsiona a economia com tais serviços. Esses argumentos são empíricos, práticos, pertinentes ao estado da evolução espaço-temporal da civilização, afinal, o direito é reflexo cultural¹⁸, reporta o estado civilizatório de um povo (ou, não civilizatório).

A “privatividade” suscitada seria o mesmo que dizer ser obrigatória e essencial a venda de CDs e, de outro lado, torna-se proibido os *streamings* de músicas.

Não se desconhece o projeto de Lei 5.587/16¹⁹, que pretende denominar o Uber (na LMU) como serviço de transporte individual privado de passageiros, acolhendo o pleito doutrinário. Agora, a questão não é meramente conceitual, quando o sistema e a própria CF incentivam a liberdade concorrencial. J. J. Gomes Canotilho refere que a lei que regulamenta o serviço de taxista, que é mediado pelo poder público (na condição de poder de polícia), adquirem veículos com subsídios e com regalias que a própria legislação recomenda. Ou seja, a literalidade da Lei 12.468/11 não é “excludente, no sentido de que veda o acesso à atividade econômica privada de transporte individual de passageiros a todos e a qualquer cidadão que queira exercê-lo”²⁰.

O projeto que se transformou na Lei 13.618/18, estipulou o que a doutrina majoritária defende, ao modificar a colcha de retalhos da LMU (que passou a vigorar com a seguinte redação):

Art. 4º (...)

X - transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede.

O problema, respeitosamente, não está na vetusta dicotomia público X privado²¹, mas na universalização de beneficiários que o serviço pode alcançar. Daí que o fato da plataforma ser aberta (ou não) acaba sendo critério despiendo

¹⁸ CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, *passim*.

¹⁹ Ver DOURADO, Thaís Amaral; MOTTA, Fabrício Macedo. Uber e serviços de táxi no Brasil sob a ótica do direito administrativo. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, n. 196, 2017, p. 69 e seguintes.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Atividade econômica do transporte individual de passageiros. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, vol. 277, 2018, p. 291.

²¹ O argumento *a fortiori* se embasa na *ratio decidendi* que arrazoa o espírito das normas – seja manuseada a teoria objetiva ou subjetiva da interpretação. Logo, não se trata de sistematizar meros conceitos, antes de analisar um conjunto de forças vigentes que pilarizam a normatização jurídica. Ver PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 11.

para uma diagramação teleológica dos principais beneficiários do serviço. Uber e táxi, atualmente, valem-se de plataformas digitais – até restaurantes se valem disso. Agora, táxi possui subsídio para desconto na compra do carro, atende a certos requisitos mais burocráticos; de outro lado, o Uber ostenta um regime horizontalizado e desestatalizado de credenciamento, o que não importa na contrariedade ao sistema jurídico-constitucional essa operação.

Ambos os serviços são sincréticos, não é a plataforma digital que os define – embora a veemência da doutrina em valorizar o texto da lei em detrimento da construção da norma em um sistema constitucional que deve refletir a circularidade hermenêutica.

Quem é o principal interessado na evolução tecnológica do transporte?

O usuário do serviço ou o adquirente do produto. A polêmica foi transformar tudo a respeito de dinheiro para quem explorasse o serviço (*it was all about money*)²². Todavia, o que ressalta o condicionamento cultural e a *unbundling* do monopólio estatal sobre o direito, no tempo pós-moderno, é a prevalência da pessoa, do ser humano.

O direito serve ao ser humano, não ao Estado.

A lei que regulamenta o serviço de táxi não estabelece um nicho privativo de mercado, na contextualização cultural e sistêmica do direito pós-moderno. Além disso, a diferença entre os regimes que pautam o táxi ou o Uber é o maior ou menor, decorrente do poder de polícia que a Administração condiciona para o desempenho dessas atividades. No mais das vezes, leis próprias (como as regentes do táxi) ou *soft laws*²³ (de cunho administrativo-viário), inclusive, o

²² Se fizessem um plebiscito a respeito da criação (efetiva) de linhas de transporte ferroviário decente, no Brasil, todo mundo saberia o resultado. Ocorre que existe um *lobby* muito forte do empresariado que explora o transporte coletivo de ônibus – chame-se como quiser: público (sabe-se que é serviço público delegado) ou privado. O que interessa é o atraso na evolução graças a interesses comezinhos e arcaicos de nichos de mercado estagnados na própria ambição. Qualquer pessoa que minimamente conhece a cultura europeia (não se fala em “Europa”, porque nem todos os países desse continente possuem cultura evoluída, sem citar nomes...), pode-se notar a evolução do sistema de transporte. O “centrão” europeu cresce, a população ganha em produção, o turismo agradece, e o continente avança do velho para o verdadeiro pós-moderno mundo. No Brasil: tudo parado, à espera de um decreto, assim como a história ensinou desde a catequese até os bancos das faculdades e da inércia metodológica (aqui, nada se cria, tudo...).

²³ A *soft law* é a fragmentação ou desestatalização do monopólio de elaborar normas. Até por que o discurso prático metaético também prescreve condutas. De qualquer maneira, os diversos setores alcançam diretrizes derivativas das leis e do sistema jurídico que se pode dizer “primário”. Ver LAMEGO, José. *Elementos de Metodologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 35.

Código de Trânsito Brasileiro, acabam aproximando os serviços que, atualmente, ambos se valem de plataformas digitais para o alavancamento de suas produções.

2 O *DRITTWIRKUNG* NOS CONTRATOS VIRTUAIS PARA O TRANSPORTE INDIVIDUAL REMUNERADO

A eficácia vertical dos direitos fundamentais consiste em fenômeno admitido pela dogmática. A supremacia da Constituição e o decorrente caráter normativo dos respectivos enunciados (não apenas adstritos ao art. 5º da CF) explicitam um supedâneo institucional a ser atendido pelo Poder Público. Além disso, tem-se a eficácia horizontal (*drittwirkung*) dos direitos fundamentais, quando as normas constitucionais incidem sobre as relações entre particulares.

Embasada na sentença Lüth (proferida na Alemanha, em meados do século XX) e na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (que é diferente dos efeitos verticais ou horizontais de tais normas), a doutrina e a jurisprudência majoritárias adotaram o entendimento pela aplicabilidade direta dos enunciados constitucionais às relações entre privados. Em *leading case*²⁴ relatado pela Ministra Ellen Gracie N., o STF adjudicou essa impositação.

Algumas variantes podem ser suscitadas.

A tese de doutoramento de Marcelo Schenk Duque²⁵ (com a ressalva prefacial da própria tutora – Cláudia Lima Marques) refere que a eficácia horizontal não se impõe automaticamente, não seria autoevidente, porém, as normas do direito privado devem convergir para a constituição. Valendo-se de argumentos compreensíveis a um civilista da melhor cepa, o jurista comenta sobre a precedência do direito privado em relação ao movimento constitucionalista bem como ao maior detalhamento e, conseqüentemente, menor vagueza semântica das regras do direito infraconstitucional.

Em síntese, o direito privado se volta à Constituição, o que não contraria o *drittwirkung*. Ocorre que tal operação não é axiomática, antes elabora um hiperciclo sistemático no qual os ideais constitucionais são buscados de maneira integrativa-interpretativa pelo direito privado, açambarcando a segurança jurídica a normatividade da CF.

²⁴ Rext. 201.819/RJ.

²⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, *passim*.

Bem compreendida referida tese, trata-se de uma questão de metodologia da decisão cujo referencial teórico é norteado pelos sistemas. Não se comenta sobre consecução dos fins, integração, manutenção das estruturas e adequação, expressamente, conforme Parsons; ou em autopoiese e acoplamento estrutural, segundo Luhmann; tampouco em paradoxos e hiperciclos jurídicos transportados ao discurso jurídico, por Teubner. Em contrapartida, evidente que, na perfectibilização pós-moderna adotada por Marcelo S. Duque, figura a influência da Escola de Heidelberg (onde a tese também foi pesquisada), faculdade em que Erik Jayme²⁶ estruturou a matriz pós-moderna da teoria dos sistemas para uma feição hipercomplexa do direito privado.

Daí se repensar em direitos fundamentais (os valores-guia, o *leitmotiv*, o retorno dos sentimentos) como ideais, a narratividade (enquanto normas descritivas que, na prática, tornam-se impositivas), o pluralismo e a comunicação entre as fontes. Nesse caldo de cultura, o diálogo entre as fontes decanta uma releitura operativa do círculo hermenêutico – ao invés do texto/contexto; norma/fato; parte/todo; a questão metodológica propõe a solução das questões com um detalhamento não decisionista, porque fundamentado em regras do direito privado que devem convergir à Constituição e às suas finalidades, com a devida previsibilidade e detalhamento que o direito privado enseja.

Dentre as quais, a proteção do consumidor, a salvaguarda da autonomia privada, e toda a leitura dos cânones interpretativos que conferem sistematicidade ao certame jurídico. De fato, a horizontalidade da eficácia dos direitos fundamentais pode ser destacada “não como indireta” (segundo o autor), mas como sujeita a uma metodologia especialiforme, porque raciocinada através de um processo do “como” fazer para evitar indevidas axiomatizações ou ambiguidades que o texto da Constitucional – por ser norma de reconhecimento e mais vaga que as normas do direito privado – pode implicar.

O importante é consolidar que a Constituição incide sobre os serviços de prestação de serviço de táxi e de Uber – denominem-lhes como quiser, segundo a LMU. Além disso, que o direito do consumidor consiste em direito fundamental a ser preservado por ambas as plataformas de trabalho.

²⁶ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 759, jan/99, *passim*.

2.1 Os limites operacionais dos prestadores de serviço de transporte individual de passageiros

O serviço de Uber é mais próximo do serviço de táxi que o divulgado, inicialmente, o que se reputa devido à disputa concorrencial travada entre as categorias. A LMU não colaborou em uma definição precisa, até por que a compreensão do sistema jurídico infraconstitucional deve convergir à CF – sendo que ambos os serviços se tratam de atividades econômicas em sentido estrito (art. 170 da CF), embora a confusa e diuturnamente modificada LMU conceitue o táxi como serviço de “utilidade pública” e o Uber como serviço “privado” de transporte de passageiros.

Com efeito, o Uber também possui utilidade pública. Os carros do Uber não possuem ponto fixo, eles acompanham os portadores de celular em qualquer lugar – inclusive, no banheiro. Isso caracteriza uma publicização ou universalidade inusitada e inolvidável, queira-se, ou não, agarrar-se à literalidade da LMU (aliás, a LMU é tão curiosa que, embora sendo lei ordinária, ela violenta o art. 22, parágrafo único da CF, e delega aos municípios a regulamentação pormenor do Uber).

Isso pode ensejar, note-se, uma inconstitucionalidade por arrastamento substancial, tendo em vista a esquizofrenia do legislador no amontoado de retalhos concatenados.

O importante é observar que o Uber é uma *start up* que reflete a *sharing economy*. Assim como *crowdsourcing* (divisão de trabalhos e tarefas), o *bikesharing* remunerado, o *carpooling* (carona solidária), o *clothing swap* (compartilhamento de vestimentas, ocorre uma co-participação mediada por ambiente virtual. Ocorre que o Uber é atividade lucrativa que angaria uma remuneração para tanto.

O simples fato da plataforma virtual, notoriamente, não consiste em nota de separação absoluta ao regime dos taxistas. Afinal, o que se dizer do *easy táxi* e o *99 táxi* (que patrocina até time de futebol). Tais serviços também utilizam a plataforma digital. O ser humano está matrixizado, o que não está na internet não está no mundo. Daí que a conceituação da LMU nasceu antiquada, o que lhe justifica tantas reformas.

Peremptório considerar que, independente do serviço prestado, as normas

de polícia administrativa – mais incisivas ou menos incisivas – é definem qual serviço se torna mais ou menos burocratizado. Isso reflete a horizontalização²⁷ da sociedade que pretende incrementar as próprias autorregulações.

A última alteração da LMU estabeleceu requisitos para o serviço de Uber:

Art. 3º A Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 11-A e 11-B: Ver tópico (8 documentos)

“Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios.

Parágrafo único. Na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, a segurança e a efetividade na prestação do serviço:

I - efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço;

II - exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT);

III - exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos da alínea h do inciso V do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.” “Art. 11-B. O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições:

I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada;

II - conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;

III - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV);

²⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Trad. Andrea Morales Vidal. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000, *passim*.

IV - apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Parágrafo único. A exploração dos serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros sem o cumprimento dos requisitos previstos nesta Lei e na regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal caracterizará transporte ilegal de passageiros.

De outro lado, o serviço de táxi deve preencher outros requisitos.

Surpreende que a doutrina seja obsessiva em batizar o Uber como serviço privado, talvez, um legado desatinado da afrancesada definição do serviço público. Ora, ambas as atividades compõem atividade econômica em sentido estrito – que possuem utilidade pública, assim como o sujeito que cuida da estátua de lemanjá.

A questão não deveria teclar nessa obsessão, mas na universalização que ambos os serviços – concorrentes – proporcionam à população, e no caráter inicialmente disruptivo que o Uber estabeleceu (em termos de serviço), e atualmente sustentadora²⁸ que proporciona, fazendo que os serviços de táxis se aperfeiçoem. Cada qual com seus limites, pressupostos de enquadramento e, sobretudo, na sincretização funcional que a pós-modernidade implica. Quer dizer, os serviços de táxi e de Uber atendem consumidores²⁹ (*bystander*, art. 29 e vítimas, art. 17, todos do CDC).

Os dois serviços se valem da virtualidade para maior ampliação penetrante dos serviços, daí que as diferenças fenecem com o avanço tecnológico.

Deve sobrelevar a preocupação com a economia compartilhada, em benefício do consumidor, “como também em consumo colaborativo numa economia

²⁸ MARQUES, Alessandra Garcia. Inovação e direitos fundamentais: o impacto do aplicativo Uber no mercado consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 107, 2016, p. 66.

²⁹ O universo da coletividade encerra o dos consumidores, que são posições jurídicas que podem alcançar pessoas em situações potenciais. Os consumidores são novos sujeitos de direitos, justamente, pela essência dinâmica e pela excelência posicional, cuja proteção está prevista constitucionalmente – como direito fundamental –, assim como prevista em um sistema codificado (o CDC). Daí que meros conceitos não excluem a proteção do consumido, porque a teoria da aparência ou da real natureza das coisas implicam o reconhecimento da posição jurídica de ordem pública que tais sujeitos assumiram no aporte jurídico atual. Ver MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos (5º Congresso brasileiro e 3º Congresso mineiro de direito do consumidor Belo Horizonte, de 02 a 05 de maio de 2000, sob os auspícios do IBPDC). *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 35, ano 2000, *passim*.

igualmente colaborativa, num mundo em que ter propriedade, especialmente de bens imóveis, é menos importante do que desfrutar dos bens e serviços e, preferencialmente, desfrutar de modo compartilhado³⁰. Os taxistas e os prestadores do Uber se deram conta dessa nova ordem mundial, daí se falar em transporte “publicizado” (título 2), ao invés de transporte público ou privado.

Os conceitos, portanto, não podem regredir a meras digressões do direito administrativo³¹. Necessário amplificar a linha de visada – nesse sentido, chega-se à universalidade de beneficiários e à funcionalidade³² da tecnologia como meio aproximativo das plataformas. Melhor falar em plataformas de trabalho que em regime jurídico estrito de serviços, o terceiro milênio agradece.

Um apertado comparativo desencobre que os serviços estão cada vez mais próximos, em benefício do foco – a mobilidade urbana e a concorrência em favor do consumidor –, ao invés de demonstrarem disparidades.

³⁰ MARQUES, Alessandra Garcia. Inovação e direitos fundamentais: o impacto do aplicativo Uber no mercado consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 107, 2016, p. 63.

³¹ Parece que denominar as coisas é legado do “jeitinho brasileiro” para *escapar* de uma legislação, principalmente em áreas como o direito administrativo, o direito tributário e o direito penal, cujas interpretações são estritas, quase textuais. Ora, no atual quadrante constitucional, o próprio STF e o ativismo – que é marca notória de poderes harmônicos, não apenas independentes – já demonstrou que a cultura norteia argumentos empíricos, o discurso prático passa a ser integrado, simbioticamente, ao discurso jurídico, e não são meras palavras que fazem “escapar” do alcance de um sistema como um todo. O serviço de Uber não se presta a contribuir com a política anti-*sprawl* urbano (crescimento não sustentável das cidades), porque o problema do emprego é tamanho, no Brasil, que taxistas migram para o Uber, e daí que acabou o argumento de que o Uber é restrito ao *pre-booking* (porta a porta) e os táxis são restritos ao *rank hiring* (pontos). Ora, tem mais Uber que táxis, na praça. Ver ESTEVES, Luiz Alberto. Uber: o mercado de transporte individual de passageiros – regulação, externalidades e equilíbrio urbano (Cade). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, vol. 270, 2015, p. 334.

Basta observar dois exemplos de ativismo: a prisão preventiva de parlamentar (José Dirceu), sendo que a CF somente previa a prisão em flagrante de parlamentar; a concessão do auxílio-moradia por ato administrativo (Ministro Fux), embora a CF somente preveja que os subsídios do judiciário devem ser matéria de lei. Quem foi que disse que tudo deve estar conceituado na lei? Por acaso, um juiz não poderia conceder ordem mandamental ou protetiva, em favor da mulher – ou em favor do homem ou do homossexual –, mesmo não existindo ou antes do advento da Lei Maria da Penha? Óbvio que sim, graças à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e à forma normativa da Constituição. Ver CASTRO, Cássio Benvenuti de. Caracteres da tutela mandamental promotora da igualdade entre os gêneros. *Temas de Ciência Penais: na perspectiva neoconstitucional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 99 e seguintes.

³² A contemporânea metodologia jurídica apreende triplíce pilares: aproximação à realidade, clareza dogmática e preocupação funcional dos institutos. Ver ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55 e seguintes.

Direito-dever	Táxi	Uber
Preço do veículo	Subsidiado	Sem subsídio
Identificação do veículo	Deve ser identificado	Não necessária
Chamada	Em pontos fixos, telefone ou aplicativos	Por aplicativo (não dispõe da prerrogativa do ponto)
Pagamento	Todas as formas	Todas as formas, começou, apenas, com o cartão
Tarifa	Controlada pelo poder público mais estritamente	Controlada pela autonomia privada sem, contudo, uma total liberdade que arrefeça o direito do consumidor
Credenciamento	Junto ao poder público (poder de polícia)	Desburocratizado, através do aplicativo. O sujeito pode ser descredenciado se obtiver muitas avaliações negativas
Tributação	Além do ISS, pagam taxas de renovação	Pagam ISS

O comparativo entre a lei do taxista e a canhestra regulamentação genérica do Uber, pela LMU, explicita que eles estão cada vez mais próximos. A concorrência implementa o que tem de melhor em cada serviço, propulsionando práticas em benefício da coletividade.

A preocupação é que o “privatismo” profligado ao Uber não pode tudo, ele está sujeito a normas cogentes, normas de ordem pública, tanto no pertinente ao CTB quanto ao CDC.

O vértice do raciocínio.

2.2 A abusividade do preço dinâmico manipulado pelo Uber

Os serviços de transporte de passageiros, independente da categoria, devem atender às normas de ordem pública que disciplinam tanto o tráfego quanto o regime de prestação de serviços. Embora havendo enunciados contratuais entre a empresa Uber e o condutor-parceiro, evidente que se lhes implica as normas do Código de Trânsito de Trânsito e do Código de Defesa do Consumidor.

O CTB estipula que:

Art. 107. Os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros, deverão satisfazer, além das exigências previstas neste Código, às condições técnicas e aos requisitos de segurança, higiene e conforto estabelecidos pelo poder competente para autorizar, permitir ou conceder a exploração dessa atividade.

Art. 135. Os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo poder público concedente.

Art. 329. Os condutores dos veículos de que tratam os arts. 135 e 136, para exercerem suas atividades, deverão apresentar, previamente, certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, renovável a cada cinco anos, junto ao órgão responsável pela respectiva concessão ou autorização.

Assim como já previsto na LMU, os veículos e condutores cadastrados no Uber devem atender os requisitos de segurança e conforto que a legislação determina.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos

responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Ainda que a Uber se escuse – contratualmente, perante o condutor-parceiro – da respectiva responsabilidade, as normas de ordem pública evidenciam que “a responsabilidade entre o motorista que usa o Uber e a empresa é solidária em face do consumidor do serviço, porque a relação jurídica entre o usuário do serviço de transporte e o motorista e a empresa Uber é de consumo e regida pelo Código de Defesa do Consumidor”³³.

A jurisprudência reconhece o regime jurídico que tutela o consumidor perante a utilização do Uber:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE URBANO POR APLICATIVO (UBER). COBRANÇA DE TAXA DE LIMPEZA. RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE SEU ÔNUS PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE AS MANCHAS NOS BANCOS DO VEÍCULO TENHAM SIDO CAUSADAS PELOS PASSAGEIROS. DEVOLUÇÃO DO VALOR COBRADO INDEVIDAMENTE DE FORMA DOBRADA. APLICAÇÃO DO ART. 42, § ÚNICO, DO CDC. MERA COBRANÇA INDEVIDA. AUSENTE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE CONFIGURE DANO OU LESÃO A DIREITOS DE PERSONALIDADE DO AUTOR. DANOS MORAIS AFASTADOS. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Recurso Cível Nº 71007349574, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luis Antonio Behrendorf Gomes da Silva, Julgado em 23/02/2018)

Em *obiter dictum*, esse julgado foi explícito ao determinar a implicação do CDC ao serviço de Uber:

A relação existente entre as partes é inegavelmente de consumo, sobre a qual incide o disposto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, cabia à ré, de acordo com o art. 373, II, do Código de Processo Civil, a comprovação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ônus do qual não se desincumbiu.

Assentada a aplicabilidade do CDC ao serviço de Uber, chama a atenção a política tarifária praticada. Evidente que não sofre os mesmos controles impostos

³³ MARQUES, Alessandra Garcia, *op. cit.*, p. 76.

aos táxis, agora, como um serviço prestado ao consumidor, a ordem econômica (art. 170, V, da CF) determina a defesa do consumidor como princípio concorrente à própria liberdade de iniciativa e ao regime concorrencial.

A precificação não é matéria potestativa do fornecedor.

O CDC se reitera nessa questão:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais

relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

O princípio reitor do sistema de tutela do consumidor é a posição de vulnerabilidade. Considerando-se a notória criminalidade dos centros urbanos brasileiros, e a solução anti-*sprawl* (crescimento sustentável urbano) que, direta ou indiretamente, o Uber acabou fomentando, é preocupante o regime tarifário que a empresa desenvolve, tratando-se de atividade econômica sujeito ao poder de polícia estatal e à ordem pública consumeirista.

Em primeiro lugar, o Uber é contrato de adesão. Ele aparece formatado, não apresentando espaços para negociação. Logo aparece a primeira incongruência, porque se o cliente cancelar a corrida, tem que pagar uma espécie de “multa”, o que não acontece em relação ao condutor – que pode cancelar a corrida sem nenhum ônus (em clara afronta ao art 51, XI, do CDC).

Em segundo lugar, embora a tarifa do Uber seja calculada por uma plataforma virtual, necessário ter presente a seguinte apreciação: (a) a plataforma digital é independente do serviço de transporte, daí ela pode tudo, como calcular virtualmente o tempo-espaço independente da real condição da mobilidade urbana; (b) a plataforma digital é pressuposta do serviço que realmente interessa – o transporte de pessoas –, portanto, critérios de razoabilidade não podem flertar independente do “estado de coisas” sobre o qual se está contratando, porque se torna imprescindível uma relação de congruência com o espaço-tempo, embora a demanda seja atributo atuarial da tarifa³⁴.

Pelo exposto, o importante é o contrato de transporte. A plataforma – que estipula o preço – é contingencial ao teor da realidade que o Uber fornece à sociedade. Logo, o cálculo tarifário (que resulta em 20 a 25% para empresa, o resto para o condutor), deve atender ao postulado da razoabilidade e da proporcionalidade, sem descuidar de normas cogentes protetivas do consumidor.

Daí que a tarifa dinâmica consiste em uma espécie de *price action*³⁵ desmesurado no certame dos transportes. Os táxis se valem da bandeira, em diferentes momentos do dia; ou diferentes modelos de táxis (o táxi do aeroporto é mais custoso que o táxi de praça comum). Ocorre que a precificação não pode ser imediatamente modificada ao talante de uma plataforma virtual, onerando o consumidor em 100%, 200% ou até 300% do preço que inicialmente seria o cobrado.

Inclusive, tal prática, considerando o local e o horário da corrida, remete o consumidor a uma situação de hipervulnerabilidade ocasional (art. 39, IV, do CDC), haja vista que, em situação de risco (criminalidade), o sujeito se submete a qualquer risco de precificação aviantada. Fato que caracteriza, inclusive, uma lesão enorme, em termos de direito civil (art. 157 e §1º, do CC) como, principalmente, levando-se em conta os princípios que imputam a previsibilidade dos preços ao consumidor, nos dizeres do CDC.

A jurisprudência reflete que a majoração imprevisível do preço dos serviços é medida abusiva:

³⁴ GRAU-KUNTZ, Karin. “Uberpop” e “Uberblack” e a justiça europeia. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 149, 2017, p. 69.

³⁵ *Price action* é o regime de alta volatilidade operante na bolsa de valores, ainda mais, em setups de pequeno espaço de tempo. O preço sobe e desce a toda a hora, por imperativos do mercado e pelas incertezas da procura-demanda, o que não consiste em máxima aplicável ao sistema de transportes – que devem ter limites nas precificações. Do contrário, daí sim, haverá concorrência desleal e, pior ainda, abuso de poder econômico por práticas temerárias como o truste ou a cartelização extroversa.

ACÇÃO ORDINÁRIA. SEGURO DE VIDA. REAJUSTE DOS PRÊMIOS. FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. RESTITUIÇÃO SIMPLES DAS PARCELAS. PRAZO PRESCRICIONAL ANUO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. I. Agravo retido. Prescrição anual. Inversão do ônus da prova. Em casos como o presente, no qual se discute suposta abusividade de cláusula de seguro de vida e na qual é postulada a devolução das parcelas alegadamente pagas a maior, o prazo prescricional é de um ano previsto no art. 206, § 1º, b, do Código Civil. Todavia, este não alcança o próprio fundo de direito, mas apenas as parcelas atingidas pela implementação do prazo prescricional. Por outro lado, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela, pois, de acordo com o § 2º do art. 3º daquele diploma, é considerado serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Assim, sendo aplicáveis ao caso as disposições do Estatuto Consumerista e sendo a parte autora hipossuficiente na relação com a parte ré, cabível a inversão do ônus da prova. Inteligência do art. 6º, VIII, do CDC. Agravo parcialmente provido. II. De acordo com o art. 757, caput, do Código Civil, pelo contrato de seguro, o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Desta forma, os riscos assumidos pelo segurador são exclusivamente os assinalados na apólice, dentro dos limites por ela fixados, não se admitindo a interpretação extensiva, nem analógica. III. De outro lado, os contratos de seguro de vida estão submetidos às normas do Código de Defesa do Consumidor. Inteligência do art. 3º, § 2º, do CDC. IV. No caso concreto, mostra-se abusivo o reajuste do valor do prêmio com base apenas na mudança de faixa etária do consumidor, ainda que tal majoração esteja expressamente prevista no contrato. Aplicação dos arts. 47 e 51, X, § 1º, II e III, do CDC, bem como do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, aplicável a contratos de trato sucessivo. V. Reconhecida a nulidade do aumento do valor do prêmio pela faixa etária, com a suspensão dos referidos aumentos, é cabível a restituição simples dos valores pagos a maior. VI. De acordo com o art. 85, § 11, do CPC, ao julgar recurso, o Tribunal deve majorar os honorários fixados anteriormente ao advogado vencedor, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. AGRAVO RETIDO PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70078655453, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 29/08/2018)

Não existem direitos supremos absolutos na ordem constitucional. A prerrogativa do prestador da atividade econômica em sentido estrito (quanto ele estipula um preço com base na autonomia privada) deve atender à razoabilidade

como congruência³⁶ e a proporcionalidade aos demais serviços que ele mesmo – o prestador – oferece ao consumidor. Daí que a precificação dinâmica não pode ser transformar em uma *junk sharing economy*, a ponto de desnaturar a natureza dos serviços que o Uber se propôs a fornecer.

Trata-se da fábula do lobo mau.

Inicialmente, o Uber apareceu como um concorrente cujo propósito seria o de implementar a política da mobilidade urbana e fornecer melhores benefícios ao consumidor; uma vez arrefecida a concorrência dos táxis, transforma o preço em uma potestade que aprisiona o consumidor à própria falta de alternativas viárias.

A Lei 12.529/11 estabelece as violações e o controle da atividade econômica:

Art. 9º. Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno;

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Aumentar, de sorrateiro, os preços, consiste em prática inconstitucional e que contraria os mais mezinhos princípios do CDC, em termos de previsibilidade e de razoabilidade. O Uber não pode tudo, em termos de preço e, empiricamente, notório que os preços se modificam em *fração de segundos*. Qualquer usuário

³⁶ A razoabilidade como congruência enseja a harmonização da norma aplicável ao caso para com as condições externas da realidade, que sotopõem a aplicação. Ou seja, a interpretação das normas e do sistema existe “o confronto jurídico com parâmetros externos a elas. Daí se falare em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas”. Os princípios do Estado Democrático impedem razões arbitrárias àquilo que a realidade social predispõe. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 98/9.

pode notar esse *price action*. Para se conseguir uma tarifa razoável, o sujeito deve atuar como um *scalper* (do mercado financeiro), o que não condiz com os pilares de sustentabilidade do Uber.

Mais que a regulamentação do serviço, que já está consolidado, é necessária uma *public takeover* para abalizar um equilíbrio dessa precificação. Não é apenas a procura-demanda a determinante para a precificação, mas fatores como tempo-espço devem ancorar a disputa concorrencial, sob pena do que seria uma novidade tecnológica sustentável se avolumar como um monstro disruptivo do sistema viário.

CONCLUSÃO

A atividade econômica do Uber eclodiu enquanto uma tecnologia sustentadora no mercado concorrencial. No decorrer do tempo, os serviços de táxis e demais agentes da economia de transportes começaram a se valer de plataformas similares, tanto para ampliarem o alcance do público consumidor como para fixar uma vereda anti-*sprawl* comunitária. Ou seja, a livre iniciativa e a concorrência convergiram na melhoria de ambos os serviços.

No Brasil, infelizmente, ainda marcado pelo supervivente positivismo ortodoxo, jeitinhos de sotoposição estática do “estado das coisas” às normas mais conceituais que funcionais, acabaram por justapor concorrência em um nível de competição auto excludente, um jogo de perde-perde. Fator que permite a deslealdade tarifária com práticas que manipulação do mercado onde quem paga a conta é o consumidor.

A despeito dos conceitos obsessivos do direito administrativo, nada mais dinâmico que a atividade econômica. Nesse diapasão, a circularidade fato-norma não pode dispensar uma rotina onde as premissas de entrada são tão (ou mais) importantes quanto as soluções adjudicadas. Daí que é dispensável discutir sobre a natureza jurídica, incansavelmente, se a maneira-de-ser das plataformas acaba por manipular o mercado de maneira extroversa, sorrateira, como uma interface de um *spoofing* onde o usuário do serviço acaba prejudicado por um *junk price action*.

Por fundamento constitucional e da ordem econômica, a dignidade do ser humano e a tutela do consumidor devem ser pedras de toque do sistema. Logo,

a precificação enseja um mínimo de previsibilidade *pro tanto*, que até pode ser modificada, mas não a exorbitantes valores potestativos ao talante imediato de uma nuvem cibernética que não se sabe de onde veio e para onde vai. Em países periféricos, isso remete ao caos mercadológico, que esmaga agentes do mercado – pelo *trust* – e escraviza consumidores a um esquema temerário.

A tarifação dinâmica do Uber merece um controle pelos agentes do *public takeover*. Nessa matrixização da vida, no qual as plataformas acompanham os sujeitos em todos os deslocamentos, fazem parte da rotina do ser humano, inegável a matrixização da vida. Tornou-se indistinto o que é real daquilo que está virtualizado – #somostodosavarares.

No *unbundling* da desestatização e da fragmentação das instituições, cabe aos consumidores fazerem o *lobby* perante aos centros de poder. Provocarem o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, para que sejam ajuizadas ações civis públicas para a vedação da prática abusiva. Aparentemente, os valores individuais podem parecer irrisórios, porém, no acumulado, ostentam fortunas que assaltam a população. Como refere o profeta Capitão Nascimento: o sistema brasileiro é uma articulação pontuada por interesses escrotos.

Isso é Brasil, *my brother*. Quem sabe não se faz alguma coisa?

Talvez, a autorregulação reclame justamente tal participação, com medidas práticas porque metaéticas, e que partam dos verdadeiros donos do poder: o ser humano.

janeiro/2019

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Atividade econômica do transporte individual de passageiros. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, vol. 277, 2018.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. Caracteres da tutela mandamental promovedora da igualdade entre os gêneros. *Temas de Ciência Penais: na perspectiva neoconstitucional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

- _____. Desterritorialização das relações jurídicas: efeitos para o direito privado. *Revista Jurídica*. São Paulo: Sage, vol. 481, nov/2017.
- CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- ESTEVES, Luiz Alberto. Uber: o mercado de transporte individual de passageiros – regulação, externalidades e equilíbrio urbano (Cade). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, vol. 270, 2015.
- DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del processo legal*. Trad. Andrea Morales Vidal. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18º ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DOURADO, Thaís Amaral; MOTTA, Fabrício Macedo. Uber e serviços de táxi no Brasil sob a ótica do direito administrativo. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, n. 196, 2017.
- DUQUE, Marcelo Schenk. A constitucionalidade do serviço Uber no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 105, 2016.
- _____. *Direito privado e Constituição: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, n. 68, 2017.
- GRAU-KUNTZ, Karin. “Uberpop” e “Uberblack” e a justiça europeia. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 149, 2017.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 759, jan/99.
- LAMEGO, José. *Elementos de Metodologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2016.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MARQUES, Alessandra Garcia. Inovação e direitos fundamentais: o impacto do aplicativo Uber no mercado consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 107, 2016.
- MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos (5º Congresso brasileiro e 3º Congresso mineiro de direito do consumidor Belo Horizonte, de 02 a 05 de maio de 2000, sob os auspícios do IBPDC). *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 35, ano 2000.

- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Desafios das reformas institucionais a partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática ao direito público a partir do caso do Uber. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 54, 2016.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empírios na dogmática do direito penal. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o "caso Uber". *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, n. 50, 2015.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. da 5ª ed. Alemã por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

TRIBALISMOS E POLARIZAÇÕES. OS DIREITOS HUMANOS E O FUTURO DA DEMOCRACIA

Eduardo Aidê Bueno de Camargo¹ - Juiz Federal Substituto do TRF da 2ª Região. Mestre em Direito Público pela UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Existe a percepção de que a democracia está em recessão. Isso porque estamos em um momento de turbulência democrática, onde as polarizações políticas vêm ocorrendo de forma mais frequente e evidente. Se é verdade que o arranjo político da democracia liberal possibilitou um período de tranquilidade democrática, também é verdade que esse arranjo não vem sendo suficiente para lidar com o tribalismo contemporâneo. Para adaptar e aperfeiçoar nossa democracia é preciso ir além e criar um elo comum que possa unir a todos, mesmo nos momentos de maior divergência. Esse elo comum ainda pode ser os direitos humanos, mas para que isso aconteça é preciso que sejam elaboradas duas situações: (i) a difusão dos direitos humanos pautada não apenas na racionalidade, mas também em narrativas que despertem nossas emoções; (ii) a retomada de um minimalismo que consolide apenas os valores mais essenciais a serem protegidos pelo escudo dos direitos humanos.

Palavras-chave: Democracia; Direitos Humanos; Tribalismo; Polarização; Minimalismo.

TRIBALISMS AND POLARIZATIONS. HUMAN RIGHTS AND THE FUTURE OF DEMOCRACY

Abstract: There is a perception that democracy is in recession. This is because we are in a time of democratic turmoil, where political polarizations are occurring more frequently and clearly. While it is true that the political arrangement of liberal democracy has enabled a period of democratic tranquility, it is also true that this arrangement has not

¹ Email: eabcamargo@gmail.com

been sufficient to deal with the contemporary tribalism. In order to adapt and improve our democracy, we must go further and create a common bond that can unite everyone, even in times of greatest disagreement. This common bond may still be human rights, but for this it is necessary to elaborate two situations: (i) diffusion of human rights based not only on rationality, but also on narratives that arouse our emotions; (ii) recapture a minimalism that establishes only the most essential values to be protected by the human rights shield.

Keywords: Democracy; Human rights; Tribalism; Polarization; Minimalism.

1 INTRODUÇÃO

Muitos afirmam que a democracia está em recessão no mundo (DIAMOND, 2015). Após a eleição de Donald Trump, um pessimismo tomou conta de todos (SUNSTEIN, 2018; LEVITSKY, ZIBLATT, 2018; RUNCIMAN, 2018). A maior e mais duradoura democracia do mundo poderia estar submetida a riscos iminentes com a eleição de um suposto autocrata. Será que a retração e os riscos são realmente reais? O número de países democráticos aumentou de forma bastante significativa entre 1980-2010 e, diferente do que se possa imaginar, manteve-se estável desde então. Em 2011, o Índice de Democracia formulado pela revista *The Economist*² catalogou 78 democracias e 37 regimes híbridos, enquanto que oito anos depois, em 2019, o mesmo periódico catalogou 76 democracias e 37 regimes híbridos. Números bastante semelhantes, sem dúvida. Além disso, em 2011 o índice democrático mundial indicava uma média global de 5.49, enquanto no ano de 2016 apontava para 5.52, tendo havido um leve decréscimo com 5.48 em 2017 e 2018 e 5.44 em 2019. Números muito próximos que não indicam uma tendência ou uma constante, apesar do pessimismo de alguns. Parece, portanto, que (pelo menos do ponto de vista quantitativo) ainda estamos no período mais democrático da humanidade. Então por que alguns têm a percepção de declínio? Talvez seja porque observamos um momento de grande “*turbulência democrática*”, onde as polarizações políticas vêm ocorrendo de forma mais frequente e evidente. Será toda essa turbulência o caminho para o fim da democracia? Acreditamos que não, mas é preciso ter cuidado.

Nos últimos anos, partidos políticos extremistas ampliaram seus eleitores

² Disponível em: <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2019.pdf&mode=wp&campaignid=democracyindex2019>. Acesso em: 27 jan. 2020.

em países de matizes políticos e culturais bem diversificados, tais como Itália, Suécia, França, Alemanha, Holanda, Finlândia, Áustria, Dinamarca, Suíça, Turquia, Hungria, Polônia e Brasil. Alguns afirmam que esse caminhar não é relevante e que a ideia de recessão democrática não passa de um pessimismo excessivo. Mas não se pode ignorar o possível risco. É em um cenário de polarizações agudas que nascem e prosperam ideias autocráticas. Achar que outros cidadãos são inimigos e não colaboradores é o caminho perfeito para o declínio da democracia. Ainda que os avanços democráticos do final do século passado devam ser exaltados, não podemos esquecer que retrocessos ocorrem constantemente. Mesmo os maiores avanços não são perfeitamente lineares ao longo da história, são zigzagues inconstantes e imprevisíveis. Assim, é perigoso não dar o mínimo valor aos sinais de risco (LEVITSKY, ZIBLATT, 2018, p. 9-10). O que podemos fazer para resguardar a democracia de ataques extremistas? A resposta: nos unir em torno de valores que concordamos.

Apresentaremos, neste pequeno ensaio, apenas uma maneira de como os valores mais consensuais da humanidade, os direitos humanos, podem nos unir novamente e serem úteis à democracia. A tese defendida (e que ainda merece ser desenvolvida no futuro) é de que os direitos humanos ainda podem servir de elo comum que protege a democracia da polarização que observamos no mundo contemporâneo. Mas para que isso aconteça é preciso que sejam elaboradas duas situações: (i) a difusão dos direitos humanos pautada não apenas em uma racionalidade lógica, mas também em narrativas que despertem nossas emoções; (ii) a retomada de um minimalismo que consolide apenas os valores mais essenciais a serem protegidos pelo escudo dos direitos humanos.

2 O TRIBALISMO E SEUS PERCALÇOS

A polarização política costuma vir acompanhada de um forte viés de grupo: a identificação profunda de pertencimento. Muitas vezes, quando as pessoas se dividem em grupos, elas se identificam intimamente com dogmas e atributos do grupo em que estão inseridas. Surge, assim, um viés onde se acredita que o grupo o qual pertencemos é mais importante que outros grupos ou mesmo mais importante que os indivíduos que o integram. Cria-se um vínculo tão forte do coletivo sobre o individual que esse último deixa de ser levado em consideração. É nesse cenário de segregações que são feitas distinções do tipo “*nós/eles*” e, em

pontos mais extremos, do tipo “amigo/inimigo”. A história da humanidade está repleta desse tipo de viés. Em diversos momentos, indivíduos defenderam com quase vida (ou mesmo com ela) o clã, a tribo, a etnia, a religião, a raça, a classe, a nação, o partido político, o time de futebol e até a marca de telefone celular (você se assustaria como as pessoas se preocupam com isso). A esse viés de grupo ou essa postura extremista de pertencimento damos o nome de *tribalismo* ou *altruísmo paroquial*.

A globalização e a revolução tecnológica do final do último milênio, ao contrário do que muitos imaginaram, ampliou consideravelmente o tribalismo entre os mais diversos grupos da sociedade contemporânea. Se muitos acreditavam que a *internet* poderia ser uma ferramenta de integração e união, atualmente há uma enorme desconfiança quanto à essa afirmação. A possibilidade de se escolher apenas as informações que são convenientes, bem como integrar redes sociais com grupos de igual pensamento, ao invés de gerar uma maior integração, gerou uma maior polarização. A justificativa é bem simples. Como apontam diversos estudos das ciências comportamentais, quando os membros de determinado grupo deliberam unicamente entre si, seus integrantes acabam se dirigindo para uma posição mais extremista (SUNSTEIN, 2009). De fato, quando as pessoas falam com outras que pensam de mesma maneira, elas ficam ainda mais confiantes de que suas crenças estão corretas e encerram quaisquer dúvidas internas ou opiniões divergentes que possam existir em suas mentes. Portanto, a segregação e o isolamento proporcionados pelas novas tecnologias estão sendo, na verdade, ótimas ferramentas para acentuar os mais diversos conflitos tribais de nossa sociedade.

No mundo globalizado atual, o tribalismo pode parecer ser algo inevitável, ainda mais se considerarmos que ele também decorre de uma predisposição natural do ser humano. Séculos de evolução fizeram com que nosso cérebro fosse programado para uma divisão do mundo do tipo “nós/eles” (acredite, isso realmente é verdade). Pesquisas demonstram que desde muito cedo respondemos a diversos marcadores de grupos. Mesmo quando bebês, somos capazes de realizar uma segregação social e ter maior apreço por aqueles que falam a mesma língua (KINZLER, DUPOUX, SPELKE, 2007). Se bebês podem ser considerados segregacionistas, imagine adultos em uma comunidade multifacetada. Na sociedade contemporânea, a divisão entre grupos é complexa e indefinida. Ocupamos um conjunto amplo de grupos sociais que podem

fornecer marcadores quase infinitos de segregação, tais como etnia, raça, cultura, religião, classe social etc. No entanto, ainda que muitos pensem diferente, esses marcadores não são categorias naturais ou inatas que irão se perpetuar por toda a existência humana. É possível afastar esses marcadores para um convívio mais harmônico entre grupos. É o que pretendemos demonstrar.

3 O ARRANJO PROCEDIMENTAL E INSTITUCIONAL PODE AJUDAR?

O fato de termos uma natural tendência para o tribalismo e de que os avanços tecnológicos acentuaram sua evidência não significa que a humanidade está fadada a conviver com conflitos de ódio e rancor. Na grande maioria das vezes, mesmo com toda essa tendência tribalista, a união e a solidariedade prevalecem ao nosso redor. Isso demonstra que é possível superarmos (ou ao menos reduzir) os efeitos maléficos do tribalismo. Só que necessitamos de algum empurrão e dos incentivos corretos. Ernst Fehr e Simon Gächter, utilizando o chamado "*jogo dos bens públicos*" (uma versão coletiva dos "*dilema do prisioneiro*"), chegaram a uma conclusão bastante interessante que pode ser útil também para os conflitos entre grupos (FEHR, GÄCHTER, 2002). No jogo dos bens públicos, os participantes são divididos e cada um recebe uma determinada quantia em dinheiro. A cada rodada, os jogadores, de forma anônima, podem contribuir para um fundo comum, onde o valor seria multiplicado e redistribuído de forma igualitária entre todos os jogadores. Jogadores altruístas e solidários tendem a contribuir mais para o fundo, pensando na possibilidade de todos os participantes receberem ao final uma quantia maior. Talvez muitos de nós acreditemos (ou quiséssemos acreditar) que essa seria a postura adotada por todos. Mas estamos ignorando um outro tipo de participantes.

Alguns jogadores, os individualistas, tendem a não contribuir para o fundo, mantendo sua quantia originária e ainda pegando uma "carona" nas contribuições dos outros participantes. Eles não costumam ser a maioria em um primeiro momento, mas podem se tornar. Se na primeira rodada do jogo os participantes podem ter uma postura mais altruísta, tudo muda conforme as rodadas vão ocorrendo. Rodada após rodada, os altruístas percebem que suas contribuições não estão se revertendo para o benefício de todos e, conseqüentemente, reduzem ou eliminam suas contribuições. Transformam-se em individualistas. Essa tendência ao predomínio da postura egoística, todavia, conforme

observaram Fehr e Gächter, pôde ser evitada quando os cooperadores tiveram a oportunidade de punir os “caronistas”. Assim, a criação de incentivos punitivos mostrou-se uma forma adequada de fazer com que os jogadores cooperassem e fossem estimulados a seguirem uma conduta mais vantajosa para todos.

O experimento acima demonstra que podemos superar problemas do tipo “eu/nós” (*indivíduo v. grupo*) com incentivos adequados e nos unir ao redor de um bem comum. Será que, de forma semelhante, poderíamos mitigar os problemas do tipo “nós/eles” (*grupo v. grupo*) do tribalismo com o estabelecimento de algumas normas específicas? E se forem normas procedimentais ou institucionais? Acreditamos que em parte sim. O desenho da democracia contemporânea foi construído em bases políticas procedimentais de contenção do poder político e de incentivo à deliberação. Não por acaso, observamos a expansão do pensamento democrático nas últimas décadas. Separação de poderes, federalismo, parlamentarismo, bicameralismo, controle e independência judiciais, *checks and balances* foram ferramentas úteis ao controle da polarização política, contribuindo com mais de duzentos anos de prosperidade democrática. Podemos dizer, sem medo de errar, que normas procedimentais racionalizam o sistema de tomada de decisões políticas, possibilitando um maior desenvolvimento democrático. Não há razão para entendermos de forma contrária.

Um arranjo político deliberativo em que as pessoas são forçadas a apresentar argumentos e possam ser interpeladas por outras instâncias é um bom modo de aplicar a racionalidade a favor da democracia. Essa conclusão também é comprovada por estudos empíricos. Em um conjunto de experimentos, Philip Fernbach e seus colaboradores chegaram à conclusão semelhante (FERNBACH *et al*, 2013). Eles pediram que diversas pessoas analisassem propostas políticas controversas. Quando foi pedido que as pessoas dessem suas opiniões sobre essas políticas e explicassem em detalhes como deveriam funcionar, houve uma mudança de postura para uma posição mais moderada. Dessa forma, observamos que a racionalidade pode ser útil para a democracia e também pode ser fomentada em maior medida por regras procedimentais ou por arranjos institucionais. Mas existem limites.

O simples fato de forçar as pessoas a apresentar razões para suas opiniões pode não ser suficiente para torná-las mais moderadas e tolerantes. Por conta de vieses cognitivos presentes em qualquer ser humano, os indivíduos frequentemente ignoram evidências contundentes que apontam contra seus

argumentos. Observe que movimentos extremistas se desenvolvem mesmo quando seus membros estão cercados por informações categoricamente divergentes de suas crenças. E mais do que isso: em alguns casos, as pessoas se tornam ainda mais extremistas quando lhes são apresentados argumentos ou evidências em sentido contrário. Nesse contexto, o desafio deliberativo seria fazer com que fosse construído um arranjo político e institucional em que os indivíduos efetiva e constantemente fossem forçados a confrontar suas ignorâncias e seus equívocos. Ocorre que um arranjo desse quilate é difícil ou mesmo impossível de ser encontrado.

O arranjo político apresentado pela democracia liberal do século XX, de alguma forma, possibilitou que houvesse esse confronto, mas o arranjo não é perfeito e também não é imune às vicissitudes do tribalismo. É possível afirmar que todos aqueles institutos citados acima contribuíram para o desenvolvimento da democracia. Ocorre que eles não estão sendo suficientes neste início de século e, até por isso, muitos vêm apresentando certo receio com teorias procedimentalistas que dominaram o entendimento acadêmico nas últimas décadas. Somos um desses receosos. Por quê? Normas exclusivamente procedimentais podem não ser suficientes para salvar a democracia de tribalismos quando as polarizações são profundas em uma comunidade. E as polarizações estão, de fato, ficando cada vez mais difíceis de serem superadas. Em obra recente, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt constataram aquilo que Ferdinand Lasalle já tinha nos alertado: não é uma mera regra ou um simples instituto que vai garantir a eficácia e efetividade do sistema democrático (LEVITSKY, ZIBLATT, 2018). Existem pilares substantivos invisíveis que mantêm a cooperação elevada e o tribalismo baixo. Precisamos saber, então, quais são esses pilares e como incentivá-los da maneira correta.

4 A BUSCA POR UMA SOLUÇÃO SUBSTANTIVA

Ainda que se aceite que determinadas normas procedimentais possam ser úteis para o desenvolvimento e a manutenção da democracia, elas não são inteiramente suficientes para encerrar uma polarização mais aguda e proteger a democracia de desvios extremistas. Como apontam diversos estudiosos, quando a polarização é muito forte, as regras procedimentais podem ser afastadas ou mesmo utilizadas contra o ideal democrático. Em alguns casos, institutos

moldados para assegurar moderação e deliberação acabam sendo utilizados de forma abusiva contra adversários políticos ou membros de grupos rivais. É o que se tem denominado por alguns autores de *constitucionalismo abusivo* (TUSHNET, 2004; LANDAU, 2013; BALKIN, 2017; FISHKIN, POZEN, 2018). Ainda que possamos mitigar os efeitos do tribalismo com normas procedimentais, não podemos garantir que ele seja plenamente domesticado com elas. Diversos países apresentam um arranjo institucional e procedimental que permite uma ampla deliberação entre grupos, mas nem por isso conseguiram erradicar os efeitos maléficos do tribalismo contemporâneo. A polarização partidária presente nos EUA e em diversos países europeus neste início de século aponta exatamente nessa linha. Isso ocorre porque o tribalismo esconde por detrás conflitos mais profundos e de difícil resolução.

Seguindo o que se afirmou até agora e para além de um caminho meramente procedimental, muitos autores defendem que o tribalismo pode ser combatido com a busca por um elo comum de *identidade compartilhada*. Um elo forte que fomente um maior grau de solidariedade entre todos, tal como ocorre com o patriotismo e o nacionalismo, seria, segundo esses autores, a fórmula perfeita para se manter a prosperidade democrática. Em um ponto eles têm razão: um acordo sobre algo relevante pode realmente unir a todos. Mas a busca obcecada por consensos pode ser ineficaz e perigosa. A democracia necessita de desacordos e a pretensão de uniformidade é ilusória. Acabar em definitivo com eles não é possível em uma sociedade plural. Além disso, quando as pessoas se sentem unidas por um fator altamente relevante, há uma tendência de ignorarem por completo as opiniões contrárias e serem influenciadas unicamente pela autoridade do grupo. Assim, a busca por essa identidade compartilhada, ao invés de encerrar o conflito “*nós/eles*”, pode fazer com que o viés de grupo seja ainda mais acentuado e origine um conflito extremista do tipo “*amigo/inimigo*”. Esse viés extremista, inclusive, foi o responsável por diversos atos bárbaros praticados ao longo da história humana, sempre sob a justificativa de um bem comum ou de uma identidade compartilhada. Não precisamos enumerá-los.

Antes de tudo é preciso dizer que não devemos ser pretenciosos e estabelecer uma teoria que queira transformar toda forma de desacordo em acordo como propõem algumas teorias (não só teorias substantivas, mas também teorias procedimentalistas). A utopia de que um simples contexto racional ou deliberativo seria a fórmula perfeita para fomentar o respeito mútuo e

consolidar consensos decorre, em última análise, de uma visão idealizada da sociabilidade humana. Como pontuou Chantal Mouffe, devemos domesticar nossas discordâncias ao invés de buscar um suposto consenso ou um elo comum artificial ainda mais desagregador (MOUFFE, 2015). O desacordo em uma democracia não é propriamente um defeito que deva ser remediado. Afinal, não podemos buscar um remédio para aquilo que não tem cura. Em uma sociedade pluralista, necessariamente existirão grupos diversificados, doutrinas abrangentes, multiculturas ou ideologias particulares que não irão contar com uma completa convergência. Pelo contrário, serão palco de constantes conflitos e desavenças, que, por sua vez, não serão contingentes, mas representarão uma circunstância permanente da cultura democrática.

Para nossa sorte, o viver em conjunto não necessita que haja a concordância em todos os pontos e em todos os casos, mas necessita que exista ao menos um *respeito recíproco* entre os integrantes da comunidade. Pessoas racionais e responsáveis para com o bem e com o justo podem ter concepções diversas a respeito de como os valores morais se interagem e são aplicados e, mesmo assim, conviverem de forma pacífica e harmoniosa. Por que é assim? Por que conseguimos conviver mesmo tendo desacordos profundos e duradouros? A resposta é simples: porque ainda concordamos minimamente em relação a valores relevantes. Temos ainda algo em comum pelo que lutar e concordar. Pode parecer paradoxal, mas a verdade é que tanto o acordo como o desacordo fazem parte da democracia, mantendo-a estável e durável. Durante muitos anos nas ciências sociais, o foco dos estudiosos tem sido o desacordo e a diferença. No entanto, o grande desafio para a democracia neste momento de polarização aguda é exaltar os acordos e os laços que nos mantém unidos.

A busca por um elo comum substantivo teve uma vitória relevante que merece ser exaltada. Após a Segunda Guerra Mundial, o nacionalismo tribal foi deixado um pouco de lado em diversas comunidades políticas em prol de "*direitos humanos universais*". A exaltação dos direitos humanos durante o século XX foi tão proeminente que se sobrepôs mesmo ante à enorme polarização de duas grandes ideologias econômicas e políticas. Não por acaso, a Segunda Guerra Mundial foi o último grande conflito armado em que potências mundiais estiveram envolvidas de ambos os lados. Alguns afirmam que os direitos humanos estão em decadência ou que observamos seu crepúsculo (POSNER, 2014), mas a verdade é que vivenciamos o momento mais humanista e pacífico da história, em

que a vida, a liberdade e a dignidade estão sendo mais valorizadas e protegidas (FARIS, SIKKINK, 2017; PINKER, 2011, 2018). Ainda que tenhamos observado uma certa atenuação do discurso dos direitos humanos nos últimos anos, não se pode ignorar que a lição que eles trouxeram vem sendo expandida constantemente em diversas partes do globo.

Não podemos negar, todavia, que existe uma grande dificuldade teórica e prática de se estabelecer os direitos humanos como uma identidade universal. Em primeiro lugar, o relativismo e a crença de que os direitos humanos são instrumentos de um imperialismo cultural impedem que esse ponto comum seja difundido de forma mais ampla. Os críticos dos direitos humanos costumam afirmar que valores universais não existem e a sua defesa seria uma forma de imposição dos valores de uma só tribo para o resto do mundo. A ideia é bastante sedutora, mas ignora que diversos valores consolidados através dos direitos humanos possuem fundação em ideais originados tanto no Ocidente como no Oriente. Jesus, Buda, Maomé, Moisés, Zaratrusta, Dêutero-Isaías e Confúcio estabeleceram uma filosofia de respeito e cooperação muito próximas. Além disso, não se pode dizer que a dignidade humana ou a proteção de valores mínimos como liberdade e igualdade seria uma criação dos *founding fathers* norte-americanos ou dos filósofos da Revolução Francesa (SILVA, CAMARGO, RODRIGUES, 2018, p. 155). Não é por acaso que a dignidade humana consta em mais de 140 Constituições pelo mundo e em diversos tratados internacionais. A verdade é que a regra de ouro de *respeito mútuo* e *reciprocidade* entre os indivíduos presente em todas as civilizações e que faz parte do núcleo essencial dos direitos humanos é muito mais ampla e antiga que qualquer ideologia ou cultura.

Em segundo lugar, alguns autores afirmam que os direitos humanos também podem apresentar problemas práticos de aplicabilidade, uma vez que transformam questões políticas muitas vezes de fácil resolução racional em discussões morais profundas de paixão ou ódio. Por essa perspectiva, os direitos humanos não seriam adequados para combater o problema da polarização e do tribalismo, por ser muito mais um catalizador de conflitos que um conciliador de ideologias. Um exemplo pode esclarecer melhor o ponto. Muitos autores não entendem a polarização que ocorreu nos EUA sobre a questão do aborto, bem diferente do que se observou em grande parte dos países europeus. Diversas teorias foram formuladas para justificar essa quase guerra norte-americana, sendo muito comum a afirmação de que o ativismo judicial da Suprema Corte

teria sido determinante para a polarização que ocorreu nas décadas seguintes à liberação. Se esses autores estiverem corretos, o motivo para a diferença de postura entre EUA e Europa seria exatamente o deslocamento do debate para o campo da moralidade, o campo dos direitos humanos. Isso porque, enquanto na Europa diversos países teriam debatido a questão do aborto como uma questão de política pública, nos EUA a questão teria sido posta sobre a postura moral a ser condenada ou valorizada pela sociedade. A premissa maior (debates sobre a moralidade são conflituosos) pode até ser verdadeira, uma vez que muito mais difícil que discutir qual seria a melhor política pública sobre o aborto é discutir sobre a escolha mais justa. A argumentação, assim, é bem interessante, mas a premissa menor (os direitos humanos causaram debates polarizados sobre a moralidade) está equivocada. Os direitos humanos não foram determinantes para a polarização da questão do aborto nos EUA.

Não há dúvida que discussões morais altamente relevantes sobre o que é certo ou errado podem acentuar ou prolongar conflitos em uma comunidade política. Um estudo interessante demonstrou que quando não se está em jogo questões sobre concepções de justiça, há uma tendência de as pessoas fazerem movimentos a favor da cooperação. Fieke Harinck, Carsten De Dreu e Annelies van Vianen realizaram um experimento em que duplas de estranhos negociavam penalidades em quatro casos criminais hipotéticos. Nesse conjunto de negociações, os pesquisadores chegaram à conclusão de que mesmo um negociador egoísta estaria disposto a fazer concessões para alcançar um bom acordo. A situação mudaria, no entanto, quando os negociadores buscassem o justo ou o correto. Nesses casos, a moralidade de cada indivíduo impediria a cooperação e acordos mais proveitosos para todos (HARINCK, DE DREU, VAN VIANEN, 2000). Por essa razão, acreditamos que a premissa maior apresentada pode ser realmente verdadeira. Mas será que a utilização dos direitos humanos em determinadas questões morais traria realmente o problema de impedir (ou pelo menos dificultar) a solução de conflitos decorrentes do pluralismo? A resposta é negativa. Não se pode concordar com a tese.

A divergência moral é sempre prévia ao uso dos direitos. A construção e o uso dos direitos humanos é, em verdade, uma tentativa legítima e adequada de se criar "*pontos de congruência*" ou "*mínimos consensuais*" em meio a uma multiplicidade de valores morais muitas vezes divergentes na comunidade. Assim, o fato de serem utilizados direitos humanos em debates políticos não

significa mais desacordo como sugerem alguns. Pelo contrário, significa que as partes estão tentando dialogar com bases mais consensuais, ou seja, estão tentando utilizar a tão aclamada *razão pública* defendida por John Rawls. Podemos concluir, então, que não foi o uso de direitos que tornou a questão do aborto mais polarizada nos EUA. Em última análise, a utilização dos direitos humanos foi apenas uma tentativa de se conseguir um consenso ou ao menos uma simples concordância para a solução sobre uma questão que já tinha previamente uma grande divergência moral na sociedade norte-americana. Diferente do que muitos afirmam, os direitos humanos são, em última análise, mais acordo e menos desacordo.

O que defendemos neste ensaio é que os direitos humanos ainda podem nos unir e ser uma ferramenta produtiva para a democracia contemporânea. A tarefa, contudo, não é fácil. Mas o fato de ser difícil não é motivo para que não tentemos. A pretensão neste momento é despertar a atenção para um novo rumo. Segundo pensamos, para que os direitos humanos possam ser úteis à democracia, é preciso haver duas circunstâncias: **(i)** a difusão dos direitos humanos pautada não apenas na racionalidade, mas também em narrativas que despertem empatia e amor; **(ii)** a retomada de um minimalismo que estabeleça apenas os valores mais relevantes como bandeira a ser protegida e seguida pelo escudo dos direitos humanos.

5 UM MÍNIMO PARA DESPERTAR EMOÇÕES

A narrativa dos direitos humanos precisa retomar todo o seu apelo emocional que era mais evidente tempos atrás. Pode parecer ilusório e até ingênuo, mas acreditamos que os direitos humanos ainda podem ser a chave para domesticar nossas divergências e encerrar os riscos que a polarização e o tribalismo fornecem para a democracia. Mas precisamos resgatar todo o viés emocional que eles despertaram ao longo do século XX. Os órgãos de proteção de direitos humanos não podem concentrar seus apelos exclusivamente em dados e estatística, precisam ir fundo na mente humana e em toda a sua estrutura.

Cultivar o respeito mútuo e a união dos povos através de nossa forma de pensar mais emocional foi o que proporcionou décadas de prosperidade dos direitos humanos no pós-Segunda Guerra. As atrocidades cometidas durante a Grande Guerra foram o estopim para um processo amplo de fortalecimento

e de internacionalização de valores morais mínimos. De fato, o sentimento de desprezo e repúdio em relação às atrocidades causadas pela guerra e a empatia criada em relação às vítimas foram determinantes para o florescimento dos direitos humanos no século XX. No entanto, nas últimas décadas, os direitos humanos, por diversas razões, perderam muito de sua narrativa emocional. O resgate a esse viés dos direitos humanos pode ser importante para se evitar ou ao menos minorar conflitos tribais do tipo “nós/eles”. Muitos podem considerar a proposta absurda. Como as emoções podem ser importantes para a democracia? Faz algum sentido isso? Acreditamos que sim. E a ideia não é nova. A autora norte-americana Martha Nussbaum, por exemplo, apresentou uma fórmula semelhante para estabelecer um elo entre os indivíduos em uma comunidade política. Segundo a autora, para a prosperidade política, devemos estabelecer um vínculo poderoso, “*cultivando sentimentos apropriados de empatia e amor*” (NUSSBAUM, 2013). Ela está correta.

A verdade é que qualquer teoria que tenha a pretensão de estabelecer um racionalismo absoluto ignora como realmente as pessoas pensam. Séculos de evolução não foram suficientes para permitir que o ser humano conseguisse estabelecer uma forma de pensar completamente racional. Nos últimos anos, pesquisadores demonstraram que as decisões humanas são tomadas em larga medida através das emoções e de atalhos heurísticos (KAHNEMAN, 2011). Pensando nisso, Joshua Greene defendeu o uso da racionalidade presente no utilitarismo para que as pessoas pudessem conviver sem o ódio e o rancor do tribalismo (GREENE, 2013). Segundo ele, a forma de análise de custo/benefício presente no utilitarismo seria um instrumento relevante para se tentar superar intrincados debates sobre moralidade e justiça que impediriam uma cooperação mais ampla. Ele tem razão em parte. Forçar as pessoas a utilizar sua forma de pensar pautada na racionalidade é sempre importante para que sejam evitados vieses prejudiciais a todos. A ideia não é de todo ruim, mas não parece ser a solução perfeita para o tribalismo e possui sérios problemas práticos. Se tentarmos explicar às pessoas os argumentos por detrás dos desacordos exclusivamente com estatística e estudos complexos sobre o custo/benefício de determinada decisão política, dificilmente conseguiremos convencê-las e é bem provável que sequer teremos um mínimo de atenção. Exigir que a cada divergência política exista uma grande deliberação racional com a análise detalhada de dados e evidências é ilusório e pode catapultar ainda mais polarizações.

Diferente de Greene, acreditamos que a solução esteja na outra forma de pensar do ser humano, na sua maquinaria emocional. As pessoas se movem em larga medida por suas emoções e uma narrativa que busque a empatia e o amor entre todos os concidadãos seria a melhor forma de se alcançar um elo comum de *respeito mútuo* tão produtivo para a democracia. A empatia e o amor são formas de atuação da parte de nosso cérebro responsável pelas emoções, ou seja, decorre da atuação nosso sistema intuitivo, também chamado de sistema emocional. Expliquemos melhor. Respeitáveis estudos sugerem precedência por teorias binárias sobre a forma de pensar do ser humano com o estabelecimento de dois sistemas cognitivos (NICHOLS, 2004; EPSTEIN, 2008; SLOMAN, 1996). O primeiro deles, o *sistema intuitivo* ou *emocional*, ocorre de forma espontânea e é fortemente influenciado por aspectos emocionais, além de não exigir muito tempo de atenção e reflexão do sujeito. O segundo, denominado de *sistema reflexivo* ou *racional*, por outro lado, é determinado por características opostas: exige maior esforço reflexivo, demanda maior concentração e tempo de reflexão, além de ser determinado por uma sistematização mais analítica.

Através das emoções podemos encontrar uma boa maneira de mantermos unidos mesmo em momentos de divergências ou de polarizações. Essas emoções, assim, seriam um elemento poderoso para aperfeiçoar nossa democracia e nos tornar imunes ao tribalismo. Para isso é preciso replicar nossa empatia em larga escala. Será mesmo possível? O amor familiar ajuda parentes a conviver de forma respeitosa, mas quando as pessoas não fazem parte da mesma família, o que pode fazer com a empatia e o amor floresçam? O catolicismo tentou isso há mais de dois mil anos e mesmo assim guerras foram travadas em nome da fé. Será que podemos ser tão pretensiosos? Acreditamos que se fornecermos às pessoas os incentivos corretos, podemos sim despertar todo esse amor e essa empatia. Afinal, nosso círculo de empatia vem crescendo ao longo da história da humanidade e sequer nos damos conta disso (SINGER, 1981). Segundo pensamos, os direitos humanos seriam ótimas ferramentas para se cultivar essas emoções.

O ser humano se preocupa acima de tudo com seus familiares e amigos próximos, mas, em algumas circunstâncias, também com estranhos que não falam a mesma língua, não moram no mesmo país e não estão inseridos na mesma cultura. Em novembro de 2016, milhares de colombianos lotaram o estádio do time Atlético Nacional para prestar homenagens aos jogadores da Chapecoense³

³ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/esportes/torcida-colombiana-lota-estadio-em-homenagem-chapecoense-20569819>. Acesso em: 11 jun. 2019.

que, por conta de um trágico acidente aéreo, terminaram com o sonho de serem campeões continentais. De forma semelhante, o mundo se sensibilizou com a história de 12 meninos e um técnico de um time de futebol que ficaram presos em uma caverna no norte da Tailândia⁴. Por que assim agimos? Por que não nos sensibilizamos de forma igual com diversas tragédias anônimas que ocorrem todos os dias em nosso próprio país ou na nossa própria cidade? A resposta é que o homem é um ser que conta histórias e necessita de narrativas para desenvolver seu lado emotivo (HARARI, 2018). Em ambos os casos mencionados, havia uma história a ser contada e que despertou nossos sentimentos de pena, compaixão e empatia. Por isso, precisamos apresentar aos indivíduos narrativas humanistas que cultivem a empatia e o amor para que consigamos a atenção devida e possamos conviver mais harmoniosamente. Não basta apresentar dados ou estatísticas.

E quanto mais simples a narrativa melhor. Segundo Steven Pinker, uma filosofia moral viável para um mundo cosmopolita atual não pode ser construída argumentações complexas, mas se valer de princípios simples e transparentes, para que possam ser capazes de contar com a compreensão e a concordância de todos (PINKER, 2018). Muitos podem achar que a exaltação de normas abstratas já não é suficiente para uma fácil compreensão e concordância. Nesse contexto atual, os direitos humanos poderiam ser esses princípios de fácil compreensão? Sim, mas desde que delimitemos bem quais são os mais consensuais e importantes.

A ampliação desmensurada e conseqüente banalização dos direitos humanos é o motivo mais eminente para o arrefecimento desses direitos. Quantas gerações ou dimensões dos direitos humanos existem hoje? Quantos direitos humanos são criados a cada dia? Inúmeros. Como se não bastasse, nos últimos anos, deu-se destaque a uma nova abordagem que exaltou *direitos universais de determinados grupos*, deixando de lado sua essência de núcleo comum dos povos de proteção de indivíduos. Ainda que teóricos tentassem buscar ferramentas para contornar toda a contradição que o conceito "*direitos universais de grupo*" oferece, a realidade foi mais cruel e fez com que os direitos humanos perdessem toda sua função conciliadora. Nessa nova realidade, os conflitos tribais foram ainda mais exaltados. Como conseguir consenso ou engajamento com toda essa complexidade e contrariedade? Adotando uma postura minimalista.

⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/meninos-deixam-caverna-na-tailandia-no-terceiro-dia-de-resgate.ghtml>. Acesso em: 11 jun. 2019.

A postura minimalista pode ser aplicada de duas formas para atingir o objetivo de agregação democrática tão pretendida. Usando como base as lições de Joshua Cohen, é possível fazer distinção entre o “minimalismo substantivo” (*substantive minimalism*) e o “minimalismo justificativo” (*justificatory minimalism*) (COHEN, 2004). O primeiro, também denominado de “minimalismo quanto à extensão”, prega que o conteúdo dos direitos humanos deve ser mais estreito em relação às normas protetivas, não sendo todos os tipos de direitos que teriam o caráter da essencialidade e o status de direitos humanos. O segundo, também denominado de “minimalismo quanto à profundidade”, está relacionado com a ideia de que os direitos humanos devem ser vistos como um consenso mínimo sobre o que é justo em um contexto de pluralismo, sem que sejam invocadas filosofias ou ideologias definitivas que possam ser alvos de divergência. No primeiro caso, o minimalismo quanto à extensão dos direitos humanos mantém a ideia de importância e de supremacia, essenciais para a efetividade dos direitos humanos. Por outro lado, o minimalismo quanto à profundidade permite que haja uma ligação entre as concepções razoáveis sobre os direitos humanos, fixando-se um mínimo moral global em um ambiente de inegável desacordo cultural (SILVA, CAMARGO, RODRIGUES, 2018, p. 24). Os dois merecem destaque e podem ser aplicados para uma melhor consolidação dos direitos humanos com o objetivo de criação de um *elo comum democrático*.

A finalidade dos direitos humanos não é (e não pode ser) estabelecer um Código de conduta global ou fixar todos os consensos da vida na Terra. A sua banalização através da exagerada ampliação de “novos” direitos pode ocasionar duas sequelas indesejáveis. Primeiro, retira consideravelmente a fundamentalidade de tais direitos, enfraquecendo, por conseguinte, sua proteção e efetividade. Segundo, acarreta uma maior discordância intercultural a respeito da concepção e do alcance do fenômeno dos direitos humanos (COHEN, 2004; IGNATIEFF, 2003; NAGEL, 2005). Por isso é que defendemos uma postura minimalista em relação à criação e à interpretação dos direitos humanos pelos mais variados órgãos de promoção e proteção. Somente com a elaboração de um minimalismo é que os direitos humanos podem operar um maior engajamento emotivo de todos e, assim, haver a possibilidade de uma agregação extremamente útil para nossa democracia.

6 CONCLUSÃO

Uma narrativa voltada para a liberdade, igualdade e dignidade pode ter um efeito muito produtivo para nos unir. Em diversos países, quando uma Carta de Direitos foi criada, o tribalismo foi deixado de lado e as pessoas puderam se unir novamente. Mas havia naquele momento uma história comum de luta por valores consensuais que despertava as emoções de todos. Décadas se passaram e as histórias comuns ficaram esquecidas e os valores consensuais foram exageradamente abarrotados de direitos. Criou-se uma complexidade sem qualquer possibilidade de engajamento comum. Apesar disso, acreditamos que a capacidade de empatia humana através dos direitos humanos ainda pode fornecer uma semente emocional que fomente uma união que domestique nossos maiores desacordos e permita a prosperidade democrática mesmo com todo o nosso tribalismo. Para que isso aconteça é necessário que consigamos estabelecer um núcleo essencial comum dos direitos humanos e possamos apresentar uma narrativa que emocione a todos. Qual é o núcleo essencial comum dos direitos humanos? Qual vai ser a narrativa que desperte nossas emoções? Essa é a narrativa deste milênio e estamos apenas no começo dela.

7 REFERÊNCIAS

- AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. New York: Basic Books, 1984.
- BALKIN, Jack M. Constitutional crisis and constitutional rot. *Maryland Law Review*, vol. 77, p. 147-160, 2017.
- COHEN, Joshua. Minimalism about human rights: the most we can hope for? *Journal of Political Philosophy*, vol. 12, n. 2, p. 190-213, 2004.
- CUSHMAN, Fiery; YOUNG, Liane; GREENE, Joshua. Multi-system moral psychology. In: DOROIS, John e Moral Psychology Research Group (eds.). *The moral psychology handbook*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- DIAMOND, Larry. Facing up to the democratic recession. *Journal of Democracy*, vol. 26, n. 1, p. 141-155, 2015.
- EPSTEIN, Seymour. Intuition from the perspective of cognitive-experiential self-theory. In: PLESSNER, Henning; BETSCH, Cornelia; BETSCH, Tilmann (ed.). *Intuition in judgment and decision making*. New York and London: Lawrence Erlbaum Associates, 2008.
- FEHR, Ernst; GÄCHTER, Simon. Altruistic punishment in humans. *Nature*, vol. 415, n. 6868, p. 137-140, 2002.

- FERNBACH, Philip *et al.* Political extremism is supported by an illusion of understanding. *Psychological Science*, vol. 24, n. 6, p. 939-946, 2013.
- FISHKIN, Joseph; POZEN, David E. Asymmetric Constitutional Hardball. *Columbia Law Review*, vol. 118, n. 3, p. 915-982.
- GREENE, Joshua. *Moral Tribes: Emotion, reason, and the gap between us and them*. New York: Penguin Press, 2013.
- HARARI, Yuval Noah. *21 Lessons for the 21st Century*. New York: Spiegel & Grau, 2018.
- HARINCK, Fieke; DE DREU, Carsten; VAN VIANEN, Annelies. The impact of conflict issues on fixed-pie perceptions, problem solving, and integrative outcomes in negotiation. *Organization Behavior and Human Decision Process*, vol. 81, n. 2, p. 329-358, 2000.
- IGNATIEFF, Michael. *Human rights as politics and idolatry*. Princeton: Princeton University Press, 2003.
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus & Giroux, 2011.
- KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. A model of heuristic judgment. In: HOLYOAK, Keith; MORRISON, Robert (eds.). *Cambridge handbook of thinking and reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KINZLER, Katherine; DUPOUX, Emmanuel; SPELKE, Elizabeth. The native language of social cognition. *PNAS*, vol. 104, n. 30, p. 12577-12580, 2007.
- LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California Davis*. Vol. 47, p. 189-260, 2013.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Crown Publishing, 2018.
- MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.
- NAGEL, Thomas. The problem of global justice. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, n. 2, p. 113-147, 2005.
- NICHOLS, Shaun. *Sentimental rules: On the natural foundations of moral judgment*. New York: Oxford University Press, 2004.
- NUSSBAUM, Martha. *Political Emotions: Why love matters for justice*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2013.
- PINKER, Steven. *The better angels of our nature*. New York: Viking, 2011.
- _____. *Enlightenment Now: The case for reason, science, humanism, and progress*. New York: Viking, 2018.
- POSNER, Eric. *The Twilight of Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- RUNCIMAN, David. *How democracy ends*. New York: Basic Books, 2018.

SILVA, Anderson Santos da; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2018.

SINGER, Peter. *The expanding circle: Ethics, evolution and moral progress*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 1981.

SLOMAN, Steven. The empirical case for two systems of reasoning. *Psychological Bulletin*, vol. 119, n. 1, p. 3-22, 1996.

SUNSTEIN, Cass (org.) *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins Publishers, 2018.

_____. *Going to Extremes: How like minds unite and divide*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2009.

TUSHNET, Mark. Constitutional hardball. *The John Marshall Law Review*, vol. 37, p. 523, 2004.

OS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA REFERENTES AO DIREITO SOCIAL À SAÚDE PRESENTES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Fernanda Barreto Alves¹

Rafael Meireles Saldanha²

Resumo: A pesquisa evidencia o Poder Judiciário como ator estatal envolvido no processo de tomada de decisão de políticas públicas na área da saúde, dando ênfase na relação entre a intervenção dos juízes e a democracia. O arcabouço teórico que fundamenta as análises parte do estudo das concepções contemporâneas sobre o conteúdo das constituições e atividade jurisdicional, observando o debate entre procedimentalistas e substancialistas, bem como os mecanismos de democracia participativa referentes ao direito social à saúde presentes na constituição de 1988.

Palavras-Chave: Direito social à saúde; controle judicial das políticas públicas; instrumentos de democracia participativa.

Abstract: The research highlights the judiciary as state actor involved in the decision

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.

making of public policies in health, with emphasis on the relationship between the intervention of judges and democracy. The theoretical framework underlying the analysis will be oriented by the contemporary conceptions of the content of constitutions and judicial activity, observing the debate between proceduralists and substantialists, As well as the participatory democracy mechanisms related to the social right to health present in the 1988 constitution.

Keywords: Social right to health; judicial control of public policies; instruments of participatory democracy.

1. INTRODUÇÃO

Em relação, especificamente, à formulação de políticas públicas na área da saúde, a Constituição brasileira atribui a um órgão centralizado, o Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198 a 200), a competência para ordenar estas políticas de um modo uniforme e igualitário, realizando as ações de prestação que busquem a satisfação deste direito social.

Salienta-se que a criação de políticas públicas na área da saúde requer um complexo mecanismo de ordem técnico-científica. Os órgãos técnicos que compõem o SUS – a exemplo dos serviços de Vigilância Sanitária, Vigilância Epidemiológica, Vigilância Ambiental, além de fundações e institutos de pesquisa acadêmica e científica, como a Fiocruz e o Instituto Vital Brasil – trabalham em conjunto para melhor identificar os problemas e possíveis alternativas, avaliando os custos de colocar, de maneira segura, um benefício à disposição da população. Portanto, fica evidente a insuficiência técnica do Poder Judiciário para formular políticas públicas, o que contraria o modelo instituído pela Constituição brasileira de 1988.

Ressalta-se que, salvo as fases de implementação e avaliação, as demais estão relacionadas com o processo democrático de decisão política e, portanto, cruciais para melhor compreensão das políticas públicas. Nestes momentos, podemos observar o exercício do poder estatal. Dessa maneira, ao consideramos que o poder deve emanar do povo, deve-se privilegiar que estas decisões políticas sejam exercidas pelos poderes eleitos (democracia representativa), ou por instrumentos de participação popular (democracia participativa).

2. O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle judicial de políticas públicas pode ser anterior, simultâneo ou posterior à medida, se relacionando assim com as diferentes fases do ciclo, respectivamente: criação, implementação e avaliação.

A intervenção dos juízes no controle de políticas públicas no Brasil é apenas um dos diversos fatores envolvidos no processo de decisão política. Portanto, a fase de criação de políticas públicas não é própria da atividade jurisdicional, dada a alta complexidade deste processo.

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

Conclui-se que o controle judicial na fase de criação de políticas públicas deve ser realizado em menor intensidade, já que este tipo de ingerência se afasta em muito da característica revisora e de inércia deste poder. Esta intervenção deve utilizar-se somente dos mecanismos que propiciem o diálogo e a participação da comunidade neste processo de formulação.

Esta proposta de critério para o controle judicial de políticas públicas se aproxima do modelo de democracia procedimental sugerida por John Hart Ely e Jürgen Habermas, bem como também está inserida nos conceitos de democracia representativa e participativa.

Se adotarmos a linha de pensamento de Ely, só seria possível a criação de uma política pública pelo Poder Judiciário se esta for imprescindível para assegurar a participação de todos os cidadãos no processo democrático e para garantir o tratamento igualitário aos recursos fornecidos pelo poder público³.

A concepção procedimental de Ely tem pontos de contato com a desenvolvida por Habermas. Entretanto, para o segundo autor, deve-se utilizar o modelo de democracia participativa, por meio de instrumentos de participação popular, como forma de superar as deficiências inerentes ao modelo de democracia representativa, complementando-a⁴.

³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010, p. 137

⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 141.

Esta teoria traz sensível contribuição para o caso brasileiro, na medida em que a própria Constituição de 1988 traz em seu bojo mecanismos de ampliação do debate democrático sem ferir o modelo representativo, a exemplo das audiências públicas e dos Conselhos Municipais de Saúde, o que se mostra bastante válido na medida em que se poderão ampliar os canais de comunicação, incluindo agentes sociais até então afastados da administração pública.

3. OS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA REFERENTES AO DIREITO A SAÚDE

O Supremo Tribunal Federal, diante deste amplo debate envolvendo o direito à saúde, e o crescimento cada vez maior deste tipo de demanda judicial, realizou nos dias 27 a 29 de abril e 4,6 e 7 de maio de 2009, a Audiência Pública nº 4, com intuito de promover o diálogo entre os diversos agentes envolvidos, buscando o esclarecimento de questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, relativas a este direito prestacional.

Em 17 de março de 2010, já subsidiado pelo relatório elaborado pela audiência pública, o pleno do STF procedeu ao julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco (SL-AgR 47). A decisão unânime do Tribunal Constitucional é considerada paradigmática para a concessão de medicamento pela via judicial, pois o voto do então presidente e relator Gilmar Mendes enfrenta diversas questões sobre o tema, objetivando traçar limites para a atuação do Poder Judiciário no controle judicial de políticas públicas na área da saúde.

Sarlet⁵ leciona que o debate realizado na Audiência Pública de Saúde no Supremo Tribunal Federal permitiu a constatação de que o desafio de implementação do direito à saúde tem se orientado pelo princípio da igualdade, o que ocasiona a necessidade do diálogo, referindo-se a este como “diálogo institucional responsável”.

Entretanto, cumpre ressaltar que as ideias aqui expostas se relacionam com o tema de implementação de direitos sociais. Não se pretende discutir o diálogo institucional no debate acerca de controle de constitucionalidade, apesar de

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Discurso proferido na Audiência Pública da Saúde**. Supremo Tribunal Federal [online]. 7 maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 13.07.2013.

ambas buscarem enfrentar o problema de ausência de legitimidade do ponto de vista democrático, em deferência à separação de poderes.

Os adeptos ao diálogo institucional, como Rosalind Dixon⁶, argumentam que o processo democrático está sujeito a dois problemas: 1) os pontos cegos (*"blind-spots"*); 2) e os encargos da inércia (*burdens of inertia*).

*(...) Com base no potencial para o judiciário constitucional melhorar a inclusão total e capacidade de resposta em uma democracia constitucional, desempenhando um papel amplo e ativo na luta contra os dois "pontos cegos" e "encargos da inércia" no processo legislativo, desde que o legislador também seja capaz de desempenhar um papel ativo na luta contra os erros inevitáveis de julgamento constitucional por parte do judiciário constitucional quanto ao apoio na "cultura constitucional" mais ampla para reivindicações baseadas nos direitos particulares (...)*⁷.

Os pontos cegos dentro do processo deliberativo democrático sinalizam falhas na regulamentação concretizadora de direitos (*"blind-spots of application"*), na apreciação do impacto das escolhas efetuadas (*"blind-spots of perspective"*) e na acomodação de interesses e prioridades (*"blind-spots of accommodation"*)⁸.

Em relação aos encargos de inércia (*"burdens of inertia"*), a autora visualiza três origens para esse problema: algumas questões não são tratadas por causa de outras prioridades que são mais relevantes do ponto de vista eleitoral (*"priority-driven"*); a inércia também pode surgir por conta de uma falta de coesão interna do partido que comanda a implementação do direito, devido a um elevado custo para a execução da medida (*"coalition-driven burdens of inertia"*); e ainda pode haver omissão na concretização de um direito quando este exige uma complexa atuação administrativa, gerando os encargos burocráticos da inércia, o que ocasiona atrasos administrativos e falta de fiscalização legislativa (*"bureaucratic burdens of inertia"*)⁹.

⁶ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong versus weak-form judicial review revisited. **Economic, Social And Cultural Rights Series**. Center For Human Rights And Global Justice Working Paper. n. 3, p. 1-52, 2006.

⁷ Tradução livre. No original: "(...) based on the potential for the constitutional judiciary to enhance overall inclusiveness and responsiveness in a constitutional democracy, by playing a broad and active role in countering both "blind-spots" and "burdens of inertia" in the legislative process, provided that the legislature is also able to play an active role in countering inevitable errors of constitutional judgment on the part of the constitutional judiciary as to the support in the broader "constitutional culture" for particular rights-based claims (...)". Ver DIXON, Rosalind. *Op. Cit.*, p. 5.

⁸ *Ibidem*, p. 22.

⁹ *Ibidem*, p. 23.

Para Dixon, o Poder Judiciário pode intervir no processo político nas circunstâncias onde existem os pontos cegos e os encargos da inércia¹⁰. Entretanto, a abordagem utilizada pelos juízes deve ser de intensidade mais branda, utilizando mecanismos que permitam a ampliação do debate constitucional de maneira a desobstruir os canais de comunicação entre os atores envolvidos.

As audiências públicas são notadamente um mecanismo de participação conjunta que favorece o diálogo, a exemplo da convocada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, com o objetivo de promover o diálogo entre diversos representantes envolvidos no processo de definição de políticas públicas na área da saúde. O resultado foram recomendações aos magistrados que observassem a dimensão do problema pelo aspecto coletivo. Sugeriu-se também a criação de núcleos de assistência técnica compostos de médicos e farmacêuticos que possam auxiliar os juízes nas análises de ordem técnica.

Inclusive, especificamente neste ponto ressalta-se a necessidade dos magistrados prestarem deferência aos critérios técnicos estabelecidos pelos órgãos competentes. Os protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas são regulamentos determinados pelo Ministério da Saúde para o fornecimento de medicamentos de forma segura e visando a melhor utilização dos recursos disponíveis. Esses protocolos e diretrizes são elaboradas após criteriosos estudos científicos, sendo reconhecida a sua importância, inclusive, pela Organização Mundial de Saúde.

Assim, frisa-se que estes regulamentos têm como fim justamente a universalização dos medicamentos a população:

Ao mesmo tempo em que o medicamento é um importante insumo no processo de atenção o a saúde, pode também se constituir em fatos de risco quanto utilizado de maneira inadequada. Não se trata, portanto, de promover o acesso a qualquer medicamento ou de qualquer forma mas, sim, de promover o uso racional e seguro desses produtos. O escopo da ação estatal abrange medidas que assegurem oferta adequada de medicamentos em termos de quantidade, qualidade e eficácia. Assim, em plena conformidade com a Política Nacional de Medicamentos, a necessidade de gerenciar adequadamente o Programa de Medicamentos Excepcionais e de promover o uso de racional de medicamentos, é que o Ministério da Saúde lançou-se ao desafio de formular, para os

¹⁰ *Ibidem*, p. 29.

medicamentos de alto custo, Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Esses Protocolos têm o objetivo de, ao estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis nas respectivas doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos. Observando ética e tecnicamente a prescrição médica, os Protocolos têm, também, o objetivo de criar mecanismo a garantia da prescrição segura e eficaz. Ao desenvolver o trabalho de construção dos Protocolos, o Ministério da Saúde incorpora-se ao movimento internacional da Medicina Baseada em Evidências e passa a disseminar o conhecimento, assume responsabilidades antes não expressas, dispõe-se ao debate, chama os agentes deste processo à discussão, conta com o auxílio da comunidade científica e constrói uma nova dimensão de gestão em medicamentos, fazendo jus, com certeza, ao reconhecimento e respeito de toda a sociedade brasileira¹¹.

Entretanto, pelas questões levantadas neste trabalho, as violações aos critérios técnicos já pré-estabelecidos pelas instituições competentes em ações individuais ou coletivas podem ocasionar injustiças a outros indivíduos que não figuram na lide e a afronta ao princípio democrático.

O Conselho Nacional de Justiça¹², em levantamento feito acerca da quantidade de ações judiciais relacionadas saúde, relata que somente no ano de 2010, nos 20 tribunais pesquisados, foram 112 mil ações tramitadas, e estima-se que a quantidade de ações judiciais em todos os 91 tribunais do Brasil tenha sido por volta de 500 mil.

Esta conjuntura é agravada pela característica do modelo brasileiro de judicialização destas políticas estarem voltadas, predominantemente, pelas demandas individuais, e ainda por estas possuírem grande índice de amparo, como alerta Marina Ferreira, citando Ferraz¹³:

O Modelo Brasileiro de litigância seria caracterizado, em síntese, pela prevalência das demandas individuais acerca de tratamentos curativos

¹¹ COSTA, Daniela Fernanda. **Os Direitos Fundamentais Sociais como Expressão do Bem Comum**. Em busca de parâmetros para a prestação racional do direito à saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 85.

¹² Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/10118-demandas-de-saude-passam-de-112-mil-em-todo-o-pais>. Acesso em 26/06/2013

¹³ FERRAZ, Octavio. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?. **Health and Human Rights: An International Journal**, North America, Vol. 11, n. 02, 2010 apud FERREIRA, Marina Costa. Direito à proteção da saúde pela via judicial: em busca de efetividade e equidade. **Revista de Estudos Jurídicos**, São Paulo, UNESP, a. 15, n. 22, p. 11-22, 2011.

– Hoffman e Bentes, (2008:10) apontaram 98% de demandas individuais - e de alto grau de acolhimento de seus pleitos (FERRAZ, 2010; PEPE et al, 2010). Ferraz sustenta que a extrema litigância em matéria de saúde nos moldes brasileiros agrava o estado já precário do Sistema de Saúde nacional, elencando duas razões: (i) uma interpretação do direito a saúde que ignore limites orçamentários só pode ser sustentada em detrimento da universalidade do sistema, isto é, apenas parcela da população tem acesso a recursos ilimitados e (ii) a minoria que tem acesso as cortes não é a que carece dos bens de saúde mais básicos (FERRAZ, 2010, p. 34).

A Constituição da República de 1988 também trouxe outro mecanismo de diálogo institucional para as políticas públicas na área da saúde, os Conselhos Municipais de Saúde, que têm como objetivo permitir a participação da comunidade no planejamento, execução e fiscalização destas políticas. Claramente o art. 198, III da CRFB tem como finalidade a “publicização do Estado”:

CRFB - Art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera do governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade.

A lei nº 8.142/90 regulamenta os Conselhos de Saúde, sendo o Conselho Municipal de Saúde do Rio de Janeiro disposto pela Lei municipal nº 5.104/2009 (que revogou a Lei nº 1.746/1991). Estes conselhos são compostos por 50% de entidades de usuários, 25% de entidades dos trabalhadores de Saúde e 25% de representação de governo. São órgãos colegiados deliberativos permanentes do Sistema Único de Saúde, possuindo uma visão privilegiada na discussão, organização e fiscalização das políticas de saúde.

Todavia, infelizmente os Conselhos de Saúde encontram diversas dificuldades para seu efetivo funcionamento, Priscila de Santana¹⁴ adverte sobre essas adversidades:

(...) Contudo, um cidadão que tivesse o interesse de saber mais sobre a atuação do CMSRJ provavelmente encontraria alguma dificuldade em obter estas informações. O Conselho não possui uma página própria na internet, tendo apenas um espaço (link) na página da Secretaria Municipal

¹⁴ SANTANA, Priscila de. **Implementação do Direito à Saúde no Município do Rio de Janeiro**: Conselho Municipal de Saúde e Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011, p. 43-44.

de Saúde. (...) Estes problemas são gerados, principalmente, pela falta de uma Secretaria Executiva adequada às necessidades do CMSRJ e dos Conselhos Distritais; apesar de a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro dispor no seu art. 127, § 2º que: “os Conselhos terão dotação orçamentária específica e infra-estrutura adequada à realização de seus objetivos (...) As principais reclamações dos conselheiros se referem: 1) à falta de uma sede própria; uma vez que costumam funcionar dentro da própria Secretaria de Saúde, não tendo ali um lugar adequado destinado aos Conselheiros; 2) à falta de uma dotação orçamentária, que dificulta a sua independência frente à Secretaria de Saúde e 3) à existência de uma Secretaria Executiva adequada às necessidades do Conselho.

Segue a autora, citando Mário Fuks:

Embora os conselhos gestores de políticas sociais tenham como um de seus principais objetivos promoverem a participação da sociedade civil na condução da “coisa pública”, essa participação não segue como decorrência natural do funcionamento dos conselhos. A mera institucionalização dessas arenas, embora tenha valor em si, não é condição suficiente para que a participação política ocorra em “sintonia fina” com o espírito da Constituição Federal de 1988¹⁵.

Na cidade do Rio de Janeiro, o Ministério Público trabalha ao lado dos Conselhos de Saúde, por meio da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde da Capital do Rio de Janeiro, principalmente pelo programa de intervenção extrajudicial “fala conselho”.

A CRFB de 1988 legitimou o Ministério Público para atuar na tutela da saúde. Portanto, é seu dever fiscalizar políticas públicas nesta área realizando as medidas necessárias para assegurar sua garantia. E ainda cabe ao *parquet* propor a Ação Civil Pública para a proteção dos interesses coletivos¹⁶.

Cumprе salientar, que a intervenção do poder judiciário na formulação e execução de políticas públicas não garante o seu sucesso. Ressalta-se ainda

¹⁵ FUKS, Mario. Participação e influência política no conselho municipal de Curitiba. **Revista de Sociologia Política**, nº. 25, Curitiba, 2005, p. 47 apud SANTANA, Priscila, *Op. Cit.*, p. 46

¹⁶ Art. 129- São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; I - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. **Art. 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.**

que os conselhos municipais de saúde e o ministério público também estão sujeitos às dinâmicas de poder e a parcialidades. Ambos também podem ser capturados por lógicas particulares e potencialmente favorecedoras de desequilíbrios distributivos. Entretanto, pretende-se argumentar que a ampliação de pessoas responsáveis pela sua formulação permite uma maior participação da comunidade no processo, se aproximando da concepção de democracia para Habermas, onde a intervenção judiciária se dá como meio para expandir os canais de comunicação, garantido o direito de participação como meio para a proteção das minorias.

Priscila Santana chama atenção para a importância de articulação entre os Conselhos de Saúde e os membros do Ministério Público, sendo essas, inclusive, uma das determinações da 10ª Conferência Nacional de Saúde¹⁷:

10.2 defender que o Ministério Público seja o tutor da legislação em saúde, da Assistência Social e do Estatuto da Criança e do Adolescente, fiscalizando sua implantação e sua execução nos setores públicos e privados, e tomando as providências cabíveis no caso de descumprimento do texto legal;

10.4 responsabilizar os Conselhos de Saúde por encaminhar a todos os membros do Ministério Público Federal e Estadual, as Resoluções das Conferências Nacionais de Saúde (3ª, 8ª, 9ª, 10ª CNS), Normas Operacionais Básicas, Portarias, Instruções e Leis Complementares relativas ao SUS, bem como as resoluções dos Conselhos de Saúde, para que o Ministério Público fiscalize seu cumprimento;

14.5 Os Conselhos de Saúde, os Legislativos e o Ministério Público devem cobrar dos Gestores de Saúde e dos seus respectivos Governos o cumprimento da Legislação do SUS sobre financiamento, como por exemplo, a apresentação por todos os Secretários Estaduais ou Municipais de Saúde de Planos de Aplicação e Prestação de Contas, com as fontes de recursos aplicados, no mínimo trimestralmente aos Conselhos de Saúde em audiências pública no respectivo Poder Legislativo conforme o Artigo 12, Lei Federal 8689/93.

20.1 O Ministério Público deve fiscalizar a União, Estados e os Municípios no que se refere a Saúde, fortalecendo os Conselhos de Saúde, a instituição e viabilização do funcionamento dos Fundos de Saúde, para que exista a devida transparência tanto no repasse como na utilização dos recursos financeiros.

¹⁷ Disponível em: < http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_10.pdf>. Acesso em 26/06/2012.

Deste modo, a aproximação com os Conselhos Municipais de Saúde possibilita também a resolução de conflitos pela via extrajudicial. Portanto, sugere-se que seja estimulada esta parceria entre estes órgãos. Salienta-se a necessidade de oferecer melhor estrutura aos Conselhos e a disponibilização de mais recursos e a consequente criação de mais Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva.

4. CONCLUSÃO

Entende-se que o Poder Judiciário não é o campo mais adequado para se determinar a criação de novas políticas públicas: 1) porque as demandas judiciais, individuais ou coletivas, não são capazes de proporcionar a inclusão de todos os agentes que serão afetados pela medida; 2) porque a intervenção judicial é normalmente caracterizada pelo chamado "*tudo ou nada*", ou se tem ou não o direito pleiteado; e 3) porque o Poder Judiciário não possui os instrumentos técnicos necessários para a formulação de políticas públicas na área da saúde.

Em síntese, orienta-se que, para se analisar o controle judicial na concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário, deve-se ter como critério, primeiramente, a identificação da fase do ciclo de políticas públicas que se encontra o caso examinado. Nas fases que são relacionadas com a criação da política, a intervenção judicial deve se dar em menor intensidade, utilizando de mecanismos de participação popular, assegurando a ampliação do debate. A atuação judicial deve se dar em maior intensidade na fase de implementação dos direitos sociais, de maneira a garantir a justa e igualitária distribuição dos recursos públicos entre os cidadãos que possuem o mesmo direito pleiteado.

Por fim, buscou-se examinar, brevemente, a contribuição da teoria do diálogo institucional para análise do tema. Dessa maneira, a intervenção judicial pode utilizar de mecanismos que permitam a ampliação do debate constitucional de maneira a desobstruir os canais de comunicação entre os atores envolvidos. Salientou-se a existência desses instrumentos na Constituição brasileira de 1988 relacionados com o direito social à saúde, como as audiências públicas e os Conselhos Municipais de Saúde.

Ressalta-se ainda que a carta constitucional legitimou o Ministério Público para atuar na tutela da saúde. É seu dever fiscalizar políticas públicas nesta área realizando as medidas necessárias para assegurar sua garantia. Cabendo

ainda ao *parquet* propor a Ação Civil Pública para a proteção dos interesses coletivos. Entretanto, salienta-se, que tanto os conselhos municipais de saúde quanto o Ministério Público estão sujeitos à influência de lógicas particulares potencialmente favorecedoras de desequilíbrios distributivos. No entanto, argumenta-se que a ampliação do debate entre os diversos atores envolvidos permite uma maior análise das diferentes variáveis que envolvem o processo de criação de políticas públicas. Nesse sentido, a aproximação entre os Conselhos Municipais de Saúde e o Ministério Público deve ser estimulada.

5. REFERÊNCIAS

- COSTA, Daniela Fernanda. **Os Direitos Fundamentais Sociais como Expressão do Bem Comum**. Em busca de parâmetros para a prestação racional do direito à saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 85.
- DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong versus weak-form judicial review revisited. **Economic, Social And Cultural Rights Series**. Center For Human Rights And Global Justice Working Paper. n. 3, p. 1-52, 2006.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010, p. 137
- FERRAZ, Octavio. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?. **Health and Human Rights: An International Journal**, North America, Vol. 11, n. 02, 2010 apud FERREIRA, Marina Costa. Direito à proteção da saúde pela via judicial: em busca de efetividade e equidade. **Revista de Estudos Jurídicos**, São Paulo, UNESP, a. 15, n. 22, p. 11-22, 2011.
- FUKS, Mario. Participação e influência política no conselho municipal de Curitiba. **Revista de Sociologia Política**, nº. 25, Curitiba, 2005, p. 47 apud SANTANA, Priscila, *Op. Cit.*, p. 46
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 141.
- SANTANA, Priscila de. **Implementação do Direito à Saúde no Município do Rio de Janeiro**: Conselho Municipal de Saúde e Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011, p. 43-44.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Discurso proferido na Audiência Pública da Saúde**. Supremo Tribunal Federal [online]. 7 maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 13.07.2013.

CINEMA, EDUCAÇÃO E ACESSO À CULTURA¹

Isabella Neumann Esquenazi²

*“De governo para governo, embora os discursos sejam diferentes, você tem sempre a impressão de que a cultura é inimiga da educação, e a educação, coitada, só não é melhor porque tem essa cultura que a atrapalha (risos) ... Às vezes, há verbas de atendimento cultural, mas, na verdade, a verba, se não está dentro de uma estrutura de vivência cultural ampla, é apenas um socorro para não morrer no fim da linha”
Fernanda Monte Negro³*

INTRODUÇÃO

O setor cinematográfico tem papel importantíssimo nos âmbitos cultural e social brasileiros, é forte meio de expressão cultural e representação social. Seu desenvolvimento é fundamental na construção da cidadania nacional e de uma identidade cultural. Esse setor pode ser grande aliado na promoção educativa e cultural da população brasileira. Tudo isso leva o cinema a um lugar de destaque e até de protagonismo dentro mercado audiovisual.

Por conta do viés de direito fundamental que ficará evidenciado mais adiante, as obras cinematográficas têm forte presença estatal no financiamento da

¹ Artigo adaptado de Monografia orientada por Pedro Marcos Nunes Barbosa, e apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

² Advogada do grupo Conspiração Filmes, formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e especializada em Propriedade Intelectual pela PUC-Rio

³ PRIKLADNICKI, Fábio. “**Fernanda Montenegro: “Um país sem cultura é um país sem educação”**” Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/cultura-e-lazer/noticia/2018/09/fernanda-montenegro-um-pais-sem-cultura-e-um-pais-sem-educacao-cjmkr2hqn009j01rxi4e4v9ze.html>> Acesso em 03 mar. 2020.

produção nacional e não há dúvidas de que o setor cinematográfico merece a atenção de tais políticas públicas no Brasil.

Na primeira parte do presente artigo se explorará brevemente os mecanismos de incentivo à produção cinematográfica vigentes no Brasil. Em seguida, o cinema será abordado como ator da cultura e da educação, e por fim vislumbra-se a submissão da lei de direitos autorais - Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 – LDA em favor do acesso à cultura e educação.

Discute-se, ainda, a possibilidade de exibição pública sem autorização nem pagamento dos titulares dos direitos autorais patrimoniais quando há envolvido tais direitos fundamentais; evidenciando-se, para tanto, necessária a busca por um equilíbrio entre a LDA e os direitos e princípios constitucionais de acesso à informação, cultura, educação, pilares da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

PRINCIPAIS MECANISMOS DE INCENTIVO

A primeira projeção de cinema no Brasil ocorreu em 1986 e ficou por três semanas no centro da cidade do Rio de Janeiro na Rua do Ouvidor 141. E, logo em seguida, no dia 31 de julho de 1987, também no Rio de Janeiro foi inaugurada a primeira sala de cinema fixa no Brasil. Com a rápida expansão do mercado exibidor no país, justificada pela indiscriminada importação de películas internacionais, sem existência de uma política alfandegária, muito menos uma política de incentivo à produção de filmes nacionais; o cinema “chegou” causando conflitos de interesses.

O mercado cinematográfico brasileiro atual é reflexo da aliança entre proprietários das salas de cinema e os importadores dos filmes estrangeiros que se tornaram óbice à expansão do cinema nacional.

Observa-se que o setor cultural é uma “deficiência” do mercado financeiro. Tal setor constitui uma falha de mercado ao passo que o mercado cultural não consegue alocar recursos de forma independente e eficiente sendo necessária a regulamentação do estado para sua sobrevivência. O mercado cultural não funciona na maneira idealizada pela mercancia, desvinculada do suporte financeiro estatal, e por isso é preciso de normas econômicas para o

funcionamento “regular” desse setor.⁴ É necessário, portanto, a participação do governo nesse setor, e a regulação estatal para se obter maior eficiência e difusão dos bens culturais envolvidos.

Ocorre, ainda, que são pouquíssimas as produções nacionais que conseguem espaço no circuito exibidor e distribuidor, tanto nacional como internacional ferindo a constituição quanto ao preceito de acesso à cultura nacional.⁵ Apontase que nenhuma empresa nacional tem aporte para disputar espaço dentro dos mercados cinematográficos nacional e internacional.⁶

Por conta desse contexto, não é de agora que as discussões sobre incentivos públicos no mercado cinematográfico tem sido centro de atenções da sociedade brasileira. Alex Viany, em 1953, já afirmava ao término do II Congresso Nacional de Cinema Brasileiro, organizado em São Paulo por Moacir Fenelon, que não havia nos estúdios e laboratórios, bem como no seio da crítica, quem desconhecesse os principais problemas de nossa cinematografia e os remédios mais viáveis para solucioná-los.⁷

Importante destacar que o cinema tem uma estrutura econômica muito centralizada no mercado norte americano e isso dificulta a organização dos mercados nacionais fora dos Estados Unidos do ponto de vista institucional. O cinema periférico não tem uma instituição que fale por ele no mundo, tem apenas Motion Pictures Association of America que luta centralizadamente pelos interesses norte-americanos mundo afora.⁸ No Brasil, o Estado tenta criar infraestrutura para que quem faz cinema tenha alguma vantagem sobre esse mercado já estabelecido, e por isso as políticas governamentais de estímulo à produção, distribuição e exibição são fundamentais para esse setor cultural.

⁴ Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rbee/article/view/4385/2722>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

⁵ Conferência Nacional De Cultura. Texto-Base. Disponível em: <http://www.fundac.pi.gov.br/download/200909/FUNDAC24_f67a123a0c.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

⁶ LUSVARGHI, Luiza Cristina. “**O cinema na era digital: a consolidação dos conteúdos cross-media no Brasil, de Big Brother ao caso Antonia.**” Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/resumos/R1059-2.pdf%3e.%20>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

⁷ VIANY, Alex. Introdução ao cinema brasileiro. Rio de Janeiro: ministério da cultura e educação, instituto nacional do livro, 1959. Pg. 151.

⁸ LEO, Luiz Francisco Ferreira. Mestre em Relações Internacionais, pelo Instituto de Relações Internacionais do Rio de Janeiro - IRI/PUC-Rio (1995). Graduado em Publicidade (1990). Graduado em Jornalismo (1991). Graduado em Direito (2009). Desde 1996 é professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, no departamento de Comunicação Social. Ministra as disciplinas de Mídias Globais e Marketing Esportivo. Entrevista concedida em 25 abr. 2016.

Ao longo desses anos, o Brasil enfrentou governos que apoiavam o mercado e enfrentou governos que revogaram a legislação de incentivo até então vigente. Hoje, no Brasil, os principais mecanismos de incentivo para a produção audiovisual brasileira estão na Lei do Audiovisual – lei nº 8.685 de 20 de julho de 1993 e na Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e podem se valer de tais políticas públicas as produções brasileiras independentes.⁹

A Lei do Audiovisual criou mecanismos regulatórios de fomento exclusivamente à atividade audiovisual em produções e coproduções de obras cinematográficas e audiovisuais, permitindo que empresas tributadas com lucro real aplicassem parte do Imposto de Renda em projetos cinematográficos.

Essa interferência estatal no setor se dá apenas de maneira indireta, cabendo ao Estado autorizar a captação de recursos para determinado projeto, e posteriormente isentar os impostos das pessoas físicas e/ou jurídicas que investiram na produção.¹⁰ Esses incentivos são, na verdade, fomentos que permitem à entidade patrocinadora da produção, pessoa jurídica ou pessoa física que aplicou o dinheiro, inserir a sua marca na obra audiovisual e nos materiais de sua divulgação, além de valer-se das leis de renúncia fiscal que realiza o abatimento do valor patrocinado do imposto de renda. A renúncia fiscal se baseia no ato poder público de não receber parte dos impostos devidos pelos contribuintes para que os mesmos invistam nas atividades culturais nacionais.

Já a medida provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, criou a Agência Nacional do Cinema – ANCINE (entre outras medidas de incentivo), uma agência reguladora, em forma de autarquia especial dotada de autonomia financeira e administrativa vinculada, desde 2003, ao Ministério da Cultura, agora Ministério da Cidadania, para regular, fiscalizar e fomentar a indústria cinematográfica e videofonográfica nacional.¹¹

Além disso, essa Medida provisória instituiu a Contribuição para o

⁹ Requisitos para o enquadramento de uma empresa como produtora brasileira e brasileira independente estão previstos na Instrução Normativa n.º 104, de 10 de julho de 2012. Disponível em: <<https://www.ancine.gov.br/pt-br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-104-de-10-de-julho-de-2012>>. Acesso 07. Mar. 2020.

¹⁰ MICHEL, Rodrigo Cavalcante; AVELLAR, Ana Paula. “**Indústria cinematográfica brasileira de 1995 a 2012: estrutura de mercado e políticas públicas**”. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512014000300491>. Acesso em: 08 mar. 2020.

¹¹ GALVÃO, Helder. “**Os Direitos Autorais e a Política Pública de Fomento Indireto de Obras Audiovisuais Cinematográficas**.” Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/pped/dissertacoes_e_teses/Dissertacao.Mestrado.HelderGalvao.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.

Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – CONDECINE,¹² um tributo brasileiro de tipo especial, as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. Cobrado, desde 2002, com o fim de destinar recursos à produção cinematográfica do país, ou seja, investir na própria atividade audiovisual os tributos que dela foram angariados. Primeiramente, o recolhimento era para constituir a receita da própria Agência Reguladora, ANCINE, e após a lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006, os valores passaram a ser destinados ao Fundo Setorial do Audiovisual – FSA, fundo que responde pelo fomento direto do Estado.

Esse incentivo se dá, principalmente, através de abatimento ou isenção de tributos dos contribuintes que patrocinarem, coproduzirem e/ou investirem em obras audiovisuais aprovadas pela Agência Reguladora.¹³

Além disso, essa MP 2.228-1/01 criou, em seu artigo 55, o mecanismo conhecido como cota de tela. Ele estabelece que, todo ano, deve ser editado um decreto presidencial para regulamentar o número mínimo de dias que os cinemas devem exibir obras nacionais no ano seguinte. E, em dezembro de 2014, o Decreto 8.386 editado, trouxe como novidade o limite de salas para exibição simultânea de um filme, a cota de tela suplementar¹⁴, com a finalidade de garantir pluralidade de oferta no mercado e, portanto, a diversidade de perfis de público nos cinemas.¹⁵

Há quem alegue a inconstitucionalidade do mecanismo da tela de cota suplementar, tendo em vista que a MP 2228/01 determina que o decreto deve estipular um limite de salas para exibição simultânea de um filme, cuidando somente da fixação de um número mínimo de dias para exibição de filmes nacionais.¹⁶

Aponta-se que no ano de 2019 a cota de tela e a cota de tela suplementar não foram implementadas por omissão dos membros do poder executivo,

¹² Art. 32 e 39, inciso X, da medida provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001

¹³ GALVÃO, Helder. “Os Direitos Autorais e a Política Pública de Fomento Indireto de Obras Audiovisuais Cinematográficas.” Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/pped/dissertacoes_e_teses/Dissertacao.Mestrado.HelderGalvao.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹⁴ A cota de tela suplementar foi replicada nos decretos seguintes, quais sejam, Decreto nº 8.620, de 29 de dezembro de 2015, Decreto no-8.944, de 27 de dezembro de 2016 e Decreto no-9.256, de 29 de dezembro de 2017.

¹⁵ ESQUENAZI, Isabella Neumann. **Cota de tela e cota de tela suplementar: histórico, validade e “Vingadores: Ultimato”**. Disponível em: <<https://telaviva.com.br/03/05/2019/cota-de-tela-e-cota-de-suplementar-historico-validade-e-vingadoresultimato/>> Acesso em 07 mar. 2020.

¹⁶ BRASIL, República Federativa do. TRF3. 6ª Turma. DES. FED. JOHONSOM DI SALVO. APELAÇÃO (198) Nº 5014266-85.2018.4.03.6100. 22/11/2018. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Imprensa/Visualizar/936>> Acesso em 01/05/2019.

mas que em 2020 ela já está em vigor por meio do Decreto nº 10.190, de 24 de dezembro de 2019 que prevê apenas o mecanismo de cota de tela.¹⁷ A cota de tela suplementar não foi regulada no decreto de 2019, mas estará na pauta do governo em 2020, garantiu André Sturm, futuro secretário do Audiovisual.¹⁸

A MP 2.228-1/01 estabelece o prazo de 20 anos, contados de 5 de setembro de 2001, como validade para o mecanismo Cota de Tela, e ainda não se vê movimentação legislativa para alteração ou prorrogação de tal prazo. Tal fato é preocupante e pode agravar ainda mais o momento delicado vivenciado pela indústria de produção de cinema brasileira.

Tanto fomento direto como fomento indireto vieram para impulsionar a produção nacional, e a Cota de Tela veio para garantir espaço para o conteúdo nacional nos cinemas e nos canais exibidores.

Todos esses mecanismos, são essenciais, porque a indústria do cinema, com exceção do cinema norte-americano, não é autossustentável. Sem o fomento dos setores público e privado, ela não consegue realizar uma produção de forma independente na maioria dos casos no Brasil.

Revela-se, assim, que as características das obras cinematográficas nacionais envolvem forte presença estatal no financiamento da produção, a fraca participação nos circuitos de exibição e a reduzida diversidade do mercado brasileiro.¹⁹

Dessa forma, o financiamento estatal se faz necessário para a sobrevivência desse setor cultural, mas não apenas para a produção. As políticas estatais devem abranger a distribuição e circulação desses bens culturais garantindo a cultura, a devida fruição dela e democratizar o acesso aos produtos culturais.

Necessário destacar que na Sociedade Informativa em que o Brasil e o mundo vivem hoje, a informação, o conhecimento e a criatividade são fatores de produção essenciais e vitais para as atividades fins industriais, inclusive para a

¹⁷ LEVIN, Teresa. **Cota de Tela volta a valer em 2020**. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2020/01/08/cota-de-tela-volta-a-valer-em-2020.html>> Acesso em 07 mar. 2020.

¹⁸ WILLMERSDORF, Pedro. “Após ano de incerteza, Cota de Tela abre caminho para novos passos” Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/apos-ano-de-incerteza-cota-de-tela-abre-caminho-para-novos-passos-1-24160261>> Acesso 08 mar. 2020

¹⁹ SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/11630623-Allan-rocha-de-souza-os-direitos-culturais-e-as-obras-audiovisuais-cinematograficas-entre-a-protecao-e-o-acesso-rio-de-janeiro-2010.html>>. Acesso em: 08. Mar. 2020.

criação dos próprios bens culturais. A globalização e a tecnologia da informação fizeram surgir uma nova economia baseada na informação, na criatividade e no conhecimento. A chamada economia da cultura tem como ponto central o fato da atividade midiática estar cada vez mais integrada entre si, e cada vez mais capitalizada e adaptada aos negócios de mercado.²⁰ A indústria cultural ultrapassou suas finalidades originais, a mídia hoje faz parte da indústria criativa.

CINEMA É CULTURA E EDUCAÇÃO

A atividade cinematográfica por um longo período foi vista apenas como um ramo do entretenimento e diversão, mas na realidade é arte social de imensurável importância para a formação cultural e educacional da população brasileira. É a mídia cumprindo o papel cidadania.

Para Allan Rocha, as obras cinematográficas são, ao mesmo tempo, bens culturais de conteúdo simbólico, instrumentos de comunicação, veículos de informação e conhecimento, fontes materiais para a educação e elementos de socialização e integração comunitária.²¹ Para José Afonso da Silva, a cultura inclui todo tipo de atividade humana e o bem cultural consiste na fusão de uma unidade objetiva, um objeto material e um valor que lhe dá sentido.²²

Allan Rocha destaca que toda manifestação cultural é fonte de cultura, já que entende cultura como as próprias manifestações e expressões únicas da humanidade. Assim, é dever do Estado apoiá-la e incentivá-la tanto para a valorização quanto para a difusão das fontes culturais que compõem o patrimônio cultural brasileiro. Na Conferência Nacional de Cultura, a cultura ficou entendida como fruto de toda ação humana socialmente construída por meio de símbolos que, entrelaçados, formam redes de significados dentro de contextos históricos e sociais.²³

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CFRB/88, a chamada Constituição Cidadã, assegura diversas garantias. José Afonso da Silva destaca

²⁰ Conferência Nacional De Cultura. Texto-Base. Disponível em: <http://www.fundac.pi.gov.br/download/200909/FUNDAC24_f67a123a0c.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

²¹ SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos Culturais no Brasil*. Ed. Azougue, 2012, p. 150.

²² SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20.

²³ Conferência Nacional De Cultura. Texto-Base. Disponível em: <http://www.fundac.pi.gov.br/download/200909/FUNDAC24_f67a123a0c.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

nem o posicionamento da CFRB/88 quanto à cultura:

“A constituição Brasileira de 1988 refere-se à cultura nos arts. 5º, IX, XXVII, XXVIII e LXXIII, e 220 § 2º e § 3º, como manifestação de direito individual e de liberdade e direitos autorais; nos arts. 23, 24 e 30, como regras de distribuição de competência e como objeto de proteção da ação popular; no arts. 215 e 216, como objeto do Direito e patrimônio brasileiro; no art. 219, como incentivo ao mercado interno, de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural; no art. 221, como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádio e televisão. No art. 227, como um direito da criança e do adolescente; e no art. 231, quando reconhece aos índios sua organização social.”²⁴

Ademais a Administração Pública tem o dever de efetivar os comandos jurídicos e garantir os direitos fundamentais:

“Como outros direitos fundamentais, os direitos culturais necessitam que os instrumentos políticos, jurídicos, sociais, econômicos e culturais sejam utilizados e acomodados com a finalidade de se garantir que a sua gramática tenha aplicação e efetividade. Os direitos ligados aos bens, valores e recursos culturais são essenciais para o exercício de direitos individuais e coletivos relativos à liberdade de expressão cultural e ao acesso equitativo aos bens culturais.”²⁵

Não há dúvidas de que incumbe ao Estado salvaguardar os Direitos Culturais Nacionais e garantir o acesso ao patrimônio cultural brasileiro e aos bens culturais da nação; dever esse que o poder público não pode se desobrigar por ser determinação mandatória expressa no artigo 215 da Constituição Federativa da República Brasileira de 1988, sob pena de se instituir a antijuridicidade por omissão estatal. O Estado apenas garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, se desenvolver a ação positiva objetivando as finalidades que lhe impõe a norma constitucional do art. 215.²⁶

Evidencia-se que o Estado e o Ordenamento Jurídico existem para proteger e promover os direitos fundamentais, dentre eles o direito à cultura, e para isso é indispensável políticas públicas. É através dos recursos públicos que esses fins constitucionais podem ser alcançados; sem eles fica difícil, se não inviabilizada, a promoção do cinema nacional e da cultura que ele nutre.²⁷

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 42.

²⁵ SARMENTO, Daniel; SARLET Wolfgang Ingo. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 800.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 207.

²⁷ SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 605.

Necessário apontar que todo o embasamento constitucional de promoção à cultura está estritamente ligado à funcionalização dos direitos, ao passo que a função do Estado não é apenas garantir os direitos constitucionais, mas, também, incentivar para promover o desenvolvimento nacional. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, cabe ao Estado a função de fomentar as atividades culturais. Para isso, conceitua-se fomento público como a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de entidades públicas e privadas, para desempenharem atividades que a lei haja destacado como de especial interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade.²⁸

Importante destacar que os direitos culturais são interdependentes e fortemente relacionados aos outros direitos fundamentais sociais, bem como educação, participação na vida social, à comunicação e à informação. Essencial ressaltar que os direitos culturais contribuem para a formação do ser humano e de sua identidade social, além de contribuir para a inclusão social da pessoa, permitindo o exercício da cidadania cultural.

Eles são alicerces ao direito à educação, que apenas se concretizam quando há o acesso à cultura de forma plena; caso contrário fica inviabilizada qualquer espécie de criação e produção intelectual. Esses direitos seguem uma via de mão dupla, pois é por meio da educação que se proporciona a cultura e é através da cultura que se possibilita a civilidade.²⁹

Necessário evidenciar que a educação é de importância central para a dignidade e o desenvolvimento de cada pessoa, é basilar para o desenvolvimento econômico social do país e a consolidação da cidadania e conseqüentemente da democracia.³⁰ Importante é que o direito à cultura enfatiza sua preocupação na formação dos futuros cidadãos, tendo o olhar voltado para a parcela mais jovem da sociedade. A essencialidade para a existência digna é o que atribui aos direitos culturais o papel de direito fundamental constitucionalmente estabelecido e protegido.³¹

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial. 15. ed. rev., refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 584-585.

²⁹ SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/11630623-Allan-rocha-de-souza-os-direitos-culturais-e-as-obras-audiovisuais-cinematograficas-entre-a-protecao-e-o-acesso-rio-de-janeiro-2010.html>>. Acesso em: 08. Mar. 2020.

³⁰ SARMENTO, Daniel; SARLET Wolfgang Ingo. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 609.

³¹ SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre

O que insere o cinema no campo dos direitos culturais integradores da dignidade humana e promoção da cidadania, é o fato da cultura associada à educação dar base aos direitos fundamentais. É, portanto, irrefutável a relevância social da circulação e distribuição dos filmes como a prática cultural cinematográfica entendendo eles como fatores de formação dos cidadãos brasileiros.³²

O reconhecimento do cinema pátrio como um patrimônio cultural obriga o Estado a incentivar a produção cinematográfica nacional, além de apoiar sua valoração e difusão por meio de incentivos públicos. Entretanto, perfaz-se necessária a intervenção estatal para conceber a prática nacional de ir ao cinema assistir conteúdos brasileiros.

Isso, apenas enfatiza a essencialidade dos direitos culturais na formação das pessoas, e por isso deve estar presente no ensino infantil e fundamental as atividades artísticas e culturais como princípio educacional constitucional previsto no artigo 216 da CRFB/88.

Todos os poderes e órgãos constitucionais do Estado têm por fim a plena satisfação dos direitos fundamentais. A regulamentação do mercado pelo Estado é um remédio, a longo prazo, para a perspectiva pessimista de exibição do mercado brasileiro. Para isso, hoje, faz-se necessário, a comunicação entre cultura e sistema educativo para que seja dada a efetividade constitucional tanto à educação como o acesso à cultura. Mais do que isso, é preciso uma agenda comum e colaborativa que institua uma educação cultural.

Nas palavras de Fernanda Monte Negro “Não há educação sem cultura e não há cultura sem educação... um país sem cultura é um país sem educação. A cultura é que faz um país. O que é um país sem cultura? É uma fronteira.”³³

O investimento conjunto em cultura e educação é imprescindível para que se estabeleça um processo de formação, informação e aperfeiçoamento pessoal. Tal fato fica reconhecido com a publicação da lei nº 13.006, de 26 de junho de 2014. Tal norma inseriu no art. 26 da Lei de Diretrizes e Base da Educação - lei nº 9.394,

a proteção e o acesso. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/11630623-Allan-rocha-de-souza-os-direitos-culturais-e-as-obras-audiovisuais-cinematograficas-entre-a-protecao-e-o-acesso-rio-de-janeiro-2010.html>>. Acesso em: 08. Mar. 2020.

³² SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos Culturais no Brasil*. Ed. Azougue, 2012, p. 150.

³³ PRIKLADNICKI, Fábio. “**Fernanda Montenegro: “Um país sem cultura é um país sem educação”**” Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/cultura-e-lazer/noticia/2018/09/fernanda-montenegro-um-pais-sem-cultura-e-um-pais-sem-educacao-cjmkr2hqn009j01rx4e4v9ze.html>> Acesso em 03 mar. 2020.

de 20 de dezembro de 1996 - o §8º que estabelece a exibição obrigatória de filmes de produção nacional como componente curricular complementar integrado à proposta pedagógica da escola, por, no mínimo, 2 (duas) horas mensais.

A intenção primordial de tal inserção é fomentar público base a importante atividade cultural, que é a cinematográfica, ao desenvolver o hábito de sair de casa para ir ao cinema, além de ser uma forma de escoar a produção brasileira. Além disso, o Estado ao estabelecer a obrigatoriedade de exibição nas escolas, traz uma revolução ao ambiente escolar, torna-o um local mais atraente e cria, em longo prazo o público que impulsionará o setor cinematográfico.

A lei federal é extremamente relevante e veio para iniciar um longo debate sobre o assunto “Educação e Audiovisual” que envolverá a pluralidade pedagógica, acadêmica e estrutural. Para fazer valer essa norma, faz-se necessário delinear currículos que dialoguem com o cinema, com outras áreas do conhecimento e com as questões da contemporaneidade. Tal delimitação deve ser interdisciplinar sendo fundamental a conversa direta entre escolas e professores com o Ministério da Educação e da Cidadania, fato ainda não iniciado e imprescindível para o comportamento educativo crítico nacional.

Releva-se que inexistente até o presente momento orientação do Ministério da Educação do que deve ser exibido sendo fundamental um banco de conteúdos audiovisuais que sejam destinados às escolas. A publicação da lei de exibição obrigatória foi o primeiro passo na caminhada de recuperação do público para o mercado cinematográfico, os problemas que o cinema enfrenta hoje são muito profundos para que a mera publicação de uma lei o solucione.

São ainda imperiosos o questionamento e a busca de solução para a falta de infraestrutura básica das escolas para que a exibição audiovisual possa ser efetiva, e para que a lei seja devidamente executada e contribua por meio dos recursos audiovisuais a alfabetização crítica.³⁴

Para tanto, as escolas precisarão ainda de equipamentos de qualidade para que a lei tenha seus efeitos concretizados. Evidencia-se que, desde 2014, não foram dadas condições materiais, estruturais e sociais mínimas que permitam as escolas implementarem essa experiência cultural em seus núcleos educacionais, e por isso independentemente de qual direito fundamental esteja envolvido, o mesmo só será pleno com o apoio ativo da sociedade.

³⁴ RIBEIRO JUNIOR, Djalma. 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://audiovisualeducacao.blogspot.com.br/2014/08/vamos-falar-sobre-lei-13006-de-26-de.html>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

No contexto dessa lei federal, as escolas exercerão papel similar aos dos cineclubes. Estes, conforme a Instrução Normativa nº 63, de 02 de outubro de 2007, são espaços de exibição pública não comercial de obras audiovisuais nacionais e estrangeiras diversificadas, que podem realizar atividades correlatas, tais como palestras e debates acerca da linguagem audiovisual. Têm como fim a multiplicação de público e formadores de opinião para o setor audiovisual, além da promoção da cultura audiovisual brasileira e da diversidade cultural, através da exibição de obras audiovisuais, conferências, cursos e atividades correlatas.

Fato é que o cinema tem influência e papel crucial na formação cultural do indivíduo e nas características de dada sociedade. Ele permite uma troca de informação mais realista possibilitando o aprendizado através de conteúdo audiovisual que podem se relacionar com os currículos disciplinares e com diferentes áreas de produção de conhecimento. No ambiente escolar, o cinema deixa de ser diversão e entretenimento para ser um espaço de aprendizado e reflexão cultural. Os filmes permitem a construção de múltiplas subjetividades, e ainda permitem antagonizar, provocar deslocamentos através da desconstrução de posições dicotômicas e essencialistas no contexto discursivo.³⁵

A prática da educação não pode ser uma cultura tecida na trama da dominação, em que os educandos são os depositários e meros repetidores dos educadores, os depositantes, por mais generosos que sejam propósitos destes. A pedagogia do oprimido de Paulo Freire confronta a educação como forma de doação dos sábios baseada na ideologia da opressão que se traduz na alienação da ignorância. Visão essa liberadora do opressor e do oprimido, sendo fundamental o diálogo da educação interdisciplinar como prática da liberdade de retomada reflexiva, com o método de conscientização o meio para atingir a educação.³⁶

Deveras, a cultura é um instrumento de representação de cada sociedade, e é indispensável à formação do caráter dos indivíduos que a constituem. O cinema, como prática da abordagem visual no ambiente acadêmico, é uma ferramenta fundamental para contribuir com a formação de opinião crítica, com a emancipação intelectual, e com o raciocínio do indivíduo, à medida que auxilia o processo pedagógico.

Na justificativa do projeto da lei nº 13.006/14, argumentou-se que a ausência de arte na escola reduz a formação dos alunos e impede que sejam usuários de

³⁵ FRESQUET, Adriana; MIGLIORIN, Cesar. *Cinema e Educação: A Lei 13.006/14. A Obrigatoriedade do Cinema na Escola, Notas para uma Reflexão Sobre a Lei 13.006/14.* p. 13-18. Disponível em: <http://www.cineop.com.br/Livreto_Educacao10CineOP_WEB.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2016.

³⁶ FREIRE, Paulo. *A Pedagogia do Oprimido.* 10 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980, p. 66-67.

bens e serviços culturais na vida adulta. Explicou, ainda, que o cinema é a arte que tem mais facilidade para ser atribuída aos alunos. Ressalta, em tempo, que o Brasil precisa criar o gosto pelo cinema e ampliar a indústria cinematográfica, e que a única forma de dar liberdade à indústria cinematográfica é criar uma massa de cinéfilos que invadam os cinemas. Isso só possível quando se criar uma geração com gosto pelo cinema pátrio, e o único caminho para isso é a escola.³⁷

Além disso, de fato, a vida contemporânea está cada vez mais fundada na cultura digital, nas telas e nas obras audiovisuais. A exibição compulsória de filmes nacionais e a inclusão de assistência audiovisuais ao longo da educação básica possibilitam aos jovens, que antes não tinham a oportunidade de ter acesso às produções cinematográficas, o desenvolvimento de senso crítico através do meio digital e visual ao qual eles estão adaptados, além de incentivar o gosto pela cultura brasileira.

Ressalta-se que o direito fundamental de acesso à cultura não pode sofrer retrocessos nem restrições que se oponham às suas finalidades por ser essencial aos direitos culturais. A LDA vigente foi criada com vícios tendenciosos, sob forte influência da indústria fotográfica e de telefonia. Ela preferiu privilegiar o direito do autor em detrimento do acesso à cultura e da liberdade de expressão.³⁸

Para tanto, importante é avaliar a LDA, quanto às obras que não ingressaram, ainda, em domínio público, já que o artigo 28 da referida lei atribui ao autor o direito exclusivo de utilização, fruição e disposição da obra e o artigo 29 institui, ainda, que depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra seja em reprodução parcial ou integral da mesma.

SUBMISSÃO DA LEI DE DIREITOS DE AUTOR - LEI Nº 9.610, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998 - EM PROL DA COLETIVIDADE - LEI Nº 13.006, DE 26 DE JUNHO DE 2014

Na 2ª conferência Nacional da Cultura discutiu-se os principais desafios contemporâneos na regulamentação dos direitos autorais. Concluiu-se que é necessária uma adequação, renovação e harmonização desses direitos ao ambiente

³⁷ *Mais aula e menos filme*. Estadão. 20 jul. 2014. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,mais-aula-e-menos-filme-imp-,1531408>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

³⁸ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direitos Autorais Na Internet e o uso De Obras Alheias. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2832/Sergio%20Branco%20-%20Direitos%20Autorais%20na%20Internet.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

digital, além de sua composição com os direitos culturais e demais direitos fundamentais, como direito à participação na vida cultural, possibilitando a liberdade de acesso. Em suma, o debate vai se fundamentar em um equilíbrio entre o acesso à cultura e a remuneração justa ao seu criador, contrapondo a exclusividade de utilização das obras com os interesses públicos e particulares envolvidos.

Os Direitos de Propriedade Intelectual constituem a tecnologia jurídica pela qual os estados buscam remunerar, e com isso incentivar pessoas físicas e jurídicas a investir na realização de uma espécie de conhecimento. Ressalta-se que a positivação desses direitos na ordem jurídica é uma confrontação entre a exploração exclusiva do conteúdo intelectual e outros direitos fundamentais, já citados anteriormente, como acesso à informação, fruição da cultura, liberdade de expressão e a busca pelo desenvolvimento nacional.³⁹

Para Cláudio Lins de Vasconcellos, os Direitos de Propriedade Intelectual são direitos econômicos e morais sobre a informação organizada em bens aqui chamados de bens culturais. A criação, produção e distribuição de conteúdo intelectual, apesar de serem atividades fundamentais, não são gratuitas. Para que elas atinjam um nível de produtividade desejado pela sociedade, é preciso investir recursos de toda ordem em sua viabilização econômica.⁴⁰

O Direito do autor é um direito especial que envolve dois direitos autônomos, o direito patrimonial do autor, no artigo 28 da LDA, e o direito moral do autor, no artigo 24 da LDA. As normas de proteção autoral devem buscar a promoção do bem-estar social através do estímulo ao conhecimento, à cultura e do acesso à informação. Além disso, o Direito do Autor visa proteger a forma pela qual o conteúdo das ideias se expressa, e não a ideia em si, caso contrário ele representaria um risco para humanidade ao permitir a monopolização de algo que deve circular livremente.⁴¹

Ressalta-se que as expressões materiais culturais são projeções da personalidade do autor que se inserem no campo do direito da cultura e são protegidas pelos direitos autorais. Há ligação indissolúvel, inalienável e imprescritível entre o autor e sua obra, são os chamados direitos existenciais. O

³⁹ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e Propriedade Intelectual: A Crônica de um Modelo em Transformação*. Rio de Janeiro. Ed Lumen Juris, 2010, p. 10.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 277.

⁴¹ LEITE, Eduardo Lycurgo. *Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2009, p. 12-40.

fundamento constitucional dos direitos pessoais do autor situa-se, bem como os direitos culturais, na ampla proteção à dignidade da pessoa humana, de onde derivam os valores de personalidade em nosso ordenamento.⁴²

No Brasil é adotado o sistema continental Francês da Convenção de Berna, desde o século XIX, no qual o autor é o centro de interesses e há a busca da tutela das criações de espírito, ou seja, o esforço para a proteção da obra como manifestação da energia da alma de seu criador. A Lei Brasileira de direitos Autorais conjugada com o artigo 5º inciso XXVII da CFRB/88 estabelecem o “monopólio” da obra ao Autor, existindo a necessidade de autorização para o seu uso.

Ademais, o mercado brasileiro convencionou a necessidade de pagamento pelo uso de obra alheia muitas vezes, ainda que se trate de pequenos trechos. A cobrança pelo licenciamento de obra reproduzida é prática muito comum na mercancia audiovisual e cinematográfica nacional apesar do artigo 46 II e VIII LDA permitir o uso de pequenos trechos, por exemplo.⁴³

Ressalva-se que a doutrina norte americana do “fair use” visa exatamente o equilíbrio entre as regras autorais e o interesse social. No que se refere à limitação aos direitos autorais no Brasil, a LDA dispõe expressamente sobre as situações específicas de não aplicabilidade da proteção dos mencionados direitos,⁴⁴ são as limitações ao uso exclusivo pelo criador. A Própria Convenção de Berna no seu dispositivo 9º, estabelece a faculdade do país permitir a reprodução das obras em casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor, respeitando a regra dos três passos.

Isto é, o alcance em certos casos especiais nos quais o uso da obra não é objetivo principal da obra nova, a reprodução não afete a exploração normal da obra, e que não haja prejuízo injustificado aos interesses do autor.

Para os norte-americanos, todo tipo trabalho criativo tem valor e sempre que

⁴² SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/11630623-Allan-rocha-de-souza-os-direitos-culturais-e-as-obras-audiovisuais-cinematograficas-entre-a-protecao-e-o-acesso-rio-de-janeiro-2010.html>>. Acesso em: 08. Mar. 2020.

⁴³ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais Na Internet Eouso De Obras Alheias*. p. 82. Disponível em: Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2832/Sergio%20Branco%20-%20Direitos%20Autorais%20na%20Internet.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

⁴⁴ WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual & Internet*. Curitiba. Editora Juruá, 2004, p. 243.

o mesmo é usado por terceiros, estes têm que ter a permissão de quem o criou, pois ao usar o trabalho criativo sem a autorização do autor, há a tomada de algo de valor de outra pessoa sem permissão dela e isso é errado.⁴⁵ Ressalta-se que a cópia integral de qualquer obra sob a égide da legislação atual é vedada no artigo 46, VIII, LDA.

Lembra-se que no Brasil é defensável a utilização por terceiros mesmo sem o consentimento do autor, desde que não haja fins lucrativos. Além disso, certo conteúdo pode ser usado até contra a vontade de seu criador, com a condição de que a reprodução não seja objetivo principal da obra nova, não gere injustificado prejuízo ao autor e não prejudique a exploração da obra reproduzida;. Assim, não há que se falar em ofensa aos direitos autorais.⁴⁶

Salienta-se que pelo artigo 44 da LDA, as obras audiovisuais ascendem em domínio público após 70 anos contados de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior da sua divulgação. Ou seja, excetuando o caso de que o autor tenha falecido sem deixar sucessores, apenas ao término desse período estabelecido na Lei de Direitos Autorais, é quando a obra passa a pertencer à coletividade não se falando mais em direitos autorais patrimoniais.

Nesses casos, a obra pode, inclusive, ser utilizada com fins lucrativos, sem que seja devido qualquer valor ao autor, aos herdeiros e sucessores deste ou ao Estado. Todavia, a política legislativa dos direitos autorais, hoje, é uma ponderação entre os interesses dos autores, que precisam a rigor da proteção sobre suas obras para serem remunerados, e os interesses da sociedade. Trata-se da busca de um equilíbrio entre os direitos fundamentais da possibilidade de aproveitamento econômico pelo autor da sua criação e do acesso à cultura, à informação e à educação, com o fim de promoção e desenvolvimento social.⁴⁷

Nas palavras de Denis Borges Barbosa, existe tensão entre o direito à informação de terceiros e exclusividade legal do titular da obra. Afirma, ainda Denis Barbosa, que há pretensão efetiva em satisfazer as intensões constitucionais de acesso à informação e aos bens culturais, à liberdade de expressão, de acesso à educação.⁴⁸

⁴⁵ LESSIG, Lawrence. *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. New York: Penguin Press, 2004, p. 18.

⁴⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2003, p. 35-50.

⁴⁷ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Iuris, 2007, p. 49-176.

⁴⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Direito de Autor. Questões fundamentais de direitos de autor*. Ed. Lumen Iuris, 2013, p. 549-555.

Ressalta-se que a elevação à cultura não é, e não pode ser privilégio de ninguém, pois não é um direito exclusivo de alguns, e sim um direito de todos. É um dos pilares para o desenvolvimento da personalidade e caráter humano, eis que a participação cultural é uma forma de desenvolver a cidadania e estimular a formação educacional. A concessão de um “monopólio” absoluto em favor dos autores causaria um atraso no desenvolvimento social.⁴⁹

Por isso, é preciso a valorização do interesse público primário relevante, como é o caso da lei de exibição obrigatória nas escolas, através da flexibilização do sistema de proteção autoral de modo que os interesses dos titulares do direito de autor, em receber o retorno financeiro máximo pela utilização de suas obras, sejam subordinados ao proveito cultural e educacional da coletividade.

A lei de exibição obrigatória de filmes, assim como os cineclubes, não intenciona lucro, sendo a exibição pública da obra na íntegra com cunho cultural, social, inclusivo, democrático e informativo. A exibição com tal finalidade não está prevista na LDA e não há também uma precificação justa a menor para exposições nesses moldes. Pelo contrário, a LDA fala em autorização pretérita ou remuneração do titular dos direitos autorais patrimoniais de autor do filme a ser exibido.

Todavia, a exibição pública sem autorização prévia nem remuneração deve e pode acontecer, desde que não prejudique os direitos patrimoniais dos titulares da obra audiovisual. Para tanto, ela é possível se não possuir finalidade lucrativa e tiver como objetivo final a promoção da cultura nacional, por exemplo.

A lei federal de exibição obrigatória busca o incentivo à hábitos culturais na sociedade brasileira; e para que ela de fato atinja seu fim como instrumento no processo pedagógico e de desenvolvimento cultural, faz-se necessário que prevaleça sobre os direitos autorais patrimoniais, o direito de acesso à cultura e à educação, pilares do direito à vida constitucionalmente estipulado.

Importante dizer novamente que a finalidade principal da exibição deve ser cultural, educativa e deve propiciar o exercício dos direitos fundamentais culturais constitucionalmente estabelecidos.⁵⁰ Assim, o uso de obras protegidas

⁴⁹ LEITE, Eduardo Lycurgo. *Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2009, p. 49; e WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual & Internet*. Curitiba. Editora Juruá, 2011. p. 199.

⁵⁰ AMÂNCIO, Antônio Carlos. Et al. *Cinema e Educação: A Lei 13.006/14. Novos Desafios Frente à Lei 13.006/14*. p. 28. Disponível em: <http://www.cineop.com.br/Livreto_Educacao10CineOP_WEB.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2016.

pelos direitos autorais feito por entidade sem fins lucrativos, como as escolas e os cineclubes, com objetivos educacionais e culturais, não conflita com os direitos autorais patrimoniais do titular.

Ademais, hoje em dia, a maioria das obras cinematográficas envolvem verbas provenientes do fomento público em suas produções, seja por meio dos benefícios fiscais ou pelos fundos de investimentos. Entende-se, assim, que “toda produção de bens culturais financiados integralmente com recursos públicos deve ser distribuída usando licenças e formatos livres, que não tem direito autoral”⁵¹ justamente por envolver a formação e educação cultural. Sendo assim, pela lógica dos fatos, presume-se que, aos filmes elaborados com o dinheiro público não são devidos os direitos autorais patrimoniais quando se trata da exibição pública nas escolas sendo, portanto, os mesmos cedidos de pronto para tal fim.

Ressalta-se, ainda, que os direitos autorais são embebidos dos direitos culturais, e não são excludentes dos direitos fundamentais, tais como à informação, educação, liberdade de manifestação cultural e criativa do consumidor.⁵² Sendo assim, pode-se falar que função social dos direitos autorais tem caráter duplo, já que busca assegurar ao criador a vinculação pessoal com a obra e garantir ao público o acesso aos bens culturais.

Diante de todo o exposto, para que o texto legal pertinente aos direitos autorais possa ser eficaz conforme os dispositivos constitucionais, não devem conter regras rígidas que impeçam o progresso social, devem atender ao mesmo tempo os interesses dos autores e o interesse coletivo da sociedade.

Sendo assim, a lei protetiva ser uma flexibilizada para que possibilite a efetividade das demandas sociais nacionais, e em caso de conflito deve a lei impedir que hajam excessos que possam prejudicar qualquer uma das partes, seja o autor, seja a sociedade buscando o bem-estar social e a disseminação da cultura nacional.

Nesta toada, como acertadamente registra Gustavo Binenbojm, para existir a prevalência faz-se necessária a ponderação proporcional dos interesses em conflito. Nesse sentido, o Estado democrático de direito é um Estado de

⁵¹ Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/2010/08/26/quem-e-contra-o-debate-publico-sobre-a-reforma-do-direito-autoral/>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

⁵² SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Culturais no Brasil. Ed. Azougue, 2012. p. 134-157.

ponderação razoável que se legitima tanto por proteger e promover os interesses dos particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. Ao fim dessa ponderação, é que se chega ao Interesse Público que é defendido pela doutrina majoritária por sua Supremacia.⁵³

Hoje, de acordo com Allan Rocha, é necessário identificar quais são as situações em que o acesso à cultura é mais relevante e proeminente do que a própria proteção dos direitos autorais. Não para afastar essa proteção, mas para criar espaços de liberdade cultural, espaços de formação cultural. Destaca, ainda, o autor que o pleno exercício dos direitos culturais só se realiza com o total acesso às fontes e concreta fruição dos bens culturais.

Todo o sistema de proteção dos direitos autorais se baseia ainda na tutela do autor e na não utilização da obra exceto mediante autorização expressa ou seu consentimento. E as limitações e exceções da LDA são insuficientes para que se estabeleça o equilíbrio de direitos, sob a ótica da função social do direito do autor na Sociedade Informativa.

A LDA, portanto, é incompatível com os desenvolvimentos tecnológicos informacionais e digitais da sociedade contemporânea, sendo discordante com a função social dos direitos do autor, pois a legislação vigente acabou se tornando um empecilho à difusão da informação e da cultura; existindo uma grande contradição entre a literalidade da lei e a realidade prática.⁵⁴

Aponta-se, por fim, que há o movimento do Ministério da Cidadania, por meio da Secretaria Especial da Cultura, para a construção de um anteprojeto de lei para a reforma da LDA. No dia 28 de junho de 2019, o governo federal abriu uma consulta pública sobre a necessidade de se reformar a LDA.⁵⁵ É fundamental da LDA ter um viés mais social, que diminuindo-se a proteção em favor da coletividade a fim de intentar um equilíbrio entre o direito à participação na vida cultural fundamental.⁵⁶

⁵³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Ed Renovar, 2014, p. 88.

⁵⁴ WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual & Internet*. v. II. Curitiba: Editora Juruá, 2011, p. 322.

⁵⁵ ROMEO, Bruno. "Ministério da Cidadania abre consulta pública sobre reforma da Lei de Direitos Autorais". Disponível em: <<http://cultura.gov.br/ministerio-da-cidadania-abre-consulta-publica-sobre-reforma-da-lei-de-direitos-autorais/>> Acesso em 60 mar. 2020.

⁵⁶ Conferência Nacional De Cultura. Texto-Base. Disponível em: <http://www.fundac.pi.gov.br/download/200909/FUNDAC24_f67a123a0c.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

CONCLUSÃO

Demonstrou-se, assim no presente artigo, os mecanismos vigentes na legislação brasileira como fundamentais para a produção e circulação de bens culturais que são as obras cinematográficas.

Ficou evidenciado o caráter cultural e educacional presente no cinema e, a necessidade da submissão dos direitos autorais frente a lei de exibição obrigatória de filmes nas escolas.

Para tanto, essencial o fortalecimento e ampliação de projetos públicos no mercado cinematográfico que busquem e permitam a democratização de acesso e a fruição das produções cinematográficas. Para isso, é necessária a participação ativa da sociedade de modo a pressionar os poderes executivos e legislativos de modo a concretizar as leis vigentes e para a permanência e renovação das leis que incentivam tal setor.

REFERÊNCIAS

- AMÂNCIO, Antônio Carlos. Et al. Cinema e Educação: A Lei 13.006/14. Novos Desafios Frente à Lei 13.006/14. p. 28. Disponível em: <http://www.cineop.com.br/Livreto_Educacao10CineOP_WEB.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2016.
- BARBOSA, Denis Borges. Direito de Autor. Questões fundamentais de direitos de autor. Ed. Lumen Iuris, 2013
- BARBOSA, Denis Borges. Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2003
- BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Ed Renovar, 2014, p. 88.
- BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Iuris, 2007. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2832/Sergio%20Branco%20-%20Direitos%20Autorais%20na%20Internet.pdf>>.
- BRASIL, República Federativa do. TRF3. 6ª Turma. DES. FED. JOHONSOM DI SALVO. APELAÇÃO (198) Nº 5014266-85.2018.4.03.6100. 22/11/2018. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Imprensa/Visualizar/936>> Acesso em 01/05/2019.
- Conferência Nacional De Cultura. Texto-Base. Disponível em: <http://www.fundac.pi.gov.br/download/200909/FUNDAC24_f67a123a0c.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.
- ESQUENAZI, Isabella Neumann. Cota de tela e cota de tela suplementar: histórico, validade

- e "Vingadores: Ultimato". Disponível em: <<https://telaviva.com.br/03/05/2019/cota-de-tela-e-cota-de-suplementar-historico-validade-e-vingadoresultimato/>> Acesso em 07 mar. 2020.
- FREIRE, Paulo. *A Pedagogia do Oprimido*. 10 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980, p. 66-67.
- FRESQUET, Adriana; MIGLIORIN, Cesar. *Cinema e Educação: A Lei 13.006/14. A Obrigatoriedade do Cinema na Escola, Notas para uma Reflexão Sobre a Lei 13.006/14*. p. 13-18. Disponível em: <http://www.cineop.com.br/Livreto_Educacao10CineOP_WEB.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2016.
- GALVÃO, Helder. "Os Direitos Autorais e a Política Pública de Fomento Indireto de Obras Audiovisuais Cinematográficas." Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/pped/dissertacoes_e_teses/Dissertacao.Mestrado.HelderGalvao.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- LEITE, Eduardo Lycurgo. *Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Iuris, 2009
- LEO, Luiz Francisco Ferreira. *Mestre em Relações Internacionais, pelo Instituto de Relações Internacionais do Rio de Janeiro - IRI/PUC-Rio (1995). Graduado em Publicidade (1990). Graduado em Jornalismo (1991). Graduado em Direito (2009). Desde 1996 é professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, no departamento de Comunicação Social. Ministra as disciplinas de Mídias Globais e Marketing Esportivo. Entrevista concedida em 25 abr. 2016.*
- LESSIG, Lawrence. *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. New York: Penguin Press, 2004, p. 18.
- LEVIN, Teresa. *Cota de Tela volta a valer em 2020*. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2020/01/08/cota-de-tela-volta-a-valer-em-2020.html>> Acesso em 07 mar. 2020.
- LUSVARGHI, Luiza Cristina. "O cinema na era digital: a consolidação dos conteúdos cross-Mais aula e menos filme. Estadão. 20 jul. 2014. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,mais-aula-e-menos-filme-imp-,1531408>>. Acesso em: 08 mar. 2020.
- media no Brasil, de Big Brother ao caso Antonia." Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/resumos/R1059-2.pdf%3e.%20>>. Acesso em: 08 mar. 2020.
- MICHEL, Rodrigo Cavalcante; AVELLAR, Ana Paula. "Indústria cinematográfica brasileira de 1995 a 2012: estrutura de mercado e políticas públicas". Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512014000300491>. Acesso em: 08 mar. 2020.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 15. ed. rev., refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 584-585.
- PRIKLADNICKI, Fábio. "Fernanda Montenegro: "Um país sem cultura é um país sem educação"" Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/cultura-e-lazer/>>

- noticia/2018/09/fernanda-montenegro-um-pais-sem-cultura-e-um-pais-sem-educacao-cjmk2hqn009j01rx4e4v9ze.html> Acesso em 03 mar. 2020.
- RIBEIRO JUNIOR, Djalma. 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://audiovisualeducacao.blogspot.com.br/2014/08/vamos-falar-sobre-lei-13006-de-26-de.html>>. Acesso em: 19 jan. 2016.
- ROMEO, Bruno. "Ministério da Cidadania abre consulta pública sobre reforma da Lei de Direitos Autorais". Disponível em: <<http://cultura.gov.br/ministerio-da-cidadania-abre-consulta-publica-sobre-reforma-da-lei-de-direitos-autorais/>> Acesso em 60 mar. 2020.
- SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. A constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007
- SARMENTO, Daniel; SARLET Wolfgang Ingo. Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011
- SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultura. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Culturais no Brasil. Ed. Azougue, 2012.
- SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/11630623-Allan-rocha-de-souza-os-direitos-culturais-e-as-obras-audiovisuais-cinematograficas-entre-a-protecao-e-o-acesso-rio-de-janeiro-2010.html>>. Acesso em: 08. Mar. 2020.
- VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Mídia e Propriedade Intelectual: A Crônica de um Modelo em Transformação. Rio de Janeiro. Ed Lumen Juris, 2010, p. 10.
- VIANY, Alex. Introdução ao cinema brasileiro. Rio de Janeiro: ministério da cultura e educação, instituto nacional do livro, 1959.
- WACHOWICZ, Marcos. Propriedade intelectual & Internet. Curitiba. Editora Juruá, 2004.
- WACHOWICZ, Marcos. Propriedade intelectual & Internet. v. II. Curitiba: Editora Juruá, 2011
- WILLMERSDORF, Pedro. "Após ano de incerteza, Cota de Tela abre caminho para novos passos" Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/apos-ano-de-incerteza-cota-de-tela-abre-caminho-para-novos-passos-1-24160261>> Acesso 08 mar. 2020.

CONCEITO E FUNÇÃO DA NORMA JURÍDICA SEGUNDO UMA CONCEPÇÃO RETÓRICA

Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro¹

Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana²

Resumo: O objetivo do artigo é analisar o conceito e função da norma jurídica segundo uma concepção retórica. Utiliza-se fundamentação teórica com base na hermenêutica jurídica. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo. É dedutivo porque é um processo de análise da informação que utiliza livros e artigos científicos para obter uma conclusão a respeito do problema. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito, mais precisamente na área de hermenêutica e introdução ao estudo do direito.

Palavras-Chave: Norma Jurídica. Retórica. Hermenêutica.

CONCEPT AND FUNCTION OF LEGAL STANDARD ACCORDING TO A RHETORIC CONCEPTION

Abstract: The objective of the article is to analyze the concept and function of the legal norm according to a rhetorical conception. Theoretical basis is used based on legal hermeneutics. It is a descriptive research, the deductive method used. It is deductive because it is an information analysis process that uses books and scientific articles to reach a conclusion about the problem. The work was carried out through bibliographic

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, Professora de Direito Constitucional e Hermenêutica da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco – AEVVSF, advogada.

² Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado.

research in the area of Law, more precisely in the area of hermeneutics and introduction to the study of law.

Keywords: Legal Standard. Rhetoric. Hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

A construção de “uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo” tem sido alvo do trabalho filosófico do Douto João Maurício Adeodato, Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Ele se propõe a ressuscitar uma disciplina milenar, esquecida devido ao “progresso” da sociedade e à evolução da ciência. Como consequência do esquecimento da retórica como disciplina de fundamental importância para a Filosofia do Direito e para a Doutrina Jurídica, criou-se, na sociedade contemporânea, uma Doutrina Jurídica de “transcrição”, cujos autores repetem ideias dos principais teóricos; não contribuindo, assim, para o aprofundamento do conhecimento jurídico.

Faz-se mister, então, uma breve conceituação de Filosofia do Direito e Retórica para que se entenda melhor o problema.

A Filosofia do Direito consiste em investigações filosóficas sobre a realidade jurídica e temas a ela relacionados, como: justiça, validade e legitimidade das normas, liberdade, propriedade, ética, função social do Direito etc. Esses temas e tópicos desdobram-se em questionamentos ainda maiores, como: é direito o que está escrito na lei ou o que os juízes dizem o que é de direito? É legítima a lei rejeitada por seus destinatários (reflexões sobre a norma jurídica)? Quais são os princípios cujos tribunais e constituições se baseiam (reflexão sobre o direito subjetivo)?

Diria Moncada (195, p. 1) que:

A Filosofia do direito não é uma disciplina jurídica ao lado de outras; não é sequer, rigorosamente, uma disciplina jurídica. É uma atividade mental ou ramo da Filosofia que se ocupa do direito; é uma parte, um capítulo particular, se quisermos assim chamar-lhe, da Filosofia. Há uma Filosofia do direito, como há uma Filosofia da arte, outra da religião, outras das ciências, etc., mas só quando ao estudo destes objetos se imprimir uma determinada orientação e eles forem contemplados por nós sob certo aspecto; como há, inclusivamente, uma Filosofia de todas as diferentes

manifestações da vida, da atividade e do pensamento humano e de todas as coisas.

A Retórica, “arte da boa fala”, junto com a dialética e a lógica, faz parte da Filosofia, pois se baseia em um estudo estruturado sobre a elaboração do discurso e sua exposição. Relaciona-se também à Filosofia do Direito e ao próprio Direito, já que, a “Arte da Argumentação” visa convencer/persuadir os juristas sobre determinado assunto. Segundo Sousa (2001, p. 50):

[...] a argumentação (ou retórica) - enquanto processo discursivo de influência - deita mão de todos os recursos persuasivos disponíveis e o raciocínio lógico ou quase lógico, a sugestão e até a sedução, não são senão diferentes e interligados modos dela se manifestar. (...) nem a persuasão se mostra incompatível com a dimensão ético-filosófica da comunicação, nem o imperativo da discutibilidade crítica condena, a priori, o recurso ao elemento persuasivo. A comunicação afirma-se pela eficácia com que cumpre os seus objectivos. Sem eficácia, não passa de um simulacro. Sem persuasão, não se cumpre.

A filosofia retórica, porém, apresenta contradições; quais sejam: opõe-se à verdade ao mesmo tempo em que a pleiteia. A verdade retórica é relativa, constituindo-se como um acordo entre as partes sobre o valor da verdade; por isso é influenciável, autorreferente e volúvel.

Por causa dessas contradições, muitos preconceitos são propagados entre os doutrinadores. Pensa-se que retórica é apenas uma decoração (algo para deixar o discurso mais belo), que consiste apenas em induções e que a postura retórica não se encaixa dentro do conceito de filosofia. Murcho (2012) coloca que:

a retórica de que em geral se fala é a arte de enganar; é a arte de usar todos os dispositivos possíveis para influenciar o auditório, apelando para os seus instintos mais baixos, ou para argumentos que parecem razoáveis mas não o são (as falácias).

Mas, mais do que isso, a retórica constitui-se um importante instrumento de sedução e convencimento, seja no texto oral ou escrito. Além disso, usar retórica é ter uma atitude filosófica porque a retórica se inicia com várias definições sobre o objeto de estudo e sobre a qual escolhemos como mais importante (Russel, 1962, p. 11 - 12):

Uma definição normalmente induz a pensar que o definiens merece uma atenciosa consideração. Por isso uma coleção de definições inclui

a nossa escolha (choice) dos argumentos e o nosso juízo sobre o que é considerado mais importante.

Dessa forma, a ideia de uma verdade absoluta sobre todas as coisas é um devaneio. O que ocorre são convenções sobre a verdade e sobre conceitos. Esses pactos são tentativas de se controlar o futuro, embora sejam, muitas vezes, descumpridos. São descumpridos constantemente porque as verdades, sendo relativas, impõem um relato mais verdadeiro do que outro; logo, uma pessoa será mais beneficiada, causando desconforto na outra. A debilidade desses acordos é demonstrada dessa forma.

2. O APOIO NAS PERSPECTIVAS CIENTÍFICAS NÃO-ONTOLÓGICAS

Teorias baseadas no senso comum afirmam que o cérebro percebe o mundo de forma empírica, através de percepções. Dessa forma, todas as percepções sensoriais seriam iguais, pois, todos veriam iguais cores, iguais formas, iguais texturas; aquele que visse de forma diferente, estaria tendo uma ilusão/decepção perceptiva. Porém, novas pesquisas mostram que o cérebro modifica o ambiente em que estamos; o ambiente passa a ser um dado “construído”, existindo dessa maneira, múltiplas percepções; a realidade e o mundo passam a ser, então, diferentes. Os estímulos provenientes do mundo são transformados em percepções, que chegam ao cérebro na forma de sinapses (sinais bioelétricos) – única forma utilizada pelo cérebro para interpretar o mundo (os sinais hormonais também devem ser transformados em sinais bioelétricos). O cérebro não consegue perceber os órgãos dos sentidos, consegue apenas interpretar as mensagens enviadas por esses órgãos, por exemplo: as impressões visuais decodificadas pelo córtex infero-posterior são independentes da imagem real, que nada tem a ver com o seu local de estímulo. O cérebro, dessa forma, constrói sua própria realidade.

Tomando-se como ponto de referência o cérebro humano, a grande variedade de percepções observadas pela experiência sensorial passa a ser evidente, já que os estímulos sensoriais chegam ao cérebro de maneira inespecífica. Devido ao elevado número de possibilidades, torna-se impossível prever a reação cerebral causada por impulsos sensoriais. Por isso, o cérebro não é “aberto ao mundo”,

ele é um sistema fechado, interpretando, apenas, as sinapses; não sabendo de onde vêm os significados ou origens desses sinais.

O cérebro percebe o mundo, adaptando-o, para adequar nossas vidas a ele. Cria-se, dessa forma, “ilusões”, que não necessariamente ocorrem em casos programados ou extremos; cita-se o exemplo de que quando vemos determinadas marcas de produtos de “fast food”, associamos a marca à comida e ficamos com vontade de consumi-la. Essas ilusões ocorrem todos os dias, constantemente.

O ato/processo de aprendizagem humano (cognição) pode ser dividido em vários setores; dentre eles, existem três áreas intimamente relacionadas ao processo de percepção do mundo: a área do pensamento – incluindo aí as emoções e a imaginação; a área das experiências corporais – como dor, calor e frio; e a área de como o cérebro percebe o mundo circundante e os objetos. Mesmo sendo sutil a linha que separa esses três setores, geralmente conseguimos distingui-los com certa precisão. De acordo com Cury (2008, p. 9 - 22):

A primeira área é mais profunda, refere-se aos fenômenos inconscientes que atuam em milésimos de segundos no resgate e na organização das informações da memória e consequentemente na construção de pensamentos e emoções. Essa produção é registrada milhares de vezes por dia pelo fenômeno RAM (registro automático da memória), construindo a plataforma que forma o EU, que é a expressão máxima da consciência crítica e capacidade de escolha. Tudo o que percebemos, sentimos, pensamos, experimentamos, tornam-se tijolos na construção dessa plataforma de formação do Eu.

A segunda área se refere ao corpo das complexas variáveis que influenciam em pequenas frações de segundos os fenômenos que leem a memória e produzem os pensamentos, imagens mentais, ideias e fantasias. Entre essas variáveis destaco “como estou” (estado emocional e motivacional), “quem sou” (a história existencial arquivada nas janelas da memória), “onde estou” (ambiente social), “quem sou geneticamente” (natureza genética e a matriz metabólica cerebral) e o “como atuo como gestor da psique” (o Eu diretor do roteiro de nossa história).

[...]

A terceira grande área da inteligência se refere aos resultados das duas primeiras áreas. Nessa área se encontram os comportamentos perceptíveis, capazes de serem analisados, avaliados, aferidos. Nessa área

se evidencia a rapidez de raciocínio, o grau de memorização, a capacidade de assimilação de informações, o nível de maturidade nos focos de tensão, bem como os patamares de tolerância, inclusão, solidariedade, generosidade, altruísmo, segurança, timidez e empreendedorismo.

Quando muitas pessoas começam a agir da mesma maneira, e essa atitude passa a ser aceita por todos, essa conduta começa a ser considerada “normal”; seria considerada loucura se apenas uma pessoa a fizesse. Psicopatas passam a considerar suas ações tão legitimadas quanto as ações das outras pessoas. As observações quanto as ações/attitudes tem de ser feitas de um ponto de vista externo para que se possa separar o “normal” do “anormal”. Entre o cérebro humano e o mundo exterior existe algo que os separa. Essa separação é feita pela linguagem. O cérebro humano e o próprio ser humano, porém, não conseguem perceber essa mediação, pois percebemos o mundo como um dado empírico. É nisso que consiste a autorreferência da retórica: não haver um ponto de referência objetivo e externo em relação à linguagem.

A realidade constitui-se, dessa forma, como a descrição aparentemente mais verdadeira da realidade. E possui o poder aquele que tem autoridade moral para modificar, ou legitimar, essa descrição (esse tipo de poder é chamado de “poder da razão”). Todos temos algum poder, pois ter poder é, de certa maneira, controlar ou exercer o mínimo de influência sobre a sociedade ou uma parcela dela. Contudo, se todos temos poder, então todos nos influenciados mutuamente o tempo todo. Para melhor entendermos o sistema social, diferenciamos as pessoas entre aquelas que têm mais poder e aquelas que têm menos poder; aquelas podendo pactuar com estas de forma que as prejudique. Por causa disso, a Filosofia Retórica intercede/atua em favor da extinção do poder. Ela pretende que o mínimo de poder seja acumulado pelas pessoas.

3. CONCEITO RETÓRICO DE NORMA JURÍDICA

Ocorre na linguagem o fenômeno do abismo gnosiológico. Os fatos são únicos, irrepetíveis e incognoscíveis. A linguagem falha ao tentar descrevê-los, nem com todas as palavras do mundo se pode descrever um fenômeno tal como ele é. A linguagem gera ambiguidades, vagezas e lacunas nos sentidos, nas palavras e nos conceitos. Além disso, existe a porosidade, que se dá quando um conceito muda, evolui, adquire outro significado.

Partindo desse ponto de vista, não é correto dizer que o conceito de norma deve estar de acordo com a conceituação da Escola da Exegese francesa, ou de acordo com a conceituação da Escola do Direito Livre. O conceito de norma, assim como o conceito de qualquer outro significante, adquire outros sentidos de acordo com a época, o lugar e a pessoa que a conceitua.

A Filosofia do Direito, assim como a semiótica e a Retórica, se preocupa com a conceituação de norma jurídica. Esta, a partir de certo momento, passou a ser quase um sinônimo de "Direito". Dessa forma, é preciso definir norma jurídica quando se define Direito; não exatamente respondendo "o que é" norma jurídica, mas sim verificando quais são os diversos usos que ela pode assumir de acordo com a concepção de cada jurista.

Para a Escola da Exegese francesa (Legalista), Norma Jurídica é sinônimo de Lei (existe aí a univocidade da linguagem). Quem cria o "direito" neste caso é o Legislador – o juiz, julgador, nunca cria o direito -, sendo a interpretação sempre literal.

Por outro lado, a Escola Histórica e também a Escola do Direito Livre (chamadas de Realistas), dizem que a Lei é só um texto, é apenas uma das formas de expressão linguística da Norma Jurídica (é o significante da Norma). O julgador (não só os juízes serão julgadores), nesse caso, sempre criará a Norma, que surge durante a decisão e tem garantia após a decisão ser legitimada. A Lei passa a ser uma forma de justificar a decisão, e não uma forma de encontrá-la. Para as Escolas Sociológicas (Realistas), o que vale em uma Norma é sua efetividade (não só sua validade). Para essa corrente jurídica, portanto, o Direito Estatal passa a reconhecer o Direito Alternativo; pois este possui efetividade, enquanto que o aquele possui apenas validade.

É necessário também que se diferencie Norma Jurídica de Norma Não-Jurídica. A Norma Jurídica possui características inatas, são elas:

a) Bilateralidade ou Alteridade

Não há direito para uma das partes sem que exista direito para outra. A Norma Jurídica regula a conduta de um ou mais sujeitos em relação à conduta de outro ou outros indivíduos. Esta característica deve ser entendida em seu sentido axiológico, pois em seu sentido ôntico, todas as formas de condutas humanas são bilaterais, pois a bilateralidade requer a participação de dois ou mais indivíduos.

Gusmão (1986, p. 105) define essa característica da seguinte forma:

As normas jurídicas disciplinadoras de condutas são bilaterais, sendo, portanto, a bilateralidade sua nota específica. Geralmente, sua forma típica é imperativa, geral e abstrata. Compõe-se, em regra, de preceito e sanção. Na norma penal é perfeita essa estrutura, pois consta do “preceito”, que define o crime, e da “sanção”, que estabelece a pena. Já em outras, as sanções podem se encontrar em outra parte da lei ou em outra lei.

Cretella Jr. (1984, p. 35), por sua vez, coloca dessa forma:

Quando se diz, portanto, que a bilateralidade é conotação típica da norma jurídica, o vocábulo bilateral designa o sentido da relação, o traço axiológico, valorativo, deontológico que ocorre e não o mero aspecto da intersubjetividade social, que está presente também no mundo do relacionamento ético.

b) Heteronomia

Esta é a possibilidade de a norma se impor sobre seus destinatários independente da vontade destes, podendo até ser contra o querer dos destinatários. A norma jurídica representa o querer da autoridade da qual teve origem, ou seja, do Poder Legislativo. Segundo Betioli (2001, p. 89):

[...] uma vez que são elaboradas por terceiros, as normas de direito podem coincidir ou não com as convicções que temos sobre o assunto. No entanto somos obrigados a obedecê-las, devemos agir de conformidade com seus mandamentos. E para o direito basta a adequação exterior do nosso ato à sua regra, sem a adesão interna.

Com outras palavras, ao direito é indiferente a adesão interior dos sujeitos ao conteúdo das suas normas; ele quer ser cumprido com a vontade, sem a vontade ou até mesmo contra a vontade do obrigado. Nem todos, por exemplo, pagam o imposto de renda de boa vontade; no entanto, o direito não exige que, ao pagá-lo, se o faça com um sorriso nos lábios; a ele basta que o pagamento seja feito como ordenado: na época prevista, de acordo com a alíquota estabelecida etc.

Isso significa que as normas jurídicas são impostas, valem objetivamente, independente da opinião e do querer dos seus destinatários. Na lição de Reale (1984:49), é essa “validade objetiva e transpessoal das regras jurídicas, às quais é indiferente a adesão interior dos sujeitos ao seu conteúdo, que se denomina “heteronomia” do direito (do grego heteros = outro, e nomos = lei); significa sujeição ao querer alheio, a leis exteriores.

c) Coercibilidade

A coercibilidade de uma norma é consequência de sua heteronomia. Se uma norma não depende da vontade de quem a ela se submete, então ela deve ser empregada compulsoriamente (se não cumprida). A Norma Jurídica é imposta pelo Estado, e se não cumprida, este pode empregar uma pressão psicológica conhecida como *vis compulsiva*, ou até mesmo empregar a violência: *vis corporalis* ou *vis materialis* (Betoli, 2001, p. 90).

O direito, à diferença das demais normas éticas, surge aparelhado com a força para se fazer cumprir, impondo-se quando necessário. Caso não observemos voluntariamente o que ele determina, corremos o risco de ser compelidos, "forçados", pelos agentes do Estado, a cumprir o que é determinado por suas regras. Há, pois, um elemento distintivo do direito: a força organizada em defesa do seu cumprimento.

d) Imperatividade

Toda norma de conduta é imperativa, pois todas contém um mandamento. A Norma Jurídica é um imperativo atributivo. É imperativo porque ordena, impõe uma conduta ou proíbe uma ação; e é atributivo porque confere algum direito a alguém. Toda Norma Jurídica contém um preceito e uma sanção (Betoli, 2001, p. 88).

O direito essencialmente é imperativo, porque sua norma traduz um comando, uma ordem, uma imposição para fazer ou deixar de fazer alguma coisa. A regra do direito cria, pois, uma obrigação jurídica, um dever jurídico, cuja observância é urgida pela sociedade. Não se trata, portanto, de mera descrição ou mero aconselhamento. As normas jurídicas não foram enunciadas para ser contempladas, mas sim para ser cumpridas, prevendo-se concomitantemente a consequência do seu não cumprimento, no que consiste o seu caráter preceptivo ou imperativo.

As normas não serão jurídicas quando não atenderem a esses requisitos, ou seja, serão normas não-jurídicas as normas religiosas, morais, políticas etc.

Faz parte dos objetivos das normas o controle do futuro, a redução da complexidade futura, entendendo-se por complexidade todas as possibilidades que o Direito considera possíveis. A Norma, por isso, é um dever-ser; ela diz o que deve acontecer no futuro e quais as consequências caso alguém se desvie do comando da Norma. A sua legitimação se dá antecipadamente; dessa forma, quando a sanção for aplicada, o destinatário da Norma terá de aceitá-la (aceitar tanto a Norma quanto a sanção, não podendo se escusar por não conhecê-las).

4. CONCLUSÃO: FUNÇÃO SOCIAL DA NORMA JURÍDICA

A incerteza sobre o futuro e a complexa rede de possibilidades que esse tem deixa o homem inquieto. A Norma atribui para si então a função de “controle” do futuro, dos conflitos futuros e o controle do comportamento “normal” do homem. O sistema normativo tem um bom desempenho porque encara as possibilidades como algo cuja existência pode ser constatada de modo indiscutível e que irá realmente ocorrer.

As Leis e as Normas lidam com possibilidades reais e atuais, pois uma Lei que normatiza um evento impossível é uma Lei que não serve para nada; além disso, as Leis que normatizam comportamentos que não são mais comuns (do séc. passado, por exemplo) são Leis obsoletas.

O ser humano é o único animal que tem consciência de si próprio, de sua própria existência. É o único que sabe que morrerá, e esse saber causa angústia e desconforto. Daí surge a Filosofia (com o Existencialismo e outras correntes), a Psicologia, a Psicanálise; disciplinas que foram criadas para tentar consolar o ser humano e dar um sentido a sua vida/existência. A promessa faz parte desse consolo, pois com ela podemos “controlar” o futuro, ou pelo menos, comportamentos futuros. Contudo, a capacidade de prometer se liga a outras duas capacidades: perdoar e mentir. De nada funciona a promessa para eventos passados, então, para o ser humano ficar em harmonia com essa extensão temporal. A faculdade de mentir opõe-se a faculdade de cumprir a promessa. Para Adeodato (2011, p. 44), *“a promessa estabiliza o futuro e remedia a imprevisibilidade da ação; o perdão estabiliza o passado e remedia a irreversibilidade dos atos humanos; e a possibilidade da mentira cria a necessidade da promessa.”* A promessa e a Norma surgem então para diminuir a quantidade de possibilidades de ação, contudo cada escolha que fizermos abrirá mais possibilidades, e, com o surgimento de mais possibilidades, criaremos mais promessas e mais Normas (transformando este, em um trabalho infindo).

A complexidade do futuro angustia o homem, este, então, trabalha para diminuir essa complexidade. A ética e a religião trabalham para diminuir essa complexidade futura; entretanto, em sociedades menos diferenciadas, elas perdem espaço. O subsistema jurídico acaba por tomar para si toda a responsabilidade dessa normatização do futuro. A normatização baseia-se na linguagem, que é codificada pelo amor, pelo dinheiro, pela amizade e outras

formas de comunicação, sendo o direito uma delas. O jurista, para exercer seu trabalho com competência e ética, precisa conhecer todo esse sistema. A Filosofia Jurídica e a Retórica Jurídica oferecem as ferramentas necessárias ao jurista para que ele entenda esse sistema.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *UMA TEORIA RETÓRICA DA NORMA JURÍDICA E DO DIREITO SUBJETIVO*. São Paulo: Noeses, 2011.
- BATISTA, Rosângela de Fátima Jacó e COSTA, José Pereira da. *INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO*. Juazeiro: Ed. e Gráfica Franciscana, 2006.
- BETIOLI, Antonio Bento. *INTRODUÇÃO AO DIREITO*. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2011.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO*. Rio de Janeiro. Companhia Editora Forense. 1984.
- CURY, Augusto. *O CÓDIGO DA INTELIGÊNCIA*. 4ª Reimpressão. Rio de Janeiro. Ediuoro. 2008.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO*. 11ª Edição. Rio de Janeiro. Companhia Editora Forense. 1986.
- LEGUIZAMON, Hector. *FILOSOFIA: ORIGENS, CONCEITOS, ESCOLAS E PENSADORES*. São Paulo. Escala Educacional. 2008.
- MONCADA, Cabral. *FILOSOFIA DO DIREITO E DO ESTADO*. Vol. I. Parte Histórica, São Paulo. Livraria Acadêmica Saraiva S/A Editora. 1950.
- MURCHO, Desidério. *A ARGUMENTAÇÃO NA COMUNICAÇÃO EMPRESARIAL*. Disponível em: <http://critica.no.sapo.pt/fil_comunicacaoempresarial.html>. Acesso em: 26 de março 2020.
- PLEBE, A. e Emamuele, P. *MANUAL DE RETÓRICA*. S. Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 48-50.
- RUSSEL, B. e Whitehead, A.. *PRINCIPIA MATHEMATICA*, Cambridge, 1962, pp 11-12.
- SALDANHA, Nelson. *FILOSOFIA DO DIREITO*. Rio de Janeiro. Renovar, 1998.
- SOUSA, Américo de. *A PERSUASÃO*. Covilhã. Editora Universidade da Beira Interior. 2001.

PRESCRIÇÃO. DANO PERMANENTE, NASCE A CADA DIA, VIOLAÇÃO CONTINUADA, AFASTADA A PRESCRIÇÃO?

José Carlos Tinoco Soares - Advogado

Por inúmeras vezes já nos manifestamos sobre a prescrição e não faz muito de maneira um tanto contundente, ocasião em que comentamos ter obtido o **inusitado** qual seja, de através de uma Ação Rescisória conseguir obter o **cancelamento da Súmula nº 142 do STJ**.

Com efeito, e durante longo tempo era aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, a prescrição prevista pelo Art. 178, § 10, inc. IX do Código Civil de 1916, isto é: *“Prescreve em cinco anos: a ação por ofensa ou dano causados ao direito de propriedade; contado o prazo da data em que se deu a mesma ofensa ou dano”*. (Cf. ERE nº 46597; RE nº 49857; RE nº 66.420; AgRg. 80.060; Agr. Instr. 94.651-9; RE nº 104.497-7 e REsp. nº 4055 (90.6774-0).

Destaque-se que os Tribunais de praticamente todos os Estados da Federação procediam da mesma forma e assim se fez com regularidade pelo então Tribunal Federal de Recursos e o Superior Tribunal de Justiça. Algumas divergências foram pronunciadas apenas e tão somente no que dizia respeito ao período compreendido pela prescrição, ou seja, de cinco, dez ou vinte anos.

Confirma-se, no entanto, que nunca houve o menor questionamento para com os dois extremos, ou seja, o *“dies a quo”* e o *“dies ad quem”*. Tanto isto é fato inquestionável que nesse longo interregno houve uma memorável decisão

pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento nº 80060 (AgRg), sob o manto do Min. Djaci Falcão. Do seu longo voto sob a lição de Pontes de Miranda, João da Gama Cerqueira, Câmara Leal, Ari Franco, Carpenter e Franzen de Lima, dentre outros argumentos salientou que: *“A agravada teve o seu contrato social arquivado em 03-10-1972. Portanto, ainda que daí contasse o prazo prescricional de 5 anos, não teria ele transcorrido na data do ajuizamento da ação, 22-09-1977. Entretanto, a sentença de 1ª instância, sucessivamente confirmada, baseando-se no art. 39 da Lei nº 4726/65, alega que sendo o contrato social datado de 14-08-1972 e tendo sido apresentado à Junta Comercial nos 30 dias subseqüentes, os efeitos do arquivamento retroagiriam à data de sua constituição”*. (grifou-se) (Cf. Rev. Trim. Jurisprudência-STJ nº 101, Pág. 637)

Houve, portanto, o inédito, porém, correto e preciso em razão dos termos da lei, ou melhor, **retroagindo o “dies a quo”**, à data da assinatura do contrato e não como sempre acontece, visto que se leva em consideração a data do “arquivamento dos atos constitutivos” da empresa.

Não padece a menor dúvida que essa soberana decisão nesta espécie, deverá não só servir de paradigma como também rememorada para prevalecer daqui por diante, sobre todas as demais que voltaram a vacilar como será suficientemente comprovado.

A partir da última e precedente decisão do Supremo Tribunal Federal, as Turmas do Superior Tribunal de Justiça passaram a decidir aplicando o disposto no Art. 177 do Código Civil de 1916, que assim se enunciava: *“As ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais em dez entre presentes, e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas”*. (Cf. REsp. nº 10564; REsp, nº 19355-0; REsp. n 26.752-7; REsp. nº 34.983-0, decisões estas antagônicas)

2. Baseando-se em elogiável decisão do Ex-Min. CESAR PELUSO, proferida em Emb. Infring. nº 236.278-1/0-01, da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo que defendendo o Direito de Propriedade sobre a Marca e o Nome Comercial, sob a luz de consagrados Mestres culminou com a aplicação da prescrição quinquenal, enfocando o Direito Pessoal, o Direito Real e o Direito de Propriedade, não vacilamos em propor Ação Rescisória. Discorreremos sobre a lição de Afonso Celso, Moise Amar, Bento de Faria, Eugène Pouillet, Agustín Ramella, Georges Bry, Stephen P. Ladas, Barros Monteiro, Pontes de Miranda, etc., até atingir a Súmula n 142-STJ, que consignava: *“Prescreve em vinte anos a ação*

para exigir a abstenção de uso de marca comercial!" (cf. Tratado da Propriedade Industrial-Marcas e Congêneres, Ed. Jurídica Brasileira, S. Paulo, 2003, V. II, págs. 1627 e seguintes de nossa lavra.)

Fomos vitoriosos pelo cancelamento da Súmula nº 142-STJ, mercê da Ação Rescisória nº 512, em 12-05-1999 e publicações em DJU 12-05-1999 e em 25-05-1999 e em 14-06-1999.

Restou vigente a Súmula nº 143-STJ, isto é: "Prescreve em 5 (cinco) anos a ação de perdas e danos pelo uso de marca comercial" e a Lei da Propriedade Industrial nº 9279 de 14-05-1996 que assim estabelece em seu Art. 225, "Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial".

3. Sobreveio o novo Código Civil pela Lei nº 10.406 de 10-01-2002, amparando uma generalidade pelo Art. 205, ou seja: "A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor" e como consequência não só os Tribunais dos Estados da Federação, como também o Superior Tribunal de Justiça tem vacilado sobre o real prazo de prescrição para as ações que provocam a ofensa ao direito de propriedade. Quanto às perdas e danos, não há dúvida que a prescrição é a quinquenal.

4. Ao que nos parece a partir de 14-05-2013, tudo mudou em razão do que assim foi decidido "O prazo prescricional para a ação de indenização é quinquenal. Porém, o termo "a quo" nasce a cada dia em que o direito é violado. De fato, se a violação do direito é **continuada**, de forma que os atos se sucedam em seqüência, a prescrição ocorre do último deles, mas, se cada ato reflete uma ação independente, a prescrição alcança cada um, destacadamente" (grifou-se) em REsp. nº 1.320.842-PR (2012/0086536-1), 4ª Turma do STJ) e REsp. nº 1.263528.

5. Em razão desses fatos discorreremos sobre a "prescrição" desde o seu início e para tanto, desde logo, nos valem dos mais antigos dicionários. "Prescrição". Encycl. Dir. Bras. "É o prazo a que a lei dá o efeito de extinguir o direito que durante ela não foi exercido, ou faz adquirir um direito que nos termos e prazos da lei se exerceu... A prescrição se interrompe: pela citação feita ao devedor; pela propositura da ação contra ele; pelo protesto na devida forma; pelo reconhecimento expresso da dívida feito pelo devedor". (Cf. Encyclopédia e Dicionário Internacional, W. M. Jackson-Editor, Rio de Janeiro, 1920, V. XVI, pág. 9288)

"Prescrição, s. f. lat. praescriptione. Ordem formal e explicita. Meio legal de adquirir

a propriedade ou de se extinguirem obrigações pelo fato de não ser exigido o seu cumprimento". (Cf. Lello Universal, Ed. Lello & Irmãos, Porto-Portugal, 1945, pág. 630)

"Prescrição, s. f. ordem formal e explícita. Modo de adquirir um direito ou uma propriedade, de ser isento de uma obrigação pela posse não interrompida ou pela cessação do exercício do direito **durante um espaço de tempo fixado pela lei; extinção de um direito**, que se não exerce por determinado tempo. A prescrição pode ser alegada em qualquer instância pela parte a quem aproveitar (Cód. Civ. Bras. Art. 162)". (Cf. Caldas Aulete, Dicionário Contemporâneo da língua portuguesa, Ed. Delta, Rio de Janeiro, 1958, pág. 4061). (grifou-se).

Resumidamente tem-se que a "prescrição" é o **prazo para a extinção de um direito; a prescrição se interrompe pela citação ou pela propositura da ação; é o meio legal de adquirir a propriedade; é o meio legal de extinguir uma obrigação pelo fato de não ser exigido o seu cumprimento.**

6. A prescrição remonta ao tempo de Justiniano, ou seja, a "*A longi temporis praescriptio*", aplicando-se aos terrenos provinciais e sendo um instituto de direito magistral cabe quer as "cives" quer aos "peregrini". O tempo necessário para "prescrever" é de dez anos contra quem reside na mesma cidade (entre presentes) e de vinte anos entre cidades diferentes (entre ausentes). (Cf. Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, Manual de Direito Romano, Ed. Saraiva, São Paulo, Vol. I, 1957, pág. 176)

Havia, portanto, um prazo prefixado de dez ou vinte anos e, por via de consequência um "*dies a quo*" e um "*dies ad quem*", para a contagem do prazo, porém, nada havendo sobre eventual interrupção ou dilatação.

BARROS MONTEIRO, sob o manto da mais abalizada doutrina, nos ensina sobre a "prescrição" que "*Como demonstra CUNHA GONÇALVES a prescrição é indispensável à estabilidade e consolidação de todos os direitos; sem ela nada seria permanente; o proprietário jamais estaria seguro de seus direitos, e o devedor livre de pagar duas vezes a mesma dívida. (grifou-se). Foi JUSTINIANO quem refundiu completamente o instituto, destacando sua dupla fase, aquisitiva e extintiva, sendo a primeira modo de adquirir a propriedade pela posse prolongada, e a segunda, meio pelo qual alguém se libera de uma obrigação pelo decurso do tempo*". (grifou-se) (cf. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, Parte Geral, Ed. Saraiva, São Paulo, 1960, pág. 294)

Obs.: Este ensinamento é por demais importante porque o "decurso do tempo"

ali mencionado faz crer que nesse interregno haverá sempre um dia do começo e outro dia o do fim, compreendidos pela totalidade do período que ampara a prescrição que, na verdade, não se dilata.

E, prosseguindo o autor diz que: *“Consoante a definição de CLÓVIS BEVILACQUA, prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em conseqüência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo”*. (grifou-se) (Cf. obr. citada, pág. 295)

Obs.: Repita-se, prescrição é a perda da ação durante um determinado espaço de tempo, o que autoriza a entender que esse “tempo” compreende todo um período que detém um início, um meio e um fim, posto que a mesma não se dilata.

E, dando seguimento o Autor repete o Professor FRANCISCO MORATO que assinala *“Na prescrição extintiva, a força extintora extermina a ação que tem o titular e, por via de conseqüência, elimina o direito pelo desaparecimento da tutela legal. Fenece a ação e, pelo fenecimento da ação, desaparece o direito”*. (grifou-se) (Cf. obr. cit. págs. 294/5).

7. ACQUAVIVA nos ensina que *“A prescrição requer dois elementos: a inércia do titular de um direito e o decurso do tempo. Para que ocorra a prescrição é preciso que o titular do direito não o exerça e, a seguir, que a inatividade se prolongue por algum tempo. Se o prazo dentro do qual o direito deve ser exercido transcorrer sem que o titular pratique ato para conservá-lo a lei o declara extinto, impedida a ação judicial normalmente cabível”*. (grifou-se) (Cf., Marcus Cláudio Acquaviva, Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva, Ed. Jurídica Brasileira, S. Paulo, 1995, pág. 1128).

Obs.: Se, eventualmente, não for proposta a ação quando o direito de propriedade estiver sendo violado e for ultrapassado o prazo de prescrição estipulado pela Lei, o que demonstra que houve a inércia do titular, a consequência será a sua extinção da ação pelo decurso do tempo. Significa também que o titular tem a obrigação de agir no momento em que depara que o seu direito está sendo violado.

8. Na elogiável decisão já referenciada, discorrendo sobre a prescrição o ex-Min. CESAR PELUSO salienta que *“Em suma, aplicada à causa, a solução técnica, que mal esconde uma concepção individualista do Direito, romperia a estabilidade e confiança necessárias ao desenvolvimento ordenado das relações econômicas e, com isso golpearia a lei humana na sua vocação mais profunda que é a de garantir*

a **“temporalis tranquillitas civitatis”** (SANTO TOMÁS, *Summa Theológica*, 1ª Liae, XCVIII, 1). E, com o agravo de premiar o negligente, ao qual no mundo moderno, onde é larga a disponibilidade das informações, lhe chegam com folga os cinco anos, para, se tem interesse legítimo na preservação da exclusividade do direito, impedir o uso de uma marca, do seu nome comercial ou de ambos”. (grifou-se) (Cf. Emb. Infrinº nº 236.278-1/0-01, 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de S. Paulo)

9. Tecendo considerações sobre a “prescrição e decadência” ORLANDO GOMES doutrina que *“A prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue em virtude da inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que, em consequência, fica sem ação para assegurá-lo. Para ocorrer a prescrição requer: a) inércia do titular; b) o decurso do tempo. É preciso que o titular do direito não o exerça e que a inatividade se prolongue por algum tempo. Transcorrido o prazo pelo qual o direito deve ser exercido, sem que seu titular pratique qualquer ato para conservá-lo, a lei o declara extinto, por via de consequência, trancando a ação penal de que poderia ele se ter valido para conservá-lo”*. (grifou-se) (págs. 496/7).

Obs.: A inércia é a falta por parte do titular da propositura da ação e o decurso do tempo corresponde ao prazo de prescrição estabelecido pela lei. Este prazo preconizado pela lei é fatal, visto que deve ser cumprido durante todo o período compreendido pelo mesmo. Findo o qual será trancada a ação e declarado extinto o feito para não mais se repetir, porque o prazo de prescrição não pode ser dilatado.

Sobre o fundamento da prescrição, assinala o Autor que: *“É a segurança do comércio jurídico que exige a consolidação das situações jurídicas pelo decurso do tempo. Trata-se, portanto, de medida de política jurídica, ditada no interesse da harmonia social. Segundo SAVIGNY, o fundamento principal da prescrição é a necessidade de serem fixadas as relações jurídicas incertas, suscetíveis de dúvidas e controvérsias, encerrando-se a incerteza em determinado lapso de tempo”*. (grifou-se) (pág. 497).

Obs.: E mais uma vez constata-se que tudo se resume pela observância do decurso do tempo e/ou em determinado lapso de tempo.

E continua o autor afirmando que: **“Ninguém pode dilatar prazo legal de prescrição. A prescrição pode ser alegada pela pessoa física ou jurídica. Não há momento predeterminado para invocá-la. Em qualquer fase da demanda permite-se, na primeira, como na derradeira instância, na ação propriamente dita, como na**

execução. Para que o prazo possa calcular-se corretamente, interessa determinar o momento exato em que a prescrição começa a correr. A regra intuitiva é de que seu início coincide com o instante em que a pretensão pode ser exercida". (grifou-se) (Cf. Orlando Gomes, Introdução ao Direito Civil, 12ª. Ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1996, págs. 496/7)

Obs.: Já afirmamos e agora repetimos: o prazo de prescrição NÃO SE DILATA!!! E, pode a prescrição ser alegada em qualquer momento e/ou em qualquer fase do processo.

10. Enfocando a prescrição e a decadência CARLOS MAXIMILIANO doutrina que "A prescrição é a definitiva consolidação de um estado de fato de que uma pessoa está gozando, oposta ao direito de outra. A prescrição extingue um direito; o escopo da prescrição é por fim a um direito que, por não ter sido utilizado, deve supor-se abandonado". (Cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Ed. Freitas Bastos, 1965, Rio de Janeiro, pág. 294)

SILVIO DE SALVO VENOSA anota esta diferenciação "Adota-se o princípio da "actio nata", admitindo-se que a prescrição tolhe o direito de ação, ou, mais especificamente, dentro do direito material, a prescrição faz extinguir a pretensão, que é o espelho do direito de ação". (Cf. Direito Civil, Ed. Atlas, S.Paulo, 2003, V. I, pág. 642)

Obs.: Realce-se que o "o escopo da prescrição é por fim a um direito" e "a prescrição faz extinguir a pretensão".

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e com maior clarividência ensinam "Prescrição condenatória, Quando a pretensão a ser deduzida em juízo for de natureza condenatória bem como as de execução dessas mesmas pretensões, o prazo previsto em lei para o seu exercício é de prescrição. **Nasce a pretensão com a violação do direito** e o titular pode exigir uma prestação do devedor. Assim as ações condenatórias de indenização, de perdas e danos (materiais e morais), condenatórias de obrigação de não fazer...". A seguir assinala: "Prescrição. Prazo subsidiário. Tendo em vista a **segurança jurídica** que as relações jurídicas devem ter, **as pretensões condenatórias sempre prescrevem**". (grifou-se). (Cf. Código Civil Comentado e legislação extravagante, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2003, pág. 260).

Obs.: Nasce a "pretensão" com a violação do direito e daí se tem como certo o "dies a quo" da prescrição, isto é, o dia em que o direito começou a ser violado.

PONTES DE MIRANDA com toda a sua verve doutrina que *“O ramo do direito em que nasce a **pretensão** é o que lhe marca a **prescrição**, ou estabelece **prazo preclusivo do direito**. Se essa regra jurídica não foi prevista, rege o que o ramo do direito aponta como fundo comum a ele e a outros ramos do direito. No plano internacional, o sistema jurídico que é estatuto da **pretensão** também o é da **prescrição**”*. (grifou-se). (Cf. Tratado de Direito Privado, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 3ª Ed. 1971, pág. 101).

Obs.: Estabelece prazo preclusivo do direito, o que vale dizer que termina o prazo para se agir judicialmente.

CLOVIS BEVILACQUA afirmou que *“O verdadeiro fundamento do instituto da prescrição é a necessidade de ordem e paz. Portanto, é uma regra imposta pela **necessidade de certeza das relações jurídicas**. O interesse do titular do direito violado não pode prevalecer contra a necessidade de paz social. É por isso que o titular do direito subjetivo possui um **lapso temporal determinado em lei** para que possa exercer sua **pretensão**”* (grifou-se). (Cf. apud Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro V. I, Ed. Saraiva, S. Paulo, 2003).

Obs.: Somente se poderá chegar a uma “certeza das relações jurídicas” se for observado rigorosamente o lapso temporal determinado em lei que é a “prescrição”.

WILSON GIANULO, nos dá o seu conceito de *“Prescrição que é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo. A prescrição consiste na perda de ação para que se possa exigir através dela a prestação inserida no direito. Essencialmente, prescrição assume um contorno de **proporcionar definitividade em situações jurídicas instáveis**”*. (grifou-se). (Cf. Novo Código Civil explicado e aplicado ao processo. V. I, Ed. Jurídica Brasileira, São Paulo, 2003, pág. 273/4).

Obs.: A prescrição provoca, portanto, a “definitividade”, isto é, a imediata e precisa extinção da ação, para não mais se repetir.

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, sobre a Prescrição extintiva afirma que *“O titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo e normalmente o exerce, sem obstáculo ou oposição de quem quer que seja. Se, entretanto, **num dado momento**, ocorre a sua violação por outrem, **nasce para o titular uma pretensão exigível judicialmente** – “**Anspruch**”. A lei, no mesmo tempo em que o reconhece estabelece que a **pretensão deve ser exigida em determinado***

prazo, sob pena de desaparecer. Para que se consume a prescrição é mister que o decurso do prazo esteja aliado a inatividade do sujeito". (grifou-se) (Cf. Instituições de Direito Civil, V. I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 32ª Edição, pág. 575/6)

Obs.: Constata-se que se "num dado momento nasce para o titular uma pretensão". É por demais intuitivo que esse nascimento (*dies a quo*) ocorre naquele instante em que o direito começa a ser violado. A pretensão deve ser exercida em determinado prazo, isto é, no espaço de tempo que se inicia com o "*dies a quo*" e culmina com o "*dies ad quem*".

11. A prescrição, para nós é a determinação expressa em lei pela qual o legislador fixa o limite para que o titular do direito possa exercê-lo, sob a condição de que não haverá, em hipótese alguma, possibilidade de dilatação. É a regra que regula o espaço de tempo dentro do qual poderá exercer o seu direito. É a maneira pela qual a lei estabelece um determinado período em que o titular do direito poderá reivindicá-lo para si. É o espaço decorrente do "*dies a quo*" e que culmina com o "*dies ad quem*", para que o titular do direito adquira a propriedade do mesmo. É o limite do tempo em que o titular do direito pode exercê-lo e findo o qual perde toda prerrogativa de agir, pela inércia, pela negligência, pelo descaso ou pela demonstração tácita de não querer, efetivamente, fazer uso desse direito. (Cf. Tratado da Propriedade Industrial – Marcas e Congêneres, Ed. Jurídica Brasileira, S. Paulo, 2003, V. II, pág. 1630, de nossa lavra).

12. Transcritas as lições dos mais consagrados mestres do Direito Civil, nada mais curial do que sintetizar esses ensinamentos para que sejam devidamente realçados e, ao depois, aproveitá-los nas considerações que serão feitas em seguida:

- 1) Prescrição é uma ordem formal e explícita;
- 2) A prescrição é indispensável à estabilidade e consolidação de todos os direitos;
- 3) A prescrição é o meio pelo qual alguém se libera de uma obrigação pelo decurso do tempo;
- 4) A prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo;
- 5) A prescrição elimina o direito pelo desaparecimento da tutela legal;

- 6) A prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue em virtude da inércia, durante certo lapso de tempo;
- 7) A prescrição encerra a incerteza em determinado lapso de tempo;
- 8) Ninguém pode **dilatar prazo legal de prescrição**;
- 9) Não há momento predeterminado para invocar a prescrição;
- 10) A prescrição extingue o direito;
- 11) Nasce a pretensão com a violação do direito;
- 12) As pretensões condenatórias sempre prescrevem;
- 13) A prescrição é a perda da ação atribuída a um direito;
- 14) A prescrição assume um contorno de proporcionar definitividade em situações jurídicas instáveis;
- 15) A prescrição deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer;
- 16) Para apurar a prescrição requer-se o consenso de dois elementos essenciais:- o tempo e a inércia.

13. Tendo em vista que os dois elementos essenciais da prescrição são **o tempo e a inércia**, conclui-se, desde logo que: “No âmbito da propriedade industrial o “tempo” tem um prazo pré-determinado, isto é, um **começo (dies a quo)** que se inicia no momento (ofensa) em que o Direito passa a ser violado pelo infrator que comete o Crime Contra a Propriedade Industrial ou o Crime de Concorrência Desleal, um **meio**, ou melhor, todo o período em que for praticado o crime, e, um **fim (dies ad quem)**, quando for proposta a ação objetivando a cessação da prática do ato incriminado (uso indevido, indenização, perdas e danos), comunicada através da **citação**. A “inércia” se verifica quando o titular do direito violado deixa de zelar (negligência) pela sua integridade e reputação, uma vez que não toma a providência judicial que o caso requer.

O “*dies a quo*” é consolidado pelo momento de apresentação do produto ao mercado, pela abertura do estabelecimento, pela constituição da empresa, e/ ou por quaisquer outros meios que demonstrem o início da “ofensa”, isto é, a violação do direito. Essa comprovação em juízo se faz mediante a apresentação

de documentos e/ou de elementos hábeis, como por exemplo:- notas fiscais, catálogos, folhetos, rótulos, envoltórios, recipientes, embalagens, etc. Todos, evidentemente, com a respectiva data. Divulgação publicitária por qualquer meio, contrato ou estatutos sociais, e/ou qualquer outro elemento que contenha a sua “data”.

14. O Código Civil sobre o “*dies a quo*” e também o “*dies ad quem*”, deixa claro em seu Art. 189 que “*Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos que aludem os Arts. 205 e 206*”. E, sobre este dispositivo explica NERY JUNIOR que “*Nasce a pretensão com a violação do direito e o titular pode exigir uma prestação do devedor. Assim, as ações condenatórias de indenização, de perdas e danos, (materiais e morais)...*” (grifou-se) (Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código Civil Anotado, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2003, pág. 260) Entenda-se o termo “nasce” como equivalente a “ofende-se” o direito existente e estabelece-se o início do prazo de prescrição. E, não tem que ser admitida qualquer outra explicação, posto que “*NASCER*” “*É vir ao mundo, vir à luz, começar a ter vida exterior, etc.*”, o que vale dizer, é o mesmo que a DATA em que se iniciou a violação do direito.

Sobre a aplicação do Art. 189 do Código Civil, isto é, do “*dies a quo*”, ou melhor, quando violado o direito nasce a pretensão, recomenda-se o autor THEOTONIO NEGRÃO, in Código Civil Legislação em vigor, Ed. Saraiva, S.Paulo, 2017, págs. 134/137, posto que detém toda uma gama de explicações, doutrina e jurisprudência firmada.

Esse foi o procedimento correto que justificou as dezenas de decisões não só do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, do Superior Tribunal de Justiça e as centenas de outras proferidas pelos Tribunais de Justiça de todos os Estados da Federação. Releve-se, em todas essas decisões **nunca houve** a menor divergência sobre a aplicação do “*dies a quo*” ou do “*dies ad quem*”, posto que sempre e devidamente expressados.

E, assim se procedeu porque à luz dos doutrinadores e da jurisprudência firmada a “*prescrição NÃO se interrompe (a não ser nos casos expressos em lei) e NÃO se dilata*”, posto que a prescrição é:- “*indispensável à estabilidade e consolidação de todos os direitos; é o modo pelo qual um direito se extingue, e, ninguém pode dilatar prazo de prescrição*” porque como bem acentuado ficou, a “*prescrição tem um começo, um meio e um fim*”, previamente estipulados em lei e inalterável por

quem quer que seja. Prazos esses que assim se enunciam: a) Lei da Propriedade Industrial, nº 9279 de 14-05-1996 em seu Art. 225 – “Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial”; b) Súmula nº 143 do Superior Tribunal de Justiça “Prescreve em 5 (cinco) anos a ação de perdas e danos pelo uso de marca comercial”; c) Código Civil, Art. 205 – “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Sobre este último particular NERY JR, comenta não só o cancelamento da Súmula nº 142, como também salienta que *“Como a inibitória é decorrência do dever de prestar (não fazer), tem nítido conteúdo condenatório, razão pela qual seu exercício está sujeito a prazo de prescrição. Sem previsão na lei, aplica-se a regra subsidiária do CC 205, ou seja, a pretensão de abstenção prescreve em dez anos”*. (Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código Civil Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2003, pág. 263)

15. A prescrição é causa de extinção do processo com resolução de mérito conforme determina o Art. 487, nº II do Código de Processo Civil. Deve ser decretada de ofício pelo Juiz, ou seja: *“A norma é imperativa e não confere faculdade ao juiz para reconhecer a prescrição de ofício, mas o obriga a pronunciá-la “ex-officio”. Agora o juiz deve reconhecê-la de ofício independentemente de quem será o prejudicado ou o beneficiado por esse reconhecimento”*. (grifou-se). E, mais adiante completa o autor dizendo sobre o *“Reconhecimento Jurídico do Pedido. Ato privativo do réu, consiste na admissão de que a pretensão do autor é fundada, e, portanto deve ser julgada procedente. Seu objeto, portanto, é o “direito”*. (Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pág. 1142/3)

Evidente que em tendo a “prescrição” um começo, um meio e um fim, ao ser levantada sua “preliminar”, normalmente na contestação, deve o juiz, de pronto julgá-la, extinguindo definitivamente o feito com resolução de mérito. Se, eventualmente, assim não o fizer, o prejudicado será o autor que durante todo o curso do processo e até o seu julgamento deve conviver com a continuidade da prática do crime.

De qualquer maneira a prescrição deve ser analisada em seus dois elementos essenciais, quais sejam o do dia do começo e o do dia de seu fim, pela propositura da ação, para que se não torne “permanente” e nem sequer venha a ser “continuada”.

16. Não obstante tenhamos percorrido um longo período de calmaria na correta, precisa e exemplar aplicação da prescrição tal como foi idealizada e adotada por Justiniano e que se alastrou por praticamente todos os países do mundo. Muito embora tenhamos tido também um certo período em que os prazos de prescrição vacilaram entre cinco, dez e vinte anos por interpretações incorretas dos julgadores que se olvidaram que a propriedade das marcas e do nome comercial estão consagrados pela Constituição Federal. Tenha também sido resolvida em termos essa questão pelo cancelamento da Súmula nº 142 do Superior Tribunal de Justiça que nada mais deveria ter feito do que retornar ao contido no anterior Código Civil em seu Art. 178, § 10, inc. IX, isto é, a **quinquenal**. E, como assim não procederam os julgadores daí retornando a vacilar contra a precisão e clareza daquele memorável dispositivo legal, um novo período de incertezas se fez sentir em face do novo Código Civil que, não contemplando especificamente a prescrição como sempre ocorreu no anterior, deixou uma grande lacuna. Tem-se como certo, no entanto, que de uma forma ou de outra e no tocante à prescrição da “ofensa ao direito de propriedade” alguns julgadores tem aplicado o preconizado pelo Art. 205, do novo Código Civil, ou melhor, a prescrição decenal.

17. Como se tal não fosse o suficiente toda essa insegurança e/ou toda essa incerteza, lamentavelmente, voltou a reinar. Sim, voltar a reinar em decisões proferidas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, razão porque nada mais curial que enfocá-las e comentá-las para se demonstrar que, ao que tudo indica e tudo leva a crer, aquela prodigiosa e bem posta instituição do Direito, desde Justiniano, está bastante abalada. Como medida de prudência serão omitidos os números, turmas e as respectivas partes e reduzida a ementa a apenas e tão somente o necessário para o seu fiel entendimento do que assim foi decidido. Daqui por diante passaremos a focar as decisões que foram proferidas a partir do ano de 2013. Ei-las pela ordem em que foram decididas:

1) Com a seguinte ementa: a) *violação do direito é continuada*, b) *os atos se sucedem em sequência*, c) *o termo “a quo” nasce a cada dia*; d) *a prescrição ocorre do último deles*; e) *o dano é permanente*”. Com toda a devida “vênia” temos para nós que tal não se realiza e muito menos se justifica porque a “prescrição” como vimos à saciedade é *“uma ordem formal e explícita, é o meio de extinguir uma obrigação, é indispensável à estabilidade e consolidação de todos os direitos, é o modo pelo qual um direito se extingue pela inércia, é a segurança do comércio jurídico, e, notadamente porque ninguém pode dilatar prazo legal de prescrição”*.

Em assim sendo entendemos que a “*violação do direito*” poderá, eventualmente, ser “*continuada*”, por primeiro, somente se o titular do direito violado não zelar pela sua integridade e reputação ou, segundo, se o juiz ao tomar conhecimento da preliminar levantada na contestação sobre a prescrição não se manifestar de pronto acatando-a, como é o seu dever. Neste caso deixa de cumprir o disposto no Art. 487, nº II, CPC, relegando a sua apreciação para durante o curso do processo ou para o seu final quando proferir a sentença. Este acatamento deve ser imediato, posto que tem o condão de extinguir o feito com o julgamento de mérito. Logo, não pode ser deixado para mais tarde. Ressalte-se, nesse sentido, a lição de NELSON NERY JR, vista acima: “*o juiz tem a obrigação de pronunciar a prescrição ex-officio*”. (sic)

No aspecto seguinte, os atos somente podem se “*sucedem em seqüência*”, o que autoriza entender que essa “*seqüência*” ocorrerá após a propositura da ação, somente se houver a omissão por parte do juiz singular que deverá, desde logo, acatar a preliminar de prescrição como visto no item imediatamente anterior.

Em dando seguimento tem-se que o “*termo*” a quo não pode, em hipótese alguma “*nascer a cada dia*” porque a sua finalidade é estabelecer o “*dia do início*” da ofensa ou do dano. Não pode “*nascer a cada dia*”, insista-se porque, como já afirmamos a “*prescrição*” é formada por um período completo e/ou um conjunto composto por partes inseparáveis, quais sejam:- o “*início*”, o “*meio*” e o “*fim*”. A prescrição é, também, um “*prazo*” (período) e/ou um largo espaço do tempo. Tanto isso é fato que a doutrina ensina que “*a prescrição ocorre durante um certo lapso de tempo*”. Não nasce, portanto, a cada dia, mas sim num determinado e único dia (dia da ofensa) para se prolongar até alcançar o seu fim, de forma ininterrupta e não alternativamente.

A seguir pela ordem da ementa, temos que a prescrição NÃO “*ocorre do último deles*” pelos mesmos motivos acima aventados.

E, por derradeiro entende-se que o “*dano somente se torna permanente*” pelo descumprimento do juiz de acatar, como é sua obrigação, a preliminar de prescrição no momento em que for levantada e dessa forma, sem mais delongas, dar por encerrado o feito. Ocorre, também, devido à inércia do titular do direito violado que deixa de recorrer ao Poder Judiciário para propor a necessária ação judicial, no devido tempo.

Acrescente-se que do relatório e do voto dessa decisão, sob comentários, NÃO consta de um lado o “*dies a quo*” e, do outro, o “*dies ad quem*”, logo não se tem como devidamente fixado esse período para o estabelecimento dos dois limites do tempo. E, mais ainda NÃO há menção, elementos ou dados precisos que indiquem que “*o dano tornou-se permanente*” e em que período se verificou. O que há, e agora se repete, é a lição de CÂMARA LEAL que foi transcrita na r. decisão e que deixa claro que “*É da violação, portanto, que nasce a ação. E a prescrição começa a correr desde que a ação teve nascimento, isto é, desde a data em que a violação se verificou*” (sic – fls. 11) e grifou-se. Diante deste abalizado ensinamento não precisava mais nada, visto que o “*dies a quo*” já estava devidamente anunciado só que não foi comprovado e revelado nos autos. Logo, não chegou a nascer.

A despeito de assim o ser, tal não se constatou na continuidade da r. decisão visto que logo em seguida foi transcrita a lição de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, ou seja: “*Se a violação do direito é continuada, de tal forma que os atos se sucedam, encadeadamente, a prescrição ocorre do último deles, mas se cada ato dá direito a uma ação independente, a prescrição alcança cada um destacadamente*” (sic – fls. 11)

E na sequência foi assim concluído o “voto” nos seguintes termos: “*Assim, considerando que a violação é permanente, enquanto a recorrente continuar a se utilizar marca alheia registrada, diariamente, o direito será violado, nascendo nova pretensão indenizatória; motivo pelo qual não há como reconhecer que a pretensão da parte recorrida estava prescrita quando do ajuizamento da demanda em questão*” (sic – fls. 11)

18. O que realmente parece estanho é que o Julgador tendo por base uma “doutrina isolada” decide de maneira incongruente e sem o menor respaldo ou base legal e o que é mais grave “criando **figuras**” que até então eram desconhecidas em nosso Direito.

Não podendo aceitar esse entendimento resolvemos consultar a obra do Autor mencionado, ou seja, o CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA “*O titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo e normalmente o exerce, sem obstáculo ou oposição de quem quer que seja. Se, entretanto, NUM DADO MOMENTO, ocorre a sua violação por outrem, nasce para o TITULAR uma pretensão exigível judicialmente*”. (Cf. V. I, Edição Forense, 32ª Edição, Fls. 575/6)

Entendemos que a expressão “NUM DADO MOMENTO” corresponda ao INÍCIO

da violação, isto é, o “dies a quo”. E, como corolário dessa assertiva há um PRAZO PRÉ-DETERMINADO e jamais em tempo algum um prazo qualquer.

Tanto isto é fato incontestável que o referido Autor completa em sua obra: *“Para que se consume a prescrição é mister que o DECURSO DO PRAZO esteja aliado a INATIVIDADE do sujeito.”*

A “inatividade do sujeito” é o período compreendido pelo “dies a quo”, isto é, a DATA do início da violação, e, o “dies ad quem”, ou seja, a DATA limite para a propositura da ação, eis que findo o qual (este último) ocorre a “prescrição”.

Em face desses esclarecimentos retirados da obra citada, temos para nós “data maxima venia” que NÃO HÁ a “violação continuada”, uma vez que “NÃO nasce a cada dia” e consequentemente também “NÃO HÁ um dano permanente”.

19. Ao afirmarmos categoricamente como fizemos linhas acima, fomos muito mais longe, ou melhor, verificar como tudo ocorreu desde a primitiva ação ordinária e, nesse passo, constatamos:-

a) A empresa “T. L. Ltda”, em data de 20-05-2000, propôs Ação ordinária cumulada com pedido liminar contra a “D. T. Ltda.” para que *“deixe de se utilizar da marca “?” sob pena de multa, a condenação nos lucros cessantes e a condenação nos danos morais”;*

b) A empresa “D. T. Ltda.” contestou a ação, alegando dentre outros a PRESCRIÇÃO contida no Art. 178, § 10, inc. IX, do CC de 1916, vigente na oportunidade combinado com o Art. 225 da Lei da Propriedade Industrial, e, bem assim a aplicação da Súmula nº 143 do STJ.

Para esse efeito comprovou pelo seu contrato social a sua existência de mais de DOZE ANOS e que os danos sofridos datavam do ano de 1993. Logo ocorreu a PRESCRIÇÃO, razão porque o Juiz Singular ACOLHEU a preliminar da pretensão reparatória, nos seguintes termos:

“Tenho que a ofensa restou caracterizada desde a data em que a autora tomou ciência da utilização indevida de sua marca, o que se deu, pelas informações dos autos, após o depósito no INPI da marca mista da empresa ré, o que ensejou a apresentação da oposição administrativa pela autora, datada do início de 1993”.
(sic – fls. 859)

c) OTRF da 4ª. Região reformou a sentença e **afastou a prescrição**.

d) Do voto do relator retira-se que: *“No tocante à prescrição, o dano pelo uso indevido da marca é **permanente**”*.

*O dano não ocorre no momento em que primeiro a ré utilizou a marca similar a da autora, mas se **“perpetua no tempo até que cessada a conduta, de modo que somente a partir daí corre a prescrição”***. (sic fls. 954)

20. Considerando que a ação ordinária foi proposta em **20-05-2000** e a contestação comprova que a requerida já vinha se utilizando de seu “nome comercial”, há doze anos, isto é, desde o ano de – **1988** –, tem-se como certo que ocorreu a “prescrição” preconizada pelo Art. 178, § 10, inc. IX do CC/1916 e relativa à **ofensa ao direito de propriedade**.

Por outro lado, como a contestação também aplicou a Súmula nº 143 do STJ, combinada com o Art. 225, da Lei da Propriedade Industrial e **havia as provas do uso da marca desde o ano de 1993**, pelo Juiz Singular foi acolhida a **prescrição quinquenal pelas perdas e danos**.

Ao que tudo indica o Tribunal pecou duas vezes, porque na oportunidade a “prescrição” não só para a **ofensa** como também para o **dano era a quinquenal**. E pecou mais ainda o Tribunal porque *“afirmar que o dano NÃO ocorre no momento em que primeiro a ré utilizou a marca similar a da autora, mas **se perpetua no tempo até que cessada a conduta**”*, é realmente uma HERESIA e/ou um ato inconsequente, porque dos autos consta os dois elementos essenciais que identificam o “*dies a quo*”, ou melhor:- a “Constituição da empresa ré” em 1988, há doze anos, e o “pedido de registro da marca” em 1993, há sete anos. A conduta da Requerida, por sua vez, deveria **cessar**, somente após a propositura da ação proibitória, isto é, quando atingiu o limite e/ou “*dies ad quem*”.

Se, como bem leciona NELSON NERY JR que o “juiz é obrigado a decidir sobre a prescrição” e, se assim o fez o Juiz Singular acolhendo a prescrição à vista de **documentos hábeis**, como claramente se expressou, NÃO pode, “*data máxima venia*”, o Tribunal decidir em contrário, mormente, sob a peia de que o **dano é permanente**.

O que realmente causa espécie é que a Autora dessa ação suportou durante “doze anos” a concorrência da Requerida e, ao que tudo indica, sem nenhum conflito durante esse longo interregno, para propor a sua ação proibitória e ainda

é beneficiada pela procedência da mesma. A Requerida, por sua vez, deixou de ter ao seu favor o instituto secular da “prescrição” para, com essa decisão extravagante, ter que arcar com as perdas e danos.

Este procedimento alheio à normalidade nos permite apregoar que NÃO existe o “dano permanente” e nem sequer a “violação continuada”, porque as mesmas são “interrompidas” pela propositura da ação inibitória. Se, neste momento e/ou nesta “data” já decorreu o prazo quinquenal, por certo a partir do mesmo, que é o “*dies ad quem*” consolidou-se a “prescrição”. Por via de consequência lógica a referida NÃO nasce a cada dia porque, na realidade, já havia nascido muito tempo antes, isto é, quando se iniciou o “*dies a quo*”. **LOGO, EXTINTO O SEU DIREITO DE AÇÃO.**

21. O que de pronto deve ser considerado, visto que na segunda parte veremos à saciedade, é que a jurisprudência específica e iterativa do STF, do TRF R, do STJ e dos TRIBUNAIS Estaduais, se consolidou diante dos dois elementos essenciais, isto é, o “*dies a quo*” e o “*dies ad quem*”. A doutrina dominante leciona que: 1) *A prescrição é uma ordem formal e escrita*; 2) *A prescrição é indispensável à estabilidade e consolidação de todos os direitos*; 3) **Ninguém pode dilatar prazo legal de prescrição** e, 4) *E, com toda a ênfase assinala NELSON NERY JR “a prescrição é causa de extinção do processo em face do Art. 487 do CPC. É norma IMPERATIVA e OBRIGA AO JUÍZ PRONUNCIÁ-LA ex-officio”*.

22. A segunda e a terceira decisão, proferidas por outro julgador, em outra Turma por serem praticamente iguais serão vistas em conjunto, e, contém as seguintes EMENTAS:

1ª EMENTA: *Ação de abstenção de uso de marca e nome empresarial e de reparação de danos. Prescrição. Reparação de danos. Violação permanente. Marco inicial que se renova a cada dia.*

2ª EMENTA: *Propriedade industrial. Marca nominativa. Uso por terceiro. Reparação de danos. Violação permanente. Marco inicial que se renova a cada dia.*

Do voto condutor, sob o título de “PRESCRIÇÃO” os argumentos de **ambas as decisões são exatamente os mesmos**, isto é, com as **mesmas palavras**, porém, SEM NENHUMA JUSTIFICATIVA do porque a “**violação é permanente**” e o “**marco inicial que se renova a cada dia**”.

E, na verdade NÃO houve a menor justificativa porque a r. decisão **limitou-se** a assim se expressar: “*Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados: REsp. n?. de 08-09-2014 e REsp n?. de 01-07-2013*” (sic fls. 09, de cada acórdão).

Observe-se que a “primeira referência” diz respeito ao acórdão que trata da “*ementa: AFASTADA A PRESCRIÇÃO* e será comentado logo em seguida, e a “segunda referência”, concerne ao Acórdão da r. decisão acima comentada à sociedade.

O que nos parece e realmente causa espanto é que os julgamentos são feitos, praticamente, **espelhados em julgamentos anteriores**, porém, SEM o devido e indispensável cuidado de se averiguar a **íntegra dos mesmos**, posto que pelo demonstrado acima a sua “menção” se restringe ao “número” do acórdão e nada mais.

Com todo o respeito e a devida consideração que merece o julgador e, realçando, a nossa “*data máxima venia*”, essas duas decisões ficam, lamentavelmente, a desejar e muito !!!

23. A quarta e quinta decisão, **não obstante antagônicas**, com números de recursos especiais distintos, mas, decididas como se fossem **exatamente iguais**, por incrível que pareça, contém as “ementas” formadas pelas mesmas palavras, ou seja:

3ª e 4ª EMENTAS: *Ações de abstenção de uso cumuladas com pedido de indenização de marca e nome comercial. Prescrição. Termo inicial. **Prescrição afastada.***

A grande e irrecusável realidade é que as duas ações que foram anexadas e julgadas em conjunto são **completamente diferentes**, e, assim devidamente distinguidas em face das suas próprias iniciais:

I – “DIFERENÇAS ENTRE AS DUAS AÇÕES”

1ª A empresa “C. H.” propôs uma Ação ordinária de cessação de ato incriminado, perdas e danos pelo USO que vinha sendo feito de um “Centro Comercial L.H.”.

2ª A empresa “L.H.” propôs uma Ação ordinária de cessação da prática de ato incriminado, perdas e danos contra três empresas: “P.C.I.R. Ltda.”; “L.M.Ltda” e a

“C.H.”, duas estabelecidas na Capital de São Paulo e a última em localidade de Santa Catarina, por precatória.

3ª Ressalte-se que a primeira Ação foi proposta contra um Centro Comercial e a segunda ação contra o uso de “título de estabelecimento” utilizado em “idioma inglês” (H.S.) e também no português, como “L.H.”

No primeiro caso foi levantada a “preliminar de prescrição” porque foram apresentadas **provas contundentes** de que o “Centro Comercial”, abriu as suas portas, foi inaugurado e iniciou as suas atividades PUBLICANDO essa abertura do centro em JORNAIS dos dias 04-10-1994, 14-11-1994, 20-11-1994 e 01-12-1994. Repita-se, publicou a abertura por quatro vezes!

Como a ação ordinária foi proposta no dia **07 de dezembro de 1999**, isto é, mais de CINCO ANOS DEPOIS, a Ação estava PRESCRITA. Tanto estava prescrita que a “preliminar” foi acatada pelo Juízo Singular. Interposto o Recurso de Apelação foi o mesmo provido porque foram apresentados Contratos de Franquia datados de novembro de 1997 e de julho de 1998. Eivados por **esses fatos e por declarações mentirosas de que o “centro comercial” foi aberto no ano de 1999**, os Julgadores do Tribunal cassaram aquela preliminar de prescrição. Esta **anomalia incomensurável persistiu**, sendo que o Superior Tribunal de Justiça chegou à absurdez de **afastar a prescrição** nas duas ações propostas, não obstante “ANTAGÔNICAS”, e, mais ainda por **NÃO ter havido preliminar de prescrição na segunda ação**.

“Data respeitabilíssima venia”, estamos à frente de decisões inconsequentes e atrabiliárias!!!

II – PRESCRIÇÃO À LUZ DO MELHOR DIREITO

24. Com efeito e o Instituto da PRESCRIÇÃO remonta à **JUSTINIANO**, ou seja, *“a longi temporis praescriptio”*, considerada, inclusive, como sendo o “direito magistral” dos **“civis” e dos “peregrinos”**. Já, naquela época era dividida em “aquisitiva”, como o “modo de adquirir a propriedade” e em “extintiva”, como **“o meio pelo qual alguém se libera de uma obrigação pelo DECURSO DO TEMPO”**. Saliente-se que nesse conceito já havia o seu elemento preponderante e essencial, qual seja, o **“decorso do tempo”** e ao que, respeitosamente, se

supõe com o estabelecimento dos seus dois extremos, isto é, o “*dies a quo*” e o consequente “*dies ad quem*”.

25. Mas, como soi acontecer em tudo “o tempo passou pela janela...”, e, qual foi o entendimento dos mais consagrados doutrinadores que tivemos sobre a PRESCRIÇÃO ? Eis as respostas dos mais destacados:-

a) **CLÓVIS BEVILAQUA:** “É a perda da ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do NÃO USO DELAS, durante um DETERMINADO ESPAÇO DE TEMPO.

b) **CUNHA GONÇALVES:** “A prescrição é indispensável à estabilidade e consolidação de todos os direitos”.

c) **FRANCISCO MORATO:** “Na prescrição extintiva, a força extintora EXTERMINA a ação que tem o titular e, por via de consequência ELIMINA O DIREITO pelo desaparecimento da tutela legal”.

d) **ORLANDO GOMES:** “A prescrição é o modo pelo qual um DIREITO SE EXTINGUE em virtude da INÉRCIA, durante CERTO LAPSO DE TEMPO.”

E, mais ainda, acentua o autor: “Ninguém pode DILATAR PRAZO legal de prescrição”, e, com toda a ênfase:

“Não há MOMENTO predeterminado para invocá-la”.

e) **CARLOS MAXIMILIANO:** “A prescrição EXTINGUE um direito; o escopo da prescrição é POR FIM a um direito que, por não ter sido utilizado, deve supor-se abandonado”.

f) **PONTES DE MIRANDA:** “O ramo do direito em que nasce a PRETENSÃO é o que lhe marca a PRESCRIÇÃO, ou estabelece PRAZO PRECLUSIVO DO DIREITO”. E, mais adiante, conclui:- “No plano internacional, o sistema jurídico que é o estatuto da PRETENSÃO também o é da PRESCRIÇÃO”.

g) **CESAR PELUSO:** O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal em memorável decisão, repetindo a lição de Santo Tomás de Aquino, assim se expressou: “E, com o agravo de PREMIAR o negligente, ao qual no mundo moderno, onde é larga a DISPONIBILIDADE de informações, LHE CHEGAM COM FOLGA OS CINCO ANOS, para, se tem interesse na PRESERVAÇÃO da exclusividade do direito, IMPEDIR O USO DA MARCA”.

26. Se aceitarmos, como de fato e de direito ACEITAMOS as “lições” dos renomados mestres, temos que qualquer que seja o entendimento da PRESCRIÇÃO, o mesmo deverá estar ligado, atado, subentendido e irrecusavelmente COMPREENDIDO dentro dos “dois extremos do tempo” em que a mesma ocorre, quais sejam:- o “*dies a quo*” e o ulterior “*dies ad quem*”.

A “contrario sensu”, será a balburdia, a bagunça e a irreverência, posto que será abolida de nosso Direito a sua mais antiga instituição e de aceitação no âmbito universal que é a PRESCRIÇÃO.

27. Enfocando, mais uma vez, a última questão, qual seja, de “**Afastada a prescrição**”, temos para nós e, de pronto, “*data máxima venia*” que essas r. decisões foram proferidas mediante um “procedimento” que NÃO existe, em hipótese alguma, em nossas leis e muito menos se tornou uma prática costumeira. Logo, **INÉDITA** e inadmissível.

Tanto isto é fato incontestável que, desde logo, fazemos valer a lição do Consagrado NELSON NERY JR “*in verbis*”:

*“A prescrição é causa de EXTINÇÃO do processo com resolução de mérito conforme o Art. 487 do CPC. A **norma é imperativa** e não confere faculdade ao juiz para reconhecer de ofício, mas o **OBRIGA A PRONUNCIÁ-LA ex-officio**”.*

*E, mais adiante completa: “Agora o JUIZ deve **reconhecê-la de ofício** independentemente de quem será o prejudicado ou beneficiado por esse reconhecimento” (Cf. NELSON NERY JR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, in Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Rev. dos Tribunais, 2015, págs. 1142/3)*

28. Repita-se, o JUIZ É OBRIGADO A PRONUNCIÁ-LA. E, assim o fez o JUIZ SINGULAR, posto que por **documentos hábeis** ficou devidamente COMPROVADO que:- “*Pelas publicações do JORNAL DE SANTA CATARINA de 04-10-1994, e outros, foi feita a DIVULGAÇÃO da “inauguração e abertura” do CENTRO COMERCIAL (objeto da ação), porém, a Ação proibitória e condenatória, foi proposta no dia 07 de dezembro de 1999, isto é, quando haviam sido decorridos CINCO ANOS E UM MÊS. Nesta oportunidade, pela aplicação **quinquenal** do Art. 178, § 10, inc. IX do Anterior Código Civil, foi **DECLARADA EXTINTA** a ação pelo Juiz Singular de Blumenau.*

29. Sem qualquer base legal, sem nenhuma razão plausível, e, notadamente SEM NENHUMA DISPOSIÇÃO NA LEI, foi “afastada a prescrição”. Ora, a “prescrição”

é “o ato ou efeito de prescrever, uma ordem expressa, um preceito, uma regra”. “Prescrever” é “determinar, fixar, limitar”. A “prescrição”, é pois um PRECEITO, uma REGRA, enquanto que “prescrever” é FIXAR e é LIMITAR.

No âmbito da Propriedade Industrial a “PRESCRIÇÃO tem um “início” que ocorre quando se **estabelece o “dies a quo”** e por ter sido **ofendido** o direito de propriedade industrial, um “meio”, período dentro do qual o USO se realiza SEM qualquer oposição por parte de terceiros e, um “fim”, quando se alcança o “**dies ad quem**”, pela propositura da ação pelo titular do direito violado e se consolida pela “citação válida”.

No caso da decisão em exame o **início (dies a quo)** foi no dia 04 de outubro de 1994 quando foi DIVULGADA a abertura e inauguração do Centro Comercial, um **meio**, ou melhor o transcorrer dos CINCO ANOS em que o USO se fez livremente e um **fim (dies ad quem)**, quando foi PROPOSTA, extemporaneamente a ação em 07 de dezembro de 1999.

30. Como já visto à sociedade: 1) A prescrição é **indispensável a estabilidade** de todos os direitos; 2) A prescrição é a perda da ação atribuída a um direito; 3) A prescrição encerra a incerteza em determinado lapso de tempo; 4) A prescrição extingue o direito; 5) E, com toda a ênfase: **NINGUÉM PODE DILATAR PRAZO DE PRESCRIÇÃO**, temos como consequência lógica, coerente, verossímil e inquestionável que ninguém, em sã consciência pode **AFASTAR A PRESCRIÇÃO**, mormente no caso em exame em que a PRESCRIÇÃO ocorreu e se consolidou em face **da negligência, do descaso na observância de um PRAZO FATAL** que deixou de ser respeitado, e, transcorreu de **forma inexorável**.

31. Isto posto e se, eventualmente, essas decisões anômalas persistirem, gostaríamos de indagar como poderão ser justificadas as “dezenas” de decisões do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, outras tantas do Tribunal Federal de Recursos, as inúmeras decisões que foram proferidas pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, as duas Súmulas que se lhe seguiram, as “centenas” de decisões, expressivas e bem postas dos TRIBUNAIS DE JUSTIÇA de todas as Unidades da Federação, que SEM qualquer tipo de vacilação se nortearam à **unanimidade** pelo intocável e até então, inquestionável, estabelecimento do “*dies a quo*”?

32. Durante esse longo e interminável interregno, dentre todas as decisões já referenciadas, merece especial REALCE uma decisão da 2ª Turma do SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL, em Agravo Regimental nº 80.060, tendo sido Relator o Min. DJACI FALCÃO, e, da qual participamos ativamente, tendo do outro, lado o Prestigioso Advogado Dr. LUIS LEONARDOS.

A importância dessa decisão é que a mesma foi AQUEM do normal estabelecimento do *"dies a quo"*, visto que, deixando de lado a base legal, isto é da DATA do arquivamento dos atos constitutivos da empresa na Junta Comercial, RETROAGIU à data da ASSINATURA do contrato social, ou seja, *"in verbis"*:

"A Recorrida, baseando-se no Art. 39 da Lei nº 4726/65, alega que sendo o contrato social datado de 14-08-1972, e tendo sido apresentado à Junta Comercial, nos 30 dias subsequentes, os efeitos do arquivamento retroagiram".

33. Deu-se, então, acolhimento ao preconizado pelo Código Civil anterior, em seu Art. 178, § 10, inc. IX, ou seja: *"Prescreve em cinco anos a ação por ofensa ou dano causados ao direito de propriedade"*, com o estabelecimento expresso do *"dies a quo"*, isto é, ***"contado o PRAZO da data em que se deu a mesma ofensa ou dano."***

CONCLUSÃO

34. Desde tempos imemoriais existe, quiçá até uma das maiores instituições do direito universal, qual seja, a PRESCRIÇÃO que teve o condão de ser refundida por Justiniano e, entre nós definida por Clóvis Bevilacqua e daí por diante seguida pelos mais abalizados e consagrados doutrinadores. Amparada eficazmente pelo Código Civil anterior na memorável disposição inserta no Art. 178, § 10, inc. IX, como sendo: *"prescreve em cinco anos a ação por ofensa ou dano causados ao direito de propriedade, contado o prazo da data em que se deu a mesma ofensa ou dano"* originou toda uma série de decisões soberanas do Excelso Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça de todas as unidades da federação.

Em dado momento alguém achou por bem julgar que o *"nome comercial"* era um direito personalíssimo, razão porque deveria ser aplicado o previsto no mesmo Código Civil em seu Art. 177, ou seja: *"As ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais em dez entre presentes, e, entre ausentes em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas"*. Boa parte de julgadores aderiu a esse entendimento, porém, não só do direito pessoal como

também do direito real provocando uma total falta de critério ao assim proceder.

Ao que tudo indica esses julgadores não tiveram em mente o secular Código Comercial sancionado pela Lei nº 556 de 15-06-1850, em que a figura do “comerciante” e a sua “firma” eram os predominantes. E, não obstante as firmas fossem constituídas pelos nomes das pessoas e/ou seus patronímicos estavam, desde então, amparados pelo Direito Comercial. E, nem sequer se preocuparam em consultar a doutrina estrangeira para se assegurar entre os consagrados: Moise Amar, Eugene Pouillet, Agustín Ramella, Stephen P. Ladas, Yves Saint Gal, Georges Bry, etc., e, os nacionais:- Affonso Celso, Bento de Faria, Almeida Nogueira & Fischer Junior, Pontes de Miranda, Descartes de Magalhães, Carvalho de Mendonça, Washington de Barros Monteiro, Luiz Leonardos que não só a “marca” como também o “nome comercial” se constituem em DIREITO DE PROPRIEDADE. Logo, incompatível era a aplicação desse dispositivo de natureza pessoal.

De qualquer forma, o que se tem como certo é que a “prescrição” dentre tantos conceitos como o de ser a segurança do direito, é também indispensável à consolidação de todos os direitos, é o modo pelo qual um direito se extingue em virtude da inércia, durante certo lapso de tempo. É por demais primordial relevar que existem dois dos seus elementos que não podem ser desconhecidos ou mesmo descartados, por quem quer que seja. São eles: **“ninguém pode dilatar prazo legal de prescrição”**, e, **“não há momento predeterminado para invocá-la”**.

Como corolário dessas assertivas NÃO se pode aceitar que NÃO HAJA mais a prescrição, porque, agora: **o dano é permanente, nasce a cada dia e a violação é continuada**, conforme decisões do STJ acima comentadas.

35. Sobreveio, no entanto, o novo Código Civil pela Lei nº 10.406 de 10-01-2002, trazendo consigo disposições que merecem ser consideradas. O Art. 189, deixa claro que *“Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os Arts. 205 e 206”*. Eis aí implícitos o “início” (violado o direito, nasce) e o “fim” (quando termina o prazo final da prescrição).

O Art. 193, de grande valia, deixa expresso que: *“A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita”*.

A despeito dessa possibilidade, em qualquer tempo, é prudente que a “prescrição” seja objeto de “preliminar” por ocasião da contestação para que, desde logo, seja extinto o processo com julgamento de mérito.

Os Arts. 197, 198 e 199, estabelecem os casos em que não ocorre a prescrição, e, finalmente o Art. 202 e seguintes relatam os casos de interrupção da prescrição.

Considerando que este Código não estabeleceu prazo específico sobre a prescrição dos direitos de propriedade industrial, a tendência dos julgadores tem se norteado pela aplicação do disposto no Art. 205, isto é: *“A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”*.

Em face de todo o exposto e procurando sempre manter, em toda a sua plenitude, a instituição da prescrição tal como se originou e se manteve por tempo incalculável é de se esperar que esse grande lapso de tempo não seja interrompido para que não venha, por motivos outros perecer. Recomenda-se que as decisões que culminaram com o *“dano permanente”*, que *“o termo “a quo” nasce a cada dia em que o direito é violado”*, que *“se a violação do direito é continuada, de tal forma que os atos se sucedam em sequência”* e/ou outras equivalentes, por sem dúvida, que não só sejam devidamente reexaminadas como também e muito melhor solidificadas por elementos, documentos e bases sólidas apresentadas de maneira inquestionável. E, neste particular repita-se o acima já ventilado, ou seja:

“Não se pode calar “data máxima vênia” para com uma “doutrina isolada” que foi adotada na primeira decisão acima e que teve o condão de abalar toda uma estrutura milenar do instituto da prescrição que vem se mantendo inalterável através dos tempos”.

17/02/2020

UM BREVE HISTÓRICO DA MARINHA MERCANTE BRASILEIRA

*Meton Soares - Vice-presidente da Confederação Nacional de
Transportes (CNT)*

A MARINHA MERCANTE BRASILEIRA

No Segundo Reinado, foram criadas várias companhias nacionais de navegação marítima a vapor, que cobriam todo o litoral brasileiro e as grandes bacias hidrográficas. Além das grandes companhias, havia empresas de navegação regional e local, distribuídas em todas as províncias litorâneas.

A única política voltada para o setor eram as subvenções concedidas às companhias que seguiam as determinações definidas pela Capitania dos Portos, órgão estatal que, além de fazer os registros das embarcações e da tripulação, definia as políticas voltadas à Marinha Mercante (COSTA, 1910).

Com o advento da República, podemos destacar três ações que fortaleceram a Marinha Mercante nacional. À primeira foi a criação da Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro, em 1890, estatal de navegação, que se tornou a âncora do setor por quase cem anos. À segunda foi o fortalecimento da Companhia Nacional de Navegação Costeira, fundada em 1891, e da Companhia Comércio e Navegação, fundada em 1905 (BURLAMAQUI, 1918).

Incluindo o Lloyd Brasileiro, essas três grandes companhias praticamente dominaram a navegação de cabotagem no Brasil até a década de 1940. E, por último, destacamos a criação da Inspeção Federal de Navegação (IFN), em 1907, que assumiu as funções da Capitania dos Portos de definir e coordenar as políticas para a Marinha Mercante brasileira. Mesmo assim, a política da jovem

República era quase a mesma do velho Império: subvenções às companhias de navegação (NETTO, 1974).

Na década de 1920, a economia brasileira passou por uma diversificação produtiva, com o surgimento de setores industriais mais complexos e dinâmicos, como cimento, ferro, aço, metal mecânico, papel e celulose, produtos de borracha, químicos e frigoríficos, o que significava mais importações (SUZIGAN, 2000, p. 120). Ao mesmo tempo, houve novos surtos na produção de café e decadência na produção de borracha.

Esse movimento, via exportações ou importações, repercutia nos portos e na navegação, o que exigia uma atuação maior das companhias do setor para atender às demandas nacionais, que estavam num rápido processo de integração comercial.

O novo padrão de acumulação que emergiu após a Revolução de 1930, pautado na industrialização, desenhou um novo arranjo para o sistema de transporte no Brasil. O Plano Geral de Viação Nacional, aprovado em 1934, apontava claramente que as rodovias seriam as vias integradoras do mercado nacional. A falta de uma malha ferroviária interiorana integrada e a presença de um sistema fluvial fragmentado exigiram uma resposta rápida e eficaz para atender às demandas regionais.

Os ônibus e os caminhões aos poucos foram desbancando o trem e o navio no transporte de pessoas e mercadorias. As estações rodoviárias substituíram os cais dos portos e as plataformas de embarque das ferrovias. Esse quadro atingia diretamente as companhias de navegação de cabotagem, que, na década de 1930, começaram a passar por dificuldades financeiras.

Diante das exigências impostas pelo novo padrão de acumulação, o Estado viu-se obrigado a assumir várias funções onde havia uma inércia empresarial, falta de comando e de capital. A expansão e a integração do mercado interno aumentavam o fluxo mercantil e de pessoas. O problema de baixa acumulação que persistia na Matinha Mercante brasileira somente poderia ser solucionado com uma intervenção estatal que definisse novos rumos para o setor.

CENTRALIZAÇÃO, PLANEJAMENTO E NACIONALIZAÇÃO

A criação da Comissão da Marinha Mercante (CMM), em 1941, respaldada pelo Decreto-Lei 1.951, de 30 de dezembro de 1939, que inaugurou um novo regime

jurídico para a navegação, garantindo à União o direito de explorar, conceder e autorizar os serviços da navegação marítima, fluvial e lacustre, consagrou a presença do Estado no setor. Essa participação ativa do Estado vinha seguindo uma trajetória ascendente desde a criação do Lloyd Brasileiro, em 1890. No governo Vargas (1930-1945), essa política ganhou mais robustez com a criação da CMM.

Nessa fase de expansão, abordaremos o período que começa com a criação da Comissão da Marinha Mercante, em 1941, passando pela aprovação do Fundo da Marinha Mercante (FMM), em 1958, pelo fortalecimento administrativo e financeiro da CMM, transformada em Superintendência Nacional da Marinha Mercante (UNAMAM), até o esvaziamento e extinção da Sunamam, em 1989.

CRIAÇÃO DA COMISSÃO DA MARINHA MERCANTE E OS INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO

O Estado que surgiu após a Revolução de 1930, além de ampliar a sua base de atuação, passou a centralizar, burocratizar e racionalizar ainda mais as suas funções. Segundo Draibe (1985, p. 62), “velhos órgãos ganharam nova envergadura, estruturaram-se gradativamente as carteiras, assim como os procedimentos sujeitaram-se crescente-mente à lógica racional-legal”. Do ponto de vista econômico, a década de 1930 inaugurou também um novo padrão de acumulação, o da industrialização restringida.

Já podemos falar em industrialização; porém, ela é limitada pela baixa capacidade de importar e pelas débeis bases técnicas e financeiras, cuja acumulação era horizontal, incapaz, portanto, de comandar e financiar os investimentos necessários para o país constituir “forças especificamente capitalistas de produção”. Houve, naquele período, um crescimento do departamento de bens de produção. No entanto, ainda era insuficiente para atender às necessidades da economia em franca expansão.

No período compreendido entre a criação da Comissão da Marinha Mercante, em 1941, e a criação do Fundo da Marinha Mercante, em 1958, paralelamente à industrialização restringida, assistimos a três movimentos no setor de navegação: o afastamento do Ministério da Marinha, a deterioração da frota mercante e a instrumentalização política do setor, o que culminou com a unificação dos objetivos da Marinha Mercante com os da construção naval.

Amparado pelo novo regime jurídico aprovado em 1939, o Decreto 3.100, de 7 de março de 1941, após recomendações do Conselho Federal de Comércio Externo, criou a Comissão da Marinha Mercante, uma autarquia com autonomia administrativa e financeira. Competia à CMM definir as políticas de orientação, organização e financiamento para a navegação brasileira (Decreto 3.100/1941).

No ano seguinte, no bojo da Segunda Guerra Mundial, os navios brasileiros começaram a ser torpedeados por submarinos alemães. Seguindo a posição dos Estados Unidos, Vargas declarou guerra ao Eixo. Ao todo, foram abatidos 31 navios brasileiros, representando 21,47% da frota nacional em toneladas. Do Lloyd Brasileiro, foram 23 navios, da Costeira 2, e os demais de companhias privadas. Porém, as maiores perdas foram humanas, com a morte de 502 tripulantes e 502 passageiros. O transporte de longo curso foi suspenso, e a cabotagem marítima reduzida. Parte da frota mercante estatal, Lloyd Brasileiro e Costeira, passou a fazer serviços para a Marinha de Guerra (DUARTE, 1968).

Com o fim da guerra e a retomada do fluxo comercial nos oceanos, a situação se normalizou. A herança para a Marinha Mercante foi uma frota envelhecida, cuja manutenção ficou comprometida devido à impossibilidade de importar peças de reposição. Na segunda metade da década de 1940, houve uma renovação na frota do Lloyd Brasileiro, com a compra de 36 navios, sendo 20 cargueiros para longo curso e 16 de cabotagem. À Costeira foi encampada, após o que seus déficits passaram a ser cobertos pelo Tesouro (BRASIL, 1949).

O reaparelhamento do Lloyd Brasileiro fazia parte do Plano Salte (Saúde, Alimentação, Transportes e Eneji-9.0), elaborado no governo Dutra, que destinava 5% do total dos gastos previstos. Aprovado apenas em 1950, o Plano Salte aos poucos foi sendo ignorado pelo governo seguinte (COSTA, 1971). Excluindo o Lloyd Brasileiro, o restante da frota mercante nacional estava passando por sérias dificuldades, chegando ao ponto de não conseguir atender ao mercado nacional. Essa situação forçou a CMM a autorizar o afretamento de navios estrangeiros para fazer a cabotagem de alimento dos portos do Rio Grande do Sul (COMISSÃO DA MARINHA MERCANTE, 1954).

Na primeira mensagem enviada ao Congresso Nacional por Getúlio Vargas, em seu segundo mandato, temos um panorama geral de como se encontrava a Marinha Mercante brasileira em 1952.

“Com uma frota insuficiente e composta, em sua maior parte, de unidades obsoletas e antieconômicas, e com os portos assoreados e

desaparelhados, a ponto de reterem os navios o dobro do tempo gasto no mar — para só lembrar dois aspectos mais salientes da crise — não é, de fato, de estranhar que os transportes por água tenham constituído, no decorrer do ano que passou, e continuem a constituir, um dos setores mais críticos do nosso aparelhamento econômico” (BRASIL, 1952, p. 204).

A prioridade do governo era promover a expansão do transporte de longo curso, uma vez que as rodovias estavam integrando o mercado nacional, acelerando o processo de distribuição e circulação das mercadorias e precarizando ainda mais a cabotagem.

Em 1951, a frota de longo curso era composta por vinte navios e representava apenas 4% do volume das exportações brasileiras.

Representando uma evasão de divisas no balanço de pagamentos na conta “fretes e seguros” (BRASIL, 1952).

Porém, para amenizar a situação da cabotagem nacional, foi incluída a navegação costeira no plano da Comissão Mista Brasil-Estados Unidos (CMBEU), aprovado em 1953, com o financiamento para compra de embarcações para a Costeira, a Comércio e Navegação, a navegação fluvial no Amazonas, além de aparelhar o estaleiro da Ilha Vianna.

Essas quatro ações representavam 4,6% do total dos gastos previstos no plano (Comissão Mista Brasil-Estados Unidos, 1954). Tal como o Plano Salte, esse plano elaborado pela CMBEU também não foi executado, pois o governo norte-americano não cumpriu as promessas de liberação de crédito (MANTEGA, 1985). Sem a execução das metas previstas no Salte e na CMBEU, a situação da Marinha Mercante estava se tornando caótica.

Para o processo de acumulação capitalista, a distribuição e a circulação das mercadorias estavam sendo feitas pelas rodovias, portanto, as deficiências na Marinha Mercante não eram um entrave para o crescimento econômico. No relatório de 1957 da CMM, temos um amplo panorama das condições materiais do setor de navegação no Brasil.

O resultado é que diminuía os itens e o volume transportado via cabotagem. Em 1956, do total da carga transportada, 60% eram matéria-prima (carvão, petróleo e derivados, sal e madeira), 30% alimentos (açúcar, trigo, arroz e bebidas), e 10% manufaturados (produtos de ferro, aço e madeira).

Contando com a navegação interior, havia no país 119 armadores privados, “a maior parte deles empresas de pouca expressão”. (COMISSÃO DA MARINHA MERCANTE, 1957, p. 6). A maior companhia privada continuava sendo a Comércio e Navegação, com uma frota de 18 navios.

As grandes bacias hidrográficas estavam reunidas em três áreas, exploradas principalmente pelas autarquias federais: Serviço de Navegação da Amazônia e de Administração do Porto do Pará (SNAPP), criada em 1940, a partir da encampação da The Amazon Steam Navigation Co.; Serviço de Navegação da Bacia do Prata (SNBP), criada em 1943; e Companhia de Navegação do São Francisco (CNSF), criada em 1955.

No transporte de longo curso, atuavam apenas o Lloyd Brasileiro (com 24 navios), a Frota Nacional de Petróleo (Fronape, criada em 1949 e incorporada pela Petrobras em 1952, com 25 navios) e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN, com dois navios), que eram responsáveis por apenas 3,9% das exportações e 10,5% das importações.

A cabotagem de longa distância era quase um serviço exclusivo do Estado. Além do Lloyd Brasileiro e da Costeira, a Fronape e a CSN também atuavam no transporte de matéria-prima. Em toneladas por milhas transportadas, 50% eram de responsabilidade de empresas estatais (COMISSÃO DA MARINHA MERCANTE, 1957).

As companhias Lloyd Brasileiro e Costeira apresentavam déficits constantes e crescentes e tinham uma frota obsoleta; já as privadas eram pequenas e não tinham condições de ampliar sua frota. A média de idade da frota nacional era de 40 anos, sendo que a vida econômica útil de um navio era de no máximo de 20 anos (CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO, 1957). A estrutura do setor não atendia à demanda do mercado interno, que estava em franca expansão, dado o acelerado processo de industrialização, urbanização e integração do mercado. O Estado brasileiro, que estava assumindo formas superiores de organização capitalista, atendendo às exigências do processo de acumulação, precisava dar uma resposta consistente ao setor de navegação.

Num estudo sobre o “Reaparelhamento da Marinha Mercante”, elaborado para o Conselho de Desenvolvimento, ligado à Presidência da República, em 1956, no início do Plano de Metas — após fazer um amplo e sombrio diagnóstico da Marinha Mercante e da construção naval —, foram propostas duas medidas: a estatização ou a liberalização. À primeira não era recomendada, pois as companhias estatais

de navegação, além do insucesso, representavam pesado ônus para o orçamento federal. A segunda proposta liquidaria as companhias estatais, prejudicando a cabotagem de longa distância, uma vez que não havia capital privado nacional capaz de assumir os serviços do Lloyd Brasileiro e da Costeira.

As dificuldades para renovar a frota oficial e fazer novas aquisições para os armadores privados deveriam ser resolvidas com duas iniciativas: 1) desenvolver a indústria da construção naval, estimulando as empresas nacionais e atraindo multinacionais; e 2) criar uma linha de financiamento para renovar a frota. Ambas deveriam ser feitas mediante a criação de uma taxa de reaparelhamento da Marinha Mercante que formaria um fundo específico para financiá-la (CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO, 1956).

Dentro do Plano de Metas, a Marinha Mercante (Meta 11) e a construção naval (Meta 28) eram complementares, uma vez que não era mais possível pensar na renovação da frota oficial sem o desenvolvimento de uma indústria naval nacional forte e integrada. Em resumo, os objetivos traçados em 1956 para o setor foram os seguintes:

“Constituem pontos básicos da Política da Marinha Mercante, a ser posta em vigor pelo governo, o fortalecimento da iniciativa privada, especialmente no transporte de cabotagem; a provisão de recursos financeiros suficiente para garantir o rejuvenescimento e ampliação contínua da frota; a especialização e concentração das atividades dessas empresas em determinados tipos de tráfegos, para deles retirar o maior rendimento possível (...); e, finalmente, a implantação da indústria da construção naval” (BRASIL, 1956, p. 445).

Com a criação da Taxa de Renovação da Marinha Mercante (TRMM) e do Fundo da Marinha Mercante (FMM), o setor foi dotado de um poderoso mecanismo de financiamento que possibilitou a execução das metas propostas no Plano.

Segundo Carlos Lessa (1982, p. 27), o Plano de Metas se constituiu num projeto ousado que visava implantar as bases da industrialização brasileira, configurou-se na “mais sólida decisão consciente em prol da industrialização na história econômica do país”. Comparando com os projetos industriais dos anos anteriores, o Plano foi algo intencionalmente induzido, com objetivos claros: implantar a indústria de bens de produção.

O Plano de Metas “conferia prioridade absoluta à construção dos estágios

superiores da pirâmide industrial verticalmente integrada e do capital social básico de apoio a esta estrutura” (p. 27). À participação estatal se explica pelo crescente aumento das demandas sociais, pela inércia empresarial e pela incapacidade do setor privado de fazer certos investimentos que demandavam recursos vultosos, exigindo, assim, a presença estatal.

A partir desse momento, a Comissão da Marinha Mercante deixava de ser apenas um órgão de registro e controle da navegação nacional para se tornar um instrumento de política de incentivos para o setor de navegação e para a indústria da construção naval, gerando expectativas positivas no setor. Como já havia a indústria de aço no país, a expansão e a implantação da indústria da construção naval seria altamente beneficiada.

Esses eram os resultados dos desdobramentos da industrialização pesada que gestava os ciclos endógenos de crescimento.

INDISSOCIABILIDADE ENTRE MARINHA MERCANTE E CONSTRUÇÃO NAVAL

Após alguns estudos sobre a Marinha Mercante, apontando que o seu desenvolvimento estava associado à implantação da indústria da construção naval e que ambos necessitavam de financiamento, a Lei 3.381, de 24 de abril de 1958, criou a Taxa de Renovação da Marinha Mercante (TRMM) e o Fundo da Marinha Mercante (FMM).

O FMM era constituído pelos recursos da TRMM, arrecadada junto às companhias de navegação estrangeiras, oficiais e armadores nacionais que operavam navios estrangeiros afretados. Os recursos seriam recolhidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) numa conta especial administrada pela CMM. No mesmo ano de 1958, foi criado o Grupo Executivo da Indústria da Construção Naval (GEICON), vinculado ao Conselho de Desenvolvimento.

Já havia no Brasil uma pequena indústria da construção naval, com destaque para o estaleiro na Ilha Vianna, que pertencia à Organização Lage, da Navegação Costeira, especializado em reparos; as Companhia Comércio e Navegação, do Estaleiro Mauá; a Indústrias Reunidas Caneco; e o Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro, que construía e reparava embarcações. Havia também vários pequenos

estaleiros distribuídos em alguns estados brasileiros. Graças à nova política para o setor, foram beneficiadas quatro empresas nacionais que já atuavam no mercado (Mauá, Caneco, Só e Emag). Também foram atraídos grupos estrangeiros, como a japonesa Ishikawajima Heavy Industries, que ficou mais conhecida como a Ishibrás, e a holandesa Verolme United Shipyards, a Estaleiro Verolme; ambas vieram em 1959.

Em 1962, com o parque industrial naval todo implantado e um índice de nacionalização em preço de 81%, encerraram-se as importações de navios novos e de segunda mão, restando apenas duas encomendas feitas junto a estaleiros poloneses, dez navios, e finlandeses, quatro navios (COMISSÃO DA MARINHA MERCANTE, 1964; 1967). Para os próximos anos, todas as encomendas deveriam ser atendidas pela indústria doméstica. Além disso, começariam as exportações, como ocorreu com a primeira encomenda destinada ao México.

A partir daquele momento, os planos específicos para a Marinha Mercante estavam associados à expansão da indústria da construção naval. O "Reaparelhamento da Frota Mercante", no Plano Salte, e o "Projeto de Reaparelhamento da Frota de Cabotagem Nacional", na CMBEU, estavam destinados apenas à navegação, sobretudo estatal. Com o "Programa de Reequipamento da Frota Naval" e a implantação da indústria da construção naval, dentro do Plano de Metas, ambos tornaram-se indissolúveis. No governo de João Goulart, foi elaborado o "Programa de Construção Naval 1963-1 965", dentro do Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico Social. Esse Programa previa a construção de 33 embarcações, num total de 576.300 TDW, além de duas destinadas ao mercado externo, cada qual de 7 mil TDW (COMISSÃO DA MARINHA MERCANTE, 1963).

Com a chegada dos militares e o cancelamento do "Programa de Construção Naval", foi elaborada uma nova política para ambos os setores. Durante todo o período militar, a Marinha Mercante e a construção naval assumiram um caráter mais privatista, transferindo recursos para as empresas e reduzindo a atuação das companhias estatais de navegação.

Nos primeiros cinco anos do novo regime, podemos destacar três iniciativas de cunho estrutural.

À primeira foi a edição do Decreto-J.ei n. 67, de 21 de novembro de 1966, que transformou o Lloyd Brasileiro e a Costeira em sociedades anônimas. Todos

os serviços de cabotagem da Costeira foram transferidos para o novo Lloyd Brasileiro, e a Costeira passou a se dedicar apenas aos reparos navais. Essa era uma antiga reivindicação da CMM, que apontava os constantes problemas de déficits de ambas as companhias, dificultando qualquer mudança para solucionar os problemas, como o excesso de pessoal, que esbarrava em aspectos jurídicos. Transformá-las em sociedades anônimas aumentava o grau de liberdade para fazer as mudanças radicais; por exemplo, enxugar a folha de pagamento sem resistência sindical.

A segunda iniciativa foi o fim das subvenções à navegação privada, que era concedida em forma de auxílio operacional, passando as empresas a serem beneficiadas apenas pelas tarifas (MINISTÉRIO DA VIAÇÃO E OBRAS PÚBLICAS, 1966).

E a terceira iniciativa foi a elaboração do “Plano de Emergência para Construção Naval”, abrangendo o período de 1967 a 1970. O Plano previa a encomenda de dez cargueiros e vinte embarcações pequenas, totalizando 473 mil TBP. Com a rápida expansão da economia brasileira, iniciada no segundo semestre de 1967, e os vultosos recursos captados pela Taxa de Renovação da Marinha Mercante (TRMM), todas as encomendas foram entregues no prazo previsto (COMISSÃO DA MARINHA MERCANTE, 1967; SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DA MARINHA MERCANTE, 1970).

CRIAÇÃO DA SUNAMAM

A atuação da Superintendência Nacional da Marinha Mercante (SU-NAMAM), de 1969 a 1983, e o Decreto 64.125, de 19 de fevereiro de 1969, que alterou o nome da CMM para Sunamam, não significaram apenas uma simples mudança de nomenclatura, mas a centralização e o fortalecimento das políticas voltadas para a Marinha Mercante e a construção naval.

Com base em três novos decretos (Decreto-Lei 11.143/1970, Decreto 67.992/1970 e Decreto 73.838/1974), a Sunamam passou a ter o controle quase absoluto da navegação marítima e fluvial, envolvendo os fretes, as empresas de navegação, à elaboração de planos para a construção naval e a liberação de recursos. Esse poder atribuído à Superintendência estava garantido pelos vultosos recursos que ela gerenciava junto ao FMM. O fortalecimento da Sunamam inaugurou uma nova fase para o setor, pautada em três ações: proteção

à navegação nacional, apoio aos armadores nacionais e estímulo à indústria da construção naval. Concretamente, estava consolidada a indissociabilidade entre Matinha Mercante e construção naval, com claros objetivos de expandir e fortalecer a economia nacional.

Com relação à proteção à navegação nacional, foram estabelecidos acordos bilaterais e controle das conferências, além da reserva de carga e vigilância sobre as operações das empresas de navegação. Essas medidas visavam ampliar a participação da bandeira nacional no tráfego de longo curso, o que diretamente beneficiava a indústria da construção naval. Por exemplo, no tráfego geral de cargas que definiu o critério 40-40-20 (40% do transporte de cargas por navios de bandeira brasileira, 40% por navios de bandeira do parceiro comercial do Brasil, e 20% por navios da chamada terceira bandeira) e fixou a participação mínima do país exportador e importador, inicialmente de 65% até atingir 80%. As cargas importadas destinadas às empresas estatais ou aos órgãos governamentais, cobertas com algum benefício financeiro, somente poderiam ser transportadas por empresas nacionais de navegação. Ficaram também reservadas as conferências de exportação de café, cacau e algodão.

Medidas como essas garantiram que, nas décadas de 1970 e 1980, quase toda a importação de graneis ficasse reservada às companhias nacionais. Mas a maior conquista foi ampliar consideravelmente a participação da bandeira nacional (navios próprios ou afretados) no longo curso, passando de 3,9% em toneladas, em 1958, para 34,6%, em 1970, e 49,6%, em 1980. Esse aumento da bandeira brasileira tinha uma repercussão positiva no balanço de pagamentos, nas transações correntes, no item “fretes”, que era incorporado por companhias de navegação nacionais.

No tocante ao estímulo às companhias nacionais, a reestruturação do Lloyd Brasileiro, transformando-o em sociedade anônima, e a dissolução da Navegação Costeira, em 1966, abriram espaço para as companhias privadas de navegação. Na época, a intenção da CMM já era formar grandes companhias, em vez de pulverizar o setor em pequenas e médias empresas. No início da década de 1960, já havia seis companhias privadas que atuavam no longo curso, totalizando apenas oito navios, com 35.810 toneladas (COMISSÃO DA MARI- NHA MERCANTE, 1961).

Destacavam-se duas empresas, a Companhia de Navegação Netumar, que atuou até 1994, e a Empresa de Navegação Aliança, que ainda está no mercado.

Dentro da antiga CMM, e financiada pelo BNDE, em 1966, a partir da fusão de 13 pequenas companhias que faziam o transporte de cabotagem, foi criada a Companhia Libra de Navegação. Outras empresas que também atuavam no longo curso eram a Companhia Paulista de Comércio Marítimo, Frota Oceânica Brasileira, Empresa de Navegação Mercantil (antiga Comércio e Navegação), L. Figueiredo Navegação e Netúnia Sociedade de Navegação. Essas empresas e mais a Docenave (setor de navegação da Companhia Vale do Rio Doce, criada em 1962), a Fronape e o Lloyd Brasileiro foram as companhias de longo curso beneficiadas pelos planos de construção naval coordenados e financiados pela Sunamam (SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DA MARINHA MERCANTE, 1969-1972).

A primeira distribuição das grandes rotas feita ainda pela CMM, em 1967, ficou assim definida: Netumar, a Costa Leste dos Estados Unidos; a Mercantil, o Golfo do México; a Aliança, portos europeus; a Paulista, o Mediterrâneo; a L. Figueiredo, Norte do Brasil para Europa e portos nos Estados Unidos; e a Frota Oceânica, Extremo Oriente (GUIMARÃES, 1996).

Na navegação de cabotagem, apesar da forte presença das empresas estatais, sempre houve a atuação das pequenas companhias regionais. Com a extinção da Navegação Costeira, em 1966, e o Lloyd Brasileiro dedicando-se apenas ao longo curso, as companhias regionais ampliaram suas áreas de abrangência. Houve um processo de concentração e centralização de capital, apoiado pela Sunamam, que selecionou 13 companhias privadas para serem incluídas nos seus planos de expansão (SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DA MARINHA MERCANTE, 1971).

O estímulo à expansão da indústria da construção naval estava apoiado nos planos e no financiamento. Além do Plano de Emergência de 1967, foram elaborados mais três planos. O 1 Plano de Construção Naval 1971-1974 (PCN) previa a contratação junto aos estaleiros brasileiros de 1,8 milhão de TPB (toneladas de porte bruto).

O I PCN foi responsável pela grande maioria dos contratos firmados em 1971 e 1975. O total de embarcações contratadas no período foi de 278, correspondendo a pouco mais de 2,2 milhões de TPB. Assim, a Marinha Mercante brasileira, em tonelagem encomendada no I PCN, representou cerca de 81% do total do período.

O I PCN foi executado concomitantemente com o 1 Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico 1972-1974 (1 PND), quando a economia brasileira registrava crescimento médio de 10% ao ano. Dentro do I PND, estava previsto aumentar a frota mercante nacional em 63%, com destaque para a de longo

curso, que passaria de 1.857 mil TPB, em 1970, para 3.035 mil TPB, em 1974 (BRASIL, 1971). Como já definido no plano anterior, os principais estaleiros selecionados eram os mesmos: Caneco, CCN, Emag, Ishibrás, Só e Verolme, que representavam 98% das encomendas. O Ishibrás e Verolme, ambos de capital externo, dentro do I PCN, captaram 66,2% das encomendas (EMPRESA BRASILEIRA DE PLANEJAMENTO DE TRANSPORTES, 1999; SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DA MARINHA, 1975).

Os bons resultados obtidos com o I PCN e as expectativas positivas obrigaram a Sunamam a continuar com as encomendas e o financiamento. O II PCN foi elaborado para o período de 1975 a 1979 e previa a construção de 5,1 milhões de TPB, além de concluir as encomendas feitas no bojo do I PCN. Também estava previsto importar 200 mil TPB.

As encomendas eram maiores que a capacidade instalada dos estaleiros, que tiveram de se adaptar às metas estabelecidas pela Sunamam. Novamente, Ishibrás e Verolme foram os mais beneficiados, chegando a 56,7% das encomendas (SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DA MARINHA MERCANTE, 1975-1980).

Na segunda metade da década de 1970, presenciamos dois movimentos: o Brasil internalizou por completo os adventos da segunda revolução industrial, da grande indústria eletro metal mecânica, pautado nas metas expressas no II PND; e teve início a crise fiscal e financeira, desdobrada a partir do endividamento externo. O II PND, apesar das limitações financeiras, cumpriu sua função de ampliar e integrar o parque industrial brasileiro (BELLUZZO, COUTINHO, 1984). Com relação ao setor de navegação, estava previsto ampliar a frota de 4.205 mil TPB para 9.438 TPB, e a construção naval aumentaria em 178% (BRASIL, 1975).

O II PCN não obteve o mesmo sucesso dos planos anteriores, uma vez que estava num ambiente em que a economia brasileira entrava numa trajetória de desaceleração. As encomendas não foram entregues e parte das dívidas não foi paga. Esse mecanismo se retroalimentava, anunciando uma crise estrutural na Marinha Mercante e na

CONSTRUÇÃO NAVAL

Mesmo assim, a frota mercante nacional cresceu consideravelmente, passando de 2.339 mil TPB em 1970, para 8.069 mil TPB em 1980, ampliando a participação dos navios com bandeira brasileira (exportações e importações) de 34,6% para

49,6%, respectivamente, dobrando a participação brasileira na frota mundial de longo curso, de 0,5% para 1,0%. E o emprego na indústria da construção naval passou de 18 mil trabalhadores, em 1970, para 33.792, em 1980, tornando o país na segunda potência mundial no setor, abaixo apenas do Japão.

Esse resultado estava diretamente ligado à expansão do comércio externo brasileiro, cujo movimento portuário na década passou de 81.878 mil toneladas, em 1970, para 251.680 mil toneladas, em 1980.

O final da década de 1970 mostrava sinais claros de reversão da tendência histórica de crescimento acelerado pautado no capital estatal, nacional e externo. A crise fiscal e financeira engessou o Estado, reduzindo a sua mobilidade em formular novas políticas de crescimento.

O II PND 1980-1985 mostrou-se mais como uma “carta de intenções” do que um plano com metas e objetivos consubstanciado em valores. A recessão do período 1981-1983 anunciava uma nova era para a economia brasileira. O padrão de financiamento, pautado na facilidade de acesso aos recursos externos e no dinheiro público, esgotou com a crise da economia mundial que repercutiu internamente. Os canais de financiamento interno exauriram-se, e o sistema bancário privado doméstico foi incapaz de assumir o risco dos empréstimos de longo prazo (BAER, 1993).

É nesse cenário de incertezas radicais e de reversão de expectativas que é lançado em 1980 o Plano Permanente de Construção Naval (PPCN). Ao contrário dos planos anteriores, a nova proposta era que as metas seriam de curto prazo e revistas anualmente. Não se estabeleciam mais prazos rígidos e não havia um programa de construção predefinido. Embora houvesse a meta de contratar, entre 1981 e 1983, cerca de 3 milhões de TPB, distribuídas em parcelas anuais de 1 milhão de TPB (EMPRESA BRASILEIRA DE PLANEJAMENTO DE TRANSPORTES, 1999), os resultados ficaram bem abaixo do esperado.

O PPCN foi executado apenas nos anos de 1981 e 1982, quando foram entregues apenas 1.098.558 de TPB para o mercado interno, ou seja, apenas 50% do planejado. Diante desse quadro, instalou-se um clima de expectativas negativas no setor, que foi se ampliando ao longo da década.

O II PND transformou a estrutura produtiva do país, o que permitiu reverter a balança comercial, alterando substancialmente a pauta de exportações. No

início da década de 1980, o Brasil deixava de ser um país exportador de matéria-prima para entrar no rol dos países exportadores de manufaturados (CASTRO, 1988). E as exportações de granéis continuaram sua trajetória de crescimento, principalmente com os investimentos no Complexo Carajás, que começava a dar seus primeiros resultados. Se o objetivo era resolver os problemas estruturais no balanço de pagamentos, esse novo cenário demandava renovação e ampliação constantes da frota mercante nacional, para minimizar os gastos com “fretes”. Porém, essa não foi a tônica da década de 1980, que se cristalizou numa “década perdida”, principalmente para a Marinha Mercante e à construção naval brasileira.

Dado os atrasos na entrega das encomendas, a alta inadimplência dos armadores e construtores, que estavam abarrotados de dívidas com a Sunamam, cuja situação estava se tornando insustentável, foi baixado o Decreto 88.420, de 21 de junho de 1983, que redefiniu as atribuições da Sunamam.

Basicamente, foi mudado o mecanismo de financiamento, criando o Conselho Diretor do Fundo da Matinha Mercante (CDEMM), que ficaria responsável pela liberação de novos financiamentos. Os recursos arrecadados pela Adicional ao Frete para a Renovação da Matinha Mercante (AFRMM, antiga TRMM), base do FMM, seriam gerenciados apenas pelo BNDES, com autorização do CDFMM. Ou seja, foi retirada a capacidade de a Sunamam liberar recursos aos estaleiros e armadores. Esse decreto foi o prelúdio de uma crise e um escândalo financeiro que se instalariam naquela Superintendência.

No final do governo Figueiredo, foram reveladas várias irregularidades nos repasses de recursos da Sunamam para os construtores navais. Mesmo assim, mergulhada em dívidas, a autarquia avalizava os estaleiros para descontar duplicatas na rede bancária e continuar a construir os navios encomendados. Em 1984, o governo não reconheceu o aval da Sunamam e deu início a uma apuração das irregularidades, que acabou se tornando o “escândalo da Sunamam”. Na época, estimou-se que as perdas para os cofres públicos foram de 545 milhões de dólares. Desse total, 290 milhões de dólares consistiam em dívidas do Estaleiro Mauá, o que, inclusive, resultou no suicídio do seu proprietário, o empresário Paulo Ferraz (SENADO FEDERAL, 1986).

Mais tarde, no governo Collor, essa dívida foi securitizada e transformada em moeda de troca no processo de privatização, as famosas “moedas podres”.

A Sunamam, uma poderosa autarquia com ampla margem de manobra financeira e administrativa, tornou-se um estorvo para o governo federal e alvo de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) no Congresso Nacional, instaurada em março de 1985. Após 14 meses de trabalho, o relatório final da CPI apresentou a seguinte conclusão básica:

“A construção naval e a Marinha Mercante brasileira foram impactadas por uma política econômica que onerou financeiramente o setor, eliminou o aporte de recursos governamentais, restringiu as fontes de receitas próprias da Sunamam, bem como a capacidade de tomar empréstimos, além de haver substituído crescentemente as encomendas à indústria naval nacional por navios importados. O governo anterior importou navios em volume suficiente para manter nossa indústria naval funcionando durante um ano inteiro” (SENADO FEDERAL, 1986, p. 5).

A recomendação do relatório final era que fosse elaborada uma nova política que fortalecesse ambos os setores, além de promover uma “efetiva democratização da Sunamam, a fim de evitar eventuais desvios” (SENADO FEDERAL, 1986, p. 6).

A NOVA POLÍTICA NACIONAL DE NAVEGAÇÃO MARÍTIMA MERCANTE

A nova Política Nacional de Navegação Marítima Mercante, elaborada pelo Ministério dos Transportes, em julho de 1986, apresentou uma nova proposta para o setor, reafirmou o caráter nacional, reforçou a importância do CDFMM, em detrimento da Sunamam (MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, 1986). No Programa de Desenvolvimento do Setor Transportes 1986-1989 (PRODEST), que envolvia todas as autarquias ligadas ao Ministério dos Transportes, a Sunamam, que agonizava, assumia mais um caráter normativo e fiscalizador (MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, 1986).

O desfecho final veio com a Medida Provisória 27, de 15 de janeiro de 1989, que extinguiu 14 órgãos da administração federal, incluindo a Sunamam, cujas competências foram transferidas para a recém-criada Secretaria de Transportes Aquáticos (STA), reforçando o caráter apenas normativo e fiscalizador no setor da navegação.

No final da década de 1980, as mudanças administrativas e no padrão de financiamento da Sunamam repercutiram na indústria da construção naval,

que operava com uma capacidade ociosa de quase 60%, empregando 17.965 trabalhadores, e na navegação nacional, cuja participação de navios com bandeira brasileira passou para 35%, em 1989. Mesmo assim, muitos armadores resistiram ao rápido desmonte parcial do setor. À frota do Lloyd Brasileiro, que frequentava em torno de 250 portos em todos os continentes, entrou num acelerado processo letárgico.

Dos armadores privados que já haviam sido beneficiados pelos planos da Sunamam, podemos destacar a Frota Oceânica, Aliança, Paulista, Netumar, Mercantil e Libra. Outras empresas menores, ou que atuavam apenas na cabotagem, também passaram a atuar no longo curso, como a Companhia de Navegação do Norte, H. Dantas Comércio e Navegação, Companhia de Navegação Norsul, Companhia de Navegação Viamar, Transportes Marítimos Internacionais, Interunion Navegações e Companhia de Navegação Tupi (EMPRESA BRASILEIRA DE PLANEJAMENTO DE TRANSPORTE, 1999).

DESMONTE PARCIAL

O desmonte parcial da navegação marítima e da construção naval do setor compreende desde a extinção da Sunamam, em 1989, ao lançamento do Programa Navega Brasil, em 2001.

Desnacionalização e privatização: os efeitos das políticas neoliberais atingiram diretamente a Marinha Mercante e a indústria da construção naval brasileira. Se, a partir do “escândalo da Sunamam”, o setor da navegação vinha seguindo uma trajetória de crise, a continuação da recessão e a falta de planejamento quase que levaram à extinção a indústria da construção naval e os armadores nacionais.

Os anos 1990 inauguraram uma nova fase para a economia brasileira. Durante um longo período, que começou em 1930 e se estendeu até o final dos anos 1970, o Estado brasileiro teve uma ampla margem de manobra para manipular políticas econômicas em prol da industrialização. Na década de 1980, assistimos ao avanço de alguns setores da economia, como o complexo agroindustrial, mineral e petroquímico. Todavia, no conjunto, o nível de crescimento do PIB industrial foi muito baixo.

As tentativas malfadadas de estabilização dos preços agravaram ainda mais o quadro de instabilidade econômica que estava sendo orientado pelas finanças

especulativas. Iniciamos a década de 1990 aprofundando o endividamento externo e a crise fiscal e financeira, acrescidos da abertura comercial e financeira. À tônica da década foi o ajuste fiscal com privatizações, desnacionalizações, fechamento de autarquias e cortes orçamentários nos investimentos. À dinâmica especulativa, com alta mobilidade de capitais e juros altos, ditava a agenda da economia nacional. As políticas de desenvolvimento e industrial foram suplantadas pelos objetivos da macro conjuntura econômica. A recessão, que já havia prejudicado a economia brasileira na década de 1980, seguiu sua trajetória, somada ao aumento exponencial do desemprego com seus efeitos deletérios (CARNEIRO, 2002).

Sem financiamento e novos investimentos, a infraestrutura logística do país foi sendo rapidamente sucateada. Com a extinção da Empresa de Portos do Brasil (Portobras), as operações portuárias foram privatizadas e ampliou-se o número de terminais privados. (GOULART FILHO, 2007). O Lloyd Brasileiro entrou no Plano Nacional de Desestatização, e seu material flutuante foi aos poucos sendo leilado por preços abaixo do mercado.

A Lei 9.432, de 8 de janeiro de 1997, definiu um novo regime jurídico para a navegação nacional, em oposição ao aprovado em 1939. Foi criado o Registro Especial Brasileiro, no qual poderão ser registradas embarcações brasileiras, operadas por empresas brasileiras de navegação, além de flexibilizar os contratos de trabalho.

Foi aberta a navegação de cabotagem, interior e apoio portuário, para embarcações estrangeiras afretadas por empresas brasileiras de navegação. Ficou permitido o afretamento a casco nu, e as empresas podem afretar as embarcações no mercado internacional até a construção de novos navios. Também ocorreram outras mudanças no marco regulatório, como o fim das conferências fechadas de fretes, a isenção do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante para diversas cargas, a redução da prescrição das cargas e o fim dos subsídios à construção naval (BNDES, 1997).

O processo de desnacionalização também chegou à Marinha Mercante, com a venda das empresas nacionais consolidadas para companhias estrangeiras. À Libra, a maior do setor, fundada dentro da CMM, foi vendida, em 1999, para a chilena Companhia Sud Americana de Vapores (CSAV). A Aliança, fundada em 1950, foi adquirida, em 1998, pela alemã Hamburg Sud, uma das maiores companhias de navegação do mundo. No mesmo ano, a mesma empresa alemã adquiriu também as linhas para a Europa da Transroll, fundindo com a Aliança. À Flumar, fundada em 1970, também foi adquirida pelo capital externo, no ano de

1996, pelo grupo francês LDA e o norueguês KGJS. A Mercosul Line, fundada em 1999, foi adquirida, em 2006, pelo grupo dinamarquês Maersk. Entre as empresas que faliram, podemos destacar a Mercantil, antiga Comércio e Navegação, em 1988; a Netumar, em 1994; a Interunion, em 1996; e a Paulista e a Viamar, ambas em 1999. Com esse desmonte, em 2000, a frota nacional passou para 6.087 mil 'TBP, e a participação de navios com bandeira brasileira caiu para 21%.

Contraditoriamente, esse desmonte parcial ocorre justamente num momento em que o movimento portuário brasileiro vem se ampliando de forma exponencial, o que possibilitaria o fortalecimento da Marinha Mercante nacional. Os maiores armadores nacionais atualmente são a Norsul, H. Dantas e Global. Esse retrato de desnacionalização e quebra dos armadores nacionais reflete o "espírito das reformas econômicas" em marcha na década de 1990: a internacionalização da economia, via abertura comercial e financeira, com o aprofundamento da "dependência" do capital externo, fragilizando o sistema nacional de economia.

Além desse desmonte parcial do setor de navegação nacional, a reforma do Estado resultou no esvaziamento das estatais, das autarquias e dos órgãos reguladores. O BNDES, que outrora tinha sido a alavanca da industrialização, passou a coordenar o Programa Nacional de Desestatização. No início do governo Collor, com a incorporação do Ministério dos Transportes pelo Ministério da Infraestrutura, a recém-criada Secretaria de Transportes Aquáticos (STA) foi extinta, juntamente com o Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante (CDFMM), cujas atribuições foram transferidas para o Departamento Nacional de Transportes Aquaviários (DNTA), que reforçou o caráter apenas fiscalizador e normativo (Decreto 99.180/1990). Essa mudança institucional, associada à recessão do início da década e à crise na construção naval, levou a uma queda considerável na arrecadação do Adicional de Frete para Renovação da Marinha Mercante (ARFMM), entre 1989 e 1994, passando de 428.033 mil dólares para 243.652 mil dólares, respectivamente. No final do governo Collor, o Ministério do Transporte e das Comunicações foi recriado, e o DNTA assumiu as funções do antigo Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante (CDFMM, Decreto 502/1992). E, no início do governo Itamar Franco, foi feita uma nova reforma no Ministério dos Transportes, criando o Departamento da Marinha Mercante (DMM), que assumiu as funções do DNTA e recriou o CDFMM.

E, por último, no governo Fernando Henrique Cardoso, foi criada pela Lei 10.233, de 5 de junho de 2001, a Agência Nacional dos Transportes Aquaviários (ANTAQ), que assumiu as atribuições do antigo DMM. À Antag é apenas uma

agência reguladora, tal como foi a antiga Inspeção Federal de Navegação (IFN), criada em 1907.

Dentro dos objetivos das reformas neoliberais, o mercado promoveria os ajustamentos e daria o estímulo necessário para a Marinha Mercante brasileira seguir uma trajetória de crescimento virtuoso. (O que vimos foi um desmonte parcial do setor nacional de navegação, com a privatização do Lloyd Brasileiro e da Docenave, e a desnacionalização e a quebra de armadores nacionais.)

Para termos uma ideia do desmonte, em 1980, o Brasil chegou a ser a segunda maior potência do mundo na indústria da construção naval, empregando 33.792 trabalhadores; no ano 2000, passou para a 15ª posição, empregando apenas 1.900 trabalhadores. O setor também passou por uma profunda reestruturação, com a compra da Ishibrás pela Verolme, que associou-se à Keppes Fels, que se especializou mais em offshore (plataformas de petróleo). O Estaleiro Mauá foi adquirido pelo grupo Jurong Shipyard; o Estaleiro Caneco foi arrendado pela Rio Nave Reparos Navais; e o Estaleiro Emaq pela Estaleiro Ilha. Já o Estaleiro Só faliu.

Somente no final do segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso que foi elaborada uma política destinada à Marinha Mercante e à construção naval. Tratava-se do Programa Navega Brasil, lançado em dezembro de 2000. No programa, estava prevista a compra de três novos navios para a Petrobras, da ordem de 160 milhões de reais, distribuída entre três estaleiros cariocas. Por outro lado, a Petrobras continuava a fazer novas encomendas de plataformas no exterior, desperdiçando uma grande oportunidade de alavancar a indústria de offshore brasileira. Essa foi uma tentativa quase vã de reerguer o setor, pois a capacidade ociosa era elevadíssima e não havia regras especificando o grau de nacionalização das embarcações, deixando de fora a indústria de peças para navios, que envolve o complexo eletro metal mecânico.

As reformas neoliberais desnacionalizaram a Marinha Mercante e desmontaram parcialmente a indústria da construção naval. As grandes companhias de navegação multinacionais, que já dominavam o comércio mundial, passaram a atuar na cabotagem brasileira. A entrada dessas companhias foi permitida em função da reforma da Constituição de 1988, iniciada em 1993, que alterou o artigo 178, cujo parágrafo único ficou assim definido:

“Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras” (BRASIL, 2000).

BIBLIOGRAFIA

- BAER, Mônica. O rumo perdido: a crise fiscal e financeira do Estado brasileiro. São Paulo: Paz e Terra, 1993.
- BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. "Cadernos de infraestrutura: Matinha Mercante" o Brasil e O mundo". Rio de Janeiro: BNDES, 1997.
- BURLAMAQUI, Armando. 4 Marinha Mercante brasileira. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918.
- BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello; COUTINHO, Luciano. Política econômica, inflexão e crise 1974-1981. In: BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello; COUTINHO, Renata. Desenvolvimento capitalista no Brasil: ensaios sobre a crise. Brasiliense: São Paulo, 1984.
- CARNEIRO, Ricardo. Desenvolvimento em crise: a economia brasileira no último quarto do século XX. São Paulo: Unesp; IE /Unicamp, 2002.
- CASTRO, Antonio Barros de. Ajustamento x transformação: a economia brasileira de 1974 a 1984. In: CASTRO, Antonio Barros de; SOUZA, Francisco Eduardo Pires. A economia brasileira em marcha forçada. São Paulo: Paz e Terra, 1988.
- COSTA, Affonso. A Marinha Mercante no Brasil: estudo, projeto e reforma. Rio de Janeiro: Liga Marítima Brasileira, 1910.
- COSTA, Jorge Gustavo. Planejamento governamental: a experiência brasileira. Rio de Janeiro: FGV, 1971.
- DUARTE, Paulo de Queiroz. Dias de guerra no Atlântico Sul. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1968.
- FLORES, Mario César (Org;). Panorama do poder marítimo brasileiro. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1972.
- FROTA, Fernando. De porque não se conserta a Marinha Mercante brasileira. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1965.
- GAMA, Arthur Oscar Saldanha da. A Marinha Mercante do Brasil na 1 Guerra Mundial. Rio de Janeiro: Capemi, 1982.
- GOULART FILHO, Alcides. Melhoramentos, reaparelhamentos e modernização dos portos brasileiros: a longa e constante espera. Economia e Sociedade, Campinas, v. 16, n. 3, dez. 2001.

Palestra pronunciada em 16 de abril de 2019.

A PROPRIEDADE INDUSTRIAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

*Newton Silveira**

1 INTRODUÇÃO

Neste ano de 2018 completam 35 anos de existência o IBPI (Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual) e sua co-irmã ASPI (Associação Paulista da Propriedade Industrial), cujo primeiro presidente foi José Carlos Tinoco Soares. A partir de 1994 a advogada brasileira Karin Grau-Kuntz se muda para Munique, onde obtém o título de Doutora em Direito e passa a atuar no site do IBPI que contém uma grande quantidade de textos de Propriedade Intelectual à disposição dos estudiosos da matéria (ibpieuropa.org). Também neste ano, aos 29 de abril, foi fundado meu escritório por João da Gama Cerqueira e Sebastião Silveira. Há 20 anos atrás, faleceu Frank Sinatra. Nesse dia, retornávamos, eu e meu filho João Marcos, de um congresso da INTA em Boston e na televisão do quarto de hotel em New York recebemos a notícia. Há um ano completaram-se 20 anos da entrada em vigor da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/1996. Finalmente, em 2016, faleceu o enciclopédico Denis Borges Barbosa e, no mesmo ano, seu

* Prof. Dr. Newton Silveira: Mestre em Direito Civil, Doutor em Direito Comercial e Professor Sênior na pós-graduação da Faculdade de Direito da USP. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Founding father de ATRIP - International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Árbitro da CAMINAS - Câmara Mineira de Arbitragem Empresarial. Diretor Geral do IBPI – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual. Fundador, ex-presidente e conselheiro nato da ASPI – Associação Paulista da Propriedade Intelectual. Vice-Presidente do Instituto Biodivertech. Presidente do IDCBJ – Instituto de Direito Comparado Brasil Japão. Professor visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Keio, Tokio. Hóspede ilustre da cidade de Quito, Ecuador. Medalha Prof. Dr. Antônio Chaves, conferida pela Academia Brasileira de Arte, Cultura e História da OAB/SP. Sócio do escritório Newton Silveira, Wilson Silveira e Associados Advogados.

filho Pedro Marcos Barbosa, obtinha o título de Doutor na Faculdade de Direito da USP sob minha orientação. Neste momento, o presente texto é preparado por mim e minha neta Giovanna Silveira Franco, que segue os passos de Karin.

Enfim, no que toca à Lei de Propriedade Industrial, alguns temas mereceram e merecem revisão, como será descrito a seguir.

2 MAILBOX

No dia 17 de abril deste ano, a terceira turma do STJ julgou caso relativo ao prazo de patente mailbox, concluindo que seu prazo de duração é de 20 anos do dia em que o pedido foi depositado (Rel. Min. Nancy Andrighi). A decisão da terceira turma afastou o prazo excepcional de 10 anos a partir da concessão, mesmo diante da demora do INPI na análise do pedido. Ao abordar as particularidades do sistema MAILBOX (“mecanismo transitório adotado para salvaguarda de pedidos de patentes relacionadas a produtos farmacêuticos e produtos agroquímicos”) a Ministra Andrighi considerou que a Lei de Propriedade Industrial determinou especificamente para esses dois casos o prazo de 20 anos contados do depósito (Caput do artigo 40).

Essa circunstância, segundo a relatora, afasta a possibilidade de incidência do prazo excepcional do respectivo parágrafo único, de 10 anos a partir da concessão:

“A norma que prescreve que o prazo de vigência de patente de invenção não deve ser inferior a 10 anos da data de sua concessão está inserida em capítulo da LPI que versa sobre regras gerais, aplicáveis ao sistema ordinário de concessão de patentes, de modo que, à mingua de remissão legal específica, não irradia efeitos sobre matéria à qual foi concedido tratamento especial pela mesma lei.”

E acrescentou a relatora, “tratando-se de medicamentos, adiar a entrada em domínio público das invenções significa retardar o acesso ao mercado de genéricos, causando, como consequência, o prolongamento de preços mais altos, o que contribui para a oneração das políticas públicas de saúde e dificulta o acesso da população a tratamentos imprescindíveis”.

Conforme nota do Migalhas, de 25 de abril, a relatora também consignou no voto que a partir da data da publicação do pedido de patente – e não apenas a partir do momento em que a patente é concedida – o depositante já possui

tutela legal que lhe garante impedir o uso, por terceiros, de produto ou processo a que se refere seu requerimento, além de indenização por exploração indevida, conforme estipulam os arts. 42 a 44 da LPI:

“Dessa forma, apesar da expedição tardia da Carta Patente pelo INPI, a invenção do recorrente no particular, não esteve, em absoluto, desprovida de amparo jurídico durante esse lapso temporal.”

Tudo conforme acórdão unânime no REsp 1.721.711.

A expressão mailbox foi adotada para indicar patente de medicamentos e de produtos químicos depositadas entre janeiro de 1995 e maio de 1996, período relativo ao intervalo entre a assinatura pelo Brasil do Acordo Trips e o início de vigência da lei nº 9.279.

O Resp é originário do Rio de Janeiro. A ação em questão foi promovida pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, tendo sido provida em primeira instância. Afirmou o INPI em sua inicial que “a causa da concessão de prazo equivocado decorreu de falha no seu sistema de processamento de dados (Sistema integrado da propriedade industrial – SINPI), o qual não estava programado para conferir tratamento diferenciado (como passou a exigir a LPI) às patentes de medicamentos depositados entre 01/01/95 e 14/05/1996” [Como se vê, o lobby até atuava em sistema de processamento de dados]. O chamado mailbox está previsto no Art. 70.8 do Trips e estabelecido pela medida provisória 2006/99, posteriormente convertida na Lei 10.196/01.

O medicamento objeto da ação, liberado para o domínio público pelo STJ, é o Soliris, usado no tratamento de enfermidade que afeta o sistema sanguíneo. Conforme a Abifina, em seu amicus curiae, tal medicamento vem sendo adquirido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para aplicação em alguns pacientes, pelo custo individual de mais de R\$ 800.000,00 ao ano. Atualmente, o preço máximo de sua venda para o Governo Federal foi estipulado pela Anvisa em R\$ 17.554,79 (incluído ICMS de 20%) por cada embalagem conforme se verifica no site da agência (<http://portal.anvisa.gov.br/listas-de-precos>).

3 PATENTES PIPELINE

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 4234-3/600 em face dos Arts. 230 e 231 da Lei nº 9.279 de 1996, que foi protocolada aos 24/04/2009 pelo

Procurador Geral da República sob o argumento de que “a inconstitucionalidade das patentes pipeline está justamente na sua natureza jurídica pois, se pretende tornar patenteável em detrimento do princípio da novidade, aquilo que já se encontra em domínio público”, promovendo o legislador ordinário, assim, uma espécie de expropriação de um bem comum do povo sem qualquer amparo constitucional. O processo foi distribuído à Min. Cármen Lúcia que determinou que fossem solicitadas informações ao Congresso Nacional.

Aos 19/05/2009 a Abifina requereu o seu ingresso como amicus curiae. Aos 08/06/2009 a Interfarma também requereu seu ingresso na qualidade de amicus curiae. Outras entidades, como a Conectas, a Pró Genéricos, Médicos Sem Fronteiras, ABPI, e muitos outros, compareceram também aos autos. Após o cumprimento de diversos mandados, os autos permanecem no Gabinete da Ministra Cármen Lúcia.

A petição da ADI, após analisar os artigos 230 e 231 comenta:

*“Contudo, os dispositivos em análise, reproduzidos acima tratam das chamadas **patentes pipeline** “ou patentes de revalidação”, que não constam no acordo Trips. Foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro por iniciativa exclusiva do legislador interno, em violação à ordem constitucional de 1988. As **patentes pipeline** são mecanismos de transição, que têm como objetivo conceder proteção patentária à produtos que não eram patentáveis antes da Lei 9.279/96 e que já estavam no domínio público brasileiro, possibilitando a revalidação de patente estrangeira no Brasil, mesmo em detrimento do requisito da novidade”.*

No entendimento da AGU essa criação de um monopólio em favor de particulares sem que o requisito da novidade esteja presente afeta a ordem econômica, a livre-concorrência e a sociedade.

Fundamenta, por fim, a AGU, no fato de que o conhecimento que já está em domínio público integra o patrimônio comum da sociedade e as normas em questão, por via oblíqua, promovem uma espécie de expropriação de um bem comum do povo sem qualquer amparo constitucional.

4 PRAZO ESTENDIDO DE PROTEÇÃO POR PATENTES

Duas ADI’s se acham no Gabinete do Relator Ministro Luiz Fux, a ADI 5061 de 01/11/2013 e ADI 5529 de 13/05/2016, a primeira promovida por

Abifina – Associação Brasileira da Indústria de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades – e a outra pela PGR, ambas objetivando o reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do Art. 40 da LPI. Ingressaram na qualidade de amici curiae a Interfarma e a ANDEF – Associação nacional de defesa vegetal.

Da inicial da Abifina, destaca-se:

“Como bem observado pela jurisprudência, ‘se lembrarmos que em relação aos inventos o domínio público é a regra, e a proteção a exceção, sempre condicionada a inúmeros fatores e por prazo sempre limitado’ (Tribunal Regional Federal da Segunda Região, segunda turma especializada, AC 2005.51.01.534005-6, Des. André Fontes, DJ 11.12.2007)”.

Em sua longa e didática petição, a Abifina cita o exemplo concreto no item 7.24 de um pedido de patente depositado em 1979, cuja patente foi expedida em 2016 e que, no caso de acolhimento da pretensão da titular, que pretendeu em juízo a aplicação do parágrafo único do Art. 40 da LPI, para que a patente durasse até o ano de 2016, teríamos uma obstrução ao ingresso da concorrência no mercado por quase 37 anos.

Observou Denis Borges Barbosa no Doc. 4 juntado aos autos que:

“Isso ocorre porque em número relevante de casos há interesse dos depositantes de diferir a concessão, em particular se isso resultar em maior período de proteção. Estudos imparciais, citados neste parecer, dão notícia que assim ocorre não só no Brasil mas em outros sistemas”.

Menciona, ainda, a Abifina acórdão do TRF da Segunda Região, primeira turma especializada, AMS 2006.51.01.524783-1, JC Marcia Helena Nunes, DJ12122008, extraído do voto da relatora que: *“adicionar ainda mais (10) anos a partir da data da concessão, como no presente caso, configurará um prejuízo para todos os terceiros que aguardaram a extinção da vigência da patente e se prepararam para isso, renovando e modernizando as fórmulas em benefício de toda a coletividade, ao invés de se restringir o mercado ao uso de fórmulas já obsoletas por período incrivelmente ou inaceitavelmente longo sem razão que legitime tal extensão”.*

A ADI 5529 proposta pelo Procurador Geral da República foi distribuída por prevenção aos 18/05/2016, admitido o ingresso da Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial (ABAPI), da Abifina, ABPI, ANDEF, Interfarma e AGROBIO.

O Procurador Geral da República em petição mais enxuta requer a distribuição por dependência à ADI acima citada, face a eventual ilegitimidade da requerente daquela ação.

A ação do PGR traz à baila o *backlog*. Menciona pareceres de Eros Roberto Grau e Denis Borges Barbosa, peças 6 e 7 do processo eletrônico da ADI 5061 que junta em cópia.

A ARGUIÇÃO DE “NULIDADE” COMO MATÉRIA DE DEFESA NAS DEMANDAS DE CONTRAFAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Pedro Marcos Nunes Barbosa¹

13.03.2018²

1. INTRODUÇÃO

O dia 13.03.2012 marcou um interessante julgamento (REsp 1.132.449/PR³) no Superior Tribunal de Justiça que versava sobre uma lide de jurisdição comutativa entre uma sociedade empresária campineira (que comercializava programas de computador, peças sonoras, rastreamento e segurança eletrônica para veículos automotores) e outra curitibana (de automação industrial).

¹ Professor de Propriedade Intelectual, Direito Civil e Direito Comercial da PUC-Rio. Doutor em Direito Comercial (USP), Mestre em Direito Civil (UERJ) e Especialista em Propriedade Intelectual (PUC-Rio). Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados (pedromarcos@nbb.com.br).

Acórdão da Relatoria da culta Min. Fátima Nancy Andriighi. Decisão unânime em quórum composto pelos Órgãos Julgadores da 3a Turma àquela época: Massami Uyeda, Sidnei Beneti, (Prof. Dr. UFRGS) Paulo de Tarso Sanseverino e (Dr.) Ricardo Villas Boas Cueva. Apenas uma das partes realizou sustentação oral, o Recorrente, representado pelo (Dr.) Alberto Luís Camelier da Silva (autor, entre outros trabalhos, de dois livros publicados pela Editora Saraiva, frutos da orientação no mestrado e doutorado, respectivamente, na FADUSP pelo Prof. Dr. Newton Silveira: “Concorrência Desleal – Atos de Confusão” e “Desenho Industrial – Abuso de Direito no Mercado de Reposição”).

² Dedico este artigo à Professora Titular de Direito Comercial da UERJ, Dora Martins de Carvalho, falecida em 13.06.2017. Este autor foi uma das pessoas privilegiadas em gozar da amizade de Dora, de dialogar com uma sapientíssima mulher que amava as Pessoas e o Direito. Além de muito aprender com Dora, nos anos em que dividimos pensamentos no Instituto dos Advogados Brasileiros pude absorver uma parcela de sua leitura transversal do Direito Privado.

³ Acórdão da Relatoria da culta Min. Fátima Nancy Andriighi. Decisão unânime em quórum composto pelos Órgãos Julgadores da 3a Turma àquela época: Massami Uyeda, Sidnei Beneti, (Prof. Dr. UFRGS) Paulo de Tarso Sanseverino e (Dr.) Ricardo Villas Boas Cueva. Apenas uma das partes realizou sustentação oral, o Recorrente, representado pelo (Dr.) Alberto Luís Camelier da Silva (autor, entre outros trabalhos, de dois livros publicados pela Editora Saraiva, frutos da orientação no mestrado e doutorado, respectivamente, na FADUSP pelo Prof. Dr. Newton Silveira: “Concorrência Desleal – Atos de Confusão” e “Desenho Industrial – Abuso de Direito no Mercado de Reposição”).

Conforme o contexto fático delineado no julgado, a Recorrente do Estado de São Paulo havia intentado pretensão compensatória e inibitória contra a Recorrida do Estado do Paraná, ventilando ilicitudes praticadas contra a titularidade de seu registro de desenho industrial e sua marca (ambas empregadas em módulo de chaveiro transmissor).

Após a Recorrente/Demandante obter uma tutela de urgência de efeitos inibitórios perante o Juízo instrutor, a Recorrida/Demandada interpôs um agravo de instrumento destinado ao TJPR, fincado na (i) ausência de análise meritória no registro do Desenho Industrial (concessão automática pela autarquia federal), (ii) circunstância de que se o INPI tivesse cotejado o bojo do ornamento requerido verificaria sua ausência de novidade e originalidade, e (iii) assertiva de que o signo por si utilizado não cuidaria de marca, mas de ‘referência técnica’ ao produto.

O Órgão Julgador de segunda instância acabou por conceder o efeito suspensivo ativo ao agravo de instrumento, e, no mérito, julgá-lo provido, visto que o Desenho Industrial teria sido questionado quanto aos seus requisitos legais. Deste modo, segundo o TJPR, demandar-se-ia dilação probatória antes que a *fumaça do direito* estivesse presente a habilitar a tutela de urgência⁴.

Na toada do verbete de súmula 86 do STJ⁵, a Demandante/Agravada interpôs recurso especial no qual o Tribunal *a quo* decidiu pela admissibilidade recursal. O cerne do recurso especial seria a aplicação concreta do argumento do Recorrido sobre a “nulidade” dos registros junto ao INPI como matéria de defesa. Além de processar a insurgência do Recorrente, a Relatora no Tribunal da Cidadania pautou sua análise no seguinte questionamento: “*pode o juiz ou o Tribunal estadual, ao apreciar um pedido de antecipação de tutela, negar proteção a uma marca, patente ou desenho registrados, mesmo que diante de notória semelhança, com fundamento apenas na aparente invalidade do registro, não declarada pela Justiça Federal?*”.

⁴É preciso frisar que até mesmo julgados advindos da jurisdição federal (aquela que ratifica, anula ou retifica os atos administrativos praticados pelo INPI que, porventura, foram judicializados) reconhecem a fragilidade jurígena dos registros automatizados: “Sabe-se, que a concessão de registro de desenho industrial dispensa a conferência inicial dos requisitos de validade, ficando a análise de mérito passível de acontecer, somente, mediante requerimento em tal sentido, segundo as determinações previstas na Lei de Propriedade Industrial, artigos 106, 111 e 113., Assim, ainda que a concessão em tela seja de induvidosa regularidade, dela não se pode extrair nenhuma presunção de legitimidade, em razão da inusitada forma de aquisição, sem análise de mérito administrativo” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. Messod Azulay, AC 2006.51.01.537664-3, DJ 06.03.2012.

⁵“Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

Como a *resposta* a produção normativa-pretoriana se assentou no fato de que na ausência de uma demanda com pedido *principaliter* (sobre a nulidade dos atos administrativos), perante o Juízo Competente, segundo o STJ, o entendimento do TJPR estaria a violar⁶o art. 57 da LPI⁷.

No presente artigo se analisará a *prudência* decisória deste julgado do Tribunal da Cidadania que, em sede não exauriente de mérito, acabou por influenciar uma série de julgamentos ulteriores em Tribunais de Justiça Brasil afora.

2. O COTEJO FÁTICO QUE DELIMITOU O PRECEDENTE

Ainda sob a égide do CPC/73, o *caso concreto* que engendrou o precedente foi um dos raros recursos especiais que superaram a *desafiadora* barreira da regra do art. 543, parágrafo 3^o, do Código de Ritos. Entretanto, o que é ainda mais interessante cuida-se da amplitude recursal que, aparentemente, se deu sem o exaurimento das instâncias ordinárias de jurisdição.

2.1 Uma diminuta Prosa Empírica do Contencioso de PI

Em demandas que versam sobre alegadas infrações aos direitos de propriedade intelectual, quando o Juízo instrutor recebe a petição inicial e defere o pleito de antecipação dos efeitos da tutela, o Demandado costuma receber o mandado de citação conjuntamente a sua intimação da decisão interlocutória. Ainda que tal não seja tão distinto quanto o que ocorre com outras searas do Direito, no que é pertinente à concorrência isto pode resultar em consequências de grande impacto orçamentário.

⁶“Ainda que a lei preveja, em seu art. 56, §1º, a possibilidade de alegação de nulidade do registro como matéria de defesa, a melhor interpretação de tal dispositivo aponta no sentido de que ele deve estar inserido numa ação que discuta, na Justiça Federal, a nulidade do registro. Não faria sentido exigir que, para o reconhecimento da nulidade pela via principal, seja prevista uma regra especial de competência e a indispensável participação do INPI, mas para o mero reconhecimento incidental da invalidade do registro não se exija cautela alguma. Interpretar a lei deste modo, como bem observado pelo i. Min. Direito, equivaleria a conferir ao registro perante o INPI uma eficácia meramente formal e administrativa” Rel. Min. Nancy Andrighi.

⁷“Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito”.

⁸“Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões. § 3o O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos a execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”.

Depois de mais de uma década lidando com este tipo de contencioso, é importante frisar que a advocacia em prol dos Demandados, nestes feitos, envolve (a) uma *tensa corrida contra o tempo*, para (b) a célere e simultânea produção dos dois prazos (agravo de instrumento e contestação), (c) de relativa complexidade e, em geral, (d) lidando com *pesadas astreintes* diárias, o que atrai certa pressão “emocional” do mandante/cliente.

Por isso, quando os recursos de agravo de instrumento interpostos contra uma decisão concessória de tutelas de urgência *in limine* chegam ao Tribunal, há pouquíssima maturidade⁹ no feito com relação à produção probatória, e as alegações¹⁰ de “nulidade” incidental nada são mais do que *teses jurídicas*, na mesma medida em que a alegada contrafação o é.

Deste modo, o que se discute em sede de agravo são os *requisitos* da tutela de urgência. Aliás, é particularmente mais comum a obtenção de tutelas de urgência *in limine* em ações de conhecimento quando os bens contrafeitos versam sobre signos distintivos (em especial os registráveis), do que quando cuidam de tecnologias (cultivares, topografias, patentes), ornamentos, e programas de computador (considerados pela legislação uma espécie de direito autoral).

2.2 Um Pouco Mais do Cotejo Factual

Por isso, quando se retornou ao mérito da decisão de segunda instância que reformou a tutela de urgência no feito do Paraná, é fundamental ter em mente que (i) a contraminuta ao agravo (peça da Demandante que posteriormente buscou a reforma do *decisum* junto ao STJ) foi considerada *intempestiva*, e, portanto, desconsiderada¹¹; e (ii) levando em consideração a automaticidade do registro

⁹“Ele decerto havia começado a trabalhar de imediato, e a primeira petição já estava quase pronta, conforme disse. Ela seria muito importante, porque a primeira impressão causada pela defesa muitas vezes determinava o rumo de todo o processo. Lamentavelmente, e ele tinha de chamar a atenção de K. para isso: às vezes acontecia que as primeiras petições nem sequer eram lidas no tribunal. Elas eram simplesmente anexadas aos autos com a indicação de que provisoriamente o inquérito e a observação do acusado eram mais importantes do que qualquer coisa escrita” KAFKA, Franz. O Processo. Porto Alegre: L&PM Pocket. 2010, p. 138.

¹⁰“Não venhas porém, por uma simples suspeita, incrimina-me sem ter-me ouvido. Não é justo tomar levemente os maus pelos bons, os bons pelos maus. Rejeitar um amigo leal é na verdade privar-se de uma parte da própria vida, isto é, daquilo que mais se preza. Mas é preciso tempo para compreender isso de maneira segura. Somente o tempo é capaz de mostrar um homem honesto, enquanto basta um dia para desmascarar um traidor” SÓFOCLES. Édipo Rei. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011, p. 39.

¹¹“A contraminuta da agravada, entretanto, somente foi apresentada em data de 17.06.08 (chancela mecânica de fls. 354). Assim, afigura-se intempestiva a resposta da agravada, razão pela qual não merece conhecimento

de desenho industrial, e o questionamento de sua validade pela Agravante/Demandada, a matéria (para efeitos de decisão não exauriente no Tribunal) era *factualmente* controvertida¹².

Ou seja, diante da (i) desconsideração da manifestação da Demandante/Agravada, somada a (ii) automaticidade do registro de Desenho Industrial, adicionada à (iii) insurgência da Demandada/Agravante sobre a validade do ato administrativo, e levando em conta (iv) o necessário prestígio a devida produção probatória; o TJPR entendeu pela ausência de *prova inequívoca* a habilitar a decisão interlocutória de primeira instância.

Punto e basta. Tratou-se de decisão extremamente delimitada a conteúdo processual sobre tutela de urgência que, em geral, (a) é excepcional à regra de prestigiar a regular instrução probatória e (b) a premissa segundo a qual a liberdade é a premissa maior face à restrição¹³ competitiva.

Por sua vez, quando do julgamento do recurso especial da Demandante, contra o acórdão do agravo de instrumento que cassara a antecipação dos efeitos da tutela, ainda que o *pedido* de restauração da tutela de urgência tenha sido absolutamente regular, é questionável se a ampliação da causa de pedir recursal sobre o *descabimento de nulidade incidental* poderia ter sido aceita. Note-se que não se faz qualquer censura ao STJ por ter reestabelecido à tutela de urgência, ou em discutir o cabimento da nulidade incidental de atos administrativo praticados por Autarquias Federais em Juízos de Direito, mas parece-nos um tanto *ousado* tê-lo feito em sede de recurso interposto contra decisão interlocutória, em que tal *mote sequer*¹⁴ era a essência da decisão guerreada.

e exame (...) Mas, não se mostra adequado a determinação do desentranhamento da aludida contraminuta, pois poderia acarretar futuro tumulto processual, caso em eventual recurso venha essa decisão ser retificada. Como medida de cautela a mesma deve permanecer nos autos, porém ignorando-se o seu conteúdo” TJPR, 7a Câmara Cível, Des. Ruy Francisco Thomaz, AI 496070-1, DJ 29.08.2008.

¹²“Desse superficial exame, sem incurrir no mérito da discussão (repita-se), é se admitir que em face da dúvida sobre se o desenho industrial, cujo registro no INPI foi concedido à agravada, é original ou de natureza técnica, mostra-se evidente em se admitir que se afigura comprometido o seu direito exclusivo de propriedade do desenho. Diante disso, prejudica a alegada verossimilhança da pretensão, eis que a propalada prova inequívoca depende de dilação probatória para o seu acolhimento” TJPR, 7a Câmara Cível, Des. Ruy Francisco Thomaz, AI 496070-1, DJ 29.08.2008.

¹³“A disciplina jurídica da proteção à propriedade intelectual não pode ser vista de forma apartada desse quadro. Exatamente porque constituem “garantia de monopólios”, restringindo a livre-iniciativa, os direitos de propriedade industrial devem ser encarados como exceção. A interpretação que a eles se dá será restritiva e não extensiva” FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 342.

¹⁴Mutatis mutandi: “Matérias não enfrentadas na Corte de origem não podem ser analisadas diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância” STJ, 6ª Turma, Min. Nefi Cordeiro, HC 412109/MS, DJ 04.12.2017

Ademais, outras *premissas* deste julgamento do STJ também podem ser tidas como açodadas, visto que a Relatoria acabou por tomar como *verdadeira*¹⁵ a acusação de contrafação, que cuidava de conteúdo meritório a depender de cautelosa análise nos juízos ordinários.

3. UMA REFLEXÃO DOGMÁTICA-HISTÓRICA

Conhecidos os detalhes fáticos que firmaram o precedente do STJ, é imperativa a compreensão histórica¹⁶ dos textos-regras que estruturam a pretensão de quaisquer réus que ventilem a nulidade do ato administrativo como matéria de defesa – em demandas judiciais outras que não tramitem na esfera federal.

3.1 A Lei 3.129 de 1882

A regulação da matéria em período pré-republicano se dera por edito do *ungido* D. Pedro II, um amante do Direito e *criador*¹⁷ do Instituto dos Advogados Brasileiros. Neste contexto do final do século XIX, uma vez concedida a patente – por ato de órgão centralizado – qualquer demanda de nulidade seria promovida perante o “*Juízo Commercial da capital do Império*”, e, uma vez processada, automaticamente ficariam suspensos os efeitos do título.

Note-se que neste nicho regulatório, com a constrição *ex officio* e de pleno direito dos efeitos da patente, sequer era importante versar-se sobre nulidade como matéria de defesa¹⁸. De outra monta, acaso o interessado em ver *nulo* o

¹⁵“Na situação dos autos, tudo se inverteu. A recorrida, em lugar de obter prévia proteção, investiu em seu ilícito criando um fato consumado. Vale dizer, praticou um ato que, ao menos formalmente, teria aparência ilícita (porque contrário ao registro concedido pelo INPI) e, a partir disso, considerável parcela de seu faturamento passou a depender da venda do produto aparentemente contrafeito. Tal atitude transferiu ao titular do registro do desenho industrial todo o peso de requerer uma antecipação de tutela, tendo ele, que a priori seria vítima da contrafação, de comprovar a verossimilhança de seu direito, a intensidade de seu prejuízo e assim por diante” Rel. Nancy Andrighi.

¹⁶“Quando será que aprenderemos que há certas coisas que só começaremos a perceber quando nos dispusermos a remontar às fontes” SARAMAGO, José. O Evangelho Segundo Jesus Cristo. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 57.

¹⁷Vide dados no sítio oficial do IAB: <https://www.iabnacional.org.br/mais/mural-do-presidente/a-reconstrucao-do-brasil>, acessado em 30.11.2017, às 10:50.

¹⁸Lei 3.129/1882 – “Art. 5o, § 3º, A nullidade da patente ou da certidão do melhoramento será declarada por sentença do Juizo Commercial da capital do Imperio, mediante o processo summario do Decreto n. 737, de 25 de Novembro de 1850. São competentes para promover a acção de nullidade: O Procurador dos Feitos da Fazenda, e seus Ajudantes, aos quaes serão remettidos os documentos e peças comprobatorias da

ato administrativo fosse sucumbente, o período de suspensão do título seria objeto de igual prorrogação da vigência; o que evitava o uso de ações com fito puramente abusivo¹⁹, quiçá emulativo.

3.2 O Decreto 16.264 de 1923

O direito legislado brasileiro teve no art. 124²⁰, do Decreto de 1923, a inaugural previsão sobre “nulidade” incidental como matéria de defesa, para os acusados de contrafação em sede penal. Tal espécie de arguição não importaria em deslocamento de competência, visto que o pleito de nulidade do ato administrativo como escopo de uma petição inicial precisaria ser dirigido ao Juízo Federal Competente²¹ – pela atração do interesse da União.

Aliás, é sob a égide deste Decreto (de século e décadas idênticas) que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal veio a decidir sobre a extensão da denominada “nulidade como matéria de defesa”. Como causa de pedir o Autor/ Recorrido acusava um terceiro de contrafazer sua marca e nome de empresa, e o Tribunal enfrentou a independência das esferas penal e cível para efeitos da pretensão de afastamento à contrafação.

Por sinal, na jurisdição daquele feito, o Relator Min. Philadelpho Azevedo²² consignou que: *“para fazer vingar uma indenização, terá o juiz muitas vezes de*

infracção; E qualquer interessado, com assistencia daquelle funcionario e seus ajudantes. Iniciada a acção de nullidade nos casos do art. 1º, § 2º, ns. 1, 2 e 3, ficarão suspensos até final decisão os effeitos da patente e o uso ou emprego da invenção. Si não fôr annullada a patente, o concessionario será restituído ao gozo della com a integridade do prazo do privilegio”.

¹⁹O exercício de pretensas posições jurídicas com o fito puramente retardatário jamais foi admitido pelo ordenamento jurídico, como já bem prescrevia a doutrina do início do século XX, “A protelação da lide incide na sanção do abuso do direito (...) Advogados há, cuja reputação se formou á custa desse expediente, empregando em detrimento da justiça quantos recursos a lei creou para assegurar a sua bôa distribuição, divorciando assim o direito processual da sua finalidade” AMERICANO, Jorge. Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932, p .115.

²⁰Decreto 16.264/1923 – “Art. 124. Poderá constituir materia de defesa na acção criminal a allegação de inobservancia dos arts. 80 e 88 deste regulamento. A absolvição do réo não importa, todavia, nullidade da marca de industria ou de commercio”, e ainda, “Art. 75. Poderá constituir materia de defesa na acção criminal a allegação da inobservancia dos arts. 33 e 34 deste regulamento. A absolvição do réo não importa, todavia, nullidade da patente”.

²¹“Art. 69. As acções de nullidade terão o curso summario e serão processadas e julgadas pelos juizes federaes”, e, ainda, “Art. 114. Será nullo o registro de marcas feito contra o que prescreve este regulamento. § 1º As acções de nulidade de marcas de industria e de commercio poderão ser propostas dentro do prazo de cinco annos, contados da data dos respectivos registros, terão o curso summario e serão processadas e julgadas na justiça federal”.

²²STF, 1ª Turma, Min. Philadelpho Azevedo, RE 6.229, decisão unânime, J. 17.05.1943.

apreciar a validade do ato administrativo de outorga do privilégio ou marca, o qual em tese só deve ser apreciado por juízes privativos e dentro de curto prazo. Mas, o mesmo óbice se levantava contra a ação penal, que nunca foi comtudo aforada perante magistrados federais e sim diante os locais que, ao absolverem os querelados, deixavam ineficaz a patente ou a marca concedidas”.

Dando ênfase ao dispositivo que permitia, à época, o reconhecimento pontual da inoponibilidade do título proprietário, o Órgão colegiado atestou que isto resultaria na distinção de duas ‘nulidades’: “*uma genérica*” [aquela que examinada perante o Juízo Federal] e “*e outra específica*” [decidida pelo Juízo de Direito].

Exercendo a hermenêutica que entendera cabível – pois as regras jurídicas sobre nulidade em atos administrativos que versassem sobre marcas e patentes só estavam proscritas para teor penal – o STF averbou: “*Dai se há de fazer a irrecusável extensão: si o juiz criminal pode, embora parcialmente e ad rem, reconhecer a nulidade da patente ou da marca, nenhuma razão subsistiria para negar igual faculdade aos titulares das varas cíveis (...) não se podendo estabelecer tratamento diverso, quando se reconheceu a necessidade de que eles, no menos implícita e restritivamente, pudessem restringir os efeitos de atos, emanados da zona federal (...) somente no caso de ser o Réo titular da patente é que será necessário afastar esse óbice pela anulação*”.

É possível resumir o contexto da primeira metade do século XX nos seguintes dizeres: (a) o direito positivo prescrevia expressamente hipóteses de nulidades incidentais em matéria de defesa criminal; (b) o STF entendia²³ tais preceitos como perfeitamente aplicáveis e conformes à legalidade constitucional da época; e, (c) o precedente narrado do mesmo STF entendera que a impugnação defensiva poderia se dar fora do âmbito criminal.

3.3 O Código da Propriedade Industrial de 1945

Num terceiro momento, o direito positivo nacional conheceu no art. 188²⁴, do Decreto-Lei 7.903/45, o segundo preceito que autorizava o demandado a ventilar

²³ “Se se analisa o papel da jurisprudência como fonte, verificar-se-á que não é tanto o ato jurisprudencial a criar o direito, mas, sim, a sua ratio decidendi” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 20.

²⁴ Decreto-Lei 7.903/1945 – “Art. 188. Poderá constituir matéria de defesa na ação criminal a alegação de nulidade da patente ou registro em que a ação se fundar. A absolvição do réu, entretanto, não importará na nulidade da patente ou do registro. que só poderá ser demandada pela ação competente”.

a invalidade do ato administrativo como conteúdo jurígeno de sua tese defensiva. Nesta mesma fonte normativa já era previsto que pleitos judiciais visando, primordialmente, a declaração de nulidade precisariam ser intentados perante a Justiça Federal²⁵, e que até mesmo caberiam recursos ao Supremo Tribunal Federal (então sediado na bela cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro).

Neste Código da Propriedade Industrial, editado por Getúlio Vargas no ano anterior à Constituição de 1946, também já se distinguia a pretensão autoral de *validade* daquela manifestação do réu que pleiteava a sua *ineficácia*.

Aliás, em terra *brasilis* se outorgava grande prestígio ao ato administrativo praticado pelo Departamento Nacional de Produção Industrial, uma vez que “os *inventos reconhecidos e patenteados (...) têm ao seu favor a presunção de novidade, que só pode ser desfeita e cancelada pelo Poder Judiciário, quando os interessados demonstrarem de modo cabal e insofismável que a suposta invenção já é conhecida anteriormente*”²⁶.

A *ratio* por detrás de tal presunção legal era o exame prévio, efetivo²⁷, e qualitativo realizado pelo DNPI, não havendo qualquer mística por detrás do ato administrativo *per se* – como se a autoridade fosse fonte espontânea de legitimidade.

Tal como prescrevia o texto da década de 40, em consonância ao do Decreto dos anos 20 do mesmo século, a doutrina também asseverava o efeito *inter partes* além da força argumentativa de um precedente desta estirpe²⁸.

²⁵ Decreto-Lei 7.903/1945 – “Art. 87. As ações de nulidade de patente serão processadas e julgadas segundo o domicílio do réu, no Distrito Federal, nos Territórios Federais e nas Capitais dos Estados, pelo juiz competente para conhecer dos feitos da Fazenda Pública, em que seja interessada a União Federal, com recurso para o Supremo Tribunal Federal”, ainda, Art. 157. As ações de nulidade de registro serão processadas e julgadas segundo o domicílio do réu, no Distrito Federal, nos Territórios Federais e nas Capitais dos Estados, pelo juiz competente para conhecer dos feitos da Fazenda Pública, em que seja interessada, a União Federal, com recurso para o Supremo Tribunal Federal, e terão curso ordinário, podendo qualquer delas ser cumulada, com a de indenização”.

²⁶ Em minucioso voto que ventitou premissa basilar do Sistema de patentes: “A novidade da invenção é condição essencial para que seja objeto de uma patente” STF, 1ª Turma, Min. Evandro Lins e Silva, REX 58.535/SP, DJ 12.04.1967.

²⁷ No precedente relatado pelo Min. Evandro Lins e Silva, se declarou a nulidade do ato administrativo (i) pelo fato de que o exame do DNPI tinha sido um superficial “nada consta”, e (ii) por ter sido demonstrada a existência de anterioridades impeditivas. Nas palavras do Relator: “não houve exame técnico feito pelo próprio Departamento nacional de Produção Industrial, que se limitou a um suscito e inconveniente parecer, que não se fundou em quaisquer elementos, por ocasião da concessão da patente” STF, 1ª Turma, Min. Evandro Lins e Silva, REX 58.535/SP, DJ 12.04.1967.

²⁸ “Deve-se entender em termos esse enunciado, pondo os pingos sobre os is. Desde que ao juiz é dado apreciar, na ação criminal, a legitimidade da patente; e, reconhecendo-lhe a ilegitimidade, a declara nula, essa nulidade, transitada em julgado a sentença, pode ser arguida tanto pelo querelado, como por qualquer outra

3.4 O Código da Propriedade Industrial de 1971

O Código da década de 70 não contemplou redação que versasse especificamente sobre a nulidade como matéria de defesa, tendo prescrito, *genericamente* sobre a ação de nulidade²⁹.

Entretanto, além de prever a nulidade como consequência de um processo administrativo, o texto – abstratamente – destacava ser imperativa a apreciação *judicial* de tal argumentação. Ou seja, pode-se contemplar que a “arguição” de “nulidade incidental”, sob a égide do CPI/71, continuava a ser praxis forense corriqueira.

Assim, se é verídico afirmar (a) que decisões do STJ³⁰ já iniciavam um direcionamento contracultural para renegar a possibilidade da defesa em ações de contrafação com base nos vícios do ato administrativo; de outro lado, (b) há de se notar, contudo, também haver precedente do próprio STJ³¹, e de Tribunais de Jurisdição Ordinária³² que acabavam por *relativizar* a necessidade da ação originária de nulidade para *ponderar* a não incidência do título proprietário.

peessoa, contra a qual o concessionário ou cessionário da mesma patente pretenda agir criminal ou civilmente. Tem este, desde então, e isso sem nenhuma figura de retórica, nas mãos, a célebre faca sem lâmina. Tenha-se em conta a primeira consequência da sentença - a de ter o réu, fabricando o produto, que nulamente se dizia patenteado, agido no exercício regular de direito. Ou fabricando-o, ou expondo-o à venda, ou tendo-o em depósito, se não mesmo usado do meio, processo ou o que quer que constituisse o suposto invento. A segunda consequência seria a de ter-se, diante do caso julgado, o precedente judiciário. De resto, o art. 66 do Código de Processo Penal mui explicitamente preceitua que “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito” FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial. O Estatuto do Estabelecimento e a Empresa Mercantil - Sexto Volume. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 657.

²⁹ Lei 5.772/1971 – “Art. 56. Ressalvado o disposto no artigo 58, a arguição de nulidade só será apreciada judicialmente, podendo a competente ação ser proposta em qualquer tempo de vigência do privilégio”.

³⁰ “enquanto subsistir o registro haverá de ser respeitado. Sua regularidade expõe-se a ser examinada em ação direta onde se pleiteie a declaração de nulidade. Esse entendimento foi acolhido no julgamento do REsp 36.898, de que fui relator, citando-se outros precedentes (RSTJ 58/73)” STJ, 3ª Turma, Min. Eduardo Ribeiro, REsp 60.090-1/SP, 21.05.1996. Também neste escopo: “O recorrente tem o título legal, que lhe garante a propriedade e o uso exclusivo da invenção. A patente ainda não foi anulada, com o que, o seu legítimo titular não pode ser privado dos seus direitos, principalmente, o de evitar que terceiros façam uso de sua invenção” STJ, 3ª Turma, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, REsp 57556/RS, DJ 10.12.1996.

³¹ “Assim, no caso concreto, o registro no INPI não impede o uso por outras empresas da expressão “BANK NOTE”, em seu sentido comum, juntamente com outros elementos identificadores. Não é o caso de anular o registro efetivado por via própria, mas de emprestar-lhe uma incidência relativa em casos como o dos autos, em que não se pode falar na exclusividade a que se refere o art. 59 do CPI” STJ, 3ª Turma, Min. Waldemar Zveiter, REsp 128.136/RJ, DJ 17.08.2000.

³² “A ação deveria ser julgada improcedente. O representante da requerida apontou a existência de outros produtos similares no mercado o que evidencia já pertencer ele ao domínio público (...) De observar é que ao julgador compete examinar com olhos críticos a adequação de cartas patentes aos produtos privilegiados (...) tábua de carne deve ser algo de milenar (...) Por esse motivo, meu voto tem como não configurado modelo de utilidade patenteável” TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Des. Fonseca Tavares, AC 67.602-4/2, J. 13.05.1999.

Deste modo, nota-se que pode ser devida à imprecisão do texto legal (de 1971), quanto à ‘judicialização’ das questões de nulidade³³, a construção de uma corrente de precedentes que tolhia tal matéria de defesa em ações sobre contrafação de direitos de propriedade intelectual. Ainda assim, consigne-se haver divergências fincadas na tradição jurídica edificada durante (*circa*) meio século.

3.5 O “Código” da Propriedade Industrial de 1996

Confeccionada – às pressas – para atender às obrigações internacionais advindas do Acordo ADPIC³⁴, apesar de ter todo corpo e “alma” de Código, a Lei 9.279/96 fora editada como “ordinária”. A fonte normativa retornou à tradição de 1923 e de 1945, ao prescrever redação sobre a “nulidade incidental” como matéria de defesa de índole penal (art. 205³⁵). Não obstante, e talvez de modo redundante, a LPI/96 também mencionou que tal argumento poderia ser ventilado como obstativo ao titular em sede cível para patentes (art. 56, §1º³⁶). Ou seja, permite-se a objeção à oponibilidade³⁷ da titularidade perante *aquela* Réu que for bem sucedido na demonstração do vício concessivo.

Sob esta lupa hermenêutica, há na vigente legislação de referência a previsão para a ‘nulidade’ como matéria defensiva (seja de registro ou concessão) na seara

³³ Ao invés de prescrever expressamente o cabimento de tal questão como matéria de defesa (tal como fora feito em 1923 e 1945).

³⁴ Com relação às questões de nulidade assim estabeleceu o acordo “TRIPs”, Decreto 1.355/1994: “Art. 32. Nulidade/Caducidade. Haverá oportunidade para recurso judicial contra qualquer decisão de anular ou de caducar uma patente” e “Art. 62. 4. Os procedimentos relativos à obtenção ou manutenção de direitos de propriedade intelectual e, quando a legislação de um Membro os tiver, os relativos à nulidade administrativa e aos procedimentos inter-partes, como oposição, anulação ou cancelamento, obedecerão os princípios gerais estabelecidos nos parágrafos 2 e 3 do Artigo 41. 5. As decisões administrativas finais em qualquer dos procedimentos previstos no Artigo 41 estará sujeita a revisão por uma autoridade judicial ou quase judicial. Não haverá obrigação, contudo, de prover uma oportunidade para essa revisão de decisões nos casos de oposição indeferida ou nulidade administrativa, desde que as razões para esses procedimentos possam estar sujeitas a procedimentos de invalidação”. Não há nada específico sobre nulidade incidental, mas pode-se ventilar que “procedimentos inter-partes” poderia abranger tal previsão.

³⁵ Lei 9.279/1996 – “Art. 205. Poderá constituir matéria de defesa na ação penal a alegação de nulidade da patente ou registro em que a ação se fundar. A absolvição do réu, entretanto, não importará a nulidade da patente ou do registro, que só poderá ser demandada pela ação competente”.

³⁶ Lei 9.279/1996 – “Art. 56. A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo da vigência da patente, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse. § 1º A nulidade da patente poderá ser argüida, a qualquer tempo, como matéria de defesa”.

³⁷ “Entendemos que esta arguição de nulidade não autoriza um juiz estadual a decretar a nulidade da patente, mas apenas a conhecer que a concessão da patente foi indevida e que, portanto, não há que condenar o réu por sua infração” IDS. Comentários à Lei da Propriedade Industrial e Correlatos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 143

criminal, mas afora o ambiente das patentes, não é mencionado pela lei se tal se estenderia para o ambiente dos registros para o escopo das lides “não penais”.

Apesar da existência de recente entendimento do STJ³⁸ que extrai norma³⁹ de vedação a tal defesa em sede de registros, há doutrina⁴⁰ e julgados⁴¹ que, tal como fizera o STF desde a década de 40, interpreta extensivamente a permissão no ambiente penal para o espectro civil. Tal operação hermenêutica se faria tanto (a) pela leitura extensiva da previsão do art. 56, §1º (Lei 9.279/96), para os registros, quanto (b) da análise ampliada do dispositivo do art. 205, da mesma LPI.

Há, contudo, uma distinção entre o sistema de registros e o de concessões que avulta a gravidade da *teoria restritiva* recentemente acolhida pelo STJ: a

³⁸ “Ainda que a lei preveja, em seu art. 56, §1o, a possibilidade de alegação de nulidade do registro como matéria de defesa, a melhor interpretação de tal dispositivo aponta no sentido de que ele deve estar inserido numa ação que discuta, na Justiça Federal, a nulidade do registro. Não faria sentido exigir que, para o reconhecimento da nulidade pela via principal, seja prevista uma regra especial de competência e a indispensável participação do INPI, mas para o mero reconhecimento incidental da invalidade do registro não se exija cautela alguma. Interpretar a lei deste modo, como bem observado pelo i. Min. Direito, equivaleria a conferir ao registro perante o INPI uma eficácia meramente formal e administrativa (...)“Ressalva-se, naturalmente, o direito do recorrido de ajuizar, perante a Justiça Federal, uma ação de nulidade de marca, inclusive com a possibilidade de requerer antecipação dos efeitos da tutela, que respalde a comercialização dos produtos aqui discutidos. Aquele é o foro para a discussão da nulidade dos desenhos, a respeito dos quais é imprescindível colher a manifestação do INPI” REsp 1.132.449/PR, Min. Nancy Andrighi. “Ocorre que, como já exposto, ao contrário do que ocorre quanto às patentes, a lei brasileira optou por não prever a insurgência incidental de invalidade. Aliás, optou por continuar a não fazê-lo, pois a mesma disparidade havia na lei anterior. Assim, a propensão dos precedentes aponta para a impossibilidade desta arguição no foro estadual, nos termos do dizer do STJ” BARBOSA, Denis Borges. *A Nulidade Incidental de Marca*. Acessado no site: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/nulidade_incidental.pdf, no dia 27.11.2017, às 16:11. É preciso frisar, contudo, que o doutrinador não se posicionou contra a nulidade incidental em matéria de defesa para registros feitos pelo INPI, mas apenas relatou o entendimento recente do STJ. A LPI comentada pelo IDS também endossa o entendimento recente do STJ: IDS. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial e Correlatos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 420.

³⁹ “A norma jurídica não se confunde com o seu texto. O texto, dispositivo ou enunciado normativo é o significativo, a norma é o seu significado. Em outras palavras, o texto é algo que se interpreta; a norma é o produto da interpretação, que, além do texto, deve considerar toda uma gama de outros elementos, dentre os quais o âmbito da realidade social sobre o qual norma incide” SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos*. 2ª Edição, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 362.

⁴⁰ BLASI, Clésio Gabriel di. *A Propriedade Industrial*. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 328. SCHMIDT, Lélío Denicoli. *Da competência em ações de propriedade industrial – questões polêmicas*. In: Org. ROCHA, Fabiano de Bem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39. O mesmo autor em sua obra mais recente *Marcas. Aquisição Exercício e Extinção de Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, ratifica seu entendimento de que é sim possível arguir a nulidade do registro de marca em matéria incidental, perante o Juízo de Direito, desde que (a) seja feito durante o prazo decadencial do art. 174 da LPI, ou (b) se esteja diante de uma hipótese excepcional – tal como a inapropriabilidade do objeto do registro. No tocante ao ambiente estrangeiro, na doutrina peninsular, por sinal, a possibilidade de arguição da “nulidade incidental” do ato administrativo registral da marca é pacífica, através do instrumento defensivo da exceção: SENA, Giuseppe. *Il Diritto dei Marchi*. 4ª Edição, Milão: Giuffrè Editore, 2007, p. 207.

⁴¹ “Possível, no entanto, a declaração incidental de nulidade de registro de marca” TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Des. Elcio Trujillo, AC 560.742-4/5-00, J. 11.06.2008.

diferença fulcral no prazo decadencial⁴² para a propositura da demanda de nulidade perante o Juízo Federal.

Como não se desconhece, enquanto a demanda declaratória de nulidade do ato administrativo de concessão de uma patente pode ser intentada desde seu advento, até o domínio público (lapso temporal de no mínimo dez anos para as patentes de invenção e de sete para os modelos de utilidade⁴³); no caso dos registros, o prazo decadencial é de metade⁴⁴ daquele atinente aos privilégios de invenção.

Noutras palavras, a prevalecer o entendimento construtivo do STJ, ter-se-á a “curiosa” solução de que (i) nos atos administrativos com maior prazo⁴⁵ do exercício do direito potestativo⁴⁶ (de se perquirir a nulidade na demanda principal), não

⁴²“não há que se falar, em matéria de direitos potestativos, em prescrição (que extingue a pretensão nos direitos subjetivos), mas sim em decadência (que fulmina o próprio direito a ela subordinado) SOUZA, Eduardo Nunes. Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico. Nulidade e Anulabilidade no Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p.124.

⁴³“Art. 56. A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo da vigência da patente, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse” e “Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior”. Pela previsão do art. 118, aos desenhos industriais (em que pese serem registráveis) se aplica o mesmo prazo atinente às patentes de invenção, bem como na hipótese de nulidade em sede de defesa: DOMINGUES, Douglas Gabriel. Comentários à Lei da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 385.

⁴⁴“Art. 174. Prescreve [sic] em 5 (cinco) anos a ação para declarar a nulidade do registro, contados da data da sua concessão”.

⁴⁵“Depreende-se da leitura do dispositivo transcrito que a ação de nulidade da patente poderá ser proposta pelo INPI ou por qualquer pessoa que revele o seu legítimo interesse, fixando a lei o limite temporal para o seu ajuizamento, qual seja, durante o período de vigência da patente, tratando-se, portanto, de prazo decadencial. Logo, ocorreu a decadência do direito da autora de pleitear a nulidade do ato de concessão da PI 9102644-0, eis que tal pedido somente poderia ter sido apreciado pela Justiça Federal, durante a vigência da patente” TRF-2, 1ª Seção Especializada, Des. Paulo Cesar Espírito Santo, EIAC 201251010489850, DJ 09.08.2016. Ressalve-se que apesar da estrita legalidade do caput do art. 56 da LPI não atribuir maior abertura para as demandas promovidas após o término de vigência da patente, há entendimento minoritário do qual ratificamos a teleologia: “Pode ser objeto de apreciação judicial o ato administrativo que deferiu privilégio cuja vigência é sujeita a prazo determinado, mesmo que esse lapso já tenha se findado, pois, não obstante tenha ocorrido a consumação de tal direito, aquele pronunciamento administrativo não deixou de irradiar, enquanto vigente, efeitos concretos sobre a esfera jurídica de terceiros, cujas consequências se protraem no tempo. Na presente ação, se de fato se constatar que o ato administrativo que deferiu o privilégio deve ser invalidado em razão da patente não obedecer aos requisitos legais, não se pode ignorar que tal pronunciamento judicial terá influência direta sobre eventuais outros casos que sejam baseados na existência daquele privilégio sobre invenção (verbi gratia: ações versando sobre questões concorrência desleal), bem como possibilitará que os agentes econômicos e diversos integrantes da sociedade tomem as medidas cabíveis com o fim de corrigir os efeitos advindos do deferimento administrativo errôneo” TRF-2, 2ª Turma Especializada, Des. André Fontes, AC 2003.51.01.512899-3, DJ 09.12.2010.

⁴⁶“O titular do direito potestativo sujeita e não exige de ninguém um comportamento, e o faz interferindo

haverá limite temporal para fazê-lo como matéria de *defesa*; mas (ii) nos atos administrativos com menor prazo do direito potestativo de se buscar a nulidade do ato administrativo, não se poderá fazê-lo em matéria defensiva.

Submetida à lupa analítica de tal crivo hermenêutico, é complexa⁴⁷ a defesa deste entendimento sob a égide do postulado da razoabilidade⁴⁸ diante do contraste de resultados interpretativos para situações geneticamente símile. Ou seja, pode-se falar em vilipêndio ao devido processo legal⁴⁹, em efetiva violação ao arquétipo da ampla defesa⁵⁰.

4. O FUNDAMENTO DA TUTELA: UMA ÓTICA ZETÉTICA

Feito um célere retrospecto legiferante sobre atos administrativos praticados na constituição dos direitos de propriedade industrial, e a possibilidade de questioná-los direta ou indiretamente, é preciso compreender a *função*⁵¹ da *exceção*⁵² *defensiva de nulidade*, seus efeitos e possibilidades.

na esfera jurídica alheia, independente de qualquer cooperação do titular do estado de sujeição na produção de um efeito jurídico” FONTES, André Ricardo Cruz. A Pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 44.

⁴⁷ “Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas” MELO, Celso Antônio Bandeira. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 18.

⁴⁸ “A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes. Interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal, nos casos analisados. Em segundo lugar, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal” ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 175.

⁴⁹ “fala-se em devido processo legal material ou substantivo e em devido processo legal formal ou processual. O primeiro cristaliza-se na razoabilidade e na proporcionalidade das decisões judiciais (...) permite que diante da tensão e conflitos de valores, ou diante de lacunas normativas, possa se adotar uma solução que seja razoável do ponto de vista da justiça” ABELHA, Marcelo. Manual de Direito Processual Civil. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 49.

⁵⁰ CÂMARA JUNIOR, Eduardo da Gama. Reflexos e Efeitos das Ações de Nulidade de Patentes nas Ações de Infração de Patentes. Rio de Janeiro: RABPI, 120, set/out 2012, p. 19.

⁵¹ “Um exemplo de uma premissa deste gênero, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade (...) que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais a partir da lei, conforme a lei, para além da lei, mas nunca contra a lei Já o enfoque zetético caracteriza-se pela questionabilidade das premissas ou pontos de partida, o que conduz à análise, tendencialmente, a problematizações abertas e ilimitadas” BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e constitucionalização. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 28.

⁵² “exceção designa defesa cujo ônus de alegação pelo demandado é absoluto” YARSHELL, Flávio Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 284.

4.1 Uma Visão Poliédrica e Não Egoística dos DPI's

A CRFB de 1988 regula a ordem econômica em seu artigo 170⁵³, e traz nele uma *receita* equilibrada sobre as políticas públicas incidentes sobre os bens de produção, tal como é o caso das propriedades intelectuais. Tratando-se da Constituição cidadã fruto de um regime republicano e democrático, para além das figuras tradicionalmente resguardadas pelo direito liberal-proprietário: (a) o inventor/autor/criador, e o (b) titular/cessionário; a *lex mater* igualmente salvaguarda os (c) consumidores; (d) a concorrência; (e) o papel do Estado na regulação, aquisição (Lei 8.666/93) e distribuição de bens; e (f) a observância das regras ambientais (o que pode ser feito por direcionamento das autarquias, ou pelo prestígio às tecnologias verdes, p.e.x.).



O sinalagma relacional entre estes seis núcleos de interesses (relação poliédrica hexagonal) não cuida de uma *mera carta de intenções sugestiva* ao serviço público, um mísero *conselho* para aquele que exerce um ato discricionário segundo os seus próprios caprichos, mas de mandamento constitucional cogente.

O controle de legalidade sobre os atos administrativos, portanto, servem a tal função de *filtragem* meritória daquilo que poderá constituir uma exclusividade temporária, do conteúdo imaterial que não será dela merecedor. Por isso é possível identificar em tal *fiscalização* a própria essência de Estado de Direito⁵⁴ (submissão

⁵³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁵⁴ “É com o nascimento do Estado de direito que ocorreu passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos.

irrestrita à legalidade, logo impessoalidade) que densifica a observância dos referidos núcleos de interesse que, corriqueiramente, estarão em abrasão.

O controle do *desidério* dos núcleos de interesse ‘a’ e ‘b’ se dá (i) *ex ante* (em sede puramente administrativa) e (ii) *ex post* (em sede administrativa ou judicial). Por tal razão, é possível constatar que a participação democrática na fase *posterior* ao ato do INPI é fincada (exemplificativamente) tanto (1) na possibilidade de ações direcionadas à nulidade do ato, *per se*; (2) na hipótese do não-proprietário ventilar o vício quando acusado de contrafação; (3) na faceta de se buscar a licença compulsória da tecnologia, ou qualquer outra “intervenção” administrativa na propriedade privada; (4) no contexto de alguém ventilar o inadimplemento das obrigações *propter rem* aplicáveis (anuidades); e (5) na raríssima hipótese de caducidade.

Neste sentido, é de se questionar se a *teoria restritiva* da “nulidade incidental” é compatível com o mandatário equilíbrio relacional entre os seis núcleos de interesse, a genuína imparcialidade⁵⁵ sistemática, ou se, de outro lado, tal *visão* acaba por aglutinar o poder jurídico em apenas dois destes núcleos (o do titular e o do inventor).

4.2 A Legalidade Constitucional

Um segundo entrave argumentativo ao “recente” entendimento do STJ advém da legalidade formal⁵⁶ da Lei 9.279/96, que traz duas regras precisas sobre o permissivo legal da *exceção de invalidade* como matéria de defesa: os já mencionados artigos 56, §1º, e o art. 205 da LPI.

No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos. Além de processos de conservação em direito positivo, de generalização e de internacionalização” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2004. Tradução de: L’età dei Diritti, p. 58.

⁵⁵ “A imparcialidade, em suma, como uma obrigação da justiça, pode-se dizer que significa deixar-se influenciar exclusivamente pelas considerações que se supõe devam influir no caso particular em questão; e resistir à solicitação de quaisquer motivos que induzam a uma conduta diferente da que tais considerações ditariam. Intimamente aliada à ideia da imparcialidade, está a da *igualdade*, que frequentemente entra como um componente tanto na concepção de justiça quanto na prática dela, e, aos olhos de muitas pessoas, constitui sua essência” MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. São Paulo: Escala, 2007, p. 68.

⁵⁶ “Se o juiz tivesse a possibilidade de julgar o caso concreto de acordo com a própria visão de mundo, subtraindo-se ao respeito ao Parlamento e ao Executivo, não existiria motivo para o primeiro, de fazer as leis, para o segundo, de emanar regulamentos ou outras disposições com força de lei” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 42.

Aqui a crítica não se faz nos moldes *positivistas exegeticos* ou do ‘argumento de autoridade’ em prol do Poder Legislativo. Dentro da moldura⁵⁷ hermenêutica que não despreza o texto legal⁵⁸, o resultado da inaplicabilidade de regra que permita que se ventile a ineficácia do registro ou da concessão é frontalmente ilegal.

Cotejando cautelosamente o *obiter dictum* do acórdão da 3ª Turma do STJ, parece que o mote da decisão judicial foi o de realizar política judiciária de delimitação de competências e de minimização de acervos processuais. Afinal, entendimento não-restritivo do ordenamento poderia habilitar, simultaneamente, (a) uma demanda em que ‘Y’ pleiteia à Justiça Federal a nulidade do ato administrativo que constituiu o DPI à ‘X’ + (b) na demanda em que ‘X’ imputa à ‘Y’ a conduta de contrafação, o último, novamente, arguir, incidentalmente, a nulidade do ato administrativo que embasa a petição inicial.

Duas demandas em foros diversos (ex: JFRJ e TJRJ), duas perícias com parcial⁵⁹ sobreposição de análises – provavelmente, por dois profissionais diferentes –, e que podem atingir a resultados contrastantes: (1) o Juízo de Direito que “homologou” o resultado da perícia que entendera pela falha do INPI na concessão da patente; e (2) o Juízo Federal ratificar o ato administrativo que concedera a patente, pois o perito na demanda *principal* de ‘Y’ entendeu pela validade da prática concessória do INPI.

Tal é, contudo, um falso dilema visto que (i) as perícias – ambas – serão provavelmente custeadas pelo acusado de contrafação; e (ii) o resultado de eventual coisa julgada se dará de modo distinto no “continente” (nulidade do ato

⁵⁷ “A norma a ser executada, em todos esses casos, forma apenas “...uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum, sentido possível. Entendendo-se por «interpretação» a verificação do sentido da norma a ser executada, o resultado desta atividade só pode ser a verificação da moldura, que representa a norma a ser interpretada e, portanto, o reconhecimento de várias possibilidades que estão dentro desta moldura” KELSEN Hans. *Teoria Pura Do Direito. Introdução à Problemática Científica do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. / Agnes Cretella. 7ª Edição, São Paulo: Revista Tribunais, 2011, p. 150.

⁵⁸ “O juiz é colhido, no exercício da função jurisdicional, tanto pela racionalidade da lei quanto pelo imaginário social- essa parcela da realidade -, cabendo-lhe, no Estado de Direito, considerar as manifestações desse imaginário sem, contudo, permitir que a ética da legalidade seja tragada pela emoção coletiva, que pode conduzir não apenas aos linchamentos, mas à indiferença em face do desprezo autoritário aos direitos fundamentais. A tanto se prestam os princípios e as regras jurídicas, a assegurar que o devido processo legal seja observado também quando quem não mereça a nossa simpatia o reclame” GRAU, Eros Roberto. *Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Malheiros, 2010, p. 15.

⁵⁹ Note-se que a questão da contrafação em si, matéria comumente sujeita à perícia nos Juízos de Direito, raramente é cotejada nos Juízos Federais, ressalvadas as hipóteses da contrafação ser imputada à pessoa de direito público vinculada à União ou do direito estrangeiro – art. 109, II e II da CRFB.

com transbordamento *erga omnes* – Juízo Federal) e no “conteúdo” (ineficácia⁶⁰ pontual⁶¹ e pessoal da titularidade – Juízo de Direito).

Há ainda – ao lado da legalidade estrita – um desafio lógico entre a restrição da exceção da defesa em ações que perquirem contrafação e a legalidade material/constitucional/conglobante⁶². Em termos de fontes⁶³ do Direito, para além da vigência do ato do legislador, não se pode olvidar o histórico legiferante vivido no Brasil, somando⁶⁴ décadas de permissão legal para tal estratégia defensiva.

Ademais, não se tem notícia do Supremo Tribunal Federal ter cambiado o cerne argumentativo do precedente de 1943 do Min. Philadelpho Azevedo. Pelo contrário, a jurisprudência e a doutrina são firmes na leitura ampliativa das previsões legais quanto às exceções de defesa.

4.3 Violação à inteligência da sumula vinculante 10 do STF

O polêmico julgamento do STJ encontra, também, resistências de índole

⁶⁰ “A *eficácia* dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias” BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª Edição, Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2009, p. 81.

⁶¹ “A nulidade da patente poderá ser arguida, a qualquer tempo, como matéria de defesa – o que, ainda que reconhecida, não resulta em nulidade da patente como efeito *erga omnes*, mas apenas nos limites da coisa julgada” BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Tomo II. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 1714.

⁶² “Desse modo, abra-se espaço para pluralismo que, na formação complexa das fontes, supera o estrito monismo. A lei tomada como regra específica, por conseguinte, é apenas espécie de norma jurídica que informa o ordenamento. A legitimidade não se confunde, desse modo, com a legalidade. Vê-se, pois, uma abertura para fora do confinamento das fórmulas que não se resume a uma técnica” FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 180.

⁶³ “E porque a lei e o costume, tendo em conta a especialidade do enquadramento do problema, se colocam, de antemão, de parte, surge, obrigatoriamente, a necessidade de uma reformulação das tradicionais fontes do Direito, a qual pode, no essencial, seguir apenas duas direcções: ou se decide elevar a jurisprudência à categoria de fonte autônoma do Direito, junto da lei e costume, ou se devem reconhecer critérios de validade <<extra-positivos>> oferecendo-se então, como tais e antes de tudo, a <<ideia de Direito>> e a <<natureza das coisas>> (...) a proposição colocada pelo tribunal como fundamento de uma decisão não vale por ter sido exteriorizada pelo juiz, mas sim por estar convincentemente fundamentada, isto é, porque deriva de critérios de validade bastantes, exteriores à sentença judicial” CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, 3ª Edição, tradução por CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes, p. 119.

⁶⁴ “O acúmulo de fontes é um fenômeno comum na argumentação jurídica. Argumentos que acumulam fontes são argumentos complexos convergentes. As fontes acumuladas podem interagir de maneiras diferentes, corroborando-se ou complementando-se” SHECAIRA, Fábio P. & STRUCHINER, Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 68.

procedimentalista⁶⁵. No esteio da fundamentação em que se apreciou o cabimento da tutela de urgência para o caso concreto sobre alegada violação de marca e desenho industrial, o precedente acabou por abarcar – também – hipótese não ventilada sobre patentes: “A discussão sobre a validade de um registro de marca, **patente ou desenho industrial**, nos termos da Lei, tem de ser travada administrativamente ou, caso a parte opte por recorrer ao judiciário, deve ser empreendida em ação proposta perante a Justiça Federal, com a participação do INPI na causa. Sem essa discussão, os registros emitidos por esse órgão devem ser reputados válidos e produtores de todos os efeitos de direito”⁶⁶.

Para além de se suscitar reflexão sobre se tal ponto decisório seria *extra petita*, não se olvide que o dispositivo da LPI/96 traz a autorização da *exceção defensiva* tanto em matéria penal, quanto no teor civil para as patentes (art. 56, §1º), e que a mesma fonte legislativa estende aos Desenhos Industriais o mesmo tratamento do que aquele dado às patentes, nesta seara das “Nulidades” (art. 118). Assim, é de se questionar se um Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça poderia ter afastado a incidência de tipos legais vigentes, sem se precatar do mandamento advindo do enunciado de súmula vinculante de número 10 do Supremo Tribunal Federal⁶⁷.

4.4 Uma breve ótica da Economia Processual

Lides versando sobre propriedade intelectual demandam advocacia especializada que, em muitas vezes, significará um ‘custo’ significativo para o

⁶⁵ “Assim, o papel significativo reservado à jurisdição constitucional em virtude daquilo que podemos chamar “aumento da dimensão hermenêutica do direito” representa, certamente, um elemento decisivo para o enfrentamento dos dilemas atuais da hermenêutica jurídica. Essa questão vem sendo trabalhada, por diversos autores, a partir de dois eixos temáticos, que são chamados *procedimentalismo* e *substancialismo*. A grande diferença de cada um destes apartes teóricos está no tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que guarnecem direitos fundamentais. As posturas *procedimentalistas* não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando para esta apenas a função de controle das “regras do jogo” democrático; já as posturas *substancialistas* reconhecem o papel concretizador e veem o Judiciário com um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento institucional das democracias contemporâneas” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica Da Construção Do Direito*. 10ª Ed. Rev., atual e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

⁶⁶ STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1.132.449/PR.

⁶⁷ “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

mandante/representado. Neste significante, se abarca também o tempo⁶⁸ de tramitação do processo, os riscos e a assimetria informacional. Como contratos de honorários podem – inclusive em virtude de regulação da OAB – realizar fatos geradores novos a partir de duplicidade de ações judiciais, não é impossível que o cliente acusado da *práxis* contrafaccional busque, apenas, se defender do ato inquinado de ilicitude.

Noutras palavras, para não ter que arcar com mais honorários advocatícios, uma eventual improcedência da demanda inibitória/compensatória perante o Juízo Estadual poderá ser o suficiente para o sujeito de direito. Dentro de um cenário munido de certa racionalidade, a multiplicação de litígios não é a tendência contemporânea dos agires empresariais.

Não obstante, há outro fator a ser considerado quanto às vantagens competitivas. Partindo-se da premissa de que autor e réu estejam jungidos a uma demanda contrafaccional (que tenha causa num título concedido pela Autarquia Federal pertinente), pode ser que o demandado prefira a *mera inoponibilidade* pessoal do título, através do acolhimento da “nulidade como matéria de defesa” (que resulte no sepultamento do ato administrativo). Tal hipótese, relativamente comum, tem como ponto de partida a *fattispecie* de que o título que lhe foi *ineficaz* sirva como restrição de acesso àquele mercado para outros terceiros, resultando numa espécie de duopólio formado pelo titular e pelo réu/exitoso na demanda de contrafação.

Mas além de custos econômicos e estratégicos, também se pode ventilar que uma consequência pragmática do julgado do STJ seja a imperativa judicialização de uma segunda causa, com polos invertidos, quando eventual acolhimento da exceção de defesa seria suficiente para que apenas uma demanda fosse ajuizada.

Deste modo, numa linguagem de *Law and Economics*, o custo de transação nos liames processuais é aumentado para os não-titulares, advindo da leitura restritiva do ordenamento, importando, na melhor das hipóteses, num *win-loose situation*.

⁶⁸ “O processo civil não é exceção: (...) adiamentos por conveniência de advogados (...) possibilidade de enxertar os mais variados incidentes podem dilatar, por anos, questões que deveriam ter soluções imediatas. Tudo isto dita a ineficiência e o desprestígio da Justiça” CORDEIRO, Antônio Menezes. *Litigância de Má-fé. Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2011, p. 24.

4.5 Força Probante do Título de Propriedade Industrial

Como não se ignora, uma vez produzido o ato administrativo de concessão de patente, de registro de marca ou de desenho industrial, v.g., seu titular goza de um direito de propriedade que é protegido pelo ordenamento jurídico e conta com a presunção de validade, legalidade e liceidade.

Não há, contudo, uma presunção *iure et de iure* como na hipótese da propriedade objeto do registro *torrens*⁶⁹, mas sim uma presunção relativa que é passível de questionamento administrativo ou judicial.

Tal presunção tem o condão de inverter o ônus⁷⁰ da prova para quem queira *guerrear* o ato do INPI, mas não cristaliza a situação do proprietário como de *ator* do polo ativo de uma relação jurídica albergada por um castelo impenetrável⁷¹. Mais do que isto, os Juízos (de Direito ou Federais) são bastante cautelosos em acolher argumentos sobre a invalidade do ato administrativo (quando há análise meritória do INPI), antes de produzida a prova técnica.

Deste modo, toda jurisdição que aprecia uma acusação (cível ou penal) de contrafação parte da premissa da *presunção relativa* de que o título do Demandante foi “bem concedido/registrado”. Não havendo força absoluta da posição autoral, circunscrever a possibilidade de impugnação do Demandado acaba por hipertrofiar a espécie de presunção e trazer uma posição desequilibrada na produção probatória – quiçá desafiando o arquétipo da isonomia que deve nortear a jurisdição.

Portanto, a inversão do ônus da prova já é arquitetura suficiente à alocação equânime de *responsabilidades* processuais, prestigiando o proprietário, sem realizar a oblação do direito de defesa do não-proprietário.

⁶⁹ CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 474.

⁷⁰ “No que concerne à verificação dos fatos narrados pelas partes, impõem-se a elas o ônus de provar os fatos que respectivamente dão suporte às suas alegações” Org. CABRAL, Antonio do Passo & CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 577.

⁷¹ “No sistema da prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária. O indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, se não quer tentar a prova, perde o processo de antemão. Havendo a prova, vence ou fracassa. Não há outra possibilidade. A forma binária é a primeira característica da prova” FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2009, p. 61.

4.6 Hipótese de domínio público antes do ajuizamento da demanda de nulidade

Um derradeiro ponto – com relação à presente abordagem zetética – que desafia a argumentação limitativa sobre o debate *inter partes*, da “nulidade incidental”, cuida da limitação temporal do exercício do direito de insurgência⁷². Conforme opção político-legislativa, não coincidem os prazos para intentar pretensões para titulares e os não-titulares.

No tocante às patentes, *verba gratia*, segundo regra legal (art. 56 da LPI) pertinente, o domínio público sepultará a pretensão do terceiro em ver nulo o ato administrativo concessório. Por sua vez, com relação às marcas, hiato temporal ainda inferior desafiará os não-proprietários a buscarem a eventual nulidade, visto que apenas cinco anos (art. 174 da LPI) da data do registro o separará da caducidade do direito de ação.

Noutra esteira, mesmo que a titularidade tenha se expirado, o ex-proprietário terá até meia década do ato ilícito para perquirir a reparação que lhe é feito jus, na toada da Lei de Propriedade Industrial.

Tal separação temporal faz com que alguns proprietários aguardem a véspera da extinção de uma patente, ou do advento dos cinco anos do registro da marca, para intentarem pretensões compensatórias. Nestas hipóteses, a perseverar o entendimento do STJ que restringe o pleito de ineficácia dos títulos aos demandados em lides contrafaccionais, com base em *nulidades incidentais arguidas*, às defesas restarão apenas duas saídas: (a) ventilar não ter havido a contrafação; ou (b) tentar reduzir a extensão dos prejuízos alegados, diante de crescente entendimento jurisprudencial acerca dos danos *in re ipsa*.

Destarte, a tese restritiva da *exceção da defesa* em lides contrafaccionais acaba por deslocar toda e qualquer vantagem em favor dos proprietários, a despeito do desequilíbrio superveniente aos não-proprietários. Esta constatação é ainda reforçada diante de uma previsão legislativa que, através dos prazos de decadência (nulidade) e prescrição (reparação/tutela inibitória), já é bastante favorável aos titulares de bens imateriais registrados/concedidos pelo INPI.

⁷² “A essência do direito é a realização prática. Uma regra do direito que jamais foi realizada ou deixou de o ser, não merece mais este nome, transformou-se numa rotação inerte que não faz mais trabalho algum no mecanismo do direito e que se pode retirar sem que disso resulte a menor transformação (...) A essência do direito é a realização prática. Uma regra do direito que jamais foi realizada ou deixou de o ser, não merece mais este nome, transformou-se numa rotação inerte que não faz mais trabalho algum no mecanismo do direito e que se pode retirar sem que disso resulte a menor transformação” JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972, p. 82.

5. CONCLUSÃO

Um novo julgado do STJ⁷³, de Órgão colegiado distinto da Corte, também advindo do Estado do Paraná, veio a prestigiar a possibilidade de exceção pessoal como matéria de defesa em matéria contrafaccional. Neste novo julgamento, provavelmente visando evitar incidir na polêmica da questão, adotou-se o *distinguishing*⁷⁴ segundo o qual a tese restritiva sobre *nulidades incidentais* seria perfeitamente aplicável para as marcas, mas não impediria sua arguição para as patentes de invenção.

Há aqui, porém, duas críticas à decisão de 2017 que precisam ser ponderadas: (a) o acórdão de 2012 acabara por afirmar – no escopo do *obiter dictum* – a limitação argumentativa sobre a *nulidade incidental* como matéria de defesa, inclusive, para as patentes. Ou seja, se é procedente que a lide concreta dirimida no acórdão da 3ª Turma não cuidava dos *privilégios de invenção*, na fundamentação o primeiro *decisum* extrapolou a argumentação para tal seara; (b) o argumento para legitimar o empecilho da *exceção pessoal* foi reafirmado, através de um apontamento *positivista-omissivo*. Noutras palavras, ratificou-se o entendimento de que o silêncio legiferante quanto à defesa cível em registros de marca importaria na impossibilidade de assim o fazê-lo, como se o *silêncio* fosse apto a restringir um discurso libertário diante do arquétipo do art. 170, IV, da CRFB.

No entanto, apesar das óticas defendidas neste artigo, um precedente em sede de recurso repetitivo julgado pela 2ª Seção do STJ, acabou por jungir os demais Órgãos do Poder Judiciário quanto a tal delimitação de atribuições entre os Juízos

⁷³ “A interpretação sistemática desse diploma legal leva a conclusão diversa e adequada com a ordem jurídica. A nulidade da patente, com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*, somente pode ser declarada nos termos do art. 57 da LPI, ou seja, mediante ação própria ajuizada em Juízo Federal e com a participação do INPI. Por outro lado, é possível deduzir como matéria de defesa a nulidade de patente em qualquer juízo, cuja decisão terá somente efeitos *inter partes*, isto é, para fins de atribuir ou eximir eventual responsabilidade naquela relação processual específica, não atingindo quaisquer outras pessoas ou instituições o efeito desse reconhecimento, nem mesmo o próprio INPI. (...) Cumpre esclarecer aparente diferença de interpretação jurisprudencial por esta Corte Superior, a fim de evitar alegações futuras, no que tange aos julgados exarados no REsp 1.281.448/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dje de 8/9/14 e no Resp 1.132.449/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dje de 23/3/2012. Nessas duas situações, debruçou-se o STJ acerca de matéria diversa, consistente na nulidade de marca, regulada, nesse ponto, pelo art. 175 da LPI, que não prevê a declaração incidental de nulidade, o que difere do presente caso, que alberga essa possibilidade, por se tratar de nulidade de patente” STJ, 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1.522.339/PR, DJ 01.08.2017.

⁷⁴ “Identificar a *ratio decidendi* e saber se essa é aplicável à solução de uma questão constante de um dado caso exigem interpretação. Em especial, exigem a comparação entre semelhanças e distinções entre os casos. Em outras palavras impõe a identificação de uma “*relevant similarity*” ou a necessidade de uma “*distinguishing*” entre os casos” MITIDIERO, Daniel. *Precedentes. Da persuasão à Vinculação*. São Paulo: RT, 2016, p. 116.

de Direito e os Juízos Federais⁷⁵. Tal toada acaba por tornar ainda mais complexa a *fattispecie* da nulidade incidental de registros de marca, perante a coerência buscada pelo Código de Processo Civil de 2015, no art. 927, III⁷⁶. Noutras palavras, se de um lado tal precedente tem a virtude de estabilizar as decisões conflitantes (horizontal e verticalmente), de outro acabou por cristalizar o entendimento que descola de toda historicidade⁷⁷ e juridicidade nacional quanto às exceções disponíveis aos acusados de contrafação. Desta feita, entende-se que a segurança jurídica acabou por suprimir a decisão *correta*⁷⁸ no caso.

Vistos os perfis envoltos em toda relação jurídica que contempla um direito de Propriedade Intelectual, é preciso sumarizar alguns dos pontos narrados que indicam não serem os entendimentos do STJ⁷⁹ – nesta segunda década

⁷⁵ “Ora, como foi determinado à própria titular (proprietária) das marcas que se abstivesse do uso, como bem pontuado pela CNI, uma vez que do registro efetuado pela autarquia federal (INPI) decorre o direito de uso da marca, a imposição de tal abstenção é consectário lógico da nulidade, data máxima vênua, gerando “a esdrúxula situação de uma das partes - seja ela o autor ou o réu - ser titular de um título de propriedade concedido pelo Estado, título este válido e legítimo, visto que não foi anulado por juiz competente, mas não poder usá-lo devidamente” (fl. 2.180). O exame da questão esbarra em óbice de competência, pois, na verdade, estar-se-ia definindo a higidez do ato administrativo da autarquia federal, e o princípio do juiz constitucionalmente competente vem integrar as garantias do devido processo legal. Assim, a meu juízo, fica nítido que avançou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinando a abstenção do uso de marca registrada no INPI pelo seu próprio titular, no caso, as recorrentes. Nessa linha de raciocínio, observo que consta, nos autos, e, como visto, no próprio acórdão recorrido, ter a recorrente obtido os registros das marcas, concedidos pelo INPI. Data máxima vênua, equivocou-se o Tribunal *a quo*, portanto, ao suprimir a competência da Justiça Federal e impor à titular a abstenção do uso de suas próprias marcas “Jequití Frescor de Erva Doce”, “Jequití Erva Doce + “e “Jequití Oro”, que já foram devidamente registradas no INPI pelas recorrentes.” STJ, 2ª Seção, Min. Luis Felipe Salomão, Recurso Repetitivo no REsp 1527232/SP, DJ 05.02.2018.

⁷⁶ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

⁷⁷ “cientes de que a hermenêutica enquanto arte criativa não precisa e não pode dispensar a história, que, por sua vez, não é constituída de uma cadeia de causas e efeitos no tempo e espaço pretéritos, mas, antes, encontra sua consumação apenas no presente e a partir da própria reflexão de jaez romântico acerca do caso jurídico, que pode permitir, por sua vez, o vislumbrar da decisão correta em cada caso” SOLON, Ari Marcelo. *Hermenêutica Jurídica Radical*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 50.

⁷⁸ “É claro que uma norma dessa índole fecha qualquer possibilidade de lacuna do ordenamento jurídico, pois de duas hipóteses apenas uma pode ser a correta: (1) ou bem há norma no ordenamento que estabelece determinada conduta como proibida; (2) ou bem não existe qualquer norma proibindo a conduta e ela, a conduta, por esse motivo, será de livre escolha do agente” SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 135

⁷⁹ “O Tribunal de Cassação foi instituído para manter, como se costuma dizer, a “uniformidade da jurisprudência”, isto é, para garantir que as leis, quando aplicadas aos casos controvertidos, sejam interpretadas pelos juizes sempre do mesmo modo. Mas essa exigência da interpretação uniforme e constante é mais fácil de ser enunciada em teoria do que respeitada na prática. Porque, entre os casos que caem sob os olhos do juiz, não há um só que não apresente alguma característica singular, capaz de distingui-lo de todos os demais. E essa nuance diferente do fato (para não falar do humor variável dos juizes) basta para fazer com que, colocada diante dele, mesmo a lei se apresente sob uma fisionomia nova e imprevisita” CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995, p. 158.

do século XXI – os mais prudentes: (1) a história⁸⁰ legislativa jamais proibiu a argumentação sobre a *nulidade incidental* – que atrai, em verdade, eventual adjudicação de direito sobre *ineficácia*⁸¹ *pontual* – como matéria de defesa, e, em realidade, por diversas vezes formalmente a prescreveu⁸²; (2) a LPI vigente anotou duas hipóteses sobre a *exceção pessoal* para patentes (para desenhos industriais por remissão analógica) e para quaisquer atos administrativos se a demanda for de esfera penal; (3) a *ratio* do precedente do STF de Philadelpho Azevedo (que apenas reconheceu um costume⁸³ que lhe era antecedente) não teve sua análise realizada para fins de *overruling* pelo STJ, recordando-se que a “Corte Constitucional” expressamente equivaleu os juízos cíveis dos penais para tal matéria; (4) face à Lei 9.279/96, que dá amplos poderes e prazos maiores aos titulares do que aos não-titulares, tal entendimento *restritivo* do direito de defesa catalisa um desequilíbrio de difícil sopesamento perante o sufixo do art. 5º, XXIX, da CRFB (“tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”); e (5) diante da Teoria dos Núcleos de Interesse, e levando em conta o perfil *poliédrico-hexagonal* dos Direitos de Propriedade Intelectual, a solução normativa do STJ acaba por não observar os núcleos extra-proprietários da relação jurídica.

Deste modo, pela ocasional conduta insular dos Poderes Constituídos, uma solução possível para enfrentar os julgamentos *contraculturais* do “Tribunal da Cidadania” seria uma emenda legal à Lei 9.279/96, que repita o excerto do art. 56, parágrafo 1º, no ambiente das marcas. Porém, se espera que o próprio STJ – num novo julgamento – reflita sobre a *legalidade constitucional* conglobante, a jurisprudência histórica dos Tribunais superiores, e atente-se à doutrina

⁸⁰ “Uma exata concepção do Direito não poderá desprezar todos esses aspectos do processo histórico (...)” LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito*. 17ª Edição, São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 10.

⁸¹ “a noção de ineficácia é negativa e resulta na não produção, permanente ou temporária, desses mesmos efeitos típicos” MARTINS, Sandro Gilbert. *Processo, Procedimento e Ato Processual*. O Plano da Eficácia. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011, p. 95.

⁸² “a legalidade é o último instrumento de defesa das classes subalternas, dos oprimidos (...) Apenas na afirmação da legalidade e do direito positivo a sociedade encontrará segurança, e os humildes, a proteção e a garantia de seus direitos no modo de produção social dominante” GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juizes*. 6ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 20.

⁸³ “Quando certa maneira de proceder foi seguida durante muito tempo, todas as vezes que a mesma situação se apresente, torna-se uma regra - trata-se de uma regra consuetudinária. Não foi o costume que fez dela uma regra de direito, mas é uma regra de direito que se manifesta exteriormente pelo costume. (...) O costume, manifestação de direito público, aparece nas decisões, nas declarações formuladas, nas práticas seguidas durante certo tempo pelos governantes ou seus agentes” DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Ed. Servanda, 2008, p. 64.

(nacional⁸⁴ e estrangeira⁸⁵) permissiva da exceção pessoal como matéria de defesa em ações contrafaccionais.

Por tais razões, nada há no ordenamento pátrio que dissuada o entendimento de que é plenamente cabível a adjudicação de *ineficácia* do título proprietário, em favor do réu (de uma demanda contrafaccional perante o Juízo de Direito) que ventile como matéria de defesa a “nulidade incidental” do ato administrativo registral/concessor.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AMERICANO, Jorge. *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932

ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3a Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffré, 1960.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Tomo II. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. *A Nulidade Incidental de Marca*. Acessado no sítio: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/nulidade_incidental.pdf, no dia 27.11.2017, às 16:11.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª Edição, Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos Fundamentais, Democracia e constitucionalização. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLASI, Clésio Gabriel di. *A Propriedade Industrial*. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁸⁴ BRAUER, Bernardo Guitton. *Arbitragem em Propriedade Industrial: Questões Processuais Relevantes*. Dissertação Apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da FADUSP, Orientada pelo Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, 2017, p. 115.

⁸⁵ “*Così nei riguardi della possibilità del P.M. di promuovere l’azione (art. 78 l. brevetti) e perciò del successivo suo intervento in giudizio (art. 70 cod. proc. civ.) in materia di decadenza o nullità, e a pena di nullità (64), salvo, secondo la giurisprudenza della Cassazione, quando la nullità o la decadenza sia stata proposta in via di semplice eccezione ai fini di un accertamento meramente incidentale (65). Potrà invero il convenuto in un’azione di contraffazione eccepire la nullità, l’estinzione, la decadenza del brevetto, addossandosi naturalmente l’onere della prova dei fatti costitutivi della eccezione avanzata (66)*” ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3a Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffré, 1960, p. 629.

- BRAUER, Bernardo Guitton. *Arbitragem em Propriedade Industrial: Questões Processuais Relevantes*. Dissertação Apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da FADUSP, Orientada pelo Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, 2017.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2004.
- CABRAL, Antonio do Passo & CRAMER, Ronaldo (Org). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995.
- CÂMARA JUNIOR, Eduardo da Gama. *Relfexos e Efeitos das Ações de Nulidade de Patentes nas Ações de Infração de Patentes*. Rio de Janeiro: RABPI, 120, set/out 2012.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de Má-fé. Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo"*. 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2011.
- DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Ed. Servanda, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial. O Estatuto do Estabelecimento e a Empresa Mercantil - Sexto Volume*. São Paulo: Saraiva, 1962.
- FONTES, André Ricardo Cruz. *A Pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juizes*. 6ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. *Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Malheiros, 2010.
- IDS. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial e Correlatos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972.
- KAFKA, Franz. *O Processo*. Porto Alegre: L&PM Pocket. 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura Do Direto. Introdução à Problemática Científica do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. / Agnes Cretella. 7ª Edição, São Paulo: Revista Tribunais, 2011.

A arguição de “nulidade” como matéria de defesa nas demandas de contrafação de propriedade industrial

- LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito*. 17ª Edição, São Paulo: Brasiliense, 1995.
- MARTINS, Sandro Gilbert. *Processo, Procedimento e Ato Processual*. O Plano da Eficácia. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011.
- MELO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.
- MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. São Paulo: Escala, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes. Da persuasão à Vinculação*. São Paulo: RT, 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SARAMAGO, José. *O Evangelho Segundo Jesus Cristo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos*. 2ª Edição, Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SCHMIDT, Lélío Denicoli. *Da competência em ações de propriedade industrial – questões polêmicas*. In. Org. ROCHA, Fabiano de Bem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Marcas. Aquisição Exercício e Extinção de Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SENA, Giuseppe. *Il Diritto dei Marchi*. 4ª Edição, Milão: Giuffré Editore, 2007.
- SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SHECAIRA, Fábio P. & STRUCHINER, Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.
- SÓFOCLES. *Édipo Rei*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.
- SOLON, Ari Marcelo. *Hermenêutica Jurídica Radical*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- SOUZA, Eduardo Nunes. *Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico*. Nulidade e Anulabilidade no Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica Da Construção Do Direito*. 10ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

FUNDOS PATRIMONIAIS FILANTRÓPICOS E A LEI 13.800/2019: A BUSCA DA SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA DO TERCEIRO SETOR

Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo estudar o regime jurídico dos fundos patrimoniais filantrópicos regulados pela Lei 13.800/2019 e sua importância para a sustentabilidade financeira das entidades do Terceiro Setor no Brasil que desempenham atividades sociais de utilidade pública.

Palavras-Chave: Fundos patrimoniais filantrópicos. Terceiro Setor. Atividades sociais de utilidade pública.

ENDOWMENT FUNDS AND LAW 13,800/2019: THE QUEST FOR FINANCIAL SUSTAINABILITY OF THE THIRD SECTOR

Abstract: The purpose of this article is to study the legal regime of endowment funds regulated by Law 13,800/2019 and its importance for the financial sustainability of entities of the Third Sector in Brazil that carry out social activities of public utility.

Key Words: Endowment funds. Third sector. Social activities of public utility.

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. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor de Direito Administrativo da EMERJ e do curso FORUM. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Sócio-fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. Árbitro e consultor jurídico.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade civil sempre se destacou na prestação de serviços de relevância pública, mas é possível perceber a crescente valorização do Terceiro Setor no campo legislativo nos últimos anos, com destaque para as Leis 9.637/1998, 9.790/1999, 13.019/2014, dentre outros diplomas legais.²

É fundamental para a sustentabilidade e a perenidade das entidades privadas sem fins lucrativos, que prestam atividades de caráter social, a previsão de fontes diversas de receitas, capazes de garantir não apenas a existência das referidas entidades, mas, também, a eficiência das atividades desenvolvidas.

2. A RELEVÂNCIA DOS FUNDOS PATRIMONIAIS PARA SUSTENTABILIDADE DO TERCEIRO SETOR

As organizações sem fins lucrativos são entidades que não distribuem os ganhos líquidos entre os seus controladores (“*nondistribution constraint*”), o que não impede o superávit a ser revertido nas atividades da organização ou o pagamento de remuneração pelos serviços prestados por seus membros.³

Os recursos das entidades do Terceiro Setor podem advir do fomento estatal, por meio de vínculos legais ou negociais com o Poder Público, da remuneração pelos serviços prestados aos cidadãos e de doações de pessoas físicas ou jurídicas.

Nesse ponto, merece destaque o modelo de instituição de fundos patrimoniais

² Nos Estados Unidos, o estudo do Terceiro Setor (Third Sector) foi impulsionado na década de 70, com a publicação de relatórios e recomendações, em 1975, pela Comissão de Filantropia Privada e Necessidades Públicas (Commission on Private Philanthropy and Public Needs), além do Programa de Organizações Sem Fins Lucrativos (Program on Non-Profit Organizations), em 1976, com a participação do Instituto de Estudos Sociais e Políticos em Yale, que foi a primeira de várias universidades afiliadas programas interdisciplinares dedicados ao estudo de organizações sem fins lucrativos. ATKINSON, Rob. Altruism in Nonprofit Organizations. Boston College Law Review, v. 31, p. 504, may., 1990. Sobre o Terceiro Setor no Brasil, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Organização administrativa. 4. ed., São Paulo: Método, 2018, p. 379-420.

³ Conforme destacado por Henry Hansmann: “A nonprofit organization is, in essence, an organization that is barred from distributing its net earnings, if any, to individuals who exercise control over it, such as members, officers, directors, or trustees. (...) It should be noted that a nonprofit organization is not barred from earning a profit. (...) Net earnings, if any, must be retained and devoted in their entirety to financing further production of the services that the organization was formed to provide. Since a good deal of the discussion that follows will focus upon this prohibition on the distribution of profits, it will be helpful to have a term for it; I shall call it the “nondistribution constraint.” HANSMANN, Henry B. The Role of Nonprofit Enterprise. Yale Law Journal, v. 89, p. 838, apr., 1980.

filantrópicos (*endowment funds*), tal como ocorre nos Estados Unidos (exs.: fundos patrimoniais de Harvard, de Yale, de Stanford,⁴ Bill & Melinda Gates Foundation,⁵ Ford Foundation,⁶ Kellogg Foundation⁷), Inglaterra (exs: fundos patrimoniais da Universidade de Cambridge⁸ e da Universidade de Oxford⁹), França (ex: Museu do Louvre¹⁰) e em outros países, que podem favorecer não apenas instituições privadas, sem fins lucrativos, de relevância pública, mas, também, instituições estatais, tais como universidades públicas.

Nos Estados Unidos, Henry Hansmann analisa, de forma crítica, as diversas razões para a existência dos fundos filantrópicos universitários, tais como: manutenção da equidade intergeracional; suavização dos momentos críticos de financiamento irregular ou esporádico (*"rainy day" fund*); exploração do sistema tributário em nome da universidade; manutenção da liquidez; fornecimento de segurança ou da estabilidade a longo prazo; autonomia em relação às demandas externas; subsidiar valores da universidade; satisfação das preferências dos doadores, dos administradores e do corpo docente, etc.¹¹ Peter Conti-Brown, por sua vez, argumenta que os fundos filantrópicos das universidades norte-americanas têm sido utilizados como símbolo de prestígio e de competição.¹²

Os fundos patrimoniais filantrópicos são criados para gerar, de forma estável e duradoura, recursos às entidades privadas sem fins lucrativos, com a diminuição da dependência dessas entidades em relação ao recebimento de recursos públicos ou doações esporádicas.

⁴ No ano fiscal de 2017, Harvard University, Yale University e Stanford University ocuparam as três primeiras posições do ranking das universidades norte-americanas com mais recursos filantrópicos (endowments). Fonte: <<https://www.usnews.com/education/best-colleges/the-short-list-college/articles/10-universities-with-the-biggest-endowments>>. Acesso: 10/01/2019.

⁵ Fonte: <<https://www.gatesfoundation.org>>. Acesso: 10/01/2019.

⁶ Fonte: <<https://www.fordfoundation.org>>. Acesso: 10/01/2019.

⁷ Fonte: <<https://www.wkkf.org>>. Acesso: 10/01/2019.

⁸ Fonte: <<https://www.finance.admin.cam.ac.uk/policy-and-procedures/financial-procedures/chapter-12-investments/investment-cambridge-university>>. Acesso em: 10/01/2019.

⁹ Fonte: <<https://www.ouem.co.uk>>. Acesso em: 10/01/2019.

¹⁰ Fonte: <<https://www.louvre.fr/en/louvre-endowment-fund>>. Acesso em: 10/01/2019.

¹¹ HANSMANN, Henry B. Why Do Universities Have Endowments? *The Journal of Legal Studies*, v. 19, p. 3-42, jan., 1990.

¹² Nas palavras de Peter Conti-Brown afirmou: "universities' endowments are like cowboys belt buckles: the bigger the buckle, the more impressive the cowboy. Even though a university's endowment may be adequate for its investment and budgetary funding purposes at one level, the larger the endowment, the more powerful the signal of excellence that the endowment represents". CONTI-BROWN, Peter. *Scarcity Amidst Wealth: The Law, Finance, and Culture of Elite University Endowments in Financial Crisis*. *Stanford Law Review*, v. 63, p. 704, mar., 2011.

Com a instituição dos fundos, a entidade privada garante maior estabilidade financeira no recebimento de recursos, o que viabiliza a realização de planejamento de longo prazo e maior eficiência no desempenho de atividades de relevância pública, inclusive a possibilidade de definição de metas ou finalidades sociais a serem atingidas.

Não apenas as entidades sem fins lucrativos serão destinatárias dos recursos dos fundos patrimoniais filantrópicos, mas a própria gestão do fundo pertence à outra entidade privada sem fins lucrativos.

Nesse ponto reside a diferença entre os fundos filantrópicos e os fundos de investimentos. Enquanto os fundos filantrópicos têm por objetivo garantir estabilidade financeira da entidade sem fins lucrativos e o desempenho eficiente das respectivas atividades sociais, os fundos de investimento são vocacionados para buscar retorno financeiro aos investidores (cotistas).

Igualmente, os fundos filantrópicos, instituídos e geridos por entidades privadas e constituídos por doações e outros recursos privados, se diferenciam dos fundos especiais instituídos por lei para consecução de objetivos específicos, constituídos por recursos públicos ou privados e geridos pela Administração Pública (exs.: Fundos de Direitos da Criança e Adolescente).¹³

Mencione-se, ainda, que os fundos patrimoniais filantrópicos não se confundem com os fundos de reserva, uma vez que esses últimos são constituídos por parte do superávit ou dos lucros de determinada pessoas jurídicas para garantia de pagamentos de despesas extraordinárias ou imprevistas.

Ressalvadas algumas experiências pontuais (exs.: *endowment* do curso de Direito da FGV-SP; Amigos da Poli, direcionado aos estudantes da Escola Politécnica da USP;¹⁴ Centro Acadêmico XI de Agosto, dos estudantes da Faculdade de Direito da USP; Instituto Ayrton Senna), a intensificação dos fundos filantrópicos carecia de normatização que garantisse maior segurança jurídica para os instituidores dos fundos, doadores e entidades apoiadas.

Não que a instituição de fundos filantrópicos dependesse da prévia edição de normas jurídicas, mas a existência de marco regulatório específico nesse campo, com a previsão de regras de governança, contribui para fomentar a institucionalização de uma cultura de investimentos sociais privados.

¹³ De acordo com o art. 71 da Lei 4.320/1964: “art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

¹⁴ Fonte: <<https://www.amigosdapoli.com.br>>. Acesso em: 10/01/2019.

3. A LEI 13.800/2019: O MARCO REGULATÓRIO DOS FUNDOS PATRIMONIAIS PARA PROGRAMAS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA

A instituição de fundos patrimoniais filantrópicos decorre da liberdade de iniciativa das entidades privadas sem fins lucrativos que podem adotar estratégias distintas na captação de recursos necessários ao desenvolvimento de suas atividades sociais.

O art. 2º, I, *a*, da Lei 13.019/2014, ao definir as Organizações da Sociedade Civil (OSC), mencionou a possibilidade de criação de fundo patrimonial pelas referidas entidades, mas não estabeleceu o regime jurídico do fundo.¹⁵

Apenas com a Medida Provisória 851/2018, editada pelo Presidente da República Michel Temer, após o incêndio ocorrido no Museu Nacional, os fundos patrimoniais filantrópicos foram regulamentados.¹⁶

A Medida Provisória 851/2018 foi convertida na Lei 13.800/2019, que dispõe sobre a constituição de fundos patrimoniais com o objetivo de arrecadar, gerir e destinar doações de pessoas físicas e jurídicas privadas para programas, projetos e demais finalidades de interesse público (art. 1º da Lei 13.800/2019).

Em seu parágrafo único, o art. 1º da Lei 13.800/2019 dispõe que os fundos patrimoniais poderão apoiar instituições relacionadas à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação, à cultura, à saúde, ao meio ambiente, à assistência social, ao desporto, à segurança pública, aos direitos humanos e a demais finalidades de interesse público.

¹⁵ Lei 13.019: “Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: I - organização da sociedade civil: a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) as sociedades cooperativas previstas na Lei no 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos”.

¹⁶ Fonte: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/09/11/medida-provisoria-permite-criacao-de-fundos-patrimoniais-para-financiar-projetos-de-interesse-publico>>. Acesso em: 10/01/2019.

3.1. Instituições envolvidas no fundo patrimonial: entidades apoiadas, organizações gestoras e organizações executoras

As entidades apoiadas são instituições públicas ou privadas sem fins lucrativos dedicados à consecução de finalidades de interesse público e beneficiários de programas, projetos ou atividades financiados com recursos de fundo patrimonial (art. 2º, I, da Lei 13.800/2019).

A organização gestora de fundo patrimonial será uma instituição privada sem fins lucrativos instituída na forma de associação ou de fundação privada com o intuito de atuar exclusivamente para um fundo na captação e na gestão das doações oriundas de pessoas físicas e jurídicas e do patrimônio constituído (art. 2º, II, da Lei 13.800/2019).

O ato constitutivo da organização gestora de fundo patrimonial conterá: a) a denominação, que incluirá a expressão “gestora de fundo patrimonial”; b) as instituições apoiadas ou as causas de interesse público às quais se destinam as doações oriundas de pessoas físicas e jurídicas a serem captadas e geridas, que só poderão ser alteradas mediante aprovação de quórum qualificado, a ser definido em seu estatuto; c) a forma de representação ativa e passiva, judicial e extrajudicial, as regras de composição, o funcionamento, as competências, a forma de eleição ou de indicação dos membros do Conselho de Administração, do Comitê de Investimentos e do Conselho Fiscal, ou órgãos semelhantes, sem prejuízo da previsão de outros órgãos, e a possibilidade de os doadores poderem ou não compor algum desses órgãos; d) a forma de aprovação das políticas de gestão, de investimento, de resgate e de aplicação dos recursos do fundo patrimonial, observado o disposto no art. 21 da mesma Lei; e) os mecanismos de transparência e prestação de contas, conforme descritos no art. 6º desta Lei; f) a vedação de destinação de recursos a finalidade distinta da prevista no estatuto e de outorga de garantias a terceiros sobre os bens que integram o fundo patrimonial; g) as regras para dissolução, liquidação e transferência de patrimônio da organização gestora de fundo patrimonial; e h) as regras do processo de encerramento do instrumento de parceria e do termo de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público.

Com o objetivo de garantir a transparência, governança e a integridade dos atos praticados, o art. 6º da Lei 13.800/2019 elenca as seguintes obrigações da organização gestora de fundo patrimonial: a) manutenção da contabilidade e dos

registros em consonância com os princípios gerais da contabilidade brasileira, incluída a divulgação em seu sítio eletrônico das demonstrações financeiras e da gestão e aplicação de recursos, com periodicidade mínima anual; b) escrituração fiscal de acordo com as normas do Sistema Público de Escrituração Digital da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda aplicáveis à sua natureza jurídica e ao seu porte econômico; c) divulgação em seu sítio eletrônico os relatórios de execução dos instrumentos de parceria e dos termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público firmados e a indicação dos valores despendidos, das atividades, das obras e dos serviços realizados, discriminados por projeto, com periodicidade mínima anual; d) apresentação, semestral, das informações sobre os investimentos e, anual, sobre a aplicação dos recursos do fundo patrimonial mediante ato do Conselho de Administração, com parecer do Comitê de Investimentos ou de instituição contratada para esse fim; e) adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades (*compliance*);¹⁷ e f) instituição de códigos de ética e de conduta para seus dirigentes e funcionários.

As organizações executoras, por sua vez, são instituições sem fins lucrativos ou organizações internacionais reconhecidas e representadas no País, que atuam em parceria com instituições apoiadas e que são responsáveis pela execução dos programas, dos projetos e de demais finalidades de interesse público (art. 2º, III, da Lei 13.800/2019).

3.2. Fundo patrimonial filantrópico

O fundo patrimonial filantrópico, formado a partir das receitas indicadas no art. 13, constitui fonte de recursos de longo prazo para o fomento das instituições apoiadas e para a promoção de causas de interesse público, por meio de instrumentos de parceria e de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público (art. 3º da Lei 13.800/2019).

É possível estabelecer que o fundo patrimonial seja instituído com exclusividade para instituição apoiada de direito público. Nesse caso, ato

¹⁷ A partir da publicação da Lei 13.800/2019, as demonstrações financeiras anuais das organizações gestoras de fundos patrimoniais com patrimônio líquido superior a R\$ 20.000.000,00, atualizado pelo IPCA, serão submetidas a auditoria independente, sem prejuízo dos mecanismos de controle (art. 7º da Lei).

constitutivo da organização gestora só terá validade se estiver acompanhado de anuência prévia do dirigente máximo da instituição (art. 3º, parágrafo único, da Lei 13.800/2019).

O fundo patrimonial constituirá fonte de recursos de longo prazo a ser investido com objetivos de preservar seu valor, gerar receita e constituir fonte regular e estável de recursos para fomento das finalidades de interesse público (art. 4º da Lei 13.800/2019).

O patrimônio do fundo deve ser segregado, contábil, administrativa e financeiramente, do patrimônio de seus instituidores, da instituição apoiada e da organização executora (art. 4º, § 1º, da Lei 13.800/2019).

As instituições apoiadas e executoras não possuem qualquer responsabilidade, direta ou indireta, pelas obrigações assumidas pela organização gestora de fundo patrimonial (art. 4º, § 2º, da Lei 13.800/2019).

Por outro lado, as obrigações de qualquer natureza, inclusive civil, ambiental, tributária, trabalhista e previdenciária, da instituição apoiada ou da organização executora não acarretam responsabilidade, direta ou indireta, da organização gestora de fundo patrimonial (art. 4º, § 3º, da Lei 13.800/2019).

Os fundos patrimoniais serão compostos pelos seguintes órgãos: a) Conselho de Administração, b) Comitê de Investimentos e c) Conselho Fiscal.

O Conselho de Administração, que será composto por, no máximo, sete membros remunerados, possibilitada a admissão de outros membros sem remuneração, possui as seguintes competências deliberativas (arts. 8º e 9º da Lei): a) o estatuto social, as normas internas relativas à política de investimentos, as normas de administração e as regras de resgate e utilização dos recursos, bem como publicizá-las; b) as demonstrações financeiras e a prestação de contas da organização gestora de fundo patrimonial, bem como aprová-las e publicizá-las; c) a composição do Comitê de Investimentos ou a contratação de pessoa jurídica gestora de recursos registrada na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) com conhecimentos e experiência para operacionalizar a aplicação financeira do fundo patrimonial; d) a composição do Conselho Fiscal; e e) a celebração dos instrumentos de parceria, suas alterações e as hipóteses de sua suspensão.¹⁸

¹⁸ As atribuições previstas nas alíneas a, b e d poderão ser de competência da assembleia geral no caso das organizações gestoras de fundos patrimoniais constituídas sob a forma de associações, respeitadas as competências deste órgão, previstas no Código Civil (art. 9º, parágrafo único, da Lei).

A organização gestora de fundo patrimonial deverá adotar práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais decorrentes da participação no respectivo processo decisório e deverá buscar excelência na aplicação dos recursos em benefício das finalidades de interesse público (art. 8º, § 5º, da Lei 13.800/2019).

Em relação à organização gestora de fundo patrimonial, que tenha celebrado instrumento de parceria com cláusula de exclusividade com instituição pública apoiada, a Lei 13.800/2019 estabelece exigências especiais para o Conselho de Administração, tais como: a) membros com mandatos de dois anos, permitida uma recondução (art. 8º, § 1º); b) a instituição apoiada indicará um representante com direito (art. 8º, § 2º); c) as pessoas físicas e os representantes das pessoas jurídicas doadoras de recursos ao fundo patrimonial cujas doações representem mais de 10% da composição total do fundo poderão participar das reuniões deliberativas do Conselho de Administração, sem direito a voto (art. 8º, § 3º); d) existência de, no mínimo, dois membros independentes que (art. 8º, § 4º): d.1) não tenham vínculo empregatício ou funcional com a instituição apoiada ou com a organização executora; d.2) tenham notório conhecimento e especialidade profissional sobre a finalidade a que se destina o fundo patrimonial; d.3) não tenham sido, nos três anos anteriores, empregados ou dirigentes da instituição apoiada ou da organização executora; d) não sejam cônjuges ou parentes até terceiro grau de dirigente da instituição apoiada ou da organização executora; e e) não sejam administradores de empresa ou de entidade que ofereça ou demande serviços ou produtos à instituição apoiada ou à organização executora

Ao lado do Conselho de Administração, o fundo patrimonial deve contar com o Comitê de Investimentos que possui as seguintes competências (art. 10): a) recomendar ao Conselho de Administração a política de investimentos e as regras de resgate e de utilização dos recursos; b) coordenar e supervisionar a atuação dos responsáveis pela gestão dos recursos, a ser executada de acordo com a política de investimentos aprovada pelo Conselho de Administração; e c) elaborar relatório anual sobre as regras dos investimentos financeiros, do resgate e da utilização dos recursos e sobre a gestão dos recursos do fundo patrimonial.

Admite-se a contratação de pessoa jurídica gestora de recursos registrada na CVM com conhecimentos e experiência para operacionalizar a aplicação financeira do fundo patrimonial, mediante autorização do Conselho de

Administração e recomendar ao Conselho a política de investimentos e as regras de resgate e de utilização dos recursos, com a possibilidade de pagamento de taxa de performance (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei).

O Comitê de Investimentos será composto por três ou cinco membros, indicados pelo Conselho de Administração, escolhidos entre pessoas comprovadamente idôneas, com notório conhecimento e com formação, preferencialmente, nas áreas de administração, economia, atuária ou contabilidade, com experiência nos mercados financeiros ou de capitais e registrados na CVM como analistas, consultores e, quando for o caso, administradores de carteiras de valores mobiliários (art. 10, § 3º da Lei).

Não é obrigatória a instituição do Comitê de Investimentos nos fundos patrimoniais que possuam patrimônio inferior a R\$ 5.000.000,00, atualizados pelo IPCA, a partir da data de publicação da Lei 13.800/2019 (art. 10, § 4º da Lei).

O Conselho Fiscal, por sua vez, possui a competência para emissão de parecer ao Conselho de Administração sobre os seguintes assuntos (art. 11 da Lei): a) fiscalização da atuação dos responsáveis pela gestão de fundo patrimonial, de acordo com as normas internas aprovadas pelo Conselho de Administração; e b) avaliação anual das contas da organização gestora de fundo patrimonial.

O Conselho Fiscal será composto por três membros, indicados pelo Conselho de Administração, escolhidos entre pessoas comprovadamente idôneas e com formação nas áreas de administração, economia, atuária ou contabilidade (art. 11, § 1º, da Lei).

No tocante às organizações gestoras de fundos patrimoniais que possuam patrimônio superior a R\$ 5.000.000,00, atualizados pelo IPCA, a partir da data de publicação da Lei 13.800/2019, fica vedada a indicação de membros ao Conselho Fiscal que tenham composto, nos três anos anteriores, o Conselho de Administração (art. 11, § 3º, da Lei).

Os membros do Conselho Fiscal, do Conselho de Administração e do Comitê de Investimentos poderão ser remunerados pela organização gestora de fundo patrimonial, observado o rendimento do fundo nos termos do estatuto, sendo vedada, no entanto, a remuneração de agente público como contrapartida à participação nos referidos órgãos (art. 12, *caput* e § 2º, da Lei). Admite-se, inclusive, o pagamento referente a ressarcimento de despesas de deslocamento para que

os membros do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal e do Comitê de Investimentos participem de reuniões deliberativas (art. 12, § 3º, da Lei).

Na hipótese de celebração de instrumento de parceria com cláusula de exclusividade pela organizadora gestora do fundo com instituição pública apoiada, a remuneração dos membros do Conselho Fiscal, do Conselho de Administração e do Comitê de Investimentos será limitada à remuneração do dirigente máximo da instituição pública apoiada (art. 12, § 1º, da Lei).

Os administradores da organização gestora de fundo patrimonial somente serão responsabilizados civilmente pelos prejuízos que causarem quando praticarem (art. 12, § 4º, da Lei): a) atos de gestão com dolo ou em virtude de erro grosseiro; ou b) atos que violem lei ou estatuto.

As receitas dos fundos patrimoniais e a utilização dos respectivos recursos são tratados nos arts. 13 ao 17 da Lei 13.800/2019.

O fundo patrimonial pode ser composto pelos seguintes bens (art. 13 da Lei): a) aportes iniciais; b) doações financeiras e de bens móveis e imóveis e o patrocínio de pessoas físicas, de pessoas jurídicas privadas, nacionais ou estrangeiras, de Estados estrangeiros e de organismos internacionais e multilaterais; c) ganhos de capital e os rendimentos oriundos dos investimentos realizados com seus ativos; d) recursos derivados de locação, empréstimo ou alienação de bens e direitos ou de publicações, material técnico, dados e informações; e) recursos destinados por testamento, nos termos do Código Civil; f) contribuições associativas; g) demais receitas patrimoniais e financeiras; h) exploração de direitos de propriedade intelectual decorrente de aplicação de recursos do fundo patrimonial; i) venda de bens com a marca da instituição apoiada; j) recursos provenientes de outros fundos patrimoniais.

A utilização dos recursos do fundo patrimonial observará os instrumentos respectivos, especialmente quanto a cláusulas relativas a termo, condição e encargo (art. 13, § 1º, da Lei).

Os bens imóveis ou de bens móveis não pecuniários doados à organização gestora de fundo patrimonial poderão ser utilizados pela própria instituição, alugados ou alienados (art. 13, § 2º, da Lei).

Quando a doação possuir cláusula de inalienabilidade pelo prazo de até dez

anos, o recebimento pela organização gestora de fundo patrimonial dependerá do parecer favorável do Comitê de Investimentos e aprovação expressa do Conselho de Administração (art. 13, § 3º, da Lei).

Os bens não pecuniários doados, sob condição resolutiva ou com encargo, poderão ser alienados pela organização gestora de fundo patrimonial, hipótese em que o termo e a condição serão sub-rogados no preço obtido (art. 13, § 4º, da Lei).

O encargo sobre doação poderá consistir na obrigatoriedade do emprego da doação e de seus rendimentos em determinado programa, projeto ou atividade e em moção de agradecimento ou menção nominal ao doador (art. 13, § 5º, da Lei).

O doador, no instrumento de doação, declarará expressamente que os bens doados não são produto de crime ou oriundos de atividades ilícitas e responsabilizar-se-á pelos efeitos decorrentes da falsidade de declaração, o que será dispensado na hipótese de doações decorrentes de obrigação assumida em termos de ajuste de conduta, acordos de leniência e colaboração premiada (art. 13, § 6º, da Lei).

Na hipótese de celebração de instrumento de parceria com cláusula de exclusividade com instituição pública apoiada, a organização gestora de fundo patrimonial somente poderá aceitar doação se tiver capacidade de pagamento das obrigações tributárias ou não tributárias dela decorrentes ou na hipótese de comprovação de suporte do ônus pelo doador (art. 13, § 7º, da Lei). O pagamento, pela organização gestora, das obrigações tributárias ou não tributárias decorrentes da doação, depende do parecer favorável do Comitê de Investimentos e da aprovação do Conselho de Administração (art. 13, § 8º, da Lei).

O fundo patrimonial poderá receber as seguintes modalidades de doação, quando admitidas em seu ato constitutivo (art. 14): a) doação permanente não restrita: é um recurso cujo principal é incorporado ao patrimônio permanente do fundo patrimonial e não pode ser resgatado, e os rendimentos podem ser utilizados em programas, projetos e demais finalidades de interesse público (§ 1º); b) doação permanente restrita de propósito específico: é um recurso cujo principal é incorporado ao patrimônio permanente do fundo patrimonial e não pode ser resgatado, e os rendimentos podem ser utilizados em projetos relacionados ao propósito previamente definido no instrumento de doação (§ 2º); e c) doação de propósito específico: é um recurso atribuído a projeto previamente

definido no instrumento de doação, que não pode ser imediatamente utilizado e que deve ser incorporado ao patrimônio permanente do fundo patrimonial para fins de investimento, cujo principal pode ser resgatado pela organização gestora de fundo patrimonial de acordo com os termos e as condições estabelecidos no instrumento de doação, observado o disposto no art. 15 da Lei 13.800/2019 (§ 3º).

Em qualquer modalidade de doação, não será permitida qualquer distribuição de rendimentos ou de retribuição obrigacional, patrimonial ou financeira aos doadores (art. 14, § 4º).

Quanto às doações vinculadas a um propósito específico, serão observadas as seguintes regras: a) aplicação dos arts. 18 e 26 da Lei 8.313/1991, desde que estejam em conformidade com o Incentivo a projetos culturais no âmbito do Programa Nacional de Apoio à Cultura – Pronac (art. 13, § 9º);¹⁹ b) eventual saldo remanescente após o término do projeto deverá ser aplicado no fundo patrimonial, e os seus rendimentos deverão ser utilizados no referido propósito (art. 14, § 5.º); e c) na hipótese de impossibilidade ou inutilidade do propósito específico decorrente de fato superveniente, o bem doado será submetido ao regime da doação permanente não restrita (art. 14, § 6º).

Na doação de propósito específico poderá ser utilizado até 20% do valor da doação durante o exercício em que ela ocorrer, se assim dispuserem os doadores e mediante deliberação favorável dos membros do Conselho de Administração, que poderá admitir, inclusive, a flexibilização do referido limite quando se tratar de doação para a recuperação ou a preservação de obras e patrimônio e para as intervenções emergenciais para manutenção dos serviços prestados pela instituição apoiada (art. 15, *caput* e parágrafo único, da Lei).

A organização gestora de fundo patrimonial poderá destinar apenas os rendimentos do principal a projetos da instituição apoiada, descontada a inflação do período e ressalvado o disposto no art. 15, com a possibilidade excepcional

¹⁹ Lei 8.313/1991: “Art. 18. Com o objetivo de incentivar as atividades culturais, a União facultará às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, tanto no apoio direto a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de natureza cultural, como através de contribuições ao FNC, nos termos do art. 5º, inciso II, desta Lei, desde que os projetos atendam aos critérios estabelecidos no art. 1º desta Lei. (...) Art. 26. O doador ou patrocinador poderá deduzir do imposto devido na declaração do Imposto sobre a Renda os valores efetivamente contribuídos em favor de projetos culturais aprovados de acordo com os dispositivos desta Lei, tendo como base os seguintes percentuais: I - no caso das pessoas físicas, oitenta por cento das doações e sessenta por cento dos patrocínios; II - no caso das pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, quarenta por cento das doações e trinta por cento dos patrocínios.”

de resgates anuais de 5% do principal do fundo, limitados, em qualquer tempo, ao montante de 20%, mediante decisão do Conselho de Administração, com parecer favorável do Comitê de Investimentos e plano de recomposição do valor resgatado do principal (art. 16, *caput* e parágrafo único, da Lei).

Os fundos patrimoniais não poderão receber recursos dos Entes federativos, autarquias, fundações estatais e empresas estatais dependentes, incluídas a instituições apoiadas (art. 17 da Lei). Registre-se, aqui, que a norma em comento não veda a transferência de recursos por empresas estatais não dependentes para os fundos patrimoniais.

Os fundos patrimoniais não contarão com garantias por parte da Administração Pública direta ou indireta (art. 17, § 1º, da Lei).

A organização gestora de fundo patrimonial responderá por suas obrigações até o limite dos bens e dos direitos integrantes do fundo patrimonial (art. 17, § 2º, da Lei).

3.3. Instrumentos jurídicos: instrumento de parceria e termo de execução

O novo diploma legal prevê dois instrumentos jurídicos que poderão ser formalizados com a organização gestora do fundo, a saber:

a) instrumento de parceria: acordo firmado entre a organização gestora de fundo patrimonial e a instituição apoiada, que estabelece o vínculo de cooperação entre as partes e que determina a finalidade de interesse público a ser apoiada (art. 2º, VII, da Lei); e

b) termo de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público: acordo firmado entre a organização gestora de fundo patrimonial, a instituição apoiada e, quando necessário, a organização executora, que define como serão despendidos os recursos destinados a programas, projetos ou atividades de interesse público (art. 2º, VIII, da Lei).

O instrumento de parceria será formalizado entre a instituição apoiada e a organização gestora de fundo patrimonial (art. 18 da Lei). No caso de instituição pública apoiada, serão firmados também termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público.

A celebração do instrumento de parceria formaliza o vínculo de cooperação entre a instituição apoiada e a organização gestora de fundo patrimonial, sem gerar de imediato obrigações de dispêndio de recursos, as quais, no caso de instituição pública apoiada, decorrem da celebração de cada termo de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público (art. 18, parágrafo único, da Lei).

O instrumento de parceria firmado pelos representantes da instituição pública apoiada e da organização gestora de fundo patrimonial poderá ter prazo indeterminado e constituirá título executivo extrajudicial (art. 19 da Lei).

O instrumento de parceria deve prever (art. 19, § 1º, da Lei): a) a qualificação das partes; b) as regras gerais para a celebração de termo de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público entre as partes, tais como a condição para a transferência de recursos para programas, projetos e atividades de interesse da instituição apoiada; c) o objeto específico da parceria; e d) os direitos da organização gestora de fundo patrimonial, tais como o direito de usar o nome da instituição apoiada nas ações destinadas à arrecadação de doações.

Além dos tópicos mencionados acima, na hipótese de celebração de instrumento de parceria, com cláusula de exclusividade, o acordo deve dispor sobre (art. 19, § 2º, da Lei): a) o objeto específico em benefício exclusivo da instituição apoiada; b) as providências com vistas ao atendimento das recomendações expedidas pela instituição apoiada, bem como as regras de transferência de patrimônio; e c) os critérios objetivos verificáveis de seleção da instituição financeira custodiante autorizada pelo Banco Central a operar no País e contratada para manter a custódia dos ativos financeiros do fundo patrimonial.

De acordo com o art. 31 da Lei 13.800/2019, os instrumentos de parceria e os termos de execução não se submetem à Lei 8.666/1993, à Lei 13.019/2014 (Lei das Organizações da Sociedade Civil – OSCs), e à Lei 9.790/1999 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs). Curioso notar que a norma em comento afasta expressamente a aplicação de algumas normas específicas do Terceiro Setor, mas deixa de mencionar, sem justificativa, outras normas relevantes, tal como a Lei 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais – OS).

O afastamento das referidas normas pode gerar confusões interpretativas e insegurança jurídica.

Não haveria problema em submeter os termos de parceria e de execução da Lei 13.800/2019 às normas específicas estipuladas na respectiva Lei de regência, em virtude do princípio da especialidade, bem como afastar os referidos ajustes da aplicação das normas que regulam as parcerias entre o Poder Público e as entidades privadas que envolvam recursos públicos.

Isto porque os fundos patrimoniais regulados pela Lei 13.800/2019 são compostos por ativos de natureza privada e geridos por organização gestora também de caráter privado (art. 2º, II e IV, da Lei).

Ocorre que a legislação em comento não apresenta regras exaustivas sobre as parcerias, contendo lacunas relevantes que demandariam a potencial aplicação supletiva de outras normas constantes do microsistema jurídico do Terceiro Setor.

3.4. Aplicação dos recursos dos fundos patrimoniais

A aplicação financeira dos recursos do fundo patrimonial obedecerá às diretrizes e aos limites prudenciais estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional, para o caso particular dos fundos patrimoniais de organização gestora que tenha celebrado instrumento de parceria com cláusula de exclusividade com instituição pública apoiada, ou, na sua ausência, para uma das modalidades de fundos de investimento regulados pela CVM, conforme aplicável (art. 20 da Lei).

Os recursos do fundo somente serão destinados aos programas, projetos e atividades de interesse da instituição pública apoiada após a celebração de termo de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público entre a instituição apoiada, a organização gestora de fundo patrimonial e, quando necessário, a organização executora (art. 21 da Lei).

O termo de execução, que deverá ser celebrado para cada programa, projeto ou atividade, deve indicar (art. 21, parágrafo único, da Lei): a) o objeto do ajuste; b) o cronograma de desembolso; c) a forma como será apresentada a prestação de contas; d) os critérios para avaliação de resultados; e e) as responsabilidades da instituição apoiada, da organização gestora de fundo patrimonial e, quando necessário, da organização executora.

Em regra, é proibida a destinação de recursos para pagamento de despesas correntes de instituições públicas apoiadas, salvo nas seguintes situações (art.

22 da Lei): a) obras, inclusive para adaptação e conservação de bens imóveis, equipamentos, materiais, serviços, estudos necessários ao fomento, ao desenvolvimento, à inovação e à sustentabilidade da instituição pública apoiada; b) bolsas de estudos e prêmios por destaque nas áreas de pesquisa, inovação, desenvolvimento, tecnologia e demais áreas de interesse da instituição pública apoiada; c) capacitação e qualificação necessárias para o aperfeiçoamento do capital intelectual da instituição apoiada; e d) auxílios financeiros destinados à execução e à manutenção de projetos decorrentes de doações ou do patrimônio do fundo, aos programas e redes de pesquisa, ao desenvolvimento e inovação, diretamente ou em parceria, ou destinados a ações de divulgação científica e tecnológica para a realização de eventos científicos, à participação de estudantes e de pesquisadores em congressos e em eventos científicos e à editoração de revistas científicas.

Os recursos indicados nos termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público não substituem as dotações orçamentárias regulares das instituições públicas apoiadas, sendo vedada a utilização de recursos do fundo para instituir ou custear programas de benefícios assemelhados a programas de remuneração e previdência a dirigentes, a servidores e a empregados da instituição pública apoiada (art. 22, §§ 1º e 2º, da Lei).

O fundo patrimonial pode custear as despesas da respectiva organização gestora que forem consideradas necessárias e usuais para a manutenção das atividades de gestão, incluídos gastos com material permanente e de consumo, aluguéis, auditorias, salários, tributos, taxas e honorários profissionais relativos à gestão dos recursos (art. 23 da Lei).

3.5. Inadimplemento do termo de execução e da extinção do instrumento de parceria

Na hipótese de inadimplemento do termo de execução, a organização gestora de fundo patrimonial e a instituição apoiada, ouvida a outra parte, poderão determinar (art. 25 da Lei): a) a suspensão temporária do termo de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público até a cessação das causas que a motivaram ou por até 2 (dois) anos; b) a suspensão temporária do instrumento de parceria até a cessação das causas que a motivaram ou por até 2 (dois) anos, com a consequente impossibilidade de firmar novos termos de execução e o bloqueio de movimentação: b.1) da sua parcela do fundo

patrimonial, nos casos em que não houver cláusula de exclusividade, exceto para recebimento de doações, assegurada a continuidade da destinação de recursos para execução dos termos de execução vigentes; ou b.2) do fundo patrimonial, nos casos em que houver cláusula de exclusividade, exceto para recebimento de doações, assegurada a continuidade da destinação de recursos para execução dos termos de execução vigentes; e c) o encerramento do termo de execução ou da parceria.

Extinta a parceria entre a instituição apoiada sem cláusula de exclusividade, a organização executora, quando necessário, e a organização gestora de fundo patrimonial, surge o dever da instituição apoiada ou da organização executora de devolver integralmente os recursos cuja doação tenha sido liberada e não executada, devidamente atualizados, sem prejuízo de outras medidas a serem aplicadas conforme previsto no instrumento de parceria (art. 25, § 1º, da Lei).

Por outro lado, o encerramento da parceria entre a instituição apoiada com cláusula de exclusividade, a organização executora e a organização gestora de fundo patrimonial implica o dever de transferir integralmente o fundo patrimonial à nova organização gestora de fundo patrimonial que celebre instrumento de parceria, em caráter exclusivo, com a instituição apoiada (art. 25, § 2º, da Lei).

Nesse último caso, a transferência do patrimônio será realizada no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, bloqueada a movimentação do fundo patrimonial até sua efetivação, exceto para recebimento de doações (art. 25, § 4º, da Lei). Encerrado o prazo, o patrimônio do fundo será transferido para outra entidade gestora com finalidade congênere, conforme previsto no seu estatuto e nas condições estabelecidas no instrumento de parceria (art. 25, § 5º, da Lei).

Em qualquer caso de extinção da parceria entre a instituição apoiada e a entidade gestora de fundo patrimonial, os doadores que tenham estabelecido encargos para a doação serão comunicados e poderão requerer a devolução dos recursos doados (art. 25, § 3º, da Lei).

Na hipótese de liquidação e dissolução da organização gestora de fundo patrimonial, o patrimônio líquido existente será destinado a outra organização gestora de fundo patrimonial com finalidade de interesse público similar, observadas as regras estabelecidas no estatuto e no instrumento de parceria que tenha cláusula de exclusividade (art. 26 da Lei).

Durante o processo de dissolução da organização gestora de fundo patrimonial, a movimentação do patrimônio líquido será bloqueada, exceto para recebimento de doações, assegurada a continuidade da destinação de recursos para execução dos termos de aplicação vigentes, e seu desbloqueio será vinculado à transferência do patrimônio para a nova organização gestora de fundo patrimonial (art. 26, § 1º, da Lei).

O estatuto da organização gestora de fundo patrimonial disporá sobre as regras de sua extinção que deverão abranger (art. 26, § 2º, da Lei): a) as condições de utilização dos recursos do fundo patrimonial para quitação de dívidas e despesas decorrentes do processo de extinção; b) os procedimentos de apuração de responsabilidades dos membros do Conselho de Administração, do Comitê de Investimentos e do Conselho Fiscal; e c) a previsão de que a parcela do patrimônio líquido do fundo patrimonial constituída em benefício de uma instituição apoiada específica seja destinada integralmente à organização gestora de fundo patrimonial que apoie a entidade.

A decisão pela extinção da organização gestora será publicizada e acompanhada de fundamentação (art. 26, § 3º, da Lei).

Caso haja cisão da instituição pública apoiada, os recursos do fundo patrimonial permanecerão vinculados à instituição apoiada originária (art. 26, § 4º, da Lei). De outro lado, na hipótese de incorporação e de fusão da instituição apoiada, os recursos do fundo patrimonial permanecerão vinculados à instituição que a suceder (art. 26, § 5º, da Lei).

Admite-se a previsão do compromisso arbitral para solução das controvérsias entre as instituições envolvidas (instituição apoiada, organização gestora e organização executora). Quando a instituição apoiada for federal, a solução poderá ser conduzida pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da Advocacia-Geral da União (art. 26, § 6º, da Lei).

No instrumento de parceria com exclusividade, há responsabilidade solidária entre a instituição financeira custodiante, devidamente notificada, e a organização gestora de fundo patrimonial pelo cumprimento das regras de transferência de patrimônio previstas no art. 19, § 2º, II, e pelas medidas indicadas nos arts. 25 e 26 da Lei 13.800/2019.

3.6. Veto presidencial aos benefícios fiscais

No Projeto de Lei de Conversão 31/2018 da MP 851/2018, foram inseridos os arts. 28 a 30 que tratavam dos benefícios fiscais relativos ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro líquido nas hipóteses de doações para fundos patrimoniais apoiadores de determinadas atividades de relevância social.

Aliás, no Direito comparado tem sido comum a previsão de benefícios fiscais, tal como observado nos Estados Unidos.²⁰

Contudo, os referidos dispositivos foram vetados pelo Presidente da República, sob o argumento de que os benefícios fiscais deveriam atender aos requisitos da legislação orçamentária e financeira, em especial, o art. 14 da LC 101/2000 (LRF), o art. 114 da Lei 13.473/2017 (LDO-2018) e o art. 113 do ADCT.²¹

O veto presidencial aos benefícios fiscais coloca em risco o sucesso dos fundos patrimoniais filantrópicos.

Não é apenas o altruísmo, relacionado às teorias morais, que impulsiona as doações com caráter filantrópico.²²

A explicação também pode ser apresentada a partir da Análise Econômica do Direito, especialmente a linha da regulação comportamental (*Behavioral Law and Economics*), uma vez que os benefícios fiscais funcionariam como incentivos para o incremento das doações filantrópicas. Vale dizer: o Estado funcionaria como uma espécie de “arquiteto de escolhas” que organizaria o contexto em

²⁰ Nos Estados Unidos, os incentivos fiscais nas ações de caridade (charitable deductions) remontam ao The Revenue Act of 1917 e, atualmente, encontram-se previstas no Internal Revenue Code – IRC. Sobre os benefícios fiscais e as entidades privadas sem fins lucrativos, vide: HALL, Mark A., COLOMBO, John D. The donative theory of the charitable tax exemption. *Ohio State Law Journal*, v. 52, p. 1379–1476, 1991; WALDECK, Sarah E. The Coming Showdown Over University. *Endowments: Enlisting the Donors*. *Fordham Law Review*, v. 77, p. 1.795-1.835, mar., 2009.

²¹ Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-15.htm>. Acesso em: 10/01/2019.

²² No ano de 2017, o Instituto Gallup realizou pesquisa em 146 países, com mais de 150 mil entrevistados, sobre doações às instituições de caridade, voluntariado e ajuda à estranhos que precisavam de ajuda. O Instituto apontou os países mais generosos, com maior engajamento cívico. O Indonésia ficou no topo da lista, o que foi justificado por sua tradição budista, que enfatiza a doação e o voluntariado nos templos, seguida da Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos, Irlanda e Reino Unido. Na base da lista, entre os países com menor engajamento cívico, estão o Yemen e a Grécia, países que continuam sofrendo com transtornos econômicos e políticos. O Brasil ficou em 124º lugar no ranking. GALLUP, The World’s Most Generous Countries. Fonte: “https://www.gallup.com/analytics/245165/worlds-most-generous-countries-2018.aspx?utm_source=link_news9&utm_campaign=item_245192&utm_medium=copy”. Acesso: 10/01/2019.

que as pessoas decidem, de forma a orientar a decisão sem substituir as opções dos indivíduos.²³

Os benefícios fiscais, quando planejados e inseridos nos limites legais, poderiam representar importante incentivo à constituição dos fundos patrimoniais.

4. CONCLUSÕES

A instituição do marco regulatório para criação de fundos patrimoniais filantrópicos no Brasil, a partir da promulgação da Lei 13.800/2019, representa importante avanço na busca da sustentabilidade financeira das entidades privadas integrantes do Terceiro Setor e, por consequência, na eficiência das atividades sociais (saúde, educação, etc.).

O ambiente regulatório claro e transparente é fundamental para a garantia da segurança jurídica aos instituidores dos fundos, doadores e entidades apoiadas, além de potencializar a cultura de investimentos sociais privados.

O veto presidencial aos dispositivos da Lei 13.800/2019, que tratavam dos benefícios fiscais e incentivavam as doações aos fundos, representa obstáculo para o sucesso dos objetivos buscados pelo novo diploma legal.

Independentemente das críticas porventura lançadas à referida legislação, não se pode desconsiderar o avanço na busca da sustentabilidade econômica do Terceiro Setor com a criação dos fundos patrimoniais filantrópicos, que garantem maior estabilidade financeira e permitem maior eficiência no planejamento das ações desenvolvidas pelas entidades privadas sem fins lucrativos.

²³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin, 2009, p. 3; JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. *Stanford Law Review*, v. 50, may., p. 1.471-1.550, 1998. Sobre a regulação comportamental (por incentivos ou por “empurrões”), vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 197-200.

5. BIBLIOGRAFIA

- ATKINSON, Rob. Altruism in Nonprofit Organizations. *Boston College Law Review*, v. 31, p. 501-639, may., 1990.
- CONTI-BROWN, Peter. Scarcity Amidst Wealth: The Law, Finance, and Culture of Elite University Endowments in Financial Crisis. *Stanford Law Review*, v. 63, p. 699-749, mar., 2011.
- HANSMANN, Henry B. The Role of Nonprofit Enterprise. *Yale Law Journal*, v. 89, p. 835-902, apr., 1980.
- _____. Why Do Universities Have Endowments? *The Journal of Legal Studies*, v. 19, p. 3-42, jan., 1990
- HALL, Mark A., COLOMBO, John D. The donative theory of the charitable tax exemption. *Ohio State Law Journal*, v. 52, p. 1379-1476, 1991.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1.471-1.550, may., 1998.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Organização administrativa*. 4. ed., São Paulo: Método, 2018.
- _____. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin, 2009.
- WALDECK, Sarah E. The Coming Showdown Over University. Endowments: Enlisting the Donors. *Fordham Law Review*, v. 77, p. 1.795-1.835, mar., 2009.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E DA NORMA CONSTITUCIONAL

*Reis Friede*¹

Resumo: o presente artigo discorre sobre a teoria da Constituição e da norma constitucional, abordando questões relativas aos múltiplos conceitos de constituição, bem como suas diversas classificações.

Palavras-chave: constitucionalismo; constituição; norma constitucional.

THEORY OF CONSTITUTION AND CONSTITUTIONAL NORM

Abstract: the current article deals about the theory of Constitution and the constitutional norm, approaching issues related to its multiple concepts, as well as its various classifications.

Keywords: constitutionalism; constitution, constitutional norm.

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista a importância da qual se reveste o tema, entendemos pertinente tratar, em linhas gerais, da denominada Teoria da Constituição, a começar pela própria origem do que se convencionou chamar de Constitucionalismo. A origem e a história do Direito Constitucional estão intimamente associadas ao surgimento e à própria evolução do Estado. Na mesma dicção, MORAES (2009, p. 3) anota

¹ Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . Correio Eletrônico: reisfriede@hotmail.com . É autor do Livro *Teoria do Direito*.

que o “Constitucionalismo escrito surge com o Estado, também com a função de *racionalização e humanização*, trazendo consigo a necessidade da proclamação de declarações de direitos”. Empreendendo-se uma breve perspectiva histórica sobre os denominados movimentos constitucionais, parte da doutrina constata a existência de um Constitucionalismo embrionário já na Antiguidade.

“A palavra Constituição provém da Grécia antiga, Pólis, Estado, cidade amuralhada, de pequenas dimensões. Vem daí o nome Politéia, que significa Constituição. A palavra política, de ARISTÓTELES, politéia significando Constituição, pólis Estado, tudo veio do pensamento político grego, do Direito Público de Atenas. As obras mais representativas foram as de PLATÃO (República) e de ARISTÓTELES (Política) que quase se perdem. Foram encontradas por MÁRIO, ditador romano. Outra obra de ARISTÓTELES, a Constituição de Atenas, só foi achada no final do século XIX. Nela, estudou 138 Estados, com suas respectivas Constituições.

A ideia de Constituição nasceu, assim, na antiga Grécia.

Foi ali, com o pensamento grego mais abstrato, de onde proveio a ideia de Constituição, que serviu, mais tarde, de fundamento ao pensamento político europeu. O objetivo de elaborar o pensamento constitucional teve um desenvolvimento gradativo no processo histórico. Como um símbolo, a humanidade elaborou a ideia de Constituição, vindo nele uma liberdade contra o despotismo.

De politéia, ou constituição, os romanos empregaram a expressão rem publicam constituere o Estado, organizar o Estado. De constituere, vieram constitutio e Constituição. Numa sequência histórica, tem-se a ideia firmada de Constituição como uma lei fundamental. Do Direito Público grego e romano provém o núcleo do Direito Político, que se desenvolveria em seguida à Renascença.

A Constituição é a lei fundamental do Estado, a lei fundamental escrita do Estado, a base de todas as demais leis.” (FERREIRA, Forense, 1992, p. 2)

A respeito do Constitucionalismo na Idade Média, um importante documento histórico sempre recordado pelos estudiosos do tema é a Magna Carta Inglesa (*Magna Charta Libertatum*), assinada em 1215 pelo Rei João Sem Terra, notadamente a partir de pressão dos barões ingleses, instrumento através do qual se pretendia (pelo menos sob o prisma formal) limitar o poder do monarca, de modo que o rei reconhecesse que a vontade real submetia-se à lei.

Em relação ao Constitucionalismo durante a Idade Moderna, LENZA registra os seguintes documentos históricos:

“Durante a Idade Moderna, destacam-se o Petition of Rights, de 1628; o Habeas Corpus Act, de 1679; o Bill of Rights, de 1689; e o Act of Settlement, de 1701.

Nessa linha, além dos pactos, destacam-se o que a doutrina chamou de forais ou cartas de franquia, também voltados para a proteção dos direitos individuais.

Diferenciam-se dos pactos por admitir a participação dos súditos no governo local (elemento político).

Os pactos e forais ou cartas de franquia, documentos marcantes durante a Idade Média, buscavam resguardar direitos individuais. Alerta-se, contudo, que se tratava de direitos direcionados a determinados homens, e não sob a perspectiva da universalidade”. (LENZA, 2012, p. 57-58)

Ainda no que concerne à mesma digressão histórica, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, citado por LENZA (2012, p. 58), recorda que, “chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram, por *mútuo consenso*, as regras por que haveriam de governar-se”, ocasião em que os chefes de família, a bordo do *Mayflower*, fixaram “o célebre ‘*Compact*’ (1620); desse modo se estabelecem as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), mais tarde confirmadas pelo Rei Carlos II, que as incorporou à Carta outorgada em 1662”, documentos que nitidamente revelam a “ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da ideia de Constituição”.

No que se refere ao Constitucionalismo moderno, merecem ser destacadas as “Constituições escritas como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente do poder”, figurando, como marcos históricos e formais do Constitucionalismo moderno, “a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 (que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), movimento este deflagrado durante o Iluminismo e concretizado como uma contraposição ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o povo como o titular legítimo do poder” (LENZA, 2012, p. 58).

Nesse contexto moderno, MORAES (2009, p. 3), em sintonia com LENZA, aponta como dignas de registro as novas Declarações de Direitos, como a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Constituição dos Estados Unidos (1787),

sendo que, para o referido autor, “a origem formal do constitucionalismo está ligada as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais*” (MORAES, 2009, p. 1).

Em sequência, MORAES (2009, p. 3) assevera que “o Estado de Direito é consagrado com o Constitucionalismo liberal do Século XIX”, destacando-se, nesta quadra, a Constituição de Cádiz (1812), a 1ª Constituição Portuguesa (1822), a Constituição Imperial do Brasil (1824), a Constituição Belga (1831), bem como a Declaração de Direitos da Constituição Francesa (1848), esta última considerada pelo autor como um “texto precursor do Século XX, pois previa em seu texto que a República Francesa tinha por princípios a liberdade, a igualdade e a fraternidade”. Entretanto, conforme explica LENZA (2012, p. 58), “a concepção liberal (de valorização do indivíduo e afastamento do Estado) gerará concentração de renda e exclusão social, fazendo com que o Estado passe a ser chamado para evitar abusos e limitar o poder econômico”. Surge, neste cenário, a Constituição de WEIMAR (1919), que efetivamente serviu de paradigma para outras Constituições:

“A partir da Constituição de WEIMAR (1919), que serviu de modelo para inúmeras outras Constituições do primeiro pós-guerra, e apesar de ser tecnicamente uma Constituição consagradora de uma democracia liberal – houve a crescente constitucionalização do Estado Social de Direito, com a consagração em seu texto dos direitos sociais e a previsão de aplicação e realização por parte das instituições encarregadas dessa missão. A constitucionalização do Estado Social consubstanciou-se na importante intenção de converter em Direito Positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito.” (MORAES, Atlas, 2009, p. 4)

2. CONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O surgimento do Estado de Direito ocorreu diante da inadequação do pluralismo jurídico dominante no período medieval para promover os anseios de liberdade, de igualdade e de segurança do capitalismo. Suas principais características são: a soberania estatal, a unidade do ordenamento jurídico, a divisão dos poderes estatais, o primado da lei sobre outras fontes de proteção

jurídica, o reconhecimento da certeza do Direito como valor político fundamental, a igualdade formal dos cidadãos perante a lei, o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, a garantia constitucional, a distinção entre público e privado e a afirmação da propriedade privada e da liberdade de iniciativa econômica.

Uma das principais consequências do seu florescimento foi o desaparecimento dos vínculos corporativos e privilégios hereditários, além da liberdade social e econômica e de um sistema jurídico fundado no princípio da igualdade de todos perante uma lei genérica e impessoal. Afinal, para usar a expressão de NORBERTO BOBBIO, somente a igualdade de todos em face da lei poderia se constituir em um formidável ponto de partida para uma nova era de direitos. Foi sob o manto desta concepção iluminista que surgiu um novo Estado e, simultaneamente, a Constituição. Portanto, não é difícil constatar que as origens da Constituição e do Estado de Direito se confundem.

Ademais, o Estado de Direito constitucional é também responsável pelo surgimento da democracia representativa. O voto periódico, a alternância de poder, a representação popular, a separação de poderes e a revisão jurisdicional, entre outros aspectos, integram importantes conquistas da democracia representativa e liberal.

A concepção básica de Estado de Direito, embrionariamente forjado no século XVIII pela burguesia com o único objetivo de virtual oposição ao absolutismo, por meio da submissão do governante à vontade geral, acabou por romper, no início do século XIX, a última fronteira entre as noções primitivas de democracia como simples forma de governo, para finalmente chegar-se à aceção contemporânea de regime político. Neste sentido, convergindo os autores para a aceção de democracia, não obstante sua complexidade e múltipla caracterização (como afirmado), como o império da lei, restaria, em todos os casos, a plena sujeição do Estado às leis que edita para a completa efetivação do regime democrático, o que acabou ocorrendo com o surgimento do chamado Estado de Direito, não obstante toda a sorte de críticas que se possa fazer no que alude ao restrito (e, neste aspecto, limitado) estado de legalidade que imperou nos primórdios de seu nascimento.

Desse modo, o fato de o Estado passar a se submeter à lei em seu sentido vocabular mais elástico pareceu, em momento subsequente, não ser suficiente para a plena caracterização do regime democrático, uma vez que não restaria

garantida a necessária submissão do Estado (e, sobretudo, de seus governantes) à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos, fazendo surgir, em resposta, logo no início do século XX, a concepção de Estado Democrático de Direito.

Nesse particular aspecto, e rebatendo, com sinergia, todas as críticas à concepção inicial do Estado de Direito, a nova aceção do Estado Democrático de Direito acabou por permitir, pelo menos *prima facie*, a plenitude da democracia (e, por efeito, do regime democrático), com a efetivação de uma série de princípios, tais como aqueles enunciados por SILVA (2015, p. 124): princípio da constitucionalidade, princípio democrático, princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, princípio da igualdade, princípio da divisão de Poderes, princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica.

Somente nas últimas décadas, todavia, parte da doutrina acabou por despertar para o fato incontestado de que mesmo na plenitude do chamado Estado Democrático de Direito, com todas as suas caracterizações, e em sua concepção anteriormente descrita, a democracia poderia ainda não se efetivar plenamente, considerando, sobretudo, que no regime democrático também se exige, por parte do Estado, além de todos os elementos já mencionados, uma ação comissiva dentro do contexto do binômio *poder-dever*, que condiciona a atuação estatal no âmbito maior da promoção concreta do império da lei (e, conseqüentemente, da ordem jurídica derivada). Ademais, o Estado Democrático de Direito somente se legitima na exata medida em que exista para promover os valores fundamentais consagrados no Texto Magno, tais como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político, fundamentos da República brasileira, nos termos do art. 1º, *caput*, da Constituição.

3. CONSTITUIÇÃO E DIREITO CONSTITUCIONAL

A doutrina, de um modo geral, aponta que o conceito de Constituição é polissêmico, conforme registrado, inclusive, por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

“Nesse sentido geral, Constituição é a organização de alguma coisa. Em tal aceção, o termo não pertence apenas ao vocabulário do Direito Público. Assim conceituado, é evidente que o termo se aplica a todo grupo, a toda a sociedade, a todo Estado. Designa a natureza peculiar de cada Estado, aquilo que faz este ser o que é.”

Evidentemente, nesse sentido geral, jamais houve e nunca haverá Estado sem Constituição [...].

Entretanto, o termo Constituição é mais frequentemente usado para designar a organização jurídica fundamental [...].

Por organização jurídica fundamental, por Constituição em sentido jurídico, entende-se, segundo a lição de KELSEN, o conjunto das normas positivas que regem a produção do Direito. Isto significa, mais explicitamente, o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação.

Realmente, a produção do Direito é obra do poder, cuja estruturação fundamental é definida pelos aspectos materiais apontados." (FILHO, 1996, p. 9-10)

O termo Constituição, segundo assevera MORAES (2008, p. 57), pode ser definido como um "sistema de normas jurídicas produzidas no exercício do Poder Constituinte", destinadas, primordialmente, "ao estabelecimento da forma de Estado, da forma e sistema de governo, do modo de aquisição e exercício do poder, da instituição e organização de seus órgãos, dos limites de sua atuação, dos direitos fundamentais e respectivas garantias e remédios constitucionais e da ordem econômica e social".

Nessa linha de raciocínio, a Constituição traduz a organização jurídico-política fundamental do Estado, sendo concernente a um conjunto de regras relativas à forma de Estado, à forma de governo (incluindo-se o sistema de governo e o regime de governo), ao regime político, à aquisição e ao exercício do poder, ao estabelecimento dos órgãos para o efetivo exercício do poder (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) e aos limites de sua ação (competências e restrições ao exercício do poder estatal).

"Constituição significa o 'corpo', a 'estrutura' de um ser que se convencionou chamar Estado. Por ser nela que podemos localizar as partes componentes do Estado, estamos autorizados a afirmar que somente pelo seu exame é que conheceremos o Estado. A Constituição é a particular maneira de ser do Estado, no dizer de CELSO BASTOS." (TEMER, 1989, p. 17)

Da mesma forma, em termos conceituais, várias são as concepções a respeito do que vem a ser o Direito Constitucional. Consoante leciona FERREIRA (1992, p. 1) "o Direito Constitucional é a ciência positiva das Constituições"; seu "objeto formal é o estudo das Constituições", razão pela qual, segundo o referido autor,

“não se interessa em equacionar o problema das Constituições sob os ângulos histórico, sociológico, filosófico, embora os juristas não possam fugir a essa inclinação”. Com efeito, o Direito Constitucional também pode ser analisado sob várias perspectivas, ensejando designações específicas.

Assim, a doutrina alude ao denominado Direito Constitucional Comparado, cujo objetivo principal é estabelecer, sob as óticas temporal e espacial, um quadro comparativo entre os diversos direitos constitucionais positivos, bem como ao chamado Direito Constitucional Geral, que descreve a própria Teoria Geral da Ciência Constitucional. Refere-se, ademais, ao Direito Constitucional Material, associado ao conceito de Constituição em sentido material, e ao Direito Constitucional Formal, vinculado à noção de Constituição em sentido formal.

Desse modo, é válido afirmar que o Direito Constitucional está voltado, fundamentalmente, para o estudo da Constituição, sob o critério orgânico e funcional propriamente dito, assim como sob a ótica material e formal.

Ademais, é lícito afirmar que o Direito Constitucional relaciona-se basicamente com todos os ramos que integram o Ordenamento Jurídico pátrio, sejam os inerentes ao Direito Público, sejam os afetos ao Direito Privado.

De forma específica, o Direito Constitucional é classificado como um dos ramos do Direito Público Interno, qualificação também atribuída ao Direito Administrativo, ao Direito Financeiro (incluindo-se o Direito Tributário), ao Direito Penal, ao Direito Processual (Civil e Penal) e ao Direito Eleitoral, entre outros.

No que se refere à relação travada entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, é fato incontestado que ambos se interpenetram, considerando suas estreitas afinidades com o objeto do Estado. Entretanto, enquanto o primeiro se preocupa com a estrutura estatal e com as instituições políticas, o segundo cuida apenas da organização interna dos órgãos da Administração, de seu pessoal e do funcionamento de seus serviços, entre outros assuntos conexos, podendo satisfazer as finalidades que lhe são constitucionalmente atribuídas. De fato, é possível compreender a relação entre estes dois ramos comparando-os a um corpo humano, onde o cérebro e o esqueleto representariam o Direito Constitucional, ao passo que os músculos e o sangue traduziriam o Direito Administrativo. Ademais, enquanto aquele oferece as decisões fundamentais, a estrutura do Estado e a forma de adoção das decisões de conteúdo político

(poder de império), o Direito Administrativo trata da estrutura da Administração e da forma de adoção das decisões administrativas (executórias da vontade política manifestada).

A relação do Direito Constitucional com o Direito Financeiro (incluindo-se o Direito Tributário) é facilmente observada a partir de uma simples análise das regras constitucionais que disciplinam o chamado sistema tributário nacional (arts. 145 a 161 da CF), através do qual a Carta da República trata de questões afetas, por exemplo, às espécies tributárias, às limitações ao poder de tributar e à repartição das receitas tributárias.

Ademais, o Direito Constitucional guarda profunda relação com Direito Penal e com o Direito Processual Penal, na exata medida em que as normas fundamentais de tais ramos encontram sólidas e intransponíveis limitações nas diversas regras e princípios constitucionais espreados pelo Texto Magno, notadamente os previstos no seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

A relação do Direito Constitucional com os denominados ramos jurídicos sociais (Direito do Trabalho e Direito Previdenciário) e privados (Direito Civil e Direito Empresarial) orienta-se, particularmente, pelos preceitos básicos que se encontram presentes na Constituição e instruem estas várias espécies, disciplinando suas respectivas fundamentações básicas. Neste particular, LENZA (2012, p. 54-55) assevera que “em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado”, percebe-se, cada vez mais, “uma forte influência do Direito Constitucional sobre o Direito Privado”, propondo o autor o abandono da clássica dicotomia em questão, além de “uma necessária e inevitável releitura dos institutos, notadamente os de Direito Civil (e privado), sob a ótica constitucional”.

4. CONSTITUIÇÃO EM SENTIDOS SOCIOLOGICO, POLÍTICO E JURÍDICO

É ponto comum na doutrina que a noção de Constituição transcende ao sentido meramente jurídico, para também incorporar traduções de cunho sociológico e político (entre outros), permitindo, por sua vez, forjar uma verdadeira concepção *estrutural* de Constituição, com a inserção de preceitos fáticos e axiológicos, estabelecendo-se a necessária interação que o Texto Magno deve possuir com a sociedade política.

No que se refere ao sentido sociológico, consoante abordagem realizada por FERDINAND LASSALE (na clássica obra intitulada *¿Qué es una Constitución?*), “a Constituição seria o complexo (vale dizer, um somatório) de fatores reais de poder, isto é, o conjunto de forças de índole política, econômica e religiosa que condicionam o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade” (MORAES, 2008, p. 60), razão pela qual sua legitimidade somente seria alcançada se efetivamente representasse tal poder social, sob pena de configurar uma mera “*folha de papel*”.

Segundo uma concepção política, proposta elaborada por CARL SCHMITT, “a Constituição seria produto de uma decisão política fundamental, ou seja, a vontade manifestada pelo titular do Poder Constituinte” (MORAES, 2008, p. 60-61).

“Na lição de CARL SCHMITT, encontramos o sentido político, que distingue Constituição de lei constitucional. Constituição, conforme pondera JOSÉ AFONSO DA SILVA ao apresentar o pensamento de Schmitt, ‘... só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas não contêm matéria de decisão política fundamental’.

Portanto, pode-se afirmar, em complemento, que, na visão de CARL SCHMITT, em razão de ser a Constituição produto de uma certa decisão política, ela seria, nesse sentido, a decisão política do titular do poder constituinte.” (LENZA, 2012, p. 74)

Sob uma perspectiva jurídica, HANS KELSEN postula que a Constituição seria a lei fundamental da organização estatal, dividida em Constituição em sentido lógico-jurídico (“correspondente à norma fundamental hipotética, quer dizer, pressuposto lógico de validade das normas constitucionais positivas”) e em Constituição em sentido jurídico-positivo (que “consistiria na norma positiva suprema, vale dizer, pressuposto jurídico do processo de criação, modificação ou extinção do Direito Positivo, dado que todas as normas jurídicas integrantes do mesmo ordenamento constitucional encontram fundamento de validade comum na Constituição”) (MORAES, 2008, p. 60-61).

Conforme visto, em tal concepção kelseniana, a Constituição ostenta fundamento de validade junto à denominada norma fundamental (norma hipotética, uma vez que não estabelecida por nenhum ato de autoridade), que figura como o verdadeiro alicerce de validade do sistema jurídico com um todo.

A doutrina ainda se refere a um sentido culturalista, afirmando, a toda evidência, que a Constituição constitui-se em um produto cultural da sociedade, abarcando elementos de vários matizes (sociais, históricos, racionais, etc).

5. CONSTITUIÇÃO EM SENTIDOS MATERIAL E FORMAL

O conceito de Constituição também admite sua caracterização em um sentido material (substancial) – ou seja, a Constituição efetiva, independente de sua formalização (forma escrita ou não, codificada ou não) – e em um sentido formal, que representa, em termos próprios, a formalização solene das regras constitucionais, notadamente a partir da codificação de seus dispositivos.

Convém observar, entretanto, que tal classificação é frequentemente confundida com as acepções material (substancial) e formal das normas jurídicas constitucionais, ínsitas exclusivamente nas Constituições formais. Por efeito, para a perfeita compreensão dos sentidos material e formal que revestem o conceito de Constituição, cumpre considerar, em primeiro plano, a existência de uma efetiva diferença conceitual entre a Constituição (continente) e as respectivas normas constitucionais (conteúdo), sendo certo, neste aspecto, que a classificação das normas jurídicas constitucionais só possui sentido prático quando analisada sob a ótica da Constituição em sentido formal.

“A constituição material é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito. Neste caso, constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional; as demais, mesmo que integrem uma constituição escrita, não seriam constitucionais.

A constituição formal é o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais previstos no próprio texto constitucional.” (SILVA, 2015, p. 42-43)

Assim, o dado importante a ser investigado para efeito de definição de Constituição material é o conteúdo da norma, independentemente de sua formalização. Em contraste, sob a ótica formal, o conteúdo normativo torna-se irrelevante, dando-se destaque à forma (relacionada a um processo legislativo

mais complexo e dificultoso) através da qual a norma restou incorporada ao sistema jurídico.

6. OBJETO, ELEMENTOS E CONTEÚDO DA CONSTITUIÇÃO

Segundo a doutrina mais abalizada sobre o tema, o objeto de uma Constituição é exatamente estabelecer a estrutura fundamental do Estado e da sociedade, fixando, pois, suas características político-jurídicas, e permitindo disciplinar a organização básica e funcional do poder (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), a concepção de seus órgãos e respectiva competência, o modo de aquisição e exercício do poder estatal, bem como os limites de sua atuação, assegurando, assim, os direitos e garantias individuais. Neste sentido, a posição de MORAES (2008, p. 63).

Em decorrência dessa autêntica multiplicidade de disciplinas com substrato de índole constitucional, as Constituições apresentam-se repletas de normas diferenciadas em razão de sua natureza e finalidade. Sob tal perspectiva, a doutrina constitucional tem afirmado a efetiva existência de autênticos elementos constitucionais, divergindo, todavia, quanto ao número e caracterizações destes elementos (orgânicos, limitativos, sociopolíticos, ideológicos, formais, de aplicação, etc.).

Segundo MORAES (2008, p. 65), a “Constituição é formada por elementos orgânicos, limitativos, sócio-ideológicos, formais de aplicabilidade e de estabilização constitucional”.

De acordo com a concepção de SILVA (2015, p. 46-47), tais elementos constitucionais seriam, em sua estrutura normativa, em número de cinco, definidos pelas seguintes categorias: *a*) elementos orgânicos (associados à estrutura do Estado e do poder estatal); *b*) elementos limitativos (relativos aos direitos constitucionais fundamentais); *c*) elementos socioideológicos (pertinentes à ordem econômica e social); *d*) elementos de estabilização constitucional (afetos à defesa da Constituição); *e*) elementos finais de aplicabilidade (concernentes às normas que estatuem regras de aplicação das Constituições, tais como o preâmbulo, as cláusulas de promulgação e de vigência e as disposições constitucionais transitórias).

No entanto, é importante salientar que nem sempre o conteúdo normativo de uma Constituição corresponde exatamente aos seus objetivos próprios e específicos (e aos elementos constitucionais propriamente ditos), tendo em vista a presença, no Texto Constitucional, de normas jurídicas que não guardam qualquer relação com o conceito material e substantivo de Constituição. Como exemplo marcante do que se acaba de afirmar, cite-se o art. 17, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabeleceu, à época da promulgação do Texto Constitucional de 1988, a regra operativa do teto salarial para os agentes públicos.

O dispositivo *sub examen*, de caráter formalmente constitucional, expressamente impõe uma restrição ao instituto jurídico do direito adquirido, regra materialmente constitucional (embora, para alguns autores, genuíno exemplo de cláusula pétrea).

7. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

A doutrina diverge quanto aos diversos critérios adotados para efeito de classificação das Constituições. Deste modo, apresenta-se abaixo a tipologia mais adotada comumente nas obras destinadas ao tema.

a) Quanto à Origem

No que concerne à origem, as Constituições podem ser classificadas em promulgadas (popular, democrática, votada), nas quais o povo (na qualidade de titular do Poder Constituinte), por intermédio de seus representantes eleitos para tanto (agentes do Poder Constituinte), participa efetivamente do processo de elaboração da Constituição. Deste modo, a Constituição promulgada é fruto da deliberação da legítima representação popular, podendo ser citadas, como exemplos, as Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988. Podem ser, ainda, outorgadas, nas quais, em contraste com a espécie anterior, não há participação popular no que tange à sua elaboração, sendo a Carta imposta unilateralmente ao povo pelo agente revolucionário, desprovido de legitimidade para tanto. Exemplos típicos de Constituições outorgadas são a de 1824 (Constituição Imperial) e a de 1937, esta última imposta por GETÚLIO VARGAS, documento caracterizado por sua feição nitidamente fascista. No que se refere à classificação a ser conferida à Constituição de 1967, LENZA sintetiza o seguinte debate:

“Alguns autores entendem que o texto de 1967 teria sido ‘promulgado’, já que votado nos termos do art. 1º, § 1º, do AI 4/66. Contudo, em razão do ‘autoritarismo’ implantado pelo Comando Militar da Revolução, não possuindo o Congresso Nacional liberdade para alterar substancialmente o novo Estado que se instaurava, preferimos dizer que o texto de 1967 foi outorgado unilateralmente (apesar de formalmente votado, aprovado e ‘promulgado’) pelo regime ditatorial militar implantado.” (LENZA, 2012, p. 84)

Parte da doutrina, tal como SILVA (2015, p. 43-44), admite uma terceira vertente quanto à classificação em comento, qual seja, a chamada *Constituição Cesarista*, que seria “formada por plebiscito popular sobre um projeto elaborado por um Imperador (plebiscitos napoleônicos) ou um Ditador (plebiscito de PINOCHET, no Chile)”, cabendo destacar que tal participação popular não se dá de forma democrática, “pois visa apenas ratificar a vontade do detentor do poder”.

b) Quanto à Forma

Sob tal perspectiva classificatória, a Constituição pode se apresentar na forma escrita (também chamada de instrumental) ou não escrita (consuetudinária ou costumeira). No primeiro caso, a Constituição pode se exteriorizar através de um modelo sistematizado e organizado (por exemplo, uma codificação, que representa, no contexto da organização jurídica, o nível mais aperfeiçoado, após a denominada consolidação) ou não organizado. Cumpre destacar, neste particular, que o art. 5º, § 3º, da CF, incluído pela EC nº 45/04, ao preceituar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, possibilita afirmar a existência de normas constitucionais que não se encontram inseridas no Texto Magno de 1988. Por exemplo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30.03.2007, foi devidamente incorporada ao Direito Brasileiro através da sistemática prevista no referido dispositivo constitucional, cabendo registrar, ademais, que tal instrumento internacional restou aprovado pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008, e promulgado Decreto nº 6.949, de 25.08.2009. Sob a forma não escrita, a Constituição será reputada costumeira (ou consuetudinária), ainda que possa conter algumas regras escritas. Neste caso, a Constituição será considerada exclusivamente sob o prisma material, não havendo que se falar em Constituição formal.

c) Quanto ao Processo de Elaboração

Diante da classificação anterior, é possível também considerar as Constituições sob a perspectiva dogmática e histórica. Segundo o magistério de FILHO (1996, p. 12), “a Constituição escrita é sempre fruto da aplicação consciente de certos princípios ou dogmas, enquanto a não escrita é produto de lenta síntese histórica, levando-se em conta a sua fonte de inspiração”. Desta feita, é válido afirmar que a Constituição dogmática (que, registre-se, é sempre escrita) é aquela que traduz os dogmas estruturais do Estado, ao passo que a Constituição histórica forma-se a partir de um lento e contínuo processo histórico.

d) Quanto ao Conteúdo

Ademais, o conceito de Constituição pode ser abordado em um sentido material ou formal. A Constituição material consiste no conjunto de regras (escritas ou costumeiras) materialmente constitucionais, isto é, que regulam temas relativos à estrutura do Estado, à organização de seus órgãos e aos direitos fundamentais, não se admitindo como constitucional qualquer outra matéria que não ostente tal conteúdo. A Constituição formal, por sua vez, traduz-se no conjunto de normas escritas, hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional, independentemente do conteúdo nela inserido. No presente modelo, o que importa para efeito de tal classificação é exatamente o processo de formação do Texto Constitucional, e não a essência de suas normas. Significa dizer, pois, que qualquer norma inserta na Constituição será reputada formalmente constitucional, ainda que não o seja sob a ótica material, cabendo citar, como exemplo, a Constituição de 1988.

e) Quanto à Extensão

No que se refere à extensão, as Constituições são classificadas em sintéticas ou analíticas. As primeiras são assim denominadas porque consubstanciam apenas os princípios fundamentais e estruturais do Estado. Exemplo frequentemente recordado pela doutrina é a Constituição dos Estados Unidos da América, em vigor desde 1787. Originalmente composta por sete artigos, a Lei Maior americana foi emendada vinte e sete vezes desde então. Diferentemente, as Constituições analíticas abarcam tantos quantos forem os assuntos que os representantes do povo entenderem fundamentais, razão pela qual são caracterizadas por serem textos extensos e por abrangerem regras que, na essência, poderiam figurar

apenas na legislação infraconstitucional. É o caso, por exemplo, do art. 242, § 2º, do da CF, segundo o qual o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

f) Quanto ao Processo de Reforma

No que concerne ao pertinente processo de reforma, é comum a classificação das Constituições em rígidas, nas quais existe previsão de um processo especial (mais complexo e difícil que o relativo ao processo legislativo ordinário) para a alteração (reforma) de seus dispositivos, conforme prevê, a propósito, o art. 60 da CF. No caso do Brasil, excetuando-se a Constituição Imperial (1824), todas as demais Constituições brasileiras foram classificadas como rígidas. Consoante leciona SILVA, “da rigidez deflui, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de FERREIRA, ‘é um princípio basilar do Direito Constitucional moderno”.

“Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico de um país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais só são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

A doutrina distingue supremacia material e supremacia formal da constituição.

Reconhece a primeira, inclusive, nas constituições costumeiras e nas flexíveis. Isso é certo do ponto de vista sociológico, tal como também se admite rigidez sociopolítica das constituições. Mas, do ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apoia na rigidez jurídico-constitucional, da qual é o primeiro e principal corolário.

O próprio BURDEAU (que fala na supremacia material), aliás, realça que é somente no caso da rigidez constitucional que se pode falar em supremacia formal da constituição, acrescentado que a previsão de um modo especial de revisão constitucional dá nascimento à distinção de duas categorias de leis: as leis ordinárias e as leis constitucionais.

Nossa constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios são

soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas constitucionais da República.” (SILVA, 2015, p. 47-48)

Nas Constituições semirrígidas (ou semiflexíveis), por sua vez, o processo de reforma do Texto Magno é mais dificultoso apenas no que se refere a determinadas matérias. Por exemplo, o art. 178 da Constituição Imperial de 1824 preceituava:

“Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.” (grafia original)

Por conseguinte, qualquer outro tema distinto daqueles expressamente elencados no referido art. 178 da Constituição do Império poderia ser alterado por intermédio do processo legislativo ordinário.

Além das rígidas e das semirrígidas, a doutrina concebe, ainda, as denominadas Constituições flexíveis, assim consideradas justamente por inexistir um processo especial para a reforma de seus dispositivos. Destarte, é possível concluir que, neste caso em particular, não se observa qualquer hierarquia entre a Constituição e a legislação infraconstitucional, uma vez que ambas podem ser alteradas através do mesmo procedimento.

Por fim, cumpre destacar que, a princípio, toda Constituição costumeira (ou não escrita) classifica-se também como flexível, uma vez que a simples alteração do costume (que se encontra difuso na sociedade) será suficiente para provocar mudanças no Texto Constitucional. Não obstante tal constatação, os manuais de Direito Constitucional aludem à existência (excepcional) de Constituições que, sem embargo de serem escritas (como o Estatuto Albertino, na Itália), são classificadas como flexíveis. De qualquer sorte, pelo menos de um modo geral, as Constituições escritas são sempre qualificadas como rígidas ou semirrígidas.

g) Quanto à Dogmática

A doutrina, quanto ao aspecto em epígrafe, classifica as Constituições em

ortodoxas e ecléticas. As primeiras são formadas por uma só ideologia, tal como a Constituição soviética de 1977, enquanto que as ecléticas fundam-se em várias ideologias.

h) Quanto ao Objeto

MORAES (2008, p. 67) alude à uma classificação da Constituição quanto ao objeto, tendo como espécies a Constituição liberal e a Constituição social.

“A primeira é a em que não estão inseridas normas específicas em referência à ordem econômica, na medida em que o Estado liberal é limitado às funções tradicionais de proteção e repressão, sem que houvesse a noção de qualquer política de desenvolvimento social, tal Como a Constituição norte-americana.

A segunda é a em que estão insertadas normas específicas em relação à ordem econômica, uma vez que o Estado social, malgrado afirme e assegure a propriedade privada e a liberdade de iniciativa, condiciona o uso dos bens e a atividade na economia ao bem-estar social, pelo mecanismo da intervenção na propriedade e no domínio econômico, com a finalidade de impedir que a utilização dos bens seja efetivada de maneira antissocial e a atuação das empresas seja efetuada com abuso de poder econômico, tal como a Constituição brasileira.” (MORAES, 2008, p. 67)

i) Quanto ao Modelo

A doutrina refere, ainda, quanto ao modelo, à Constituição-garantia e à Constituição-dirigente. A primeira “legitima o poder transferido pela sociedade ao Estado, assim como limita o poder do Estado perante a sociedade no presente”, podendo ser citada, como exemplo, a Constituição norte-americana. Por sua vez, a Constituição-dirigente “legitima e limita o poder do Estado em face da sociedade, bem como define as finalidades do exercício do poder político para o futuro, mediante a instituição de normas constitucionais programáticas, tal como a Constituição brasileira” (MORAES, 2008, p. 69).

j) Quanto ao Sistema

Quanto ao sistema, a Constituição tem sido classificada em principiológica (na qual “predominam os princípios, identificados como normas constitucionais providas de alto grau de abstração, consagradores de valores, pelo que é necessária a mediação concretizadora, tal como a Constituição brasileira”) e preceitual (na qual “prevalecem as regras, individualizadas como normas

constitucionais revestidas de pouco grau de abstração, concretizadoras de princípios, pelo qual é possível a aplicação coercitiva, tal como a Constituição mexicana”) (MORAES, 2008, p. 69).

Tendo em vista as diversas classificações acima apresentadas, pode-se afirmar que a Constituição brasileira de 1988 reveste-se das seguintes características: é promulgada (ou popular), escrita, dogmática, em sentido formal, analítica, rígida, eclética, social, dirigente e principiológica.

8. NORMAS CONSTITUCIONAIS

Não obstante a existência das mais diversas classificações a respeito das normas jurídicas constitucionais (em essência, de conteúdo político-jurídico), decerto que a abordagem alusiva ao conteúdo intrínseco de tais normas reveste-se de capital importância. Neste aspecto, as normas jurídicas constitucionais se subdividem, segundo a ampla maioria dos estudiosos, em normas materialmente (ou substancialmente) constitucionais e em normas formalmente constitucionais.

8.1. Classificação das Normas Constitucionais

Desde logo, duas observações devem ser consignadas, de modo a afastar qualquer dúvida terminológica a propósito do tema. A primeira concerne à necessária diferenciação que deve ser estabelecida entre normas (materialmente ou formalmente) constitucionais e Constituição (em sentido material ou formal).

Constituição material, como já afirmamos, diz respeito a um ordenamento político-jurídico fundamental do Estado, independente de sua formalização, incluindo-se, nesta categoria, apenas as normas materialmente (ou substancialmente) constitucionais. Constituição formal, em contraste, retrata, como a própria denominação sugere, uma formalização própria do ordenamento (inclusive através de uma eventual codificação), permitindo a coexistência entre as normas materialmente constitucionais e as normas formalmente constitucionais.

A advertência anterior objetiva afastar qualquer equivocada compreensão que possa sugerir a existência de sinonímia entre as expressões norma materialmente constitucional e Constituição material, e entre norma formalmente constitucional e Constituição formal.

A segunda observação, por sua vez, reflete uma necessária (e especial) atenção que se deve emprestar ao estudo da matéria em epígrafe, considerando que, conforme já registrado, existem autores (como SILVA, por exemplo), ainda que adeptos de uma corrente minoritária, que simplesmente sustentam inexistir diferenciação hierárquica (ou de qualquer outra natureza) em relação às normas ínsitas no texto constitucional formalizado.

De qualquer sorte, e independente de outras considerações, normas materialmente (ou substancialmente) constitucionais podem ser definidas como aquelas em que há nítido conteúdo constitucional, disciplinando, desta feita, questões associadas diretamente ao Estado, incluindo a forma de Estado [unitário (centralizado ou descentralizado), federal ou confederal (controvertido)], a forma de governo [incluindo o sistema de governo (monarquia ou república) e o regime de governo (parlamentar, onde as funções de chefia do Estado e do governo são exercidas por pessoas diversas, e presidencialista, onde as funções são concentradas em uma só pessoa)], o regime político [democracia direta ou indireta (representativa ou plebiscitária e de referendunum)], o poder e as formas de exercício do poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), o modo de aquisição do poder (sistema eleitoral, sistema de consanguinidade, concurso público, etc), a estruturação dos órgãos do poder [Juízes e Tribunais (no âmbito do Judiciário), Congresso Nacional e Tribunal de Contas da União (no âmbito do Legislativo), Órgãos de Assistência e de Assessoramento (no âmbito do Executivo)], as atribuições destes órgãos (competências) e os limites da ação estatal (definidos, especialmente, pelos direitos e garantias fundamentais do homem).

“Regras materialmente constitucionais são, em suma, as que, por seu conteúdo, se referem diretamente à forma do Estado (p. ex. as que o definem como Estado federal), forma de governo (p. ex., democracia), ao modo de aquisição (p. ex., sistema eleitoral) e exercício do poder (p. ex., atribuições de seus órgãos), estruturação dos órgãos de poder (p. ex., do Legislativo ou do Executivo), aos limites de sua ação (p. ex., os traçados pelos direitos fundamentais do homem).” (FILHO, 1996, p. 10)

Normas formalmente constitucionais, por seu turno, podem ser definidas como aquelas que não possuem conteúdo constitucional, disciplinando, ainda que dentro do contexto da Constituição, regramento estranho à matéria concernente ao fundamento do Estado. Em princípio, tais normas, sob a ótica jurídica, não deveriam estar inseridas no Texto Constitucional, e somente lá se encontram presentes por razões políticas, em decorrência da maior estabilidade (rigidez) conferida às regras ínsitas na Constituição.

“Tais regras têm apenas a forma de constitucionais. São, portanto, normas (apenas) formalmente constitucionais.

A inclusão dessas regras de conteúdo não constitucional no corpo da Constituição escrita [...] visa especialmente a sublinhar a sua importância. E, quando esta Constituição é rígida [...], fazê-las gozar da estabilidade que a referida Constituição rígida confere a todas as suas normas.” (FILHO, 1996, p. 11)

Finalmente, existe, ainda, a hipótese de uma norma que possua substrato (conteúdo) constitucional (considerando que versa sobre matéria relativa à essência do Estado), mas que, por motivos exclusivamente políticos (como permitir maior flexibilização no processo de reforma ou alteração), não se encontra inserida no Texto Constitucional.

8.2. Aplicabilidade das Normas Constitucionais

No que concerne à aplicabilidade das normas constitucionais, a teoria alude à clássica divisão proposta, nos idos do século XIX, pela doutrina americana, em particular por THOMAS COOLEY. Segundo uma perspectiva *bipartida*, as normas constitucionais podem ser concebidas a partir das seguintes denominações: *a)* normas autoexecutáveis (*self-executing*) e *b)* normas não-autoexecutáveis (*not self-executing*).

“Convém assinalar que nem toda norma constitucional tem aplicabilidade imediata. Como ensinava a doutrina clássica (THOMAS COOLEY, RUY BARBOSA, etc) e ensina hoje JORGE MIRANDA (Manual de Direito Constitucional, t. 2, p. 216 e segs.), as regras constitucionais ou são autoexecutáveis ou não autoexecutáveis.

As normas autoexecutáveis são aquelas que, sendo completas e definidas quanto à hipótese e à disposição, bastam por si mesmas e assim podem e devem ser aplicadas de imediato. Têm, portanto, aplicabilidade imediata.

As normas não autoexecutáveis são aquelas que não podem ter aplicação imediata, porque dependem de regra ulterior que as complemente. Não tem, por efeito, aplicabilidade imediata.

Três são as espécies de regras não autoexecutáveis: a) normas incompletas, ou seja, aquelas que não são suficientemente definidas, seja quanto à hipótese, seja quanto à disposição; por exemplo, normas que criam institutos processuais, mas não esclarecem qual o procedimento

aplicável; b) normas condicionadas, isto é, aquelas que, embora pareçam suficientemente definidas na hipótese e no dispositivo, foram condicionadas pelo constituinte a uma lei posterior, que precise os seus elementos integrantes; c) normas programáticas, quer dizer, as que indicam planos ou programas de atuação governamental. Estas não só reclamam lei ordinária de complementação ou regulamentação, mas também exigem medidas administrativas para que possam tornar-se efetivas. É o caso de uma norma constitucional que reconheça um direito à habitação. A sua aplicação dependerá de uma lei de regulamentação que estabeleça as condições de aquisição do direito. Entretanto, esta lei não bastará para que esse direito se efetive; necessário será que haja casas, que se construam habitações, medida que é do âmbito do Poder Executivo.” (FILHO, 1996, p. 11)

Em termos simples, as normas constitucionais autoexecutáveis, como a própria designação sugere, são dotadas de autoexecutoriedade, estando perfeitamente aptas a gerar efeitos jurídicos, independentemente de qualquer iniciativa a ser tomada pelo legislador ordinário, na exata medida em que se revestem do atributo da completude. Em contraposição, as pertinentes à segunda categoria referida demandam uma atuação legislativa posterior, posto que incapazes de viabilizarem os direitos nelas consagrados.

“As normas constitucionais autoaplicáveis não carecem da interposição do legislador ordinário para tornarem-se aplicáveis, abrangendo as normas preceptivas (normas que exigem uma conduta positiva) e normas proibitivas (normas que impõem uma conduta negativa).

As normas constitucionais não-autoaplicáveis dependem da interposição do legislador ordinário para tornarem-se aplicáveis, alcançando as normas interpretativas (normas que indicam o sentido, alcance e conteúdo de outras), normas declarativas ou explicativas (normas que contém definições de conceitos) e normas permissivas ou facultativas (normas que atribuem uma permissão, não impondo nenhuma conduta comissiva ou omissiva).” (MORAES, 2008, p. 79)

SILVA, em oposição crítica ao preconizado pela doutrina americana, propõe uma perspectiva classificatória tripartida, afirmando, de início, que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, sem embargo de poderem ser classificadas em: *a) normas constitucionais de eficácia plena,*

b) normas constitucionais de eficácia contida c) e normas constitucionais de eficácia limitada. Assim, em termos conceituais, as normas constitucionais de eficácia plena ostentam aplicabilidade direta, imediata e integral, posto que prescindem de “qualquer regulamentação para tornarem-se aplicáveis (aplicabilidade direta), são suscetíveis de aplicação sem solução de continuidade (aplicabilidade imediata) e não podem ter o seu alcance contido pela legislação infraconstitucional (aplicabilidade integral)”. Por seu turno, as de eficácia contida “não são dotadas de aplicabilidade integral”, tendo em vista que “o alcance do preceito pode ser reduzido pela legislação ordinária”, o que significa dizer que “a norma infraconstitucional logra restringir os efeitos da norma constitucional regulamentada”. Por fim, as de eficácia limitada “não são providas de aplicabilidade direta e imediata, vez que carecem de regulamentação para tornarem-se aplicáveis, de modo que a norma infraconstitucional torna aplicável a constitucional no momento em que foi produzida”, sendo estas desdobradas em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático (MORAES, 2008, p. 80-81).

LENZA (2012, p. 217) registra que as normas constitucionais de eficácia plena (aplicabilidade direta, imediata e integral) encontram-se aptas, desde o momento em que a Constituição passa a vigorar, “a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional (situação esta que pode ser observada, também, na hipótese de introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º)”, aproximando-se, pois, daquilo que a doutrina clássica norte-americana convencionou chamar de “normas autoaplicáveis (*self-executing, self-enforcing ou self-acting*)”, invocando, como exemplos, as normas contidas nos arts. 2º; 14, § 2º; 17, § 4º; 19; 20; 21; 22; 24; 28, *caput*; 30; 37, III; 44, parágrafo único; 45, *caput*; 46, § 1º; 51; 52; 60, § 3º; 69; 70; 76; 145, § 2º; 155; 156; 201, §§ 5º e 6º, todos da CF.

Em contraste com as anteriores, as normas constitucionais de eficácia contida (apesar de serem dotadas de aplicabilidade direta e imediata) não possuem aplicabilidade integral. Assim, “embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição, produzir todos os seus efeitos, poderá a norma infraconstitucional reduzir a sua abrangência”

(LENZA, 2012, p. 218), restrição que poderá se “concretizar não só através de lei infraconstitucional mas, também, em outras situações, pela incidência de normas da própria Constituição, desde que ocorram certos pressupostos de fato, por exemplo, a decretação do estado de defesa ou de sítio, limitando diversos direitos (arts. 136, § 1º, e 139 da CF)”, citando, em adição, o disposto no art. 5º, XIII, da CF, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, de modo que a “lei infraconstitucional pode reduzir a amplitude do direito constitucionalmente assegurado”. Por derradeiro, as normas constitucionais de eficácia limitada “são aquelas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional”, sendo caracterizadas, portanto, por possuírem “aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida” (LENZA, 2012, p. 218-220).

Discorrendo sobre a mesma abordagem classificatória, e tendo em mira os critérios da intangibilidade e da produção de efeitos, DINIZ (2000, p. 382-383) contribui para o estudo em epígrafe oferecendo uma visão quadripartida das normas constitucionais. Assim, propõe a autora o seguinte esquema teórico: *a)* normas constitucionais de eficácia absoluta, “se inatingíveis, insuscetíveis de emenda, daí conterem força paralisante total de toda a legislação que vier a contrariá-las”, mencionando como exemplos os arts. 1º, 2º e 5º, I a LXXVII, da CF; *b)* normas constitucionais de eficácia plena, “quando suficientes para disciplinar as relações jurídicas ou o processo da sua efetivação, por apresentarem todos os requisitos necessários para produzir os efeitos previstos imediatamente, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação ulterior” (arts. 14, § 2º; 69, 155 e 156 da CF), correspondendo às normas constitucionais de eficácia plena, segundo a aludida abordagem tripartida; *c)* normas constitucionais de eficácia relativa restringível, dotadas de aplicabilidade imediata, “embora sua eficácia possa ser reduzida nos casos e na forma que a lei estabelecer”; correspondem, pois, às normas constitucionais de eficácia contida de SILVA: “nelas a possibilidade de produzir os efeitos é imediata, embora sujeita a restrições que elas mesmas prevêm (p. ex.: normas que prescrevem regulamentação delimitadora); são normas dependentes de complementação por elas mesmas previstas ou

resultante inequivocamente do sentido da disposição normativa (CF, arts. 59, XII e LXVI, 139 e 170, parágrafo único)”; *d*) normas constitucionais de eficácia relativa complementável, quando a “possibilidade de produzir efeitos é mediata, dependendo de norma posterior que lhe desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou benefício consagrado”, de modo que, “enquanto não promulgada lei complementar ou ordinária, o dispositivo constitucional não produzirá efeito positivo”, correspondendo, segundo a classificação de SILVA, às normas constitucionais de eficácia limitada.

Especial destaque há de ser dado às chamadas normas constitucionais programáticas, as quais, de acordo com MIRANDA (1990, t. 1, p. 218), podem ser traduzidas em normas “de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao Ordenamento Constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia”, razão pela qual, prossegue o autor português, “não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as envolvem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição)”.

Consoante assevera PIMENTA (2012, p. 7-20), tais normas “buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir”, regras que, historicamente, surgiram com o advento do “Estado Social, no período posterior à Primeira Guerra Mundial, notadamente após a crise de 1920”, quando, então, “o Estado passou a intervir de forma constante no domínio econômico, transformando-se no principal protagonista da cena econômica”.

Em relação à respectiva tipologia, as normas programáticas, segundo o mesmo autor, podem ser classificadas em quatro tipos: *a*) normas programáticas em sentido estrito (“mencionam uma legislação futura para a atuação positiva do programa que veiculam, ou seja, prevêm um programa, exigindo que o legislador o implemente por meio de lei”; “sendo assim, criam para os seus destinatários direito subjetivo a prestações normativas, pois normas gerais deverão ser veiculadas por meio de lei para que o direito seja satisfeito”); *b*)

normas programáticas meramente definidoras de programas (“estabelecem os programas, porém não mencionam a necessidade de atuação do legislador por meio de lei”; “contudo, isso não impede a adoção de providências normativas. Logo, dependendo da situação, essas normas poderão gerar direitos a prestações fáticas ou normativas”); c) normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos (“enunciam direitos, geralmente econômicos ou sociais, sem estabelecer a forma como deverão ser implementados, vinculando, todavia, todos os órgãos públicos à sua observância, mesmo diante da ausência de regulação infraconstitucional”; “essa modalidade de direito fundamental pode ser satisfeita por meio de prestações normativas ou fáticas, a depender da estrutura do enunciado prescritivo que o veicule, tendo em vista que alguns direitos sociais são extremamente complexos, exigindo para a sua satisfação a realização de um leque grande de ações estatais, que podem ir desde prestações em dinheiro até a elaboração de normas gerais”); d) normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado (“fixam os fins mediante os quais o Estado se organiza, inclusive os de natureza econômica e social”; “tais normas estabelecem os objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado. Logo, são normas que estabelecem um direito a uma prestação estatal, direito a algo (*Rechte auf etwas*), na feliz expressão de ROBERT ALEXY”).

Assim, em conclusão, defende PIMENTA (2012, p. 7-20) que todas as espécies de normas programáticas acima mencionadas geram direitos subjetivos a prestações positivas, “variando o tipo de direito conforme a modalidade da norma programática”, cuja concretização “poderá importar em custos financeiros ao Estado”, sendo certo que, diante da incontestável limitação de recursos públicos, cumpre “encontrar uma fórmula para solucionar o problema”. Neste sentido, PIMENTA (2012, p. 7-20) recorda a *teoria da reserva do possível* (*Der Vorbehalt des Möglichen*), surgida na Alemanha nos idos dos anos 1970, “a qual corresponde à ideia de que a efetivação de direitos constitucionais sociais submete-se à reserva da capacidade financeira do Estado, pois depende de prestações financiadas pelos cofres públicos”, disponibilidade de recursos que “deve ser avaliada pelo Poder Legislativo, pois é o órgão que detém competência constitucional para elaborar o orçamento público”.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 4ª ed., tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1990.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 24ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *As Normas Constitucionais Programáticas e a Reserva do Possível*, Revista de Informação Legislativa, ano 49 n° 193, p. 7-20, Brasília, jan./mar. 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

A VULNERABILIDADE LINGUÍSTICA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONSUMERISTAS: UM DIREITO FUNDAMENTAL

Tadeu Luciano Siqueira Andrade¹

Resumo: A linguagem jurídica, usada de forma rebuscada e arcaica, funciona como um bloqueio para cidadão comum aos seus direitos. O presente trabalho objetiva analisar a linguagem nas relações de consumo pautadas pelo *Código de Defesa do Consumidor*, investigando se o desconhecimento dos termos técnico-jurídicos por parte do consumidor constitui uma vulnerabilidade linguística, implicando a defesa dos direitos parte pais fraca relação, o consumidor. Integram-se na pesquisa os pressupostos teórico-metodológicos da linguística, por descrever a língua nos diversos contextos sociocomunicativos e discursivo-pragmáticos e do Direito, por ser a ciência que regulamenta as relações sociais. Na análise do problema, recorreu-se a autores como GUIMARÃES (2000), MARQUES e MIRAGEM (2014), NEIVA (2006, 2010), TARTUCE e NEVES (2013), NUNES (2010), PIRES (2010), ROBLES (2009) e outros. Analisando a temática, conclui-se que reconhecer a vulnerabilidade linguística nas relações de consumo é um direito humano no plano universal e fundamental no âmbito constitucional em sintonia com os princípios de uma sociedade justa e fraterna.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Princípio. Consumidor. Linguagem. Direito

Abstract: Legal language, used in a far-fetched and archaic way, acts as a block for

¹ Professor da Universidade do Estado da Bahia – curso de Direito – *Campus* Jacobina (BA), licenciado em Letras, bacharel em Direito, aluno do Programa de Pós-graduação em Linguística (doutorado) da Universidade de Brasília, tem pesquisa na área de Direitos Humanos, Direitos Linguísticos, Diversidade Linguística e Vulnerabilidade linguística nas relações de consumo.

ordinary citizens of their rights. This paper aims to analyze the language in the consumer relations based on the Consumer Protection Code, investigating if the ignorance of the technical-legal terms by the consumer constitutes a linguistic vulnerability, implying the defense of the rights of the weak relationship, the consumer. The research includes the theoretical-methodological assumptions of linguistics, for describing language in the various socio-communicative and discursive-pragmatic contexts and of Law, as it is the science that regulates social relations. In the analysis of the problem, we used authors such as GUIMARÃES (2000), MARQUES and MIRAGEM (2014), NEIVA (2006, 2010), TARTUCE and NEVES (2013), NUNES (2010), PIRES (2010), ROBLES (2009) and others. Analyzing the theme, it is concluded that recognizing linguistic vulnerability in consumer relations is a human right at the universal and fundamental level in the constitutional framework in line with the principles of a just and fraternal society.

Keywords: Vulnerability. Principle. Consumer. Language. Right

INTRODUÇÃO

A linguagem é o meio por que as pessoas se comunicam, transmitem seus sentimentos e interagem no contexto onde estão inseridas. Por isso, a linguagem é um recurso de ação e interação, apresenta uma diversidade de usos para se adequar aos diferentes discursos, considerando os falantes, a relação entre os fatos e as circunstâncias da enunciação. Existirá comunicação e interação entre os falantes, se houver entendimento da mensagem.

Duas questões nortearão este trabalho:

1) Nas relações de consumo, dentre as várias vulnerabilidades definidas pela doutrina, há a vulnerabilidade linguística, haja vista os termos técnicos presentes no discurso jurídico?

2) O reconhecimento da vulnerabilidade linguística nas relações de consumo constitui um direito fundamental pautado na dignidade da pessoa humana?

O objetivo deste artigo é analisar a relação entre a linguagem e o Direito, partindo da vulnerabilidade, princípio norteador do *Código de Defesa do Consumidor* (CDC). Nas relações consumeristas, o cidadão interage na compra de um produto ou na contratação de um serviço, sendo, portanto, a linguagem indispensável tanto no plano da interação como no conhecimento e defesa de seus direitos em relação ao produto/serviço que está comprando e contratando.

Portanto, é importante compreender linguagem usada pelas partes da relação de consumo, tendo em vista, essas partes não estarem numa relação simétrica. Robles (2009, p. 48) argumenta que o “Direito surge com o homem, como expressão de um fenômeno social. Mas sua essência consiste em palavras sem palavras não é nada”.

Na pesquisa, adotaram-se os pressupostos teórico-metodológicos da pesquisa bibliográfica e documental, analisando a doutrina e a legislação consumeristas e descrevendo os aspectos semântico-pragmáticos da linguagem jurídica presentes na vida do cidadão comum. Esse termo, nesta pesquisa, refere-se ao homem que não está inserido nas relações jurídicas, desconhece os termos técnicos peculiares ao vocabulário do Direito.

Para a análise da temática e alcançar o objetivo proposto, fundamentou-se nas concepções de Marques e Miragem (2014), Guimarães (2000), Neiva (2006, 2010), Tartuce e Neves (2013), Nunes (2010), Pires (2010), Robles (2009) e outros.

DESENVOLVIMENTO

Para muitos, a linguagem é usada como obstáculo do acesso à justiça. Há advogados que se dirigem aos seus clientes como se estivessem em um Tribunal, falando com os “doutores da Lei”. A linguagem jurídica, como a de qualquer ciência humana, tem suas peculiaridades. Entretanto, essas peculiaridades devem ser mitigadas quando se trata de uma relação entre um profissional do Direito e o cidadão comum. As relações sociais refletem que a linguagem, às vezes, é usada como forma de dominação em que a classe opressora domina os oprimidos mediante o “falar difícil”, obstando o acesso dos dominados à cidadania. No campo do Direito, a linguagem apresenta-se permeada de expressões arcaicas, latinas e termos técnicos, tornando-se inacessível, para o cidadão comum, ao conhecimento e defesa de seus direitos. O profissional do Direito, falando com o seu cliente, necessita ter cautela para que a justiça não se torne inacessível por intermédio da língua. Nos cursos jurídicos, é comum a afirmação de que o bom advogado é aquele que fala e escreve de forma eloquente, porém a eloquência não é “falar difícil”. A linguagem deve ser empregada de forma que seus interlocutores dominem as regras do discurso. Existem profissionais do Direito que, em um processo, falam para o cliente expressões como *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, como se estivessem dialogando com Cícero nos tribunais

da Antiga Roma. Por que não dizer *perigo na demora, onde há fumaça há fogo*, ou seja, naquele processo há sinal de um direito?

Não adianta dizer *Dormientibus non succurrit jus*, referindo-se ao cliente que demorou a praticar um determinado ato, e essa demora implicou a perda de um direito. Pragmaticamente, melhor seria dizer: *O direito não socorre os que dormem*.

A linguagem jurídica é complexa. O jurista enfrenta a dificuldade e a necessidade de o cidadão comum entender os procedimentos e compreender o significado de alguns termos técnicos. Observa-se, pois, um distanciamento entre a linguagem e o Direito. Um texto pode ser compreendido por um leitor, não compreendido por outro, devido às especificidades que ocorrem na forma ou no conteúdo. Um cidadão comum, ao ler um contrato, encontrará palavras que não estão no seu vocabulário, por exemplo, *rebus sic stantibus, de cujus, cônjuge supérstite, garantia fidejussória*. Define Robles (2008, p. 53):

Todos podem realizar uma leitura simples e superficial de muitos textos jurídicos, pois normalmente as normas jurídicas são compreensíveis para o cidadão medianamente culto. Mas uma leitura profunda que não se limite ao verniz daquilo que aparece, mas que penetre no mundo conceitual e interpretativo do Direito, só é acessível aos juristas, isto é, aos profissionais do Direito.

A linguagem de difícil compreensão e permeada de termos rebuscados, desnecessários à situação comunicativa constitui a manutenção de um direito não positivado para os homens em geral, mas, sobretudo, uma ciência que se explica por suas normas e não pelas transformações sócio-culturais. A ciência jurídica encontra na linguagem a sua possibilidade de existir. O Direito não produzirá seu objeto numa dimensão exterior à linguagem. Para que a comunicação se torne eficiente, a linguagem deve estar ao alcance das partes, porque na *lide*, haverá sempre uma parte leiga em matéria jurídica. Com o *juridiquês*, isto é, termos técnicos, a língua tornar-se-á incompreensível para o cidadão comum.

Com a evolução das relações de consumo, foi necessário elaborar normas em sintonia com a sociedade de massas formada no decorrer do século XXI. Instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, chamada de Código de Defesa do Consumidor, o CDC foi resultado de uma exigência prevista na Constituição Federal de 1988 (CF/88), Art. 5º, XXXII: *O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor*.

Nesse contexto, houve um fortalecimento nos anseios do povo, visando à regulamentação dos direitos sociais, pautados na dignidade da pessoa humana, um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito (Artigo 1º III da CF/88). Em março de 1991, entrou em vigor a Lei nº 8.078/90, marco da evolução da defesa do consumidor, uma lei de ordem pública e de interesse social com inovações e um microsistema que congrega normas de natureza civil, penal, administrativa e constitucional e processual. Pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, o CDC implantou no Brasil uma Política Nacional das Relações de Consumo que visa ao atendimento das necessidades dos consumidores, respeitando, sobretudo, a sua dignidade, saúde segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida, transparência e harmonia das relações consumeristas, criou ainda meios para harmonização do sistema para que a relação de consumo seja fundamentada no princípio da boa fé e transparência. Um dos princípios basilares do CDC é a vulnerabilidade do consumidor.

Segundo Cunha (1999, p. 828), o termo *vulnerável* provém do étimo latino: *vulnus*: ferida, *vulnerabilis* (que fere ou pode ferir) foi incorporado ao português no século XVII. Para Marques e Miragem (2014, p. 164), a vulnerabilidade se associa à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica haja vista determinadas condições ou qualidades inerentes a esses sujeitos ou em razão de uma posição de força identificada no outro sujeito da relação. Destaca-se que entre as palavras vulnerabilidade e hipossuficiência há uma contiguidade semântica. Ambos os termos são utilizados no CDC, porém há diferenças entre eles: a vulnerabilidade, reconhecida no Artigo 4º, I, apresenta-se como um fenômeno de direito material, hipossuficiência, de direito processual. A vulnerabilidade é uma presunção absoluta; a hipossuficiência constitui presunção relativa, analisada em cada caso concreto, *vide* Art. 6º XVIII (CDC). Segundo Tartuce e Neves (2013, p. 34), o termo hipossuficiência ultrapassa a denotação das expressões *pobre* ou *sem recursos*, aplicadas à concessão dos benefícios da justiça gratuita, em matéria processual. Há uma extensão semântica no conceito de hipossuficiência, devendo ser analisado pelo profissional do Direito caso a caso. Portanto, todo consumidor é vulnerável, porém nem todo consumidor é hipossuficiente.

Para se chegar à vulnerabilidade, é necessário analisar dois princípios presente na CF/88: a dignidade da pessoa humana (Art. 1º. III) e o princípio da Isonomia (Art. 5º *caput*). Segundo Rizzato Nunes (2010, p. 194), reconhecer que

o consumidor é vulnerável é a primeira medida da isonomia. Falar em igualdade do ponto de vista constitucional (*caput* do Art. 5º, CF/88), embora pareça uma contradição, é imprescindível, sobretudo, uma interpretação sistemática da fórmula aristotélica em uma máxima da justiça equitativa: Dar tratamento igual aos iguais; desigual aos desiguais na medida dessa fragilidade.

A igualdade a que o dispositivo se refere ocorre no aspecto formal, isto é, na aplicação da lei. Deve o jurista tratar igual a todos. No aspecto material, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, objetivando atingir a igualdade formal. Considerar consumidor e fornecedor iguais nas relações consumeristas seria violar o princípio da Isonomia na sua essência. Por exemplo, um agricultor, ao celebrar um contrato de financiamento com uma instituição bancária, poderá, do ponto de vista jurídico, discutir igualmente as cláusulas contratuais com o gerente que analisará e aprovará o cadastro? Estaria, assim, violando a igualdade formal e desigualdade material. Naquela situação, o agricultor desconhece os termos técnico-jurídicos da relação contratual. Nesse caso, não reconhecer a vulnerabilidade do agricultor seria violar um princípio não apenas constitucional, sobretudo, humano.

Desde a concepção, todo ser humano traz uma peculiaridade: a dignidade, fonte de todos os princípios. Sem dignidade, não se fala em direitos humanos, direitos sociais e no próprio reconhecimento da pessoa humana, porque a base dos movimentos históricos e sociais foi o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Não se interpretam direitos e garantias desconsiderando-se a dignidade. A aplicação de uma lei protetiva só se efetiva diante de uma relação de desiguais. Dois lados e dois sujeitos compõem uma relação de consumo. Em lado, há um sujeito detentor da técnica; em outro, o sujeito-consumidor desconhecedor dessa técnica, independente de sua condição sociocultural ou econômica. Esse alguém se encontra na condição de vulnerável. Por isso, necessita ter essa condição reconhecida. "Basta ser consumidor para ser vulnerável" (NUNES, 2010, p. 194).

A doutrina elenca vários tipos de vulnerabilidade: técnica, fática ou socioeconômica, jurídica, política ou legislativa, psíquica; econômica ou social e outras. Para este trabalho, interessa a vulnerabilidade linguística. Com o *juridiquês*, a Justiça se torna inacessível para o cidadão comum. Consequentemente, a defesa de seus direitos não se efetivará. Isso se dá graças a uma vulnerabilidade decorrente de desconhecimento dos termos integrantes do vocabulário jurídico que colocam o consumidor em desvantagem linguística perante a lei. Devido à linguagem

com termos latinos e rebuscados, a parte vulnerável da relação processual sequer compreenderá que o direito postulado fora ou não reconhecido.

Fundamentando-nos em Pires (2010, p. 26), conclui-se que uma linguagem incompreensível coloca o cidadão comum numa situação de desconhecimento em situações que dizem respeito ao seu cotidiano, uma vez o Direito tem a função de regulamentar as situações fáticas. Analisar-se-á o processo intitulando-o *O Celular do Carpinteiro*² por enfatizar a situação do consumidor diante da linguagem como um bloqueio ao conhecimento de seus direitos: Um carpinteiro, leigo em matéria da telefonia móvel, comprou um aparelho celular em uma loja na cidade de Conceição do Coité (BA). Em poucos dias de vida útil, o aparelho apresentou um problema, impossibilitando-o de efetuar ligações. Levado à assistência técnica, dias depois, o celular parou de funcionar definitivamente. O carpinteiro dirigiu-se à loja a fim de fazer um acordo, mas não logrou êxito. Ingressou com uma queixa no Juizado de Defesa do Consumidor (Processo JPCDC-TAT – 00737/05). Na audiência, não houve acordo. Os advogados da empresa alegaram que “o aparelho teve contato com líquido ou umidade excessiva, o que ensejou oxidação da placa do celular, fato este que obsta os efeitos da garantia” (fls. 20). O problema teria sido causado devido ao mau uso do aparelho. Durante a audiência, o carpinteiro se esforçava para entender o que estava acontecendo. Perguntava ao juiz o significado de cada ato processual. O carpinteiro encontrava-se desassistido de advogado, e as empresas-ré, representadas por prepostos e advogados. À medida que os fatos iam sucedendo, o juiz explicava-lhe a situação. A insegurança e desconhecimento sobre os fatos por parte do carpinteiro aumentavam. Os advogados da empresa evocaram brocardos latinos, como *Allegatio et non probatio quasi non allegatio* (alegar e não provar é quase não alegar) (cf. NEIVA, 2010, p. 31). Argumentaram que a empresa veicula informações no site e nos manuais de instrução as ideais condições de uso. (fls. 24). O carpinteiro, haja vista a sua situação sociocultural, nunca teve acesso a site e a manuais redigidos em linguagem técnica e inacessível a um cidadão comum. Em entrevista ao *Jornal Tribuna do Magistrado* (ano 4, nº 15 – out/nov/2006), o juiz da causa, Gerivaldo Alves Neiva, argumentou:

Com muita paciência, fui explicando ao autor o significado de cada palavra e as fases processuais de uma ação daquela natureza em Juizado de Defesa do Consumidor, ou seja, traduzindo o “juridiquês” para uma

² Adotamos a expressão *o celular do carpinteiro* retomando as palavras do juiz da causa a sentença do processo em análise, em entrevista concedida *Jornal Tribuna do Magistrado*, ano 4, nº 15 – out/nov/2006.

linguagem que pudesse ser entendida por um carpinteiro. No final, senti necessidade de proferir uma sentença com linguagem que o autor, homem simples e de pouca leitura, pudesse ler e compreender.

A linguagem jurídica é compreensível para aqueles que estão inseridos no contexto. Com o cidadão comum, o profissional do Direito deve interagir de forma breve e incisiva, prevalecendo, portanto, o essencial daquilo que se almeja expor, segundo diz o brocardo *non multa, sed multum*, (não muitas palavras, mas o muito significativo). Na relação jurídico-consumerista, há um sujeito que é vulnerável, o uso excessivo dos termos técnicos propiciará uma linguagem como um instrumento de poder, afastando da interação aqueles que não têm conhecimento para decodificá-la.

Concluído o processo, o juiz prolatou a sentença. “Prometi ao autor – um carpinteiro – que a escreveria de forma que ele pudesse entender tudo o que havia passado naquela audiência” (NEIVA, 2010, p. 31). A sentença foi redigida em uma linguagem simples, fácil de ser entendida e acessível ao autor. Os termos técnicos não foram abolidos. Ao contrário, “traduzidos” para serem compreendidos pelo carpinteiro. Transcreve-se *in verbis*:

Seu Gregório, os Doutores advogados vão dizer que o Juiz decidiu “extra petita”, quer dizer, mais do que o Senhor pediu e também que a decisão não preenche os requisitos legais. [...]. Na verdade, para ser mais justa, deveria também condenar na indenização pelo dano moral, quer dizer, a vergonha que o senhor sentiu, e no lucro cessante, quer dizer, pagar o que o Senhor deixou de ganhar. (grifos nossos)

Acerca da linguagem na atividade judicante, argumenta Neiva (2006):

[...]. No meu entender, no entanto, a grande sabedoria é entender a linguagem, a lógica e os anseios do povo. Só assim será estabelecida a comunicação e compreensão da realidade das pessoas que procuram o Judiciário. Um pequeno exemplo: para o Movimento Sem Terra, a “ocupação” de terra improdutiva é um ato político de grande significado para “famílias necessitadas” e diz respeito à “luta pela sobrevivência”. [...]. Assim, sem compreensão da realidade do país, o juiz será sempre um “tecno-juiz”, ao invés de um agente público com poderes para solucionar os conflitos sociais.

Excluir o cidadão comum do contexto jurídico pela linguagem é uma forma de bloquear o acesso à justiça. Por isso, defende-se que reconhecer a variação linguística do jurisdicionado constitui um direito fundamental. A língua é um

bem jurídico que deve ser preservado, resguardando-se os direitos linguísticos de seus falantes. Prevê a *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial* (2003), Art. 2º alínea “a” que a língua é integrante do patrimônio cultural imaterial. Existem dispositivos jurídicos que enfatizam a diversidade linguística, a saber, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (2005) reconheceu a diversidade linguística. No Brasil, a CF/88, Art. 215, determina a garantia a todos o pleno exercício dos direitos culturais. Nesses direitos, destacamos a língua como um traço distintivo do falante. Para conhecer a vulnerabilidade linguística no âmbito jurídico, analisar-se-á a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH):

Artigo 1º: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2º: 1) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (destacamos).

Dois valores expressos na DUDH e recepcionados pela CF/88 (Art. 5º) respaldam a vulnerabilidade linguística: a igualdade e a diferença. Dessa igualdade, nasce o direito à diferença nos diversos discursos, sobretudo, do ponto de vista linguístico, por exemplo, os lugares oficiais, ou seja, os decretos, as leis, a Constituição. Em se tratando da diversidade linguística, a CF/88 silenciou, reconhecendo a língua portuguesa como a língua oficial (Art. 13), como se a língua portuguesa fosse única em todo o Território nacional no que refere aos usos. Daí, questionamos: como ficam as várias formas que a língua portuguesa apresenta no Brasil? Na verdade, no Brasil existe uma unidade, a língua portuguesa, e uma diversidade, considerando as várias formas que o português apresenta no Brasil nos aspectos semântico-lexicais.

CONCLUSÃO

Há uma vulnerabilidade linguística nas relações de consumo, e a linguagem nas relações processuais não está ao alcance da parte vulnerável. Considerando os aspectos jurídicos relatados no processo analisado, constatamos que uma

linguagem rebuscada e inacessível viola os princípios constitucionais do acesso à Justiça e da publicidade. É um exercício de poder para mostrar erudição e autoridade. Reconhece-se que não se podem suprimir a terminologia da linguagem do Direito, todavia é possível melhorar seu uso. O importante não é a terminologia em si mesma, mas as diversas relações de poder expressas por ela. Respeita-se a linguagem técnica, mas se condena a linguagem prolixa de muitos profissionais da área. Linguagem confusa e arcaica contribui para a morosidade da justiça.

A Carta Magna de 1988 consagrou a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo como uns dos seus fundamentos, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação. Precisa-se respeitar o outro em um processo mútuo para que, reconhecendo as idiosincrasias, eliminem-se os preconceitos existentes na sociedade. O respeito à linguagem faz parte dos direitos humanos e fundamentais, assim como o direito à liberdade de consciência, religião, crença ou opinião uma vez que todos esses direitos são inerentes ao ser humano.

Diante do exposto, a pesquisa responde às perguntas iniciais constantes neste artigo: há uma vulnerabilidade linguística nas relações de consumo, e o reconhecimento dessa vulnerabilidade constitui um direito humano e fundamental.

REFERÊNCIAS

- BAHIA. Juizado Especial Cível de Defesa do Consumidor. **Processo JPCDC-TAT – 00737/05**, Jose Gregório Pinto e Lojas Insinuantes, BENQ eletrônicas Ltda, SIEMES S/A, STARCELL Computadores e Celulares, 11 de julho de 2005.145.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.
- BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional Patrimônio imaterial: fortalecendo o Sistema Nacional / Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. – Brasília: IPHAN, 2014
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.
- CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2018.
- MARQUES. Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: RT, 2014.
- NEIVA, Gerivaldo Alves. JURISTAS, LINGUAGEM E POVO “Ruídos” na comunicação. Revista jurídica **Consulex**. Brasília, ano XIV nº 332, p. 31-33, 15 de novembro de 2010.
- NEIVA, Gerivaldo Alves. Entrevista sobre a sentença do carpinteiro. **Jornal Tribuna do Magistrado**, ano 4, nº 15 – out/nov/2006
- NUNES, Rizzatto. **Comentários do Código de Defesa do Consumidor**. Ed. Saraiva. São Paulo, 2011.
- PIRES, Mozart Valadares. Simplificação da linguagem jurídica: questão técnica ou imperativo ético? Iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros. Revista jurídica **Consulex**. Brasília, ano XIV nº 332, p. 26-27, 15 de novembro de 2010.
- ROBLES, Gregorio. **O Direito como Texto: Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito**. São Paulo: Editora Manole. 2008.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.
- UNESCO. Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, Paris, 17 de outubro de 2003. Brasília, 2003. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/inagens/0013/001325/13254,POR.PDF>>. Acesso 02 fev.2018.

Impressão e acabamento:
COPGRA/ARIC
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/>

