

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 39

Nº 1 - Nov.2023/Abr.2024



Orozimbo Nonato da Silva
Ministro do STF


EMARF



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 39
Nov.23/Abr.24

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 2023 - volume 39, n. 1
(nov.23/abr.24)

Semestral

Disponível em: <<https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/EMARF>>

ISSN 1518-918X

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

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF
(2023-2025)

Diretor-Geral

Desembargador Federal Reis Friede

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretora de Estágios

Desembargadora Federal Carmen Sílvia Lima de Arruda

EQUIPE DA EMARF

Márcia Teixeira Cavalcanti - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Marcela de Sequeiros Cardoso

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana Fernandes de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Sergio Mendes Ferreira

Sílvia Regina Assenheimer

Espírito Santo

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

Conselho Editorial

Membros Natos (2023-2025)

Diretor-Geral da EMARF

- **Reis Friede**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Diretor de Publicações da EMARF

- **Augusto Guilherme Diefenthaler, Presidente do Conselho Editorial**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Membros Convidados

- **André Ricardo Cruz Fontes**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **Guilherme Calmon Nogueira da Gama**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **Marcelo Pereira da Silva**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
-

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Vice-Presidente

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Corregedora Regional

Desembargadora Federal LETÍCIA DE SANTIS MENDES DE FARIA MELLO

Membros

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS

Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS

Desembargador Federal MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA

Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA

Desembargador Federal PAULO PEREIRA LEITE FILHO

Desembargador Federal FIRLY NASCIMENTO FILHO

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR

Desembargadora Federal ANDRÉA CUNHA ESMERALDO

Desembargador Federal WANDERLEY SANAN DANTAS

Desembargador Federal MACÁRIO RAMOS JÚDICE NETO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
A ABORDAGEM DAS CAPACITAÇÕES (AC) NO DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADES SUBSTANTIVAS.....	13
Albertina Maria Anastácio	
RECLAMAÇÃO PERANTE O STF EM FACE DE DECISÕES DA PRÓPRIA CORTE SUPREMA	49
Alexandre Pontieri	
FRAGMENTOS FLORESTAIS URBANOS.....	57
André R. C. Fontes	
O PÊNDULO DA VERDADE NO DIREITO PROBATÓRIO	63
Cássio Benvenuto de Castro	
A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO CENÁRIO BRASILEIRO: ENTRE O FORMALISMO DE Kelsen E O PÓS-FORMALISMO DE HÄBERLE	89
Cleber da Cruz Cunha	
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: O INTERESSE PÚBLICO E A EFETIVIDADE DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS EM FACE DA TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO INVESTIGADO	109
Daniel Ferreira de Melo Belchior	
O MARCO FINAL DO EXAME DE PATENTE NO BRASIL E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	127
Julio Guidi Lima da Rocha, Rafael Meireles Saldanha e Raquel Teixeira de Sá Mendes	
PROPRIEDADE INTELECTUAL, INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO	139
Kone Prieto Furtunato Cesário e Lucas Ramires Pêgo	
LAICIDADE E LIBERDADES RELIGIOSAS NO DISCURSO EUROPEU: A INTOLERÂNCIA COMO INSTRUMENTAL NA AGENDA CONTEMPORÂNEA DO PODER.....	157
Marco Falcão Critsinelis	

REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA DE FRANQUIA EMPRESARIAL E SUAS REPERCUSSÕES NO PROCESSO DO TRABALHO. A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA ANULAR O CONTRATO DE FRANQUIA.....	171
Mauro Dibe, Marcos Cavalcante e David Elgarten	
O LEGISLATIVO FACE À AUTONOMIA REGULATÓRIA: DOIS CASOS DE ESTUDO	191
Nilson Vieira Ferreira de Mello Jr	
COMENTÁRIOS À LEI DE DIREITOS AUTORAIS (9.610/98): SANÇÕES POR CONTRAFAÇÃO DE DIREITOS	213
Pedro Marcos Nunes Barbosa	
NORMAS ANTINÔMICAS: CRITÉRIOS SOLUCIONADORES.....	239
Reis Friede	
CORRUPÇÃO PRIVADA, FUTEBOL E A LEI GERAL DO ESPORTE: O PRENUNCIADO FRACASSO NA PROMOÇÃO DO FAIR PLAY GERENCIAL-DESPORTIVO NA PÁTRIA DE CHUTEIRAS.....	255
Vlamir Costa Magalhães	

APRESENTAÇÃO

A Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF lança a presente edição, o Volume 39, apresentando questões atuais e relevantes para a continuidade do debate jurídico e para a construção do conhecimento.

Os treze artigos desta edição apresentam temáticas que se deslocam entre vários campos do Direito, trazendo reflexões acerca das liberdades substantivas, da diversidade ambiental frente à expansão metropolitana, da interpretação jurídica, da intolerância e liberdade religiosa, da regulação, dos direitos autorais e sobre as normas antinômicas.

Pela excelente contribuição de todo o material publicado dedicado ao debate jurídico e o aprimoramento da prestação jurisdicional, registro os agradecimentos aos autores por fornecer aos nossos leitores trabalhos de tão alto nível e qualidade.

Reis Friede

Desembargador Federal
Diretor-Geral da EMARF

A ABORDAGEM DAS CAPACITAÇÕES (AC) NO DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADES SUBSTANTIVAS

Albertina Maria Anastácio¹

Resumo: O objetivo do presente artigo é discutir a Abordagem das Capacitações (AC), do economista e filósofo indiano Amartya Sen, sobre as liberdades substantivas como desenvolvimento. A perspectiva tradicional de uma economia centrada na maximização das utilidades e nas rendas dos países, recebe uma releitura, em prol da nova concepção das liberdades substantivas e oportunidades individuais. Sen colabora com a discussão doutrinária internacional, com uma nova inteligência filosófica e econômica, em que o país é tanto desenvolvimento, quanto promove as liberdades de seus cidadãos; em outras palavras, quando valoriza e impulsiona o crescimento de suas capacitações. Acrescenta-se, ainda, que a desigualdade, hodiernamente, é um problema social de grande urgência. Um dos grandes debates, no cenário internacional, deixou de ser a tese de que os ricos estão ficando cada vez mais ricos, mas sim, a problemática de que os países não têm conseguido combater a pobreza, como deveriam, como raiz de um problema (PIKETTY, 2014). O trabalho utiliza, como fonte de pesquisa, inclusive, Relatórios do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), da Associação Internacional de Desenvolvimento (AID), instituições financeiras multilaterais do Grupo Banco Mundial e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), como campos de interação com a AC.

¹ Doutoranda e Mestre em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação do PPGBIOS, um Programa 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). Assistente de Desembargador Federal do TRF da 2ª. Região.

Palavras-chave: Abordagem das Capacitações (AC) – Economia do Bem-Estar – Funcionamentos – Desenvolvimento socioeconômico – Ideia de Justiça

THE CAPABILITY APPROACH (CA) IN DEVELOPMENT AS SUBSTANTIAL FREEDOMS

Abstract: The objective of this article is to discuss the Capability Approach (CA), by the Indian economist and philosopher Amartya Sen, on substantive freedoms as development. The traditional perspective of an economy centered on maximizing the countries' utilities and incomes of the countries receives a reinterpretation, in favor of the new conception of the substantive freedoms and individual opportunities. Sen collaborates with the international doctrinal discussion, with a new philosophical and economic understanding, in which the country is both development and promotes the freedoms for its citizens; in other words, when it values and promotes the growth of its capabilities. It is also important to note that inequality today is a social problem of great urgency. One of the biggest debates on the international scene is no longer the thesis that the rich are getting richer, but rather a problem that countries have not been able to combat poverty, as they should, as the root of a problem (PIKETTY, 2014). The work uses, as a research source, reports from the International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), the International Development Association (IDA), multilateral financial institutions of the World Bank Group and the Institute for Applied Economic Research (IPEA), as interaction fields with the CA.

Keywords: Capability Approach (CA) – Welfare Economics – Functionings – Socioeconomic Development – Idea of Justice

“Quem tem fome, tem pressa”

(Betinho)

1. INTRODUÇÃO

Ao final dos anos setenta, a Abordagem das Capacitações (AC), iniciada pelo economista e filósofo indiano Amartya Sen, que em 1998, foi engrandecido com o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas, “por suas contribuições à economia do bem-estar”, faz uma ruptura na concepção de desenvolvimento humano, equiparando esse processo humano evolutivo à expansão de liberdades substantivas, pelas escolhas das oportunidades individuais, para realizar o desiderato dos seres humanos.

Essa escolha no enfoque da capacitação dos indivíduos é distinta de abordagens éticas como o utilitarismo, que se funda na teoria do bem-estar social, de forma subjetivista. Ser pobre, em consonância com o entendimento de Sen é ser privado da capacitação de viver uma vida com qualidade e o desenvolvimento é a expansão dessa capacitação humana.

A AC seniana reflete as diversas combinações de funcionamentos que um indivíduo pode alcançar. Os funcionamentos são os estados e atividades que esses indivíduos valorizam em suas vidas. Assim, a capacitação envolve a liberdade, que deve ser compreendida em sua extensão, como potencialidade.

Cumprir registrar, por oportuno, que a AC tem sido aplicada no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), como métrica substitutiva, àquelas tradicionais previstas nas ciências econômicas, como por exemplo, o Produto Interno Bruto (PIB) de um país. O PNUD tem considerado o desenvolvimento humano como um processo expansivo das escolhas dos indivíduos para que elas alcancem as capacitações e as oportunidades, segundo às suas aspirações. Nesse ângulo, o desenvolvimento humano abrange o desenvolvimento mental e ao crescimento orgânico.

2. AMARTYA SEN

Amartya Kumar Sen nasceu em Santiniketan, na Índia, em 1933. Foi professor em diferentes centros de ensino e pesquisa em ciências econômicas, tais como a *Delhi School of Economics* e a *London School of Economics*. Sen lecionou em *Harvard*, economia e filosofia por uma década. Ele é uma autoridade em teoria da escolha social (*social choice theory*) e Economia do bem-estar (*welfare Economics*). Trata-se de um filósofo de grande reputação global.

Sen teve como motivação científica, o trabalho de Adam Smith para a reflexão sobre a teoria da escolha social; assim como se inspirou na teoria da justiça de John Rawls para as suas elucubrações a respeito da justiça social, como *interfaces* para a AC.

Figura 1: Amartya Sen



Fonte: Internet, *google images*.

Sen também ficou conhecido, em virtude de sua colaboração para o desenvolvimento do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), das Nações Unidas, que compara indicadores do país, objetivando a avaliação do bem-estar de uma população.

3. CAPACIDADE E CAPACITAÇÃO

Malgrado alguns possam afirmar que “capacidade” é sinônimo de “capacitação”, de fato essa é uma premissa falsa. Isso porque existe uma diferença terminológica quanto a esses termos. Um indivíduo pode ser capaz para realizar alguma tarefa, sem ser capacitado, ou seja, ser um especialista para tal.

A capacidade é a qualidade que um indivíduo tem para realizar determinada tarefa. Por sua vez, a capacitação tem um sentido mais aprofundado, na medida que exige a habilitação para o exercício da referida atividade. Desse modo, uma pessoa pode ter a capacidade, por exemplo, para esboçar um projeto de um móvel, com papel e lápis, mas não tem a capacitação, de como especialista conhecer cientificamente o assunto, ao ponto de elaborar projetos de móveis planejados, em *softwares* específicos para ambientes residenciais e comerciais, partindo da elaboração de um briefing (breve descrição dos principais elementos do projeto).

Nesse sentido, a capacitação é o aquirimento da mestria da capacidade. O

capacitado adquire essa mestria através de cursos e treinamentos realizados, alcançando assim, a especialidade no *know-how* pretendido, atingindo a melhora do desempenho, pela formação profissional.

O capaz pode realizar uma tarefa, mas o capacitado a realiza, na condição de um *expert* naquele procedimento. Dessarte, um indivíduo capaz pode até saber “se virar” e conseguir resolver, por exemplo, algum problema de informática com eficiência, mas o capacitado é o profissional que fez curso de informática e realiza a tarefa com segurança, alcançando a eficácia.

Se fizermos um raciocínio paralelo com a física, iremos entender sobre a grandeza física da capacitância que está relacionada à quantidade de cargas elétricas permitidas em um capacitor. Nesse prisma, quanto maior for a capacitância de um capacitor, mais potente este será, tendo em vista a quantidade de cargas elétricas que este poderá armazenar, diante de uma mesma tensão elétrica.

Cumpra salientar que Sen ao exteriorizar a sua abordagem sobre o tema, ora tratado, em diversos trabalhos, refere-se ao termo capacitação e não, capacidade, uma vez que ele utiliza, em inglês a palavra *capability*, traduzida por capacitação e não *capacity*, que se traduz por capacidade.

Sen critica os fundamentos welfaristas da economia do bem-estar, apreciados, a seguir.

4. ECONOMIA DO BEM-ESTAR SOCIAL WELFARISTA

A economia do bem-estar social tradicional concentra o seu estudo nas rendas, riqueza e utilizadas; onde se busca adequar os recursos escassos às necessidades ilimitadas dos indivíduos, através da conquista do máximo do bem-estar social dos indivíduos, com o fito de alcançar a eficiência econômica.

Surge então uma corrente doutrinária, em contraposição, qual seja, a Abordagem das Capacitações (AC), que transcende a perspectiva tradicional do sucesso individual, alicerçada nas utilidades e no aumento de riqueza monetária.

A teoria econômica foi sistematizada por Adam Smith, em 1776, na obra “A Riqueza das Nações”. Seus argumentos sugerem a livre concorrência, para fins de obtenção do lucro máximo e assim, desencadear um processo de promoção do

bem-estar de todos, independentemente do Estado. É o chamado “liberalismo”. Deve ser ressaltado, no entanto que Smith, o pai da economia moderna, com frequência, exteriorizava uma grande preocupação com a distância, um verdadeiro abismo, entre ricos e pobres. Esse pensador sublime defendia também a livre iniciativa (*laissez-faire*). A teoria do valor-trabalho sustentou o pensamento de que o trabalho é a causa da riqueza das nações, assim como a divisão do trabalho é a causa da produtividade.

Por sua vez, David Ricardo desenvolveu alguns modelos econômicos, como a teoria das vantagens comparativas de grande influência no comércio internacional. Os economistas entendem, em sua maioria, que os estudos desse clássico, originaram duas correntes econômicas distintas: a neoclássica e a marxista.

John Stuart foi o sintetizador do pensamento clássico, consolidando os trabalhos sobre a teoria econômica existente, como também, definiu melhor a economia de mercado.

Jean-Baptiste Say ampliou os estudos de Adam Smith e apresentou a Lei de Say: “a oferta cria sua própria procura.” A mencionada teoria se consolida no pensamento de que o aumento na produção provoca um aumento de renda dos trabalhadores e empresários, gerando, por conseguinte, um acréscimo na procura de bens e serviços.

Thomas Malthus sistematizou a teoria geral sobre a população e entendeu que o seu acréscimo dependia da oferta de alimentos. Segundo Malthus, a população cresce numa progressão geométrica e a produção de alimentos numa progressão aritmética. Por outro lado, o ilustre estudioso não previu o progresso da tecnologia agrícola, além das técnicas de controle de natalidade e as políticas governamentais nesse sentido.

Por sua vez, a ordem econômica neoliberal mescla elementos tanto capitalistas quanto socialistas, buscando formar um modelo próprio, a partir dos modelos puros.

O ponto ótimo de Pareto é atingido quando existe uma alocação de recursos em que uma pessoa não pode melhorar sem que pelo menos um indivíduo venha a piorar. Na prática, no entanto, é muito difícil que uma realocação de recursos não piore a situação de outra pessoa ou que todos os indivíduos venham a

concordar com uma política adotada. A maioria das transações irá gerar efeitos sobre terceiros, inclusive negativos. De acordo com essa perspectiva de Pareto, a utilidade é sinônimo de utilidade econômica quando for relativa ao prazer oriundo da satisfação de uma necessidade. Segundo Pareto cada indivíduo busca satisfazer o seu desiderato o máximo possível, em relação às barreiras, em que se deparam e essa satisfação irá galgar o estado de seu bem-estar.

Em conformidade com a AC de Sen, o welfarismo em geral e o utilitarismo em particular estão centrados no valor, somente na utilidade individual, que se refere à alguma característica especial, seja o prazer, a felicidade ou o desejo. Para ele, essa abordagem apresenta restrição, no que se refere à vantagem individual pelas seguintes razões: (i) ela deixa de considerar a liberdade, centrando-se tão somente nas realizações; (ii) desconsidera, ainda, outras realizações que não estão contidas nessas métricas mentais. Sen explica que se a utilidade for inerente ao bem-estar individual, esta será limitada, não alcançando, inclusive a liberdade para buscar o bem-estar (SEN, 2017). De acordo com o autor analisado, a pobreza é a ausência de algumas capacitações básicas, traduzindo-se pela carência pessoal de oportunidades.

A AC contribui tanto para a avaliação do bem-estar, quanto para a apreciação da liberdade. No tocante à AC com relação ao bem-estar, destoa-se da maior concentração sobre a opulência econômica, em dois aspectos distintos: (i) ela muda o foco das mercadorias e recursos, em favor dos funcionamentos, que se perfazem nos elementos constitutivos do bem-estar humano; e (ii) considera os vetores alternativos dos funcionamentos, em que os seres humanos podem fazer as suas escolhas. Sen leciona, ainda que: “O “conjunto capacitário” pode ser visto como a liberdade abrangente que uma pessoa desfruta para buscar seu bem-estar” (Ibid., p. 226).

5. TEORIA UTILITARISTA

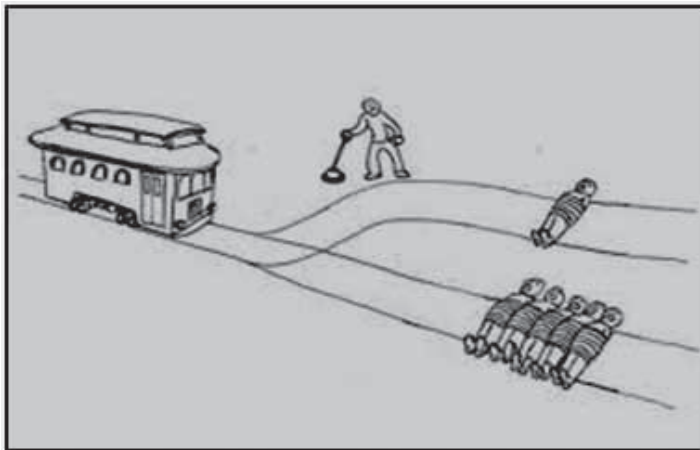
O utilitarismo é uma corrente filosófica do século XVIII, iniciada pelos filósofos britânicos Jeremy Bentham e John Stuart Mill, que defende que uma ação útil é a mais correta a ser praticada.

A teoria utilitarista concentra na felicidade individual como a melhor maneira de avaliar a vantagem de como uma pessoa é e como isso se compara com as

vantagens dos outros. Nesse seguimento, essa teoria se sustenta na utilidade e nos recursos; e em confrontação, nasce a perspectiva das capacitações, fundada na felicidade. Nessa acepção, a AC apregoa que a vantagem individual é analisada pela capacitação de um indivíduo para realizar tarefas que ele acredita valorizar. Isto porque a AC se absorve na vida humana e não exatamente em alguns objetos separados de conveniência, tais como, as rendas ou os bens que os indivíduos podem adquirir, como forma de sucesso (considerados assim, numa análise econômica).

Em consonância com a teoria utilitarista, de John Rawls, a abordagem da utilização é de maximização tanto quanto possível da situação dos que estão em uma pior posição.

Figura 2: Utilitarismo



Fonte: Internet, *google images*.

Consoante a teoria utilitarista, se houver um trem em disparada, como se observa na Figura 2, acima e que de um lado, exista uma pessoa e de outro, um grupo de pessoas e só havendo possibilidade de se evitar, apenas um acidente, a escolha correta é salvar o máximo de indivíduos. As ações são certas ou erradas, em função das suas consequências (teoria consequencialista). A felicidade ou infelicidade (prazer/dor) são critérios relevantes a serem considerados (teoria hedonista). A felicidade de uma pessoa conta de modo igual a de outra (critério da imparcialidade). Por seu turno, o utilitarismo apregoa que a conduta humana prima pela felicidade. Dessa feita, as ações são corretas quando tendem a

promover a felicidade e erradas, no tempo em que causarem infelicidade aos seres humanos.

Sen rompe com o utilitarismo. Segundo esse pensador, a capacitação de oferecer razões e realizar escolhas é um atributo significativo das vidas das pessoas. Mesmo porque as liberdades e as capacitações são valiosas para os seres humanos, cabendo a esses decidir como irão utilizar a liberdade que têm.

As realizações sociais são estudadas, quanto às capacitações que os indivíduos realmente possuem e não concernentes às utilidades ou felicidade, conforme ideias utilitaristas, defendidas por Bentham e outros. Nessa linha de entendimento, é mister considerar que as vidas humanas não podem ser atentadas através de uma visualidade excludente, ante as liberdades substantivas que as pessoas desfrutam, não podendo assim, ignorar multiplicidades dessas liberdades, em prol de prazeres ou de utilidades, que os indivíduos venham a possuir.

6. AS CAPACITAÇÕES

As capacitações são os atributos referentes às pessoas ou aos grupos; ou seja, trata-se da aptidão real que um indivíduo tem para realizar diferentes coisas que valoriza. Assim, quando um time ganha um torneio, é costume referir-se sobre a capacitação dessa equipe, pois, não se pensa no jogador, mas no time como um todo.

Existem, no entanto, alguns críticos no que tange à perspectiva das capacitações quando se tratam de indivíduos. Mas, Sen recusa de forma inequívoca a abordagem das pessoas como separadas da sociedade em que vivem.

De acordo com Sen, em seu livro “A Ideia de Justiça”, é inadequada a análise da renda ou riqueza para julgar a vantagem, pois a riqueza não serve como parâmetro para analisar o tipo de vida que se deve projetar. Portanto “uma pessoa com uma grave deficiência não pode ser considerada em maior vantagem apenas porque tem uma maior renda ou riqueza do que um vizinho forte e são” (SEN, 2009, p. 287).

O fato é que a renda e a riqueza estão fundadas nos recursos. Mas, analisando o caso concreto, é possível observar que determinada pessoa rica, mas deficiente apresenta mais restrições do que uma pessoa pobre que não tem a deficiência, como desvantagem. Dessa feita, ao analisar as vantagens de uma pessoa, é preciso verificar as capacitações totais que essa pessoa possui.

Segundo Sen, é necessária uma mudança de *paradigma*, no sentido de focar nas oportunidades reais que uma pessoa tem, ou seja, na aptidão real de uma pessoa para fazer diferentes coisas que essa considere valorativas; e não nos recursos que essas pessoas têm ao seu dispor e exterioriza o seu pensamento, por meio do seguinte exemplo:

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 (Ibid., p. 332)

Na realidade, a abordagem de Sen sobre a capacitação é uma concepção da igualdade de oportunidades que estão atreladas às liberdades substantivas.

7. LIBERDADES SUBSTANTIVAS

As liberdades (no plural) são utilizadas por Sen, como referência aos diversos tipos de liberdades, como por exemplo, a liberdade de não ser sujeito à morte prematura, ou a liberdade de ser saudável, dentre outras.

O Relatório esclarece que o conceito geral de liberdade de Sen, que abrange o poder, a autonomia, a autodeterminação do agente, em seu livro “Desenvolvimento como Liberdade”, assim como, em demais trabalhos, havendo indícios de que o conceito de liberdade tem uma conotação descritiva (quando se refere a objetos, processos, estados de coisas no mundo), como também prescritivo, alcançando as normas, leis e regras (IPEA, 2012, p. 13).

Existe, assim, uma linha limítrofe entre as liberdades e os direitos, que estão no campo das normas e dos valores (norma e valor). Na esteira desse pensamento, o direito de uma pessoa é inerente ao valor de certa liberdade para essa, gerando assim, um conjunto de deveres de outras pessoas que irão garantir aquela liberdade. Dessa forma, pode ser observado que os direitos apresentam supedâneo num sistema de enunciados ético-normativos.

As liberdades substantivas para Sen focalizam o que os indivíduos podem realizar, equivalendo às oportunidades reais (ou substantivas) que alguém tem para alcançar os seus objetivos relativos ao bem-estar.

Sen busca esclarecer esse dualismo das oportunidades reais e as capacidades da seguinte forma:

Oportunidades reais ou substantivas envolvem mais do que disponibilidade de recursos. Capacidades são poderes para fazer ou deixar de fazer (incluindo “formar”, “escolher”, “buscar”, “revisar” e “abandonar” objetivos), sem os quais não há escolha genuína. Também envolvem algo que poderíamos chamar de “acessibilidade” a recursos, que depende muito das habilidades e talentos que cada pessoa tem para usar alternativamente recursos (Op. cit., 2017, p. 13)

Quando se é carente de habilidades e talentos, estamos diante de um caso de limitação da liberdade de ter e fazer as suas próprias escolhas.

A abordagem do desenvolvimento como liberdade apresenta como elemento essencial, as liberdades individuais, com duas funções, uma avaliativa outra instrumental: (i) função avaliativa: as liberdades constituem-se no fim último do desenvolvimento; e (ii) função instrumental: as liberdades são os principais meios do desenvolvimento.

A função avaliativa denota que o desenvolvimento deve ser analisado, sob o ponto de vista da expansão das liberdades das pessoas. Quanto à função instrumental, consigna-se na relevância das liberdades dos indivíduos, como fatores instrumentais para o alcance efetivo do desenvolvimento. Isto porque quanto maior a liberdade dos seres humanos, maior será a capacitação dos indivíduos e maiores influências eles irão gerar para a comunidade a qual pertencam.

Assim, o exercício da condição de agente, por meio das liberdades substantivas é altamente relevante para desenvolvimento. As liberdades substantivas são aquelas pelas quais em que os seres humanos buscam enriquecer as suas vidas, pela realização daquilo que eles entendem como vida. As liberdades instrumentais são os meios utilizados para atingir os fins das liberdades substantivas. Exemplificando, para alcançar a liberdade substantiva de ter um trabalho, o indivíduo busca se capacitar, ter especialização em algum trabalho, elabora um currículo, dentre outras liberdades instrumentais.

As liberdades individuais apresentam o aspecto da oportunidade, que se constitui na existência de alternativas para a escolha a ser realizada pelo indivíduo e o processo de escolha a ser desencadeado por essa pessoa.

Sen apresenta o seguinte exemplo: uma pessoa jejua por uma escolha pessoal; a outra jejua, ante a falta de meios econômicos. Ambas podem passar fome e ficar desnutridas, mas somente aquela que jejua pela falta de meios para se alimentar, essa é que será considerada pobre (Ibid., 2017). Nesse seguimento, é necessário estabelecer uma diferença entre liberdade e recursos. Recursos são relevantes para se alcançar a liberdade; assim como a renda importa para se evitar a pobreza. Se o interesse está relacionado à liberdade, os recursos se diferem dessa liberdade. Se não se obtém certas capacitações mínimas, pela falta de meios econômicos, como no caso do jejum forçado, não será possível ponderar a pobreza como baixa renda, sem refletir nas variáveis renda e capacitação.

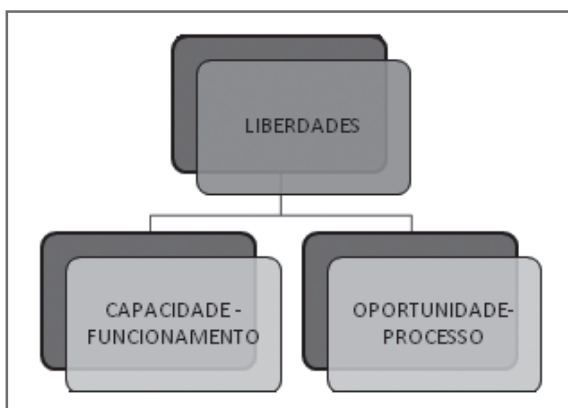
Deve ser esclarecido que o conjunto de capacitações dessas duas pessoas (rica e pobre) são destoantes, na medida que o rico pode escolher o que deseja comer e estar bem nutrido e o pobre não. Dessa forma a capacitação do rico se consubstancia no conjunto de todos os seus funcionamentos para escolher e não apenas por suas realizações. A capacitação dos seres humanos não pode ser restrita às suas realizações, aos seus funcionamentos, sob pena de não se incorporar a concepção de oportunidade. A abordagem de Sen busca de forma abrangente, com relação a visão utilitarista, que enfoca os resultados alcançados pelos seres humanos, como consumo, renda real ou utilidade.

Sen acredita que as mulheres podem ter desvantagens específicas no processo de conversão de renda em funcionamentos e cita alguns exemplos:

Considerando uma variedade de diferentes tipos de casos, tais desvantagens podem aplicar-se à capacidade de estar nutrido (p. ex., devido às exigências da gravidez ou de cuidados com recém-nascidos), obter segurança (p. ex., em famílias com um dos pais apenas), ter trabalho recompensador (p. ex. por causa de exigências assimétricas da vida familiar) (Ibid., 2017, p. 176).

A liberdade dos indivíduos também é dependente dos processos, como por exemplo, da política, do comportamento do mercado financeiro, dentre outras variáveis, que irá influenciar na escolha do indivíduo, dentre diversas alternativas de funcionamentos. A AC quando abrange as capacitações e os funcionamentos, não se esgota, ante à análise desses processos, quanto às oportunidades. Dessa feita, verifica-se que a noção de Sen quanto à liberdade se baseia nos seguintes binômios: “capacidade-funcionamento” e “oportunidade-processo” (IPEA, op. cit.).

Gráfico 1: Binômios Complementares da Liberdade



Fonte: Elaboração Própria. Adaptação de IPEA, 2012.

De acordo com o estudo apresentado pelo IPEA, se uma pessoa para se alimentar, depende, por exemplo, do sistema vigente de distribuição de alimentos, então, a AC não se esgota na discussão do binômio capacidade-oportunidade, tendo em vista que a oportunidade também depende de um processo (Ibid, 2012.).

8. OS AGENTES

Em consonância com o entendimento de Sen, agente (*agency*) é todo indivíduo que realiza mudanças no ambiente em seu entorno, movido com liberdade e racionalidade, se orientando apenas por seus próprios fins e regras, como motivos internos de sua capacitação. Mas, essa condição de agente, centrada na liberdade e na racionalidade pode vir a sofrer limitações diversas externas, como a pobreza, a exclusão social, a falta de oportunidades e o que mais se ofereça. Assim, as políticas de desenvolvimentos precisam identificar e combater essas fontes de privação das liberdades dos seres humanos.

A condição de agente dos seres humanos deve ser considerada como um papel central para superar as privações atuais. Denota-se, ainda que essa condição de agente dos indivíduos é muito limitada, pelas oportunidades de diversos segmentos, dentre eles, sociais, políticas e econômicas. É mister, também, reconhecer a centralidade da liberdade individual e os impactos gerados pelas

influências sociais sobre ela. Por isso, é preciso um comprometimento social, pois a expansão da liberdade influencia com um grande peso no desenvolvimento e este consiste na eliminação das privações de liberdade, considerando que essas limitam tanto as escolhas, quanto as privações das liberdades substanciais.

Sen, em seu artigo “O Desenvolvimento como Expansão de Capacidades”, esclarece que Immanuel Kant, em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* sustentou que é necessário considerar os seres humanos não como meios para outros fins, mas como fins em si mesmos. Trata-se de um princípio relevante para ser aplicado tanto na análise da pobreza, como do progresso, ou ainda, dos planejamentos (SEN, 1993). Sen apregoa, ainda, o seguinte:

A realização da condição de agente de uma pessoa refere-se à realização de objetivos e valores que ela tem razão para buscar, estejam eles conectados ou não ao seu próprio bem-estar. Uma pessoa como agente não necessita ser guiada somente por seu próprio bem-estar, e a realização da condição de agente refere-se ao seu êxito na busca da totalidade de seus objetivos e finalidades ponderados [*considered*]. (SEN, 2017, p. 103).

Existe uma dissimilitude no papel de uma pessoa como agente, em face de seu papel como paciente. Assim, torna-se relevante compreender o papel dos indivíduos como agentes, considerando que esses não estão enfermos ou são, mas realizam escolhas sociais e assim, agem ou se recusam a agir, e quando agem, podem optar de uma forma ou de outra.

Sen reconhece que a condição de agente ativa das mulheres não deve desconsiderar a urgência de retificar muitas desigualdades, conforme palavras infracitadas:

A condição de agente ativa das mulheres não pode, de nenhum modo sério, desconsiderar a urgência de retificar muitas desigualdades que arruinam o bem-estar das mulheres e as sujeitam a um tratamento desigual; assim, o papel da condição de agente tem que concentrar-se, em grande medida, também no bem-estar feminino. (SEN, , p. 247).

Pesquisas estatísticas demonstram que a educação e a alfabetização feminina promovem a redução da taxa de mortalidade das crianças, tendo em vista a importância com que as mães buscam promover o bem-estar de seus filhos. Nesse sentido, os países com desigualdade entre os sexos, tais como a Índia e a China tendem a apresentar taxas de mortalidade de recém-nascidas e meninas, maiores do que as da Europa, por exemplo.

Entretanto, deve ser mencionado, que o alcance da condição de agente das mulheres contribui, ainda, para a redução das taxas de fecundidades. Sen defende que o estudo da condição de agentes das mulheres é negligenciado, mas apresenta especial relevância para o desenvolvimento.

9. A ABORDAGEM DAS CAPACITAÇÕES HUMANAS E AS OPORTUNIDADES

A capacitação está interligada à perspectiva das oportunidades, então as capacitações humanas são liberdades. De acordo com Sen, a igualdade “real” de oportunidade deve ser pela igualdade de capacitações ou então, através da eliminação das desigualdades nas capacitações (Ibid., 2017).

A abordagem da igualdade envolve a vantagem individual que um indivíduo tem para exercer a sua liberdade para realizar. Assim, na avaliação do bem-estar individual, seria a capacitação que um indivíduo tem para realizar os seus funcionamentos.

Conforme se visualiza no Gráfico 1, a seguir, a AC está fundada na liberdade que o indivíduo tem para realizar os seus funcionamentos; ou seja, a AC é relativa à liberdade para realizar em geral e a capacitação do indivíduo para realizar os funcionamentos, em particular.

Gráfico 2: Abordagem das Capacitações (AC)



Fonte: Elaboração Própria. Adaptação de SEN, 2017.

Nesse seguimento, uma pessoa que apresente uma deficiência grave não pode ser considerada com aquela que tenha maior vantagem, em relação às demais, porque possua maior renda ou riqueza do que um outro vizinho. Isto porque um indivíduo rico que tenha uma deficiência pode apresentar diversas deficiências, com relação a uma pessoa pobre, sem deficiências físicas (desvantagens).

É preciso, então, um olhar para as vantagens das pessoas, no sentido de balizar as capacitações totais que conseguem usufruir; argumento relevante a ser considerado na AC.

10. IGUALDADES DÍSPARES

Considera-se um pensamento equivocado, o entendimento de que a AC deve ser identificada como individualismo metodológico.

É preciso cuidado na abordagem da desigualdade, pois as oportunidades iguais podem gerar rendas desiguais. A igualdade de rendas pode corresponder a situações de diferentes rendas.

Deve ser ressaltado que na fórmula utilitarista, a maximização da soma total das utilidades de todas as pessoas é considerada em conjunto, desprezando assim, a igualdade das utilidades desfrutadas por diferentes indivíduos, pois o que importa na visão utilitarista é a maximização, em que os ganhos de utilidade de todos os indivíduos em análise, recebem o mesmo peso no formato da maximização.

Na perspectiva de Sen, “as exigências da igualdade em diferentes espaços não coincidem precisamente porque os seres humanos são diversos. Igualdade, em um espaço coexiste com desigualdades substanciais em outros.” (Ibid., 2017, P. 201).

Nesse entendimento, a abordagem particular da igualdade abrange a apreciação da vantagem individual, através da liberdade para fins de realizações afetivas. Assim, essas realizações devem ser consideradas no contexto da capacitação para realizar os funcionamentos efetivos que um indivíduo consiga realizar. Assim, AC tem como fundamento as liberdades que alguém possa ter para poder realizar funcionamentos.

A AC, nos textos de Sen, tem sido explicitada, através de uma grande recusa, de forma inequívoca, a qualquer tipo de concepção que venha a considerar os

indivíduos, destacados da sociedade em que esses estão incorporados, levando a ponderar o seguinte: por que restringir as capacitações relevantes que são consideradas valiosas, apenas as individuais, e não as grupais?

De acordo com Sen, inexistem razões para excluir, por exemplo, a força militar da nação norte-americana ou as habilidades para jogar dos chineses – dos discursos referentes à justiça e a injustiça, no contexto social em que estão inseridos. Mesmo porque a presença de indivíduos que pensam, escolhem e agem não justifica uma abordagem metodologicamente individualista.

A diversidade humana é um parâmetro muito relevante para avaliar a desigualdade, devendo ser utilizada com especialidade no que tange ao incentivo na busca de políticas igualitárias, na ponderação do que se pode realizar para reduzir essas desigualdades nas capacitações.

A renda afeta às desigualdades de vantagens individuais e liberdades substantivas. Sen exemplifica essa afirmação da seguinte forma:

[...] nas taxas de mortalidade mais elevadas dos afro-americanos em comparação com as dos chineses ou dos indianos de Kerala, muito mais pobres, vemos a influência de fatores que atuam em direção oposta à desigualdade econômica e que envolvem questões de políticas públicas com fortes componentes econômicos: financiamento dos serviços de saúde e de seguro-saúde, fornecimento de educação pública, medidas visando à segurança local etc.

11. FUNCIONAMENTOS

Os funcionamentos são os estados e as ações que uma pessoa consegue realizar vivendo de algum modo (Ibid., 2017, p. 16) e refletem as diversas coisas que os seres humanos consideram como valorosas para eles, como por exemplo, não passar fome, ser saudável, ter um lugar para morar e outros desejos (SEN, 2000).

Para cada funcionamento existe uma comparação unidimensional, com uma métrica própria para valorização. A capacitação é oriunda do funcionamento e se define como um tipo de liberdade. Os funcionamentos não são comparáveis entre si.

No que diz respeito à renda, vale esclarecer que a renda é baixa ou alta, independentemente da capacitação dos indivíduos para realizar os seus

funcionamentos. A renda deve ser considerada com os parâmetros pessoais e as circunstâncias. Se a pobreza for analisada no campo das rendas, a renda deverá ser considerada com os parâmetros pessoais e as circunstâncias, adaptando às exigências causais das capacitações mínimas.

Importa asseverar que a valoração da capacitação dos indivíduos apresenta como ponto de partida os seus funcionamentos. Nesse diapasão, antes, é preciso analisar como se identificam as pessoas com funcionamentos e assim, completar esses valores com outros que sejam relativos aqueles funcionamentos. Para valorar os funcionamentos sociais, é mister uma pré-análise dos funcionamentos individuais, que poderão ter pesos próprios como base para definição dos funcionamentos sociais, além das capacitações e liberdades sociais.

12. UM IDEAL DE JUSTIÇA

Em 2009, Sen publicou a sua obra “A Ideia de Justiça”, em contraponto às teorias de justiça existentes, que reunidas formam o institucionalismo transcendental.

A abordagem denominada de “institucionalismo transcendental” foi iniciada por Thomas Hobbes, no século XVII e seguida por diversos pensadores, tais como, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, dentre outros filósofos e concentra-se nas instituições sem focalizar outras sociedades reais que pudessem surgir. A linha contratualista existente nas instituições foi espelhada nos pensamentos de Thomas Hobbes e mais tarde por John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, por meio de um contrato social hipotético, como alternativa ideal, na possibilidade da ocorrência de um caos social.

No institucionalismo transcendental, diversas versões surgiram, tais como, nas obras de Adam Smith, do Marquês de Condorcet, de Jeremy Bentham, Mary Wollstonecraft, Karl Marx, John Stuart Mill entre outros renomados pensadores. Ao invés desses pensadores limitarem as suas análises em pesquisas transcendentais de uma sociedade perfeitamente justa, fizeram comparações entre sociedades já existentes.

Hoje, a filosofia política se funda, predominantemente, no institucionalismo transcendental, tendo John Rawls como a exposição mais influente e significativa

dessa abordagem de justiça. A ideia de uma sociedade justa também pode ser analisada nas escritas de outros teóricos do institucionalismo transcendental, tais como, Ronald Dworkin, David Gauthier, Robert Nozick, dentre outros, buscando identificar, ainda que de formas bem distintas, a respeito de uma “sociedade justa”. Em contraponto, Sen defende uma mudança radical na formulação da teoria da justiça.

Enquanto Rawls se assentava, de forma aleatória de que os indivíduos escolheriam, hipoteticamente, os princípios para guiar a sociedade, Sen procura apresentar uma ideia de Justiça, com fundamentos concretos, com relação à sociedade, consistente nas liberdades reais, expressas nas capacitações individuais, nas escolhas de diversos funcionamentos. Para Sen, importa neutralizar injustiças, de certas práticas sociais, através da mudança de *paradigma*, por uma abordagem de capacitações e liberdades.

Sen defende uma abordagem comparativa, em prol do desenvolvimento dos níveis de justiça e da retração das injustiças: “os requisitos de uma teoria da justiça incluem fazer com que a razão influencie o diagnóstico da justiça e da injustiça” (Ibid., 2009, p 35). Por conseguinte, é necessário compreender a justiça fundada na perspectiva de não ser indiferente à vida que as pessoas possam viver de fato.

Nesse ângulo, a relevância das vidas, experiências e realizações dos seres humanos não podem ser substituídas por instituições existentes e pelas regras que a operam, malgrado apresentem também importância na influência do que acontece, além da integração ao mundo real, “mas as realizações de fato vão muito além do quadro organizacional e incluem as vidas que as pessoas conseguem – ou não – viver” (Ibid., 2009, p. 48).

Depreende-se que embora Sen tenha tido influência pela teoria da justiça de Rawls, ele traça diferenças, com relação à essa teoria, fixando como marco da teoria da justiça, a expansão de liberdades substantivas, em que a ideia de justiça seja mais ampla, com critérios, na prática, mais justos. Sen apresenta debates globais de justiça comparativa, deslocando a sua ideia de justiça para uma compreensão expandida, muito além da visão tradicional, limitada a um determinado espaço físico, considerando que “uma teoria de justiça tem algo a ver com o tipo de criaturas que nós, seres humanos, somos” (Ibid., 2009, p. 449).

13. DESIGUALDADE E POBREZA

É cediço que existe uma crítica doutrinária com relação aos economistas, no sentido de que se concentram muito na variável “eficiência”, desprezando a da “equidade”. Mas, afere-se uma evolução no campo da economia da desigualdade, sobretudo com a influência de Anthony. B. Atkinson; o que não significa existir a negação ou o menosprezo do enfoque da eficiência.

Atkinson contribui com a doutrina, trazendo à baila, a discussão concernente à desigualdade, em seu livro “Desigualdade: O que pode ser feito?”, enfatizando a necessidade do combate da desigualdade, devendo existir maior intervenção do Estado na economia, inclusive no tocante ao conflito entre equidade e eficiência.

Deve ser esclarecido que a existência de uma linha de pobreza que descure as características individuais dos seres humanos, não faz justiça com aquilo que seja o básico na pobreza, a insuficiência das capacitações, ante à inadequação dos meios econômicos.

A pobreza, no nível das rendas deve ser considerada como inadequação para fins de geração de capacitações para os indivíduos e não apenas um nível abaixo da linha da pobreza, como é o entendimento tradicional.

Segundo Medeiros, num quadro de desigualdade, diante de uma verificação de que uma variável “a” é distinta da variável “b”, inevitavelmente, existe uma avaliação comparativa, indicando uma desigualdade. Mas, se a variável “a” for maior do que a variável “b”, constata-se uma relação de supremacia de “a”, com relação a “b”; surgindo a seguinte indagação: “Mas, quanto “a” é maior do que “b”? (MEDEIROS, 2012).

O economista francês Thomas Piketty, professor da Escola de Economia de Paris, autor de “Capital no Século XXI”, considerada uma das maiores obras de economia, da atualidade, demonstrou em seu livro que a taxa de acumulação de renda nos países desenvolvido é maior do que as taxas de crescimento econômico. A taxa de desigualdade de riqueza está crescendo nos países desenvolvidos. Piketty defende que o pensamento de que a concentração de renda intensifica a desigualdade socioeconômica e como porta de saída, aponta para a existência de medidas políticas que venha a tributar as pessoas mais ricas, de forma mais severa, assim como, a existência de impostos progressivos que venham a onerar os salários proporcionalmente, como contenção do abismo

entre os ricos e os pobres. Uma situação de desigualdade extrema pode vir a ameaçar os valores democráticos de um país.

A abordagem dominante para se identificar a pobreza determina uma linha divisória, em que os indivíduos abaixo dessa linha são qualificados como “pobres” e o índice de pobreza é definido como a “proporção do total da população que resultar estar abaixo da linha de pobreza (quer dizer, a fração da população identificada como pobre)” (Ibid., 2017, p. 165).

Assim, a abordagem tradicional para se medir a pobreza realiza dois exercícios, a saber: (i) identificar aqueles que são pobres e (ii) agregar os parâmetros estatísticos a esses pobres para fins de derivação do índice global de pobreza.

Ao lado desse índice de “incidência” da pobreza, existe outro parâmetro menos utilizado, que é o “hiato de renda” (*income gap*), que mensura a renda adicional que seria necessária para soerguer todos os estatisticamente pobres até a linha demarcatória da pobreza, ou seja, a renda extra mínima necessária para acabar com a pobreza, como baixa renda.

Verifica-se, no entanto, que a taxa de incidência H é insensível ao valor das rendas dos pobres ficam equidistantes da linha de pobreza, considerando tão somente o número que vem abaixo dessa linha de pobreza. Por seu turno, o “hiato de renda” I é insensível ao número de indivíduos considerados pobres, levando em conta exclusivamente a insuficiência média de renda dos classificados como pobres, em relação à linha de pobreza traçada.

De acordo com Sen, ainda que se os dois parâmetros H e I fossem aplicados juntos, não seria um cálculo adequado, tendo em vista que os aludidos parâmetros não atentam à distribuição de renda entre os pobres. Nessa toada, seria necessário um outro indicador para fins de medida da desigualdade na distribuição de renda entre os pobres. Sen sugere um axioma em “Poverty, Inequality and Unemployment: Some Conceptual Issues in Measurement”, *Economic and Political Weekly*”, e em “Poverty, Inequality and Unemployment: Some Conceptual Issues in Measurement”, buscando identificar a desigualdade D da distribuição de renda entre os pobres ao coeficiente de Gini G (que mensura a igualdade ou desigualdade de uma distribuição de renda, numa localidade), chegando a uma medida de pobreza P , que dependia de H , I e G (Ibid., 2017).

A identificação da pobreza é um processo de reconhecimento da privação.

A concepção de bem-estar no conjunto de axiomas é ordinal, para Sen, “qualquer sistema de medição que tome nota apenas de informação ordinal de bem-estar deve ser reconhecido como deficiente por um observador que esteja convencido de que tem acesso às funções cardinais de bem-estar interpessoalmente comparáveis” (SEN, 1976, p. 229)

Em seu livro “Desenvolvimento como Liberdade”, Sen apregoa que hodiernamente, vivemos em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias, tendo em vista que existem novos problemas seculares, convivendo com os antigos, tais como: a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas e fome crônica muito disseminadas, violação de liberdades políticas elementares e de liberdades formais básicas, ampla negligência diante dos interesses e da condição de agente das mulheres e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social (Ibid., 2010).

Segundo ele, muitas privações podem ser encontradas, tanto em países ricos como em países pobres e o desenvolvimento tem como pauta, a superação desses problemas socioeconômicos, devendo assim, reconhecer as diferentes formas de liberdade no combate a todos esses males.

14. A ESTIMATIVA DA POBREZA TANTO EM PAÍSES RICOS E POBRES

Em consonância com o Relatório do Bird/Banco Mundial (2004), “Desenvolvimento e Redução da Pobreza: Reflexão e Perspectiva”, pobreza é a incapacidade de atingir níveis satisfatórios para alcançar a nutrição, saúde, educação e os acessos ambientais, dentro da meta de reduzir o número de pessoas que vivem com menos de um dólar por dia., conforme se verifica, a seguir:

Começou também a sofrer alterações o significado aceito de redução da pobreza. Nas décadas anteriores, a pobreza era definida de uma forma um tanto imprecisa, caracterizada como um nível particularmente baixo de renda ou consumo. Nos últimos anos, a comunidade de desenvolvimento tem ampliado a noção do sentido e objetivos do desenvolvimento, destacando-se a influência especial de Amartya Sen ao persuadir a comunidade de desenvolvimento a assumir uma visão tão ampla. A pobreza é agora vista como a incapacidade de alcançar padrões e saber se são ou não alcançados. As pessoas

de baixa renda vivem sem as liberdades fundamentais para levar o tipo de vida que valorizam. Com frequência carecem de alimentos, abrigo, educação e cuidados da saúde adequados. São extremamente vulneráveis a doença, violência, deslocamento econômico e desastres naturais. Recebem atendimento precário de instituições tanto do Estado como da sociedade. E frequentemente se sentem impotentes para influenciar decisões-chave que afetam sua vida. (Bird/BANCO MUNDIAL, 2004, p. 4).

Importa frisar que o Grupo Banco Mundial está empenhado em atingir a redução da pobreza extrema para 3% ou menos, a nível mundial, até 2030 e de promover a prosperidade partilhada, sendo que na Índia, esta se apresenta, em 2021, com um percentual de 10%, embora observa-se uma grande redução, considerando que em 1990, estava em 47,6% da população.

De acordo com o volume 1, do Relatório “The World Bank Annual Report”, de 2004, do Banco Mundial: “Na luta global contra a pobreza, o Banco Mundial está — e deveria estar — a desempenhar um papel central. A estratégia do Banco continua a centrar-se nos dois pilares para a redução da pobreza: capacitar as pessoas e melhorar o clima de investimento” (Ibid., 2004, p. 4; tradução nossa).

O mesmo Relatório aponta a seguinte saída para a redução da pobreza: “Uma chave para reduzir a pobreza é investir nas pessoas – melhorando o acesso à educação e aos serviços de saúde e proporcionando outras intervenções sociais que beneficiem grupos vulneráveis” (Ibid., p. 29; tradução nossa).

Apesar do desenvolvimento notável alcançado na redução da pobreza nos últimos anos, atingir as metas compreende em um grande desafio internacional, mesmo porque a redução da pobreza mundial é um processo desigual.

O Relatório do Banco Mundial de 2017 (Bird-AID) aponta que a redução da pobreza pode ser verificada, nos últimos anos, na região da Ásia Oriental e Pacífico, precisamente na China e na Indonésia e no Sul da Ásia, na Índia (BANCO MUNDIAL, 2017).

Pode ser observada na Tabela 1, abaixo, que nos anos de 1990 a 2021, a Índia apresenta a seguinte evolução em seus indicadores:

Tabela 1: Principais Indicadores da Índia

PERFIL DO PAÍS	1990	2000	2010	2021
População total (milhões)	870,45	1.059,63	1.240,61	1.407,56
Crescimento Populacional (% anual)	2,1	1,8	1,4	0,8
Rácio de pobreza nas linhas de pobreza nacionais (% da população)	45,3		21,9	
Taxa de Pobreza de US\$ 2,15 por dia (PPC 2017) (% da população)	47,6		22,5	10,0
RNB, método Altas (US\$ correntes) (bilhões)	334,59	467,08	1.505,74	3.019,86
RNB per capita, PPC (dólares internacionais correntes)	1.190	2.070	4.170	7.220
Participação na renda detida pelos 20% mais pobres	8,9		8,1	8,1
Esperança de vida ao nascer, total (anos)	59	63	67	67
Taxa de fertilidade, total (nascimentos por mulher)	4,0	3,4	2,6	2,0
Taxa de fertilidade adolescente (nascimentos por 1.000 mulheres de 15 a 19 anos)	122	101	39	17
Prevalência de contraceptivos, qualquer método (% de mulheres casadas com idades entre 15 e 49 anos)	45	47	55	67
Partos assistidos por pessoal de saúde qualificado (% do total)	34	43	52	89
Taxa de mortalidade, menores de 5 anos (por 1.000 nascidos vivos)	127	92	58	31
Prevalência de baixo peso, peso por idade (% de crianças menores de 5 anos)	52,8	45,3		31,5
Imunização, sarampo (% de crianças de 12 a 23 meses)	56	56	82	89

PERFIL DO PAÍS	1990	2000	2010	2021
Taxa de conclusão do ensino primário, total (% da faixa etária relevante)	64	71	93	97
Matrícula escolar, primário (% bruto)	91,4	94,3	109,1	102,1
Matrícula escolar, ensino médio (% bruto)	37	45	63	78
Matrícula escolar, primária e secundária (bruto), índice de paridade de gênero (IPG)	1	1	1	1
Prevalência de HIV, total (% da população com idades entre 15 e 49 anos)	0,1	0,6	0,3	0,2
PIB (US\$ corrente) (bilhões)	320,98	468,39	1.675,62	3.150,31
Crescimento do PIB (% anual)	10,7	3,8	8,5	9,1
Inflação, deflator do PIB (% anual)	10,7	3,6	10,5	8,5

Fonte: Elaboração Própria. Adaptação do Banco Mundial, Plataforma contra a Pobreza e a Desigualdade. Base de dados de Indicadores de Desenvolvimento Mundial.²

Ao olhar os indicadores econômicos da Índia, verifica-se que em 2021, a sua população havia cerca de 70% a mais do que em 1990. O Produto Interno Bruto (PIB - em US\$ corrente, em bilhões) era em 2021 e, 3.150,31, com crescimento do PIB (% anual) de 9,1% e uma inflação anual de 8,5%. A taxa de pobreza de US\$ 2,15 por dia é a percentagem da população que vive com menos de 2,15 dólares por dia e preços internacionais de 2017.

Pela exposição gráfica acima, observa-se que entre os anos de 1990 e 2021, houve uma expansão na RNB *per capita*, de 1.190 (em 1990) para 7.220 (em 2021). A taxa de fertilidade na Índia abaixou pela metade, indo de 4,0 (em 1990) para 2,0 (em 2021), o que se denota que as mulheres têm tido menos filhos e a taxa de fertilidade das adolescentes (nascimentos por 1.000 mulheres de 15 a 19 anos) despencou de 122 (em 1990) para 17 (em 2021). Também se observa

² Os números em itálico referem-se a períodos diferentes dos especificados.

uma diminuição potente na taxa de mortalidade, menores de 5 (cinco) anos, por 1.000 nascidos vivos), indo de 127 (em 1990) para 31 (em 2021). O nível de educação aumentou dos indianos, com as matrículas escolares, ao longo desses anos; assim, como o valor do Produto Interno Bruto (PIB), que aumentou entre 1990 a 2021, de forma acentuada. Importa lembrar que o PIB é a soma de todos os bens e serviços finais produzidos por um país, geralmente em um ano. Entre 1990 a 2021 a Índia conseguiu, de fato, combater, com êxito a sua pobreza.

Mas, existem muitos desafios em medir a taxa de pobreza. Isto porque a baixa frequência e a falta de comparabilidade dos dados disponíveis em alguns países geram muita incerteza, no que pertine à magnitude da redução da pobreza (Banco Mundial, 2023).

Apesar dos progressos alcançados até agora, o número de pessoas extremamente pobres continua elevado, especialmente na África Subsaariana, conhecida como África Negra, situada ao sul do Deserto do Saara, conforme região demarcada no gráfico, a seguir:

Gráfico 3: Regiões Africanas

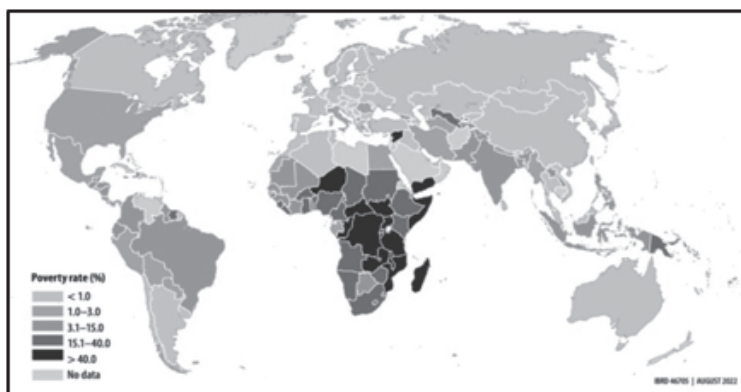


Fonte: Toda Matéria

Por ser uma das regiões mais pobres do mundo, apresenta altos índices de mortalidade infantil, analfabetismo e baixa expectativa de vida. O Bird/Banco

Mundial divulgou, no Portal Geoespacial da Pobreza, em agosto de 2022, um panorama da taxa de pobreza dos países, conforme Gráfico 2, a seguir:

Gráfico 4: Taxa de Pobreza dos Países



Fonte: Banco Mundial. Portal Geoespacial da Pobreza. Plataforma de Pobreza e Desigualdade (PIP)

Afere-se, pelo Gráfico 2 acima, que em agosto de 2022, a taxa de pobreza mundial era expressiva na África Subsaariana, sendo que existem regiões saarianas com uma taxa de pobreza acima de 40%.

O Banco Mundial, em seu sistema *Data World Bank*, reconhece que existem diversificadas causas impeditivas para a redução da pobreza mundial, dentre elas, as mais significativas, podem ser mencionadas como as alterações climáticas, a fragilidade, as crises econômicas e a segurança alimentar, consolidando-se em questões transfronteiras na política internacional das Nações.

De acordo com Sen, a fome coletiva é uma das piores formas de perda da liberdade e esclarece que grandes epidemias de fomes coletivas mundiais não apresentam como causa, escassez de alimentos e sim, a má distribuição de renda e das políticas governamentais, que não primam pelo bem comum, como funcionamento de toda a economia.

15. AS DESIGUALDADES ASSOCIADAS A CATEGORIAS COMO CLASSE, SEXO E OUTROS GRUPOS

De acordo com o Relatório sobre Clima e Desenvolvimento para o País, do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), da Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA), a Corporação Financeira Internacional (IFC) e a Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA/Banco Mundial (Grupo Mundial)), de 2023 existe uma desigualdade acentuada no Brasil, com relação à América Latina e ao restante no mundo:

O Brasil continua a ser um dos países mais desiguais da América Latina e do mundo. Os ganhos alcançados na redução da pobreza e na retirada de pessoas da pobreza extrema (US\$ 2,15, PPC de 2017) durante o superciclo das commodities foram, em grande medida, revertidos entre 2015 e 2018, quando o coeficiente de Gini aumentou de 51,9 para 53,9.11 A parcela da população que vivia em situação de extrema pobreza em 2019 era de 5,9%, próximo aos níveis de 2011,12 enquanto cerca de 26,2% da população vivia com menos de US\$ 6,85 por dia (PPC).13 Em resposta à crise mais recente, o governo implementou medidas ambiciosas de proteção social que amorteceram os efeitos dos choques na economia e protegeram temporariamente a renda das famílias, embora com um alto custo fiscal. Isso resultou em grandes reduções de curto prazo na desigualdade e na pobreza extrema, fazendo com que o coeficiente de Gini do Brasil caísse para 48,9, e a taxa de pobreza extrema diminuísse para 1,9% em 2020. No entanto, essas quedas, resultantes principalmente dos esforços do governo para responder à crise da Covid-19, duraram pouco, e as projeções indicam que, em 2021, a pobreza e a desigualdade voltaram a se aproximar dos níveis anteriores à pandemia, de 28,4%, e com um coeficiente de Gini de 52,9.14. (BANCO MUNDIAL, 2023, p. 8).

O Banco Mundial, no mesmo documento, reconhece, no Brasil, as disparidades regionais, raciais e de gênero, pelo que se denota, *in verbis*:

O Brasil também apresenta notáveis disparidades regionais, raciais e de gênero. A região Norte é menos desenvolvida que a região Sul em diversos aspectos. Os índices de pobreza nos estados do Norte são 3 vezes maiores do que no Sul; a renda per capita é cerca de 50% menor em média; a população adulta tem 1,5 ano de educação a menos; e

o acesso das pessoas a água e saneamento é 8 pontos percentuais menor. As mulheres brasileiras têm um nível de escolaridade maior e expectativa de vida mais longa do que os homens, mas estima-se que sua renda corresponda a apenas a três quintos da dos homens.¹⁵ Em 2019, cerca de 3 em cada 10 pessoas pobres eram mulheres afrodescendentes que viviam em áreas urbanas.¹⁶ O índice de pobreza entre as crianças em áreas urbanas era de 42,2%.¹⁷ As estimativas posteriores à pandemia ainda não estão disponíveis, mas as projeções sugerem que a distribuição da população pobre quase não mudou entre 2019 e 2021. (Ibid., 2023, p. 8).

No que se refere às rendas nas vantagens desfrutadas por diferentes pessoas, existem variações inconstantes causadas por diferentes contingências das rendas dos diversos funcionamentos, que podem ser realizados, afetando os estilos de vida que os indivíduos possam vir a ter.

Deve ser consignado que as diferenças na mortalidade também são indicadores de desigualdades que separam raças, classes ou sexos. Outro fator pode ser mencionado, no tocante às rendas auferidas pelos membros de uma família são compartilhadas por outros membros da família, não sendo possível identificar a desigualdade por sexo naquela família.

Numa sociedade com disparidade social pode ser influenciada pelas características raciais visíveis, consubstanciando-se em barreira para os seus funcionamentos em muitas circunstâncias. As distinções de castas estão relacionadas com as classes sociais, assim raça ou casta podem ser fatores relevantes para o alcance das liberdades substantivas, como o emprego ou mesmo, um tratamento justo na polícia

A desigualdade entre os sexos é relevante dentro de um contexto de muitos países em desenvolvimentos, como fatores elementares para o estudo da desigualdade, tendo em vista que refletem diferenças de funcionamentos, mostrando as disparidades nas capacitações dos indivíduos para (i) escaparem de doenças que possam ser prevenidas e (ii) da mortalidade, que poderá ser evitada.

Considerando os funcionamentos sociais, as diferenças de sexos são relevantes, inclusive nos países ricos da Europa e da América do Norte, concernentes aos funcionamentos e às capacitações e não somente no que pertine aos meios, quais sejam, os bens primários e recursos. Segundo Sen, “o problema da desigualdade entre os sexos, é em última análise, de liberdades díspares” (Ibid, 2017, p. 193).

16. DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE

É mister atentar os valores humanos mais estimados, para enfrentar o desafio do desenvolvimento humano, levando em conta o aumento das liberdades e capacitações, com qualidade de vida. Deve ser ressaltado, assim, que então, para Sen, o maior desafio é realizar ampliações nas vidas humanas limitadas, nas quais a maioria dos seres humanos encontram-se aprisionados, por força das circunstâncias (Ibid., 1993).

Nessa toada, o crescimento econômico não pode ser apreciado, como um fim em si mesmo, devendo ter um enfoque pertinente à melhora das condições de vida dos indivíduos, buscando assim, ampliar as suas liberdades. Dessa forma, não se pode analisar a renda, a industrialização, o mercado, dentre outras variáveis, sem refletir com o acesso dos indivíduos a serviços como o da saúde. A liberdade também é dimensionada pelo exercício dos direitos civis,

Assim, o desenvolvimento além de proporcionar aumentos na produção e na renda, precisa remover os obstáculos à privação da liberdade, quais sejam, ao acesso à saúde, ao trabalho, ao saneamento básico, à fome, à educação e o que mais se ofereça. Nesse sentido, a renda e o crescimento econômico são meios e não o fim para o desenvolvimento, pois o desenvolvimento é o processo de expansão das liberdades reais relativas aos seres humanos. Sem liberdade, inexistente desenvolvimento.

Nessa compreensão, os países devem proporcionar os meios para que os cidadãos possam expandir as suas capacitações, desenvolvendo as suas potencialidades, através de políticas públicas que visam erradicar o analfabetismo, a fome, a miséria, dentre outros problemas sociais e promovem o desenvolvimento estatal.

Robert S. McNamara, Presidente do Banco Mundial realizou um discurso consagrado, dirigido ao Conselho de Governadores em Nairobi, Capital do Quênia, em 24 de setembro de 1973.

Figura 3: Pobreza em Nairobi, Quênia
(Ascensão da Selva de Cortiços)



Fonte: Internet, *google images*.

McNamara discute a natureza da pobreza dos países, incentivando a erradicação da pobreza absoluta, pela eliminação da subnutrição e do analfabetismo, a redução da mortalidade infantil e a elevação dos padrões de esperança de vida aos países desenvolvidos. McNamara reconhece a desigualdade dos países, em contínuo crescimento, pelo que se pode observar, a seguir:

Se olharmos objetivamente para o mundo de hoje, temos de concordar que este é caracterizado por um enorme grau de desigualdade. A diferença nos padrões de vida entre as nações ricas e as nações pobres é uma lacuna de proporções gigantescas. A base industrial das nações ricas é tão grande, a sua capacidade tecnológica é tão avançada e as consequentes vantagens são tão imensas que é irrealista esperar que a disparidade diminua até ao final do século. Tudo indica que continuará a crescer. Nada que possamos fazer poderá evitar isso. Mas o que podemos fazer é começar a agir agora para garantir que a pobreza absoluta – a degradação total – acabe (tradução nossa). (MCNAMARA, 1973, p. 26)

É preciso asseverar a amplitude que hoje é dada à compreensão da pobreza, que ultrapassa o antigo enfoque limitado na renda e no consumo, galgando uma concepção multifacetada com interface na liberdade, saúde, educação, qualidade ambiental, trabalho, dentre outros segmentos. Sen desenvolveu a

sua abordagem quanto a esse enfoque, com maestria, conseguindo persuadir a comunidade desenvolvimentista dessa perspectiva, mostrando que a pobreza é a incapacitação de alcançar a vida que valorizam, uma vez que as pessoas de baixa renda não vivem sob o manto das liberdades fundamentais. Assim, são vulneráveis à habitação, cuidados de saúde e higiene, alimentos e o que mais se oferece (Ibid., 2004).

Nessa reflexão, pode ser ponderado que a liberdade se conecta com o aspecto da oportunidade. Dessa feita, se um indivíduo se torna mais produtivo, em virtude de uma expansão na educação, esse terá mais liberdade, obtendo oportunidade em realizar as suas escolhas, podendo alcançar a vida que valoriza.

O capital humano é tema relevante na economia e ganha especial atenção no século XVII, com Adam Smith que o posiciona como fator de produção, mas ao argumentar com David Hume sobre o tema, consigna que a visão dos seres humanos tão somente no grau produtivo, enseja ao menosprezo da natureza humana, ante a perspectiva mais ampla dos seres humanos, que é inclusiva e não apenas uma alternativa à perspectiva do “capital humano” (Ibid., 2010). É mister acentuar que o papel dos seres humanos transcende a visão de produção econômica e inclui o desenvolvimento social e político.

Sobre o tema, Sen esclarece que a compreensão das capacitações humanas incorpora 03 (três) segmentos: (i) sua relevância direta para o bem-estar e a liberdade das pessoas; (ii) seu valor indireto, com nuances na transformação social e (iii) seu papel indireto, com influxo na produção econômica (Ibid., 2010). Considerando essa reflexão, o capital humano irá refletir no terceiro desses papéis, embora seja necessário transcender esse papel limitado, em prol do desenvolvimento como liberdade. O desenvolvimento, com tal característica, deve ser refletido com um processo de expansão de liberdades substantivas dos indivíduos.

Denota-se que a liberdade possui aspectos diferenciados que se relacionam com múltiplos segmentos, devendo ser desprezada o antigo entendimento da existência de fórmulas simples de acumulação de capital, planejamento econômico eficiente, abertura de mercados, dentre outras variáveis econômicas.

A regra mestra que congrega as diversas partes numa só unidade é o processo da expansão das liberdades individuais e o comprometimento social em concretizar essa perspectiva. Nesse ângulo a liberdade é multiforme, envolvendo processos e oportunidades substantivas (Ibid., 2010).

Afere-se, ainda, que essa perspectiva tem um alcance no exercício da democracia e escolha social responsável. Isto porque algumas suposições parecem que funcionam, operando a escolha de valores e peso. Sen exemplifica:

[...] duas pessoas om a mesma função de demanda têm de ter a mesma relação entre pacotes de mercadorias e bem-estar (independentemente de uma ser doente e a outra não, de uma ser incapacitada e a outra não etc.) é basicamente um modo de fugir da necessidade de levar em conta muitas influências significativas sobre o bem-estar [...] (Ibid., 2010, p. 149).

A discussão política e a participação social são elementos fundantes para as pautas políticas, sendo que as liberdades políticas e os direitos civis devem nortear as políticas econômicas. Nessa todas, as liberdades participativas são elementares para a elaboração de políticas públicas.

É mister enfatizar que a análise da pobreza apresenta um novo paradigma, consubstanciado na mudança do olhar do baixo nível de renda para a privação das capacitações básicas. Nesse sentido, as pessoas precisam ser consideradas como agentes, e não como pacientes, no que tange a esse enfoque informacional quanto à privação de capacitações. Mesmo os indivíduos beneficiários de uma política estabelecida para um público-alvo, também são agentes, ao invés de pacientes dessa política.

A democracia é uma grande pilastra de sustentação do processo de desenvolvimento, favorecendo os debates abertos, a política participativa e a oposição sem perseguição. As instituições, no entanto, estão condicionadas aos valores e às prioridades e da articulação que os agentes utilizam de suas oportunidades. Compreende-se que as necessidades humanas são influenciadas pelo sistema democrático, através da participação e do diálogo públicos. Nesse prisma, a democracia é fonte essencial da oportunidade social, sendo que a realização da justiça social depende da prática efetiva.

17. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A amplitude das liberdades dos seres humanos é tanto o principal meio quanto o principal fim do desenvolvimento. As capacitações dos indivíduos são dependentes de disposições sociais e políticas. Mas, os seres humanos são agentes de seus próprios destinos. Eles precisam estar envolvidos nas

oportunidades de realizarem escolhas para as suas vidas e não só num papel de beneficiários passivos dos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm um papel de sustentação nesse processo de desenvolvimento.

O subdesenvolvimento é visto como ausência de liberdade. Nessa linha de raciocínio, o desenvolvimento é analisado como um processo de eliminação de privações de liberdade.

As condições de agente precisam ser integradas às atividades econômicas, sociais e políticas, para que as oportunidades possam pautar discussões públicas, no exercício da democracia, em prol do desenvolvimento como uma função, em que a liberdade tem um grande peso, constituindo em uma orientação para a realização das oportunidades.

O desenvolvimento é liberdade, marcada pelas oportunidades que muito mais do que premissas devem ser efetivadas pelo Poder Público e dessa forma, subir as escadas da sustentabilidade, em luta pela erradicação da pobreza nos países, inclusive no Brasil.

18. REFERÊNCIAS

ATKINSON, Anthony B. **Desigualdade: O que pode ser feito?** Lisboa: Editora Leya, 2015.

BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO /BANCO MUNDIAL. **Desenvolvimento e Redução da Pobreza: Reflexão e Perspectiva**/Preparado para as Reuniões Anuais de 2004 do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. Banco Mundial: outubro de 2004. Disponível em: <<http://r1.ufrj.br/geac/portal/wp-content/uploads/2012/03/WOLFENSON-DesenvolvimentoPobreza.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2023.

BANCO MUNDIAL. **Brasil: Relatório sobre Clima e Desenvolvimento para o País**. Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), da Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA), a Corporação Financeira Internacional (IFC) e a Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA/Banco Mundial (Grupo Mundial). Washington, DC: World Bank Publications, 2023. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/af026935-5f2d-4edd-b19e-d8fb66f6e9da/content>>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. **The World Bank Annual Report**. Banco Mundial, Washington, DC: World Bank Publications, 2004. Disponível em: <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/335261468762927443/pdf/30488.pdf>> Acesso em: 13 ago. 2023.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Texto para discussão: As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen. **IPEA**, Brasília. Rio de Janeiro: Ipea, 2012. Disponível em: <https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1794.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2023.

MCNAMARA, Robert S. **Discurso do Presidente do Banco Mundial Robert McNamara**. Nairobi, Quênia, 1973. Disponível em: <www.juerg-buergi.ch/resources/Archiv/Entwicklungspolitik-Archiv/Dokumente-zur-Entwicklungspolitik/McNamara_Nairobi_speech.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

MEDEIROS, Marcelo. **Medidas de Desigualdade e Pobreza**. Brasília: EdUnB, 2012. Disponível em: <https://econpolrg.files.wordpress.com/2013/05/medeiros_2012_medidas_de_desigualdade_e_pobreza.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2023.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca Ltda, 2014. Disponível em: <<https://intrinseca.com.br/livro/o-capital-no-seculo-xxi/>>. Acesso em: 05 set. 2023.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **Desigualdade reexaminada**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

_____. O desenvolvimento como expansão de capacidades. **Lua Nova**. 1993Abr; (28-29): 313-334. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/VJKn7b5cJWQKrnTwGMmSKVM/?lang=pt#>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

_____. Poverty: An Ordinal Approach to Measurement. **Econometrica**, v. 44, n. 2, p. 219-231. 1976. Disponível em: <<https://are.berkeley.edu/courses/ARE251/fall2009/Papers/sen76.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2023.

Sites Visitados:

Banco Mundial. *World Data*. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/>>. Acesso em: 5 set. 2023.

_____. Banco Mundial. Portal Geoespacial da Pobreza. Plataforma de Pobreza e Desigualdade (PIP). Disponível em: <<https://pipmaps.worldbank.org/en/data/datatopics/poverty-portal/home>>. Acesso em: 5 set. 2023.

RECLAMAÇÃO PERANTE O STF EM FACE DE DECISÕES DA PRÓPRIA CORTE SUPREMA

Alexandre Pontieri¹

Resumo: Questionamento a respeito da possibilidade de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal em face de decisões da própria Corte Suprema. O tem é analisado e a(s) resposta(s) ao questionamento são dadas com fundamento em decisões do próprio Supremo Tribunal Federal (STF).

Palavras-chave: Reclamação perante o STF. Constituição Federal de 1988, Código de Processo Civil de 2015.

Summary: Questioning about the possibility of Complaint before the Federal Supreme Court in the face of decisions of the Supreme Court itself. The subject is analyzed and the answer(s) to the questioning are given based on decisions of the Federal Supreme Court (STF).

Key words: Complaint before the STF. Federal Constitution of 1988, Code of Civil Procedure of 2015.

Outro dia fomos questionados a respeito da possibilidade de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal em face de decisões da própria Corte Suprema.

¹ Advogado com atuação em todas as instâncias do Poder Judiciário; desde 2006 atuando perante os Tribunais Superiores (STF, STJ, TST e TSE), e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP); Pós-Graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UniFMU, em São Paulo; Pós-Graduado em Direito Penal pela ESMP-SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Aluno do Mestrado em Direito da UNB – Universidade de Brasília nos anos de 2018 e 2019. alexandrepontieri@gmail.com

Pois bem. Aqui, sem querer esgotar o tema, trazemos algumas breves reflexões.

1. LEGISLAÇÃO SOBRE RECLAMAÇÃO – CF/88 – CPC/15 – RISTF

A Constituição Federal de 1988 traz na alínea I, do inciso I, do artigo 102, como uma das competências do Supremo Tribunal Federal, “**a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões**”².

Dispõe o § 3º, do artigo 103, da CF/88:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

(...)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015) traz em seu artigo 988 que:

“Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério público para:

I – preservar a competência do tribunal;

II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

Extrai-se do artigo 9º, alínea “c”, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)³, como competência das Turmas “a reclamação que vise a preservar a competência do Tribunal ou a garantir a autoridade de suas decisões ou Súmulas Vinculantes” (redação dada pela Emenda Regimental nº 49, de 3 de junho de 2014).

O artigo 156 do RISTF dispõe que “caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões”, sendo a reclamação “instruída com prova documental” (parágrafo único do artigo 156).

O Título V (dos processos sobre competência), no Capítulo I (da reclamação), do RISTF, traz ainda o seguinte sobre a Reclamação:

Art. 157. O Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de cinco dias.

Art. 158. O Relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado, ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal.

Art. 159. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 160. Decorrido o prazo para informações, dar-se-á vista ao Procurador-Geral, quando a reclamação não tenha sido por ele formulada.

Art. 161. Julgando procedente a reclamação, o Plenário ou a Turma poderá: (Redação dada pela Emenda Regimental n. 9, de 8 de outubro de 2001)

I – avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência;

II – ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto;

III – cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

³ <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>

Parágrafo único. O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. (Incluído pela Emenda Regimental n. 13, de 25 de março de 2004)

A Lei Federal nº 9.882, de 03.12.1999 (que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal) traz em seu artigo 13 que *“cabera reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno”*.

Já a Súmula 734 do Supremo Tribunal Federal tem o seguinte enunciado:

“Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.”

Essa a legislação sobre a Reclamação no ordenamento pátrio brasileiro.

2. QUESTIONAMENTO: CABE RECLAMAÇÃO PERANTE O STF EM FACE DAS DECISÕES DA PRÓPRIA CORTE SUPREMA?

Feitas essas considerações iniciais – que consideramos importantes para que pudessemos responder ao questionamento que nos foi feito, respondemos o que nos foi questionado da seguinte forma.

A Reclamação *“é um processo sobre preservação de competência dos tribunais. No STF, sua finalidade é preservar ou garantir a autoridade das decisões da Corte Suprema perante os demais tribunais”*⁴.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal a reclamação será cabível para:

“(i) preservar a competência do Tribunal;

(ii) garantir a autoridade de suas decisões; e

(iii) garantir a observância de enunciado de Súmula Vinculante e de decisão desta Corte em controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do art. 988 do Código de Processo Civil” (STF. Reclamação 38.028-RJ. Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

⁴ <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/glossario.asp>

Ou seja, para o cabimento de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal será necessária a observância de algum desses três requisitos indicados acima – **i)** a preservação da competência do Tribunal; **ii)** a garantia da autoridade de suas decisões; e **iii)** garantir a observância de enunciado de Súmula Vinculante e de decisão desta Corte e controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, havendo a violação da competência do Supremo Tribunal Federal atrair-se-á a possibilidade de reclamação nos termos do artigo 102, inciso I, alínea I, da CF/88.

Porém, caso a ideia seja propor Reclamação no próprio STF em face das decisões proferidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, tal não nos parece juridicamente possível, seguindo o entendimento já firmado de que é **“incabível o manejo da reclamação contra decisões do Supremo Tribunal Federal”** (Rcl 28209 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 16/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 03-04-2018 PUBLIC 04-04-2018).

Nesse mesmo sentido os demais precedentes:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO AJUIZADA CONTRA DECISÃO DO STF. 1. Não cabe reclamação constitucional direcionada à cassação de decisões de Ministros ou Turmas do Supremo Tribunal Federal, uma vez que os atos emanados pelos seus órgãos, no exercício de suas competências legais e regimentais, são atribuíveis à própria Corte. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Rcl 19526 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 13-05-2015 PUBLIC 14-05-2015)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECLAMAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DE DECISÃO MONOCRÁTICA. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO PROPOSTA CONTRA ATO DESTA TRIBUNAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I – O recurso cabível contra decisão monocrática é o agravo regimental. II - Não cabe reclamação contra decisões do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III – Embargos de declaração convertidos em agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(Rcl 9542 ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010, DJe-025 DIVULG 07-02-2011 PUBLIC 08-02-2011 EMENT VOL-02459-01 PP-00013)

EMENTA: RECLAMAÇÃO. Propositura contra decisão de Turma do Supremo. Inadmissibilidade. Seguimento negado. Recurso improvido. Precedentes. **Não se admite reclamação contra decisão de turma ou ministro do Supremo Tribunal Federal.**

(Rcl 2969 AgR, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2009, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00350)

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO DO PRÓPRIO STF. 1. Reclamação em que se impugna acórdão do TST que já foi objeto de análise por esta Corte, em agravo em recurso extraordinário. 2. **Inviável reclamação em que se busca, por via transversa, a reforma de decisão do próprio Supremo Tribunal Federal.** 3. Agravo interno a que se nega provimento.

(Rcl 32896 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 11-06-2019 PUBLIC 12-06-2019).

Nessa esteira de pensamento diversos outros precedentes do Supremo Tribunal Federal em tese já sedimentada na Corte.

Em mais um exemplo do posicionamento firmado pelo STF veja-se:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO VICE-PRESIDENTE DESTA CORTE. NÃO CABIMENTO. Não cabe reclamação contra decisões dos membros do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. **Com efeito, a reclamação não é via processual adequada, no Supremo Tribunal Federal, à impugnação de suas decisões** (Rcl-AgRg 3.316, de minha relatoria, Segunda Turma, 21.06.2005; Rcl-AgRg 3.916, rel. min. Carlos Britto, Pleno, 12.06.2006). **A impugnação das decisões do Supremo Tribunal Federal se faz nos termos da legislação processual, por meio dos recursos próprios.** Agravo regimental desprovido.

(Rcl 4591 AgR, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-01 PP-00149)

3. CONCLUSÕES A QUE CHEGAMOS

Caso a ideia seja propor Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal em face de suas próprias decisões, não nos parece possível, pois a Corte já firmou entendimento no sentido de que

“a reclamação, por expressa determinação constitucional, destina-se a preservar a competência desta Suprema Corte e garantir a autoridade de suas decisões, ex vi do artigo 102, inciso I, alínea I, além de salvaguardar o estrito cumprimento das súmulas vinculantes, nos termos do artigo 103-A, § 3º, da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004. 3. NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO CABE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DECISÕES DE MEMBROS OU TURMAS DESTA CORTE” (Rcl 41608 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 31-08-2020 PUBLIC 01-09-2020); e

Todavia, caso a ideia seja propor Reclamação em face de decisão de Tribunal(ais) que esteja(m) descumprindo a decisão do Supremo Tribunal Federal, pensamos, smj, que essa será possível, desde que se aponte(m) qual(ais) o(s) descumprimento(s) que está(ão) ocorrendo.

Essas algumas breves reflexões a respeito da Reclamação no âmbito de competência do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

Planalto – Governo Federal. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Portal do Supremo Tribunal Federal (STF). <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/glossario.asp>

FRAGMENTOS FLORESTAIS URBANOS

André R. C. Fontes¹

Resumo: A necessidade de manter a integridade e a continuidade das áreas florestais urbanas, como condição para a preservação das espécies e da diversidade biológica.

Palavras-chave: arborização – cidade – biodiversidade.

Abstract: The need to maintain integrity and continuity of urban forest areas as a condition for the preservation of species and biological diversity.

Keywords: afforestation - city - biodiversity.

O problema da expansão metropolitana foi, e continua a ser, um dos mais palpantes. A associação entre as metrópoles e a urbanização significa a concatenação perfeita de ideias de desenvolvimento e de bem-estar que proporcionam não só o conhecimento de temas suscetíveis de estudos como também um sentimento de progresso e desenvolvimento. Não é difícil observar que a ligação entre o crescimento e o fortalecimento da economia nacional de um país está relacionada à consolidação da vida urbana e à oferta de equipamentos (urbanos), associada ao incremento de bens e serviços oferecidos à população. Por exemplo, ao se falar de desenvolvimento da Índia e de seu surpreendente salto na classificação numérica global do produto interno bruto (PIB), é possível mostrar, de maneira convincente, a considerável contribuição das transformações

¹ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ, Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Uni-Rio e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

urbanísticas em um conjunto no qual o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) daquele país não se mostrou o mais importante.

Um verdadeiro amor ao urbanismo – acho que é possível falar dessa maneira – seria o começo de uma lição clara se nos conduzíssemos ao vínculo entre a população rural e urbana que se alterou ao longo dos anos em nosso País, com o destaque do irreversível crescimento urbano e o esvaziamento do campo.

Este curto ensaio é somente um resumo dos ensinamentos estatísticos há muito conhecidos, recebidos, aliás, com bastantes estudos, observações e escritos sobre a matéria. Trataremos vagamente sobre as estatísticas dinâmicas de migração do campo para a cidade, deixando que fiquem ao alcance do público as versões mais atuais e exatas na rede mundial de computadores, a fim de preservar a importância que tem o assunto.

Em muitos manuais, expõe-se, habitualmente, o conhecimento mais difundido, que congregam dados como área habitada, número de habitantes, transportes, água potável, saneamento público e tratamento de resíduos. Ao definirmos as vantagens da urbanização, apresentam-se esses temas como vantagens para os indivíduos - se dermos, por assim dizer, uma visão geral. Ao se caracterizar a natureza complexa e contraditória da verdade, não se pode deixar de lado que a exigência de se levar com precisão e em consideração todas as condições em que se encontra o objeto do conhecimento e ainda, a separação das propriedades, conexões e tendências principais e essenciais que determinam outros aspectos desse objeto de estudos, teríamos que buscar as desvantagens da urbanização.

Importa destacar algumas dessas desvantagens, às quais mencionaríamos o impacto no ambiente e na qualidade de vida, com especial atenção para incapacidade óbvia de absorver toda a necessidade de consumo da população, pela demanda excessiva de recursos naturais e pelo progressivo aumento do espaço a ser utilizado em novos assentamentos.

Ao esclarecermos nessas premissas as desvantagens da urbanização, devemos saber também que a urbanização é a chave para um tipo mais complexo de compreensão: o da possibilidade de permitir vantagens.

A forma mais simples de efeito da vida urbana é o reflexo na natureza inorgânica. O aparecimento da cidade leva, necessariamente, a uma mudança

seletiva nos objetos circundantes, que vão desde os mais simples contornos geográficos à própria alteração da panorâmica original. Do barro ao asfalto ou do morro ao planalto, tudo será o primeiro passo de um reflexo de ocupação em diferentes níveis de desenvolvimento.

Convém, então, falarmos agora dos efeitos nos organismos vivos. Diferentemente da área nativa e intocada, o aparecimento do homem e da força motriz da sociedade moderna possibilitaram a satisfação de espaços urbanos arborizados, já agora sem a necessidade de feras a se defenderem e a buscarem alimentos.

O homem, como ser social, foi capaz de reservar espaços urbanos em núcleos florestais inseparáveis dos novos terrenos conquistados da natureza virgem. A árvore participou da composição da grande cidade não só pela necessidade de se imaginar a volta ao campo e ao bosque, mas também pela possibilidade de diminuir a incômoda densidade da atmosfera insalubre e o nervosismo de uma vida agitada, mas igualmente por embelezamento. Uma tese formulada desde tempos antigos é o da beleza da Babilônia por seus jardins suspensos.

A respeito dos elementos florestais das cidades, deve ser esclarecida a dúvida alicerçada objetivamente na seguinte pergunta: existe uma floresta urbana por ação humana, ou seja, plantada, ou seria uma mera arborização aquela feita pela ação do ser humano? A floresta urbana, então, é somente aquela nativa e original, situadas no perímetro urbano?

É com o nome de floresta que são conhecidas algumas das mais características, como é a Floresta da Tijuca, na capital do Rio de Janeiro. Especulando com essa afirmação, lembramos que nem todos concebem a ideia teórica ou reconhecem haver uma floresta urbana. E isso é demonstrado na crítica ao próprio nome – ou seja: não haveria a possibilidade de existir uma floresta urbana para boa parte dos estudiosos.

O lugar dessa dúvida estaria no fato de uma floresta ser a nativa, a natural, a primária, a original, a intocada; mas é preciso chamar atenção para a diversidade e talvez o tamanho, tempo de existência, intensidade do seu desenvolvimento, grau de manifestação das suas propriedades, dentre outras. Esclarecida a questão sobre ser a floresta natural e original, o plantio de árvores em áreas urbanas transformaria o conjunto em uma floresta ou seria uma mera arborização?

Com exemplos concretos, podemos encontrar a denominação de floresta para essas áreas urbanas plantadas, como é o caso da Floresta da Tijuca, sabidamente plantada por dois únicos homens sob o lamentável e cruel regime de escravidão. O conceito de floresta urbana seria possível? Seria a Floresta da Tijuca um exemplo? Ou o conceito de que a floresta urbana é somente a nativa como único critério científico de enquadramento do tema?

Qualquer que seja o critério a ser usado, apesar de todo o seu significado, particularidades de um ou de outro país, não se anula o enquadramento dado àquelas que receberam essa qualificação. Continuando com as ideias, seguimos com o reconhecimento da figura da floresta urbana. Partindo do que foi esclarecido, perguntaremos agora se a fragmentação da área desnaturaria o conceito.

Sabidamente, cada novo conceito que nasce desenvolve-se e substitui o anterior. E é só relativamente a esse último que recairia a base de uma nova conquista teórica. É preciso então indagar se um aumento descontínuo da Floresta da Tijuca, por exemplo, desnaturaria a sua compreensão.

Atualmente o problema da floresta urbana – se aceitarmos o termo – estaria não exatamente no seu aumento, mas, em verdade, na sua fragmentação, ou seja, por um desfazimento da floresta e não pelo acréscimo de áreas, de modo a torná-la descontínua. É premissa conhecida que os recursos ecológicos estão ligados entre si direta ou indiretamente, compreendidos em um grande sistema. A respeito disso, a fragmentação é uma das principais ameaças à diversidade biológica, que de algum modo se estabeleceu como um sistema, e se firmou no local.

É muito importante explicar que um dos desafios da ciência no momento está na possibilidade de medir a natureza e de conjugar as necessidades do homem com a fragmentação dos ambientes florestais. As mudanças podem ocasionar a redução ou o fim, e conseqüente irreversibilidade do ambiente ou mesmo a extinção de alguma espécie animal ou vegetal e a própria diversidade biológica.

Esse tema da fragmentação tem uma função especialmente educativa, para não dizer preventiva ou de precaução. O aumento da população e de suas necessidades nas áreas urbanas têm conduzido a um certo aumento da fragmentação das áreas verdes nos centros urbanos.

Com efeito, proteger a floresta urbana natural (ou plantada) é proteger as espécies e a biodiversidade. Ocupa um lugar muito importante o regime teórico e legal que dermos para as nossas matas e florestas e disso resultará a tutela ou proteção das formas de manifestação da biodiversidade em nosso país.

A conclusão que se abre para debate é, não só o papel do conceito de floresta urbana, mas a importância de preservar a integridade e a continuidade desses núcleos sejam florestas primárias ou pouco perturbadas, ou florestas plantadas, mas integrá-las ao contexto incalculável da proteção das espécies e da diversidade biológica, conquanto estejam no perímetro ou nas proximidades de uma área urbanizada, das metrópoles e das cidades ávidas por expansão.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO VELASCO, J. M. *Ciudad y espacios verdes*. Madri: Ministerio de la Vivienda, 1971.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BOIX GENÉ, José. *Urbanismo*. Barcelona: Ceac, 1967.
- FERNÁNDEZ, Roberto. *La ciudad verde*. Buenos Aires: CIAM, 2000.
- MAGALHÃES, Luís Mauro Sampaio. *Floresta Urbana*. Rio de Janeiro: Floresta e ambiente, 2006.
- MARTÍN MATEO, Ramón. *Derecho ambiental*. Madri: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.
- MAUSBACH, H. *Introducción al urbanismo*. Trad. Antonio Munné e Carços Spieler. Barcelona: Gustavo Gil, 1973.
- MORAN, Emílio F.; OSTROM, Elinor. *Ecosistemas florestais*. São Paulo: Edusp, 1979.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- MORELLATO, Patrícia C.; LEITÃO FILHO, Hermógenes. *Ecologia e preservação de uma floresta tropical urbana*. Campinas: Unicamp, 1995.
- SALOMON DE PADRON, Magdalena. *Aspectos jurídicos de la ordenación del territorio: su ámbito y medios de acción*. Caracas: Editorial Jurídica Venezuellana, 1977.
- SANTAMARIA, Juan Manuel. *El cinturón verde de Segovia*. Segóvia: Imprenta El Adelantado, s/d.
- SANTOS, Rita da Conceição Coelho Loureiro. *O meio ambiente em facetas...* São Paulo: Baraúna, 2011.

O PÊNULO DA VERDADE NO DIREITO PROBATÓRIO

Cássio Benvenuto de Castro

Resumo: A verdade como correspondência é um vidade estrutural do processo justo. O ponto de partida da análise consiste na contraposição dos entendimentos sobre o modelo de prova e de procedimento probatório, considerando a relação teleológica e a relação conceitual que a verdade e a prova assumiram, respectivamente, na tradição da experiência medieval e da época moderna. Com o aprimoramento dos estudos sobre a epistemologia, verifica-se uma inicial polaridade assimétrica entre essas linhas de pensamento, que, atualmente, não chegam a ser excludentes, pois não existe um sistema ortodoxo ou puro. O processo constitucional colaborativo condensa um modelo subjetivo de prova (baseado no convencimento do juiz) e um modelo objetivo de prova (baseado na corroboração das hipóteses provadas em direção à verdade) para resultar na consagração do funcionamento do direito probatório baseado na probabilidade e na possibilidade de evitação do erro judiciário na tomada de decisão sobre os fatos no processo.

Palavras-chave: cultura; processo; verdade; prova

THE PENDULUM OF TRUTH IN EVIDENTIAL LAW

Abstract: Truth as correspondence is a structural value of due process. The starting point of the analysis consists in contrasting the understandings about the model of proof and procedure, considering the aim relationship and the conceptual relationship that truth and proof assumed, respectively, in the tradition of medieval experience and modern times. With the improvement of studies on epistemology, there is an initial asymmetrical term between these lines of thought, which, currently, are not mutually exclusive, as there is no a pure system. The collaborative constitutional process gathers a subjective

¹ Bacharel em Direito pela UFRGS, Especialista em Ciências Criminais pela UNIPAR, Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor pela UFRGS, Pós-graduando em Coletivização, Precedentes, Coerência e Integridade do Direito pela ENFAM. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Para falar com o autor: @cassiobenvenuto

proof model (based on the judge's conviction) and an objective proof model (based on the corroboration of evidences towards the truth) to result in the wisdom of the functioning of the evidentiary law based on probability and possibility to avoid judicial error in decision-making.

Keywords: culture; process; truth; evidence

INTRODUÇÃO

“Contra fatos não existem argumentos” é um ditado popular enganoso no lugar processual. O processo é um método de trabalho para resolver um litígio entre sujeitos geralmente contrapostos. As partes fazem suas narrativas conforme o interesse que possuem no objeto da causa e o juiz aparece como figura estranha e equidistante em relação ao contencioso, para adjudicar ou compor a disputa civil. Logo, os fatos são objeto de conjeturas, contestações, predições e valorações que escapam de um apontamento categórico ou unitário.

“Contra os fatos ocorrem inúmeros argumentos” – o ditado deve ser atualizado para abarcar o equilíbrio dinâmico entre convencimento do juiz (ou possibilidade de apanhar os fatos pela compreensão) e o realismo de que os fenômenos existem ou não existem.

O formalismo processual é conformado por diversos valores que convivem em profusão: a segurança jurídica, a efetividade, a pacificação social, a garantia de participação na formação da decisão e a justiça, que são axiologicamente destacados para conferir sustentabilidade ao processo. Essas máximas não se reportam diretamente aos “fatos” da demanda, que são os fenômenos que realmente fazem eclodir um litígio. Isso não quer dizer que o direito coloque os “fatos” em um segundo plano de análise. O problema é que a teoria do processo, seus institutos fundamentais e a normas basilares, por vezes são refratárias à dinâmica de reconstrução dos fatos no lugar processual, privilegiando o que “está na cabeça do juiz”, ao invés de priorizar “a corroboração das hipóteses calcadas em provas”.

A importância do ensaio é sobre o *elemento nuclear da tomada de decisão sobre as provas* do processo: as provas servem para “convencer” o juiz ou elas servem para corroborar a hipótese afirmada e resultar em uma probabilidade que aponta para a “verdade”? Em outras palavras: convencimento X verdade.

A primeira modalidade tem o convencimento do juiz como elemento persuasivo imperante para a reconstrução dos fatos da causa. O segundo modelo ultrapassa “além da crença” do juiz, elegendo a “verdade” como um valor processual e que pode ser atingido não apenas no processo, mas em qualquer ciência com um método consagrado (sujeitos a testes e repetível para a confirmação).

Em terminologia contemporânea, a linha de visada aparentemente polariza um modelo subjetivo de prova e um modelo objetivo de prova, o que denota a existência de um autêntico pêndulo sobre o pareamento da verdade com as provas do processo. Importante notar que os modelos de funcionamento da prova não são estanques ou unívocos a um formalismo que é produto da cultura, porém, entre eles existe uma imbricação para tratar o procedimento e o resultado da prova, sendo que a verdade não pode ser dispensada no atual quadrante constitucional, “apesar” da inexorável presença do “convencimento”² em todas as atividades eminentemente culturais.

1. A VERDADE COMO CORRESPONDÊNCIA. POR QUE FALAR EM PÊNDULO?

O direito é produto da cultura em todas as suas vertentes. Existem povos e tradições que ainda na atualidade resolvem suas disputas por intermédio de métodos a exemplo do combate ou de ordálias, valendo-se de crenças que causam um certo espanto com a racionalidade festejada no mundo ocidental. Isso não desprestigia a verdade, tampouco o modelo de justiça desses lugares pode ser apequenado, apenas assinala que processo e cultura estão conectados e implicados reflexivamente, em especial, no capítulo do direito probatório.

No Brasil, o exemplo do combate às “fake news” é uma situação que descobre um movimento cultural que não tolera situações fantasiosas. Todas as instituições brasileiras estão empenhadas em reprimir esse tipo de prática, considerando os possíveis danos que ela repercute. Fica muito nítido que a

² O convencimento que se fala em termos de avaliação da prova é no sentido de “aceitação”, considerando o caráter voluntário e contextual desse movimento. FERRE BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no processo*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 97. A filosofia e mais especificamente a epistemologia não assinalam para um objetivismo absoluto, no qual os fatores que afetam a cognição da pessoa não tem importância – não é isso que se trata. Porém, o modelo objetivo de funcionamento da prova trabalha com uma realidade que aconteceu no mundo da vida e procura, por intermédio de justificações válidas, provar o encadeamento analítico de provas que reconstruam essa situação.

verdade é uma questão cultural abarcada pelos nossos agentes jurídicos, um parâmetro muito caro ao Estado Constitucional.

Um exemplo do repúdio às “fake news” pode ser avistado em um simples “meme” da Copa do Mundo do Catar do ano de 2022. Um sujeito mostrou a fotografia de uma mulher não trajando a parte de cima da roupa, naquele país sede da Copa (“topless”), como se fora uma torcedora comemorando em um jogo das seleções de futebol. A imagem tem os indicativos de que não é verdadeira, levando em conta que naquele país existem diversas restrições no concernente às vestimentas das mulheres. No Catar, a indumentária da mulher consiste em um dogma cultural que diferencia os hábitos e normas sociais peculiares no tempo e lugar, pois a mulher que frequentou aqueles jogos não tem a liberdade de se trajar conforme os padrões e costumes ocidentais (em especial, a liberdade dos vestuários Brasil tropical). A questão não é reprimir ou conceder liberdade à mulher, não se perca o foco do ensaio, mas o problema é repudiar a “fake news”, que se trata de um mascaramento à busca da verdade, um inimigo da verdade. Fica evidente que o direito reproduz uma cultura e o direito probatório segue a mesma orientação da tradição que lhe acolhe.

Nos costumes ocidentais, Ferrer Beltrán³ comenta sobre uma concepção racionalista da prova, por intermédio da qual podem ser destacados os seguintes requisitos: (a) a relação teleológica da prova com a verdade, ou seja, a verdade é uma busca que deve tentar ser alcançada; (b) o conceito de verdade utilizado é a verdade por correspondência⁴, porque existe um mundo real fora do processo e que serve de *standard* máximo de correção da decisão; (c) as limitações epistêmicas são comuns a todas as searas do conhecimento, considerando que é natural a tomada de decisão em situação de incerteza, porém, para superar o “gap” entre o fenômeno físico e a compreensão das coisas pelo corpo e mente

³ FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O *test case* da responsabilidade do Estado por prisão preventiva errônea. Trad. Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Shneider Kircher. In FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 242/243.

⁴ Cada enunciado sobre os fatos é verdadeiro por corresponder, ou não, ao fenômeno vivenciado no mundo real. Porém, isso não quer dizer que a relação entre observador e objeto seja totalmente objetiva, sem interferências dos atalhos dos modelos mentais do ser humano que analisa o fato e a prova. A solução prudente para preservar o quanto possível a ideia da verdade por correspondência é coligar a sua utilização ao movimento das justificações válidas (“*warrant assertibility*”), que conferem uma aparência de tendente objetividade à inerente condição “subjetiva do corpo, mente e linguagem” do ser humano frente a qualquer problema da existência. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons: Madrid, 2012, p. 101.

do sujeito, a epistemologia deve ser pautada por justificações válidas⁵; portanto, (d) o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico e utiliza a inferência por indução.

A cultura brasileira observa essas diretrizes.

Modelo racional do funcionamento da prova conforme Jordi Ferrer Beltrán	a relação teleológica da prova com a verdade, ou seja, a verdade é uma busca que deve tentar ser alcançada
	o conceito de verdade utilizado é a verdade por correspondência, porque existe um mundo real fora do processo e que serve de <i>standard</i> máximo de correção da decisão
	as limitações epistêmicas são comuns a todas as searas do conhecimento, considerando que é natural a tomada de decisão em situação de incerteza, porém, para superar o “ <i>gap</i> ” entre o fenômeno físico e a compreensão das coisas pelo corpo e mente do sujeito, a epistemologia deve ser pautada por justificações válidas
	o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico e utiliza a inferência por indução

Não adianta modificar diversos dispositivos do Código de Processo Civil, se a tendência cultural para observar a prova não tiver a noção da verdade como um pilar externo de sustentação, somada à necessidade de justificção válida para a constatação. Ninguém está defendendo um “objetivismo ingênuo”, mas chamando a atenção para aspectos que fazem a prova ser alavancada a um movimento de sustentabilidade por causa da força imperativa das justificções universalizáveis. Em outras palavras, ainda que o ordenamento jurídico, em um ou em outro artigo faça parecer que o “convencimento” do juiz é o que “mais” importa, a cultura decorrente do modelo racional da prova implica um estado de coisas que deve ser seguido. A verdade deve ser buscada “apesar” do convencimento demasiadamente humano do juiz.

⁵ Ferrer Beltrán assinala que nunca um conjunto de elementos de juízo, por mais rico e fiável que seja, poderá alcançar certezas absolutamente racionais, ou seja, não afetadas de alguma forma pela psicologia e pela subjetividade. Afinal, todos os fenômenos acontecem ou não acontecem no plano da vida, mas o ser humano somente consegue extrair as noções de entendimento sobre os fatos por intermédio de um contexto de incerteza que depende das impressões pessoais sujeitas a oscilações decorrentes do contexto de incerteza. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción* – estándares de prueba y debido proceso. Marcial Pons: Madrid, 2021, p. 18.

A integridade intelectual de qualquer pesquisador pressupõe a busca da verdade. A filosofia comenta sobre a verdade por correspondência, a verdade como coerência, a verdade como consenso⁶, dentre outras. Nesse ensaio, não há espaço para discutir a noção filosófica da verdade, mas apenas lembrar que as narrativas processuais se referem a um fenômeno que aconteceu ou não aconteceu, para tanto, a decisão levará em conta a carga argumentativa das justificações válidas que orientam a racionalidade do discurso.

A dogmática do processo adota geralmente o sentido da verdade como correspondência, uma vez que o mundo real existe e deve ser privilegiada a verdade como virtude, porque do contrário, poderá se estar defendendo a “inverdade” (em uma ideia alética do termo). Como produto cultural, a verdade oscila no processo civil, como se fora a figura de um *pêndulo, que ora privilegia a verdade, ora privilegia o convencimento do juiz no centro do direito probatório*. A questão da polaridade assimétrica chamou a atenção da doutrina, embora “a regulação do procedimento probatório pende para o demonstrativo; o controle do juízo de fato e da fundamentação pende para o persuasivo”⁷. Ou seja, *levando em conta a polissemia da prova* (prova como meio de prova, como procedimento e como resultado), na prática, cabe arriscar que não existe um modelo puro⁸.

A relação entre a verdade e a prova nem sempre foi atributiva de sentidos tanto no plano filosófico quanto no plano da analítica jurídica. Em realidade, os

⁶ A filosofia repercutiu diversas teorias sobre o sentido da verdade. A teoria da coerência entende que a verdade consiste em um conjunto de crenças que autorrelacionam como um sistema autopoiético. A teoria da correspondência assinala que a verdade não é uma relação com outra proposição, mas uma ligação com o mundo dos fatos. A teoria pragmatista acaba reunindo as duas ideias, porque a verdade depende de um referencial externo, mas que sobrevive ao teste da coerência das crenças em um ambiente de experiência real. HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002, p. 127/9.

⁷ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11.

⁸ “Sarebbe forse eccessivo, a questo riguardo, ritenere che esista un modello epistemologico definito, unitario e comune ai vari sistemi, Va però rilevata l’esistenza di tendenze convergenti, che muovono da presupposti di método sostanzialmente omogenei.

A fronte di ciò, occorre invece considerare che al livello istituzionale, ossia di disciplina giuridica della prova e del procedimento probatório, opera una serie de varianti, che hanno peso e contenuto diverso nei vari sistemi, e che quindi determinano l’esistenza di diversi modelli <legali> della prova.” Em tradução livre: “Seria talvez excessivo, nesta visada, acreditar que existe um modelo epistemológico definido, unitário e comum aos vários sistemas, mas há que notar a existência de tendências convergentes, que partem de pressupostos metodológicos substancialmente homogêneos. Perante isto, importa antes considerar que ao nível institucional, ou seja, da disciplina jurídica da prova e do processo probatório, existe uma série de variantes, que têm peso e conteúdo nos diversos sistemas, e que por isso determinam a existência de diferentes modelos <legal> do julgamento”. TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatório. Rivista di Diritto Processuale, anno XLV, n. 2, p. 444.

processualistas foram influenciados por Alessandro Giuliani, que estudando a tradição do formalismo processual separou em duas correntes as implicações entre verdade e prova.

De um lado, o autor assevera que o *modelo persuasivo* de procedimento probatório foi manuseado na idade média, sendo típico de um processo simétrico, cujo ponto de partida era a imbricação (mistura) entre o fato e o direito, com a prova cumprindo a função de um argumento retórico. O resultado do achado judiciário não seria a verdade bruta, substancial ou com pretensão de correspondência ao mundo real. Quando o juiz adjudicava a reconstrução dos fatos, ele indicava uma probabilidade, uma tendência de verdade, então se falando em relação teleológica das provas com a verdade (algo que é perfeitamente utilizado atualmente). Alessandro Giuliani⁹ refere que a divisão do conhecimento entre as partes, por intermédio da retórica, servia como remédio contra a falibilidade do juízo. A técnica probatória utilizada inseria no processo a civilidade e a lógica, aspectos da democratização do conhecimento, o que pressupunha a confiança na capacidade da razão¹⁰ humana de conhecer o passado por intermédio dos estados mentais dos sujeitos debatedores.

Em contrapartida, diferente do modelo persuasivo, as fontes referem que o *modelo demonstrativo de provar* foi típico da idade moderna e trabalhava as evidências como uma razão para encontrar uma verdade cartesiana, tendo como ponto de partida a separação ortodoxa entre fato e direito. O marco histórico dessas implicações decorre da assunção do caráter estatal da jurisdição, oportunidade em que o selo de autoridade da decisão não poderia ser questionado, porque atendia aos anseios matemáticos ou de uma lógica pressuposta ao diálogo entre as partes. Nicola Picardi¹¹ salienta que a passagem do “iudicium” (idade média) para o “processus” (idade moderna) representou uma

⁹ GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonômico). Rivista di Diritto Processuale, anno XLIII, n. 3, p. 600.

¹⁰ “Il passaggio da un sistema di prove irrazionali all'ordo iudiciarius non sarebbe stato possibile senza l'assimilazione di quella logica del probabile, legata alla tradizione tópic-retorica”. Em tradução livre: “A passagem de um sistema de provas irracionais para o ordo iudiciarius não teria sido possível sem a assimilação dessa lógica do provável, ligada à tradição tópic-retórica”. GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. Enciclopedia del diritto, XXXVII, p. 533. A importância do momento cultural é monumental, porque, na idade média, havia uma sociedade “simétrica”, sem verticalização de autoridades que se auto proclamavam como detentores de “dizer a verdade”. Nesse ambiente, incerto pela ausência do Estado Nacional e movido por ocasião dos interesses multipolares dos feudos, havia uma oportunidade propícia ao reforço do contraditório como critério da verdade “provável ou possível”, sem categorismos decorrente de “argumento de autoridade” (a exemplo de que o Estado não erra).

¹¹ PICARDI, Nicola. Processo civile (dir. moderno). Enciclopedia del Diritto, p. 113, vol. XXXVI.

transição da velha lógica retórica para um pensamento de ordem matemática e assertivo, que não poderia ser questionado pelos sujeitos parciais da demanda. A autoridade do Estado se fazia presente, de maneira assimétrica (geométrica), para definir a questão probatória do processo com fundamento na autoridade do poder central. O resultado disso seria a solução categórica da verdade, que acabou sendo denominada verdade demonstrativa. O processo moderno, assimétrico em seu formalismo, abarcou a maneira de observar o resultado da tomada de decisão sobre a prova como uma relação conceitual entre prova e verdade – considerando que não se cogitava da hipótese de falibilidade na decisão¹², afinal, o Estado “não erra”.

A constitucionalização do direito fundamental à prova emplaca a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Logo, não basta ter um procedimento qualquer ou um apanhado de conceitos que se refiram ao resultado na leitura da prova. O ordenamento jurídico deve ser compreendido como um modelo racional¹³, cognitivista, que busca a verdade por intermédio da probabilidade, possui *standards* externos como parâmetro e os atores do processo atuam em cooperação. O juiz deve atuar com alma e com calma na avaliação da prova, ponderando com humildade e deferência os argumentos contrapostos. Portanto, fica nítido que “verdade” e “convencimento” devem conviver, a grande questão é dotar o sistema e o controle da decisão de critérios que não permitam que a mera vontade do juiz subjugu a verdade firmada por convicções válidas e tendentes à universalização.

O Código de Processo Civil, de algum maneira, reflete a clássica distinção

¹² Hermes Zaneti Jr. escreve sobre a distinção entre um modelo clássico e um modelo moderno em termos de funcionamento da prova. O modelo clássico parte da lógica e da retórica, pensando a partir do problema, com um perfil muito mais prático e direcionado à difusão da probabilidade como linha de chegada da verdade. De outro lado, o modelo moderno é sistemático e fechado, elabora suas conclusões por intermédio de fórmulas, um esquema geométrico que separa fato e direito, sendo que neste caso não existe espaço para o erro – afinal, a estatização do processo e a institucionalização do litígio confere o selo de infalibilidade aos achados decididos. ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Revista de Processo, vol. 116/2004, p. 4, edição on-line.

¹³ A racionalidade que se fala tem um duplo aspecto: evitar julgamentos guiados pelas emoções ou intuições, portanto, destituídos de base empírica, bem como manter uma abordagem que seja comum aos indivíduos em termos de razoabilidade, ou melhor, as escolhas devem ser universalizáveis ou tendentes à aceitação geral. Karl Popper defende essa dupla preocupação para concluir que “o racionalismo está ligado à ideia de que o outro tem o direito de ser ouvido e defender seus argumentos. Assim, implica reconhecer a reivindicação de tolerância, pelo menos em relação a todos os que não são tolerantes.” O autor lembra Kant para assentar que a ética pode não estar totalmente assentada na ideia de razão, porém, uma base científica racional é fundamental para atingir a soluções eticamente aceitáveis. POPPER, Karl. A defesa do racionalismo. In POPPER, Karl. Textos Escolhidos. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 42.

elaborada pela reconstrução histórica de Alessandro Giuliani. Afinal, os dispositivos apresentam uma nítida oscilação entre um modelo conceitual e um modelo teleológico entre prova e verdade. Melhor falar, em tempos atuais, em um modelo objetivo de prova e um modelo subjetivo de prova¹⁴, para fixar a polarização catártica entre verdade e convencimento do juiz.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	
Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;	Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Parece o jogo do “telefone sem fio”. O primeiro interlocutor sabe a *verdade*, mas na medida em que a mensagem vai transitando ao largo do processo, somente se fala em *convencimento*. Existe integridade ou uma racionalidade de coordenar as coisas jurídicas nessa narrativa? O processo é coisa séria e os enunciados probatórios geralmente se reportam a fatos ocorridos no passado. Logo, a verdade deve estar presente em todos os desdobramentos, tanto do procedimento quanto do resultado do fenômeno probatório.

A doutrina costuma dizer que a diferença entre modelo persuasivo e modelo demonstrativo é o caráter estatal do procedimento e a respectiva assimetriação do esquema do processo. O que mais chama a atenção, porém, é o que Karl Popper¹⁵ chama de problema da “demarcação ou do falseamento”. Afinal, somente existe ciência qualificada se os respectivos enunciados podem ser testados, quer dizer, confrontados por hipóteses com pretensão de derrotabilidade ou diferenciação, e as ideias supostas acabarem sendo confirmadas ou refutadas.

¹⁴ Levando em consideração a polissemia da prova, existem duas formas de estabelecer a relação entre prova e verdade: uma relação conceitual (que trata da prova enquanto resultado) e uma relação teleológica (que trata da prova como atividade). Por isso que diversos textos discorrem sobre “modelo de prova e de atividade probatória”, porque o tratamento que se confere à relação entre prova e verdade pode estruturar essas duas perspectivas. Atualmente, para ser mais vertical ao que se pretende falar, é melhor discorrer sobre um modelo subjetivo e um modelo objetivo do funcionamento da prova – salientando o foco da questão. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59/60.

¹⁵ POPPER, Karl. O problema da demarcação. In POPPER, Karl. *Textos Escolhidos*. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 118/9.

Na modalidade da idade média, a prática persuasiva não afastava de plano a intenção de discussão, mas essa noção não era admitida na idade moderna (porque o “Estado não erra”).

Ocorre que hoje está assentado que a verdade tem a probabilidade em seu conteúdo. Por isso se fala que o sistema probatório tem relação teleológica com uma verdade como correspondência, atuando com justificações válidas para as alegações sobre os fatos. A tarefa da comunidade de trabalho é construir um contexto suficiente de provas que respaldem determinada situação. O modelo cooperativo de processo civil, francamente, ajusta uma proliferação de atos e diálogos no sentido de elaborar os possíveis falseamentos da verdade, nos dizeres de Karl Popper, para avistar e evitar a margem de erro¹⁶. Assim, a característica marcante que *diferencia as tradições no referente ao modelo probatório é o senso do achado categórico*, que não atualmente deve ser adaptar a um mundo e a uma tecnologia em contínua e célere transformação.

Nos dias atuais já não se fala comumente em modelo demonstrativo ou modelo persuasivo do procedimento probatório. A discussão superou a terminologia de Alessandro Giuliani e hoje fala sobre a figura central da tomada de decisão sobre as provas no processo – convencimento X verdade. Portanto, melhor elaborar uma relação entre o funcionamento subjetivo (marcado pelo convencimento do juiz no foco do problema) e o funcionamento objetivo da prova (marcado pela relação entre hipóteses e provas no centro do problema).

2. O PROBLEMA DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL (SOBRE O MODELO SUBJETIVO DE FUNCIONAMENTO DA PROVA)

A dogmática do processo civil rendeu atenção à sistematização das regras sobre o direito probatório e na conceituação de institutos que podem ser

¹⁶ A questão da margem de erro ou do “tamanho da ignorância” é das mais fascinantes e contundentes na literatura de Karl Popper. No presente ensaio, impossível descer a essas profundas reflexões teóricas. Ocorre que, com a digitalização da vida, em um mundo cada vez mais movimentado pelas manadas de comportamentos seriais, a noção da margem de erro deve ser ponderada juntamente com a probabilidade. Quando maior o coeficiente do provável, menor a força sinistra da ignorância. A lógica enquanto conjunto de regras consagradas pode ser reputada quase infalível em termos formais, mas as crenças das pessoas em determinada situação, o aspecto material da lógica, embora científica, vai depender das variáveis do objeto, do tamanho da amostragem, da repetição dos testes e do aspecto decorrente da universalidade. Tudo sopesado, algo pode ser mais ou menos falível – portanto, a margem de erro pode ser maior, tendo em vista que os elementos que compõem a hipótese sejam suscetíveis a variações pressupostas. POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. 2ª ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 31.

manejados ao largo do procedimento. O legado da idade moderna, portanto, repercute o jusestatalismo¹⁷ e a codificação, tendo como objetivo organizar conceitos (“as coisas jurídicas”) de maneira que pudessem emprestar uma pressuposta calculabilidade aos desdobramentos inerentes à reconstrução dos fatos da causa de maneira institucionalizada. Porém, não adianta modificar a legislação e trabalhar na dicotomia do lícito-ilícito se a cultura ou a maneira de analisar as questões referentes às provas do processo permanece arraigada decisionismos. O capítulo do processo civil em direito probatório se tornou de veras conceitual e repleto de dispositivos que pretendem elaborar uma espécie de “sistema fechado” em tipos inexoráveis¹⁸ – na esperança que a modulação afastasse o solipsismo e mitigasse a própria valoração da prova pelo juiz.

A preocupação do jurista não se encontrava nos fatos, nas alegações dos fatos, tampouco na verdade, mas em como fazer encaixar as narrativas dos sujeitos processuais em normas positivadas no ordenamento¹⁹. Possível dizer que os clássicos reputavam o processo como um método de trabalho para resolver conflitos e pacificar com justiça, sendo que a verdade assumiria um plano orbital. De qualquer maneira, ninguém pode negar que a verdade também é

¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 22/4.

¹⁸ Merece referência o Prefácio elaborado por Sérgio Cruz Arenhart no livro CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Perícia judiciária – comentando os dispositivos do processo civil*. Belo Horizonte: Forum, 2022. O autor salienta a importância interdisciplinar do exame da prova, sendo que as regras codificadas pelo direito são compromissadas com garantias que não afastam um erro de lógica, de avaliação psicológica ou epistemológica das operações sobre as provas. Sérgio Cruz Arenhart adverte: “Tudo isso faz com que, muitas vezes, o tema da prova seja menosprezado pela doutrina. Todavia, essas percepções escondem um gigantesco erro de premissa. O grande problema dessas ideias é imaginar que as regras de prova servem para informar o juiz como ele deve formar sua convicção ou como a realidade deve ser encontrada. Como é óbvio – e como já demonstrado por tantos juristas inúmeras vezes – as regras sobre prova jamais poderiam assumir essa função, até porque é impossível para o Direito governar o convencimento íntimo do juiz ou estabelecer a forma pela qual a verdade deve ser “revelada”. Isso talvez seja alvo da psicologia, da sociologia ou da filosofia. O papel das regras sobre prova é muito menos pretensioso, mas ainda assim fundamental. Pretendem elas estabelecer os critérios válidos de apropriação de vestígios do passado pelo processo e, o que é muito mais importante, pretendem fixar a validade dos argumentos empregados para a justificação da decisão judicial a respeito dos fatos. Vale dizer: o processo não é capaz de governar a forma pela qual o juiz se convence a respeito dos fatos da causa; todavia, pode sim esclarecer se os argumentos empregados pelo juiz para afirmar que um fato ocorreu são ou não são válidos. Trata-se, por isso, de um sofisticado sistema de controle da justificação judicial. O mesmo papel desempenhado pelo art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC, para o controle da justificação no campo das questões de direito, é exercido pelas regras sobre prova no campo da determinação dos fatos.”

¹⁹ Essa visão míope é decorrente da própria metodologia do ensino jurídico nas faculdades. Os estudantes vão para as escolas para experimentar as normas do direito probatório. Com o passar do tempo, nas audiências, os velhos estudantes se tornam operadores do direito “travados”, formalistas e completamente perdidos sobre as premissas que realmente importam no exame da prova. Tudo o que eles sabem é repetir o texto do Código, algo que qualquer “machine learning” pode fazer com mais propriedade.

uma “máxima” ou um “valor” que precisa ser sopesado com a segurança jurídica e com a efetividade para que se obtenha um processo justo.

Tratar da verdade não se limita ao processo civil – a concatenação entre proposições e a tomada de decisão reclama a intervenção da teoria do conhecimento. O primeiro problema apresentado já denota essa impositação, sendo que os demais permanecem em um “limbo” que pretende ser jurídico, porém, em realidade, estão mergulhados impreterivelmente na filosofia que manuseia as justificações racionais (seção da epistemologia como teoria que estuda a obtenção do conhecimento).

1º problema: A impossibilidade de apreender o objeto em sua totalidade

O conhecimento total e onisciente sobre determinado fenômeno é algo utópico. De maneira pragmática, o processo trabalha com a aproximação à verdade²⁰. Ocorre que o modelo subjetivo de funcionamento da prova se vale de aspectos inerentes à pessoa do juiz para dizer que, na hipótese de não conseguir avistar a “macrolide”, ele pode se reputar convencido pela “certeza” ou “crença” que leva à resolução do conflito, segundo Carnelutti²¹.

O autor italiano assinala o exemplo de uma moeda, em que o sujeito conhece a “cara”, mas desconhece a “coroa”. Pairando uma dúvida pertinente sobre a tomada de decisão, ele deve escolher conforme os padrões que abalizam a certeza apreendida do processo, o que ressalta o caráter subjetivo da solução. A doutrina²² refere que mesmo o juiz mais escrupuloso e atento se submete ao indelével recorte do todo, que é próprio da natureza humana, ou seja, aquilo que se observa é apenas aquilo que parece ser visto. Não seria a suposta verdade, mas uma verossimilhança ou aparência de como os fenômenos aconteceram. Prosseguindo com mais um conceito auxiliar ao modelo subjetivo do funcionamento da prova – a verossimilhança, aquilo que geralmente acontece com base no senso comum, pode sofrer variações ou manipulações²³

²⁰ CASTRO, Cássio Benvenuto de. Standards de prova – na perspectiva da tutela dos direitos. Londrina: Thoth, 2021, p. 66/7.

²¹ CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, n. 9, julho/setembro 1998, Trad. Eduardo Cambi, p. 607.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 39.

²³ A verossimilhança é o “id quod plerumque accidit” e sofre influxos dos vieses e interferências da psicologia social reinante em determinado tempo. Para tanto, o juiz deve trabalhar seu foco na epistemologia de justificações racionais e, ainda por cima, fazer terapia obrigatória para se despir de pré-conceitos que talvez ele nem saiba que lhe acometem.

subliminares, até o ponto de se descolar completamente da verdade e afundar em intuicionismos.

A questão é que a verdade não precisa ser total para legitimar a solução de um litígio, mas basta uma verdade suficiente à guisa da corroboração das provas amealhadas no processo. Isso é resolvido com a pressuposição da probabilidade para concluir pela verdade. Esse contexto de tendência de verdade se vale de justificações válidas para resultar na reconstrução dos fatos.

2º problema: A maneira formalista de pensar sobre as provas

O raciocínio probatório tem caráter refratário à tradição do ensino do direito analítico probatório brasileiro, tendo em vista a dificuldade de aprisionar o “juízo de fato” à estrutura das regras legais²⁴. Com efeito, o *positivista pensa a partir das regras legais para o fato (rule centered)*, revelando um paradigma formalista²⁵.

Por esse legado, “o vício conhecido na teoria do direito como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude perante as normas formuladas verbalmente que busca, após a edição da norma geral, simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade de escolha”²⁶. Isso justifica a permanência da teoria de Alessandro Giuliani, por intermédio da qual a tradição elabora uma autêntica dicotomia para explicar a relação entre verdade e prova – um modelo persuasivo (relação teleológica entre prova e verdade) e um modelo demonstrativo (relação conceitual entre prova e verdade).

A identificação desses modelos às instituições de poder da idade média e da idade moderna (respectivamente) de alguma forma encobria o que hoje prevalece no estudo do funcionamento da prova. Atualmente, existe uma contraposição entre a ideia da vontade do julgador (convencimento) como núcleo da atividade probatória e a ideia que trabalha com a verdade e com a corroboração de hipóteses como justificações válidas como núcleo da atividade

²⁴ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3.

²⁵ Michele Taruffo assinala que o sistema de civil law pode ser definido como “fechado” em termos de direito probatório. Em primeiro lugar, porque se entende que todos os fenômenos probatórios estão encerrados em normas. Em segundo lugar, porque existe uma tipicidade quase exaustiva no tocante aos meios de prova. Em consequência, a disciplina judiciária da prova passa a ser reputada um certame autossuficiente e autônomo em relação a qualquer outro setor da experiência – razão pela qual os positivistas jamais falavam em epistemologia, a abordagem hermenêutica permanecia esquecida. TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In TARUFFO, Michele. Processo civil comparado: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 50 e 51.

²⁶ HART, H. L. A. O conceito de direito. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 168.

probatória. Com essa nova impostação das coisas jurídicas, que leva em conta conceitos e instituições jurídicas, torna-se possível avistar o umbral de tendências limítrofes no próprio interior dessa experiência formalista, viabilizando pensar no “erro” na tomada de decisão – desde que seja adotado o modelo racional ou objetivo do funcionamento da prova.

3º problema: O inevitável subjetivismo na feitura e na leitura das provas (“gap” entre o mundo real e a compreensão-linguagem)

Uma testemunha idosa avistou um rapaz e disse que ele passou correndo muito rápido. Outra testemunha ocular, pessoa de menos idade, referiu que o sujeito estava apenas praticando uma marcha atlética. Uma terceira testemunha, que é um corredor profissional, assinalou que o sujeito sequer estava correndo, mas aquecendo para a prática de algum exercício físico.

O singelo exemplo explicita que um fenômeno pode ser interpretado de diversas maneiras, a depender da vivência do observador. Na prática da jurisdição, isso acontece frequentemente em acidentes de trânsito²⁷. Segundo a doutrina, a “reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos objetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta. A interpretação sobre o fato – ou sobre a prova direta dele derivada – altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. Mais que isso, o julgador (ou o historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma”²⁸.

O contato do evento com a pessoa que transmite a informação sofre essas oscilações. Em decorrência desse fator “humano” das impressões sobre o mundo real, o juiz é o sujeito menos informado do processo, é o sujeito que mais sofre com as narrativas tendenciosas das partes. Nesse sentido, a doutrina se vale de conceitos de natureza subjetiva para assegurar a validade dos recortes factuais.

²⁷ Em diversos acidentes de trânsito, um sujeito efetua uma manobra e seu carro é abalroado por outro, que vinha transitando. Uma alegação quase sempre presente é que o carro que bateu no condutor “descuidado” se deslocava em alta velocidade. A questão da velocidade não pode ser apreendida por “crença”, “intuicionismo”, quando não há marcador ou medidor objetivo de velocidade. Os artigos 34 a 37 do Código de Trânsito Brasileiro pautam inferências legalizadas, adiantando que o condutor que efetua uma manobra deve ter toda a atenção em relação aos veículos que estão trafegando. Vale dizer, a mera alegação do excesso de velocidade, em geral, não retira a probabilidade de que o veículo que colidiu estava atendendo aos ditames do trânsito. De outro lado, salvo rara exceção, quem efetuou a manobra provavelmente é reputado culpado.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 35.

Os comentadores falam em certeza sobre o fato ou em verossimilhança sobre o fato, situações que acenam uma aproximação razoável e humana da observação em relação ao contexto probatório apresentado. Por isso que respeitável corrente defende a prevalência do “convencimento do juiz” ou “persuasão do juiz” acima da “busca da verdade” no processo, tendo em vista que os aspectos objetivos da verdade são *deturpados pela indelével intervenção humana em todos os desdobramentos da produção da prova*.

Em síntese, o modelo subjetivo de solução probatória²⁹ coloca o “juiz no centro do problema probatório. Como destinatário final da prova, é ele quem deve estar convencido da validade (ou não) das proposições formuladas”, ou seja, possível dizer que se trata de um resquício da colocação do instituto da Jurisdição no núcleo da teoria do processo³⁰, que repercute efeitos para todas as fases do procedimento probatório. Com base nesse modelo, por exemplo, que o juiz não admite prova por já estar “convencido”, assim como ele pratica “subvalorização” de itens que não o “convence” e “supervalorização” de provas que o “convenceram”. O resultado desse modelo de pensar a prova praticamente exclui a figura do “erro” de julgamento, afinal, o juiz é o autêntico “dono da verdade” em um sistema por intermédio do qual o *Estado não erra*.

3. EM ESPECIAL: O CONTEÚDO E O ALCANCE DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL (MODELO OBJETIVO DE FUNCIONAMENTO DA PROVA)

Além da polissemia na conceituação da prova (procedimento, meio de prova e resultado), em termos práticos, a prova consiste em um elemento relacional entre o mundo real (verdade) e a tomada de decisão. O raciocínio elaborado pelo juiz leva em conta a trilogia “hipótese ↔ meio de prova ↔ decisão”, sendo que qualquer ranhura em um desses elementos compromete a totalidade do

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 62.

³⁰ No modelo subjetivo de funcionamento da prova, o juiz entende o que foi provado conforme o convencimento. Muitas vezes, sequer rebate todas as alegações pontuadas pelas partes. A doutrina tem contestado esse estado de coisas, ao defender o parâmetro da verdade: “Não se quer transformar o juiz em mero cancelador de provas; o juiz continuará sujeito a critérios subjetivos de seu julgamento e é ele quem continuará interpretando e aplicando os critérios legais para a corroboração objetiva das hipóteses fáticas. Trata-se apenas de buscar maior racionalidade do juízo fático. Aliás, continuará sendo necessário o exercício jurisdicional, seja porque haverá necessidade de interpretação e aplicação dos critérios objetivamente postos pela lei, seja porque a própria consequência jurídica extraída de cada fato dependerá da inteligência do órgão julgador”. AUILO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 111. No momento em que o convencimento está no núcleo do modelo probatório, o que o juiz disser não pode ser contestado, porque não existe parâmetro objetivo de controle.

achado. O problema de um modelo criterioso sobre a prova está em considerar a finalidade da prova como a tarefa de “convencer o juiz”, uma ideia persuasiva, que permanece indiferente à verdade e ao próprio erro de julgamento – *não existindo um parâmetro objetivo de controle da avaliação sobre prova, impossível cogitar a respeito de “standards”, tampouco assinalar que houve erro de julgamento* (afinal, a intimidade do convencimento do juiz é que determina a solução na reconstrução dos fatos em direito processual)³¹.

Em contraponto ao “problema” do convencimento judicial, que serve de fundamento para a verifobia, o modelo objetivo de prova tem como critério externo a verdade como correspondência, segundo a qual o mundo real existe³², a verdade externa ao processo existe ou não existe. Óbvio que a verdade pode ser apresentada por narrativas e a perspectiva da “story telling” pode fazer parecer o seu conteúdo dissonante da verdade propriamente dita. Entretanto, para além das narrativas, a teoria da correspondência vem reforçada pelo tratamento da verdade no lugar processual por intermédio de justificações válidas respaldadas em provas suficientes. Uma ideia alética da verdade, ou seja, dizer que é mera correspondência poderia incorrer em um realismo ingênuo. Todavia, é crescente a defesa por uma dimensão epistêmica do modelo probatório, que deve se estruturar em normas de lógica e de racionalidade³³.

O sentido da verdade como correspondência aparece adensado pelo sentido da verdade como resultado de justificações válidas.

Michele Taruffo esclarece diversos pontos que assinalam a necessidade de a verdade ser um “valor” para uma decisão justa. Em primeiro lugar, o mundo real existe, assim como um determinado evento pode ser resolvido com uma solução verdadeira ou falta, o que ele afirma ser uma ideia alética da verdade. Em segundo lugar, Michele Taruffo³⁴ não deposita todo o encargo da verdade no objeto ou

³¹ Comparando a modelo subjetivo do funcionamento da prova com a técnica utilizada no futebol pelo “VAR” (“vídeo assistant referee”). Se o juiz de campo puder fazer o que quiser, se ele puder desprezar as marcações do “VAR” e apitar conforme sua “íntima convicção”, não existe razão para manter o “VAR”. Porque o que o árbitro falar será absoluto e não passível de indagação ou erro. Algo inadmissível em um regime coparticipativo até na teoria dos jogos.

³² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 35.

³³ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade – o juiz e a reconstrução dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 101.

³⁴ Idem, p. 102/3. Vincular a verdade a justificações válidas ou, nos termos de Ferrer Beltrán, falar em corroboração suficiente, pode ser considerado uma mitigação da experiência epistêmica. Marinoni e Arenhart pontuam que a conclusão de Taruffo não se distanciaria daquela defendida por esses autores, que colocam o

no fato que aconteceu. Quer dizer, não se trata de uma noção ôntica da verdade, mas o mais palpável é reunir as *justificas válidas que pressupõe a verdade de um enunciado*, enquanto noções pertinentes e intersubjetivamente aceitas. A teoria da correspondência não aparece sozinha, mas deve ser reforçada pela teoria da coerência – uma proposição é reputada verdadeira se o seu desdobramento não apresenta incongruências ou contradições que resultem em ponto de inflexão, para, então, chegar-se à probabilidade da verdade. A coerência acaba sendo o alcance do conteúdo da verdade.

1ª premissa: a parcialidade e falseabilidade do conhecimento dos fenômenos é pertinente a todas as ciências

A verdade não é desconstruída com o argumento de que o processo civil alcança uma verdade antigamente denominada formal, atualmente, chamada de uma verdade factível. O importante é ponderar que as opiniões, as convenções ou as crenças pessoais do julgador não pautem a verdade, porque se trata de identificar um acontecimento em termos de fenômeno real do mundo civilizado. Sendo tendencialmente objetiva, mas sofrendo com as limitações espaciais, temporais, conceituais, dentre outras, alguém até pode dizer que a verdade no lugar processual é reputada “formal”, mas isso não deixa de fazer com que o achado conte com a força epistêmica de ser uma probabilidade em direção à verdade alavancada por justificações encadeadas. Existe alguma dose de “variação” do conhecimento da verdade, quando as provas experimentam diferentes contextos.

Quer dizer que um fato pode acontecer no mundo fenomênico, mas não se alcançar a prova no processo. Assim como um fato pode ocorrer de determinada maneira, porém, não haver prova sobre essa modalidade de evento. Em síntese, algo ser “tido como provado no processo” não é o mesmo que dizer que “algo é verdadeiro”. Pode ocorrer “falso positivo” ou “falso negativo”, porque o processo é um produto da cultura humana. Na medicina, na engenharia, na farmácia e em outras ciências *mais exatas* também podem ocorrer as conclusões “falsas”. O direito é ciência humana por essência, logo, pode apresentar essa disparidade, sem que seja afetado o modelo objetivo de provar.

convencimento do juiz no centro da tomada de decisão. Ainda que Taruffo assinale que existe uma verdade firme e externa ao processo, o autor aceita que a obtenção desse conhecimento depende da cognição humana, que naturalmente é condicionada por lastros cognitivos – inclusive, com as limitações processuais e demais normativas. Para Taruffo, portanto, a verdade seria aquilo que as provas mais se pareçam, o que não é um descrédito dessa escola, mas a ressalva da probabilidade enquanto parâmetro metodológico necessário ao tratamento da questão. Ver Marinoni e Arenhart, *idem*, p. 55.

Na linguagem de alguns processualistas, a possibilidade do falseamento permite dizer que o método ou técnica empregada implica uma verdade formal, porém, *não deixa de ser uma verdade objetiva*³⁵, *considerando que é despida de preferências subjetivas e individuais do juiz, sendo embasada em critérios e lógicas racionalmente ponderáveis pelos sentidos*. Seja no processo civil, seja no processo penal, seja nos prazos curtos do processo eleitoral, a verdade existe, mas ela é objetiva e pode ser denominada formal “dentro do processo”, na medida em que não avalia todos os aspectos do fenômeno investigado, naquilo que o contexto permite. A verdade é “relativa às provas” do processo, segue o ritmo e o método das provas, com foco nos encadeamentos entre as proposições, nem por isso deixa de ser verdade, tampouco perde seu conteúdo epistêmico – apenas acompanha a cultura e o contexto.

2ª premissa: a imbricação entre fato e norma

O fenômeno de um aborto de um anencefálico é compreendido de uma maneira por um biólogo e de outra maneira por um jurista. Significa que “um fato é *juridicamente relevante* (no jargão estadunidense: *material*) quando corresponde ao tipo de fato definido pela regra jurídica”³⁶. Operadores do direito pensam sobre os fatos na perspectiva das normas, vale dizer, o conhecimento prévio ou o padrão normativo influencia no modelo de raciocínio sobre prova.

Eros Roberto Grau³⁷ pontua que “não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretar) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”. Ocorre uma circulação hermenêutica entre fato e norma, entre problema e hipótese, entre parte e todo o contexto. Por isso que o produto “da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a *norma*) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado normativo*. Ela

³⁵ Michele Taruffo, *Uma simples...*, cit., p. 106/7. Imagina o exemplo das empresas farmacêuticas e dos cientistas que tiveram que correr contra o tempo para identificar o vírus COVID19 e trabalhar para chegar a uma vacina. Até o presente, a vacina não é uma unanimidade, pois existem relatos sobre efeitos colaterais ou ineficácia. Portanto, esse campo do conhecimento também tem suas limitações, que podem ser apreendidas como questões referentes à tecnologia, à celeridade, a problemas de amostragem nos testes, dentre outros tantos fatores que não recortam a verdade em si, entretanto, concernem aos “limites” contextuais para se alcançar um grau de probabilidade de eficácia da vacina. Isso ocorre em todas as construções humanas, evidentemente, porque tem o caráter demasiadamente humano em suas conclusões, assim como as decisões são tomadas em um cenário de incerteza.

³⁶ TARUFO, Michele. *Uma simples...*, cit., p. 61.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 28, 33, 46.

se encontra apenas parcialmente nele involucrada, porque a realidade também a determina” de maneira indissociável. “A *norma* não é apenas o *texto normativo* nela transformado, pois resulta do conúbio entre o *texto* e a *realidade*”.

A norma não é objeto de singela cognição do intérprete, mas resulta de uma atividade criativa do operador na perspectiva do ordenamento escrito e dos fatos da realidade. O texto dos dispositivos é objeto da compreensão conjugado com a realidade, em uma profusão em que a pré-compreensão interage com as possíveis hipóteses de trabalho que respondem aos supostos problemas. Friedrich Müller alerta que a norma jurídica não pode ser compreendida como um juízo hipotético, como se o texto (suporte fático) fosse meramente justaposto ao preceito, sem que houvesse uma relação entre eles. O autor refere que a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode se esgotar somente na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos. Ou seja, a partir do conjunto de fatos do caso se destacam como essenciais ao caso *aqueles* elementos que cabem no âmbito da norma. Programa da norma e âmbito da norma são, portanto, interpretados no mesmo processo da formação de hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas³⁸.

As percepções e ideologias que servem como pré-compreensões para adentrar no círculo hermenêutico não consistem em dogmas adstritas ao julgador – do contrário, tudo o que se fala sobre o modelo subjetivo valeria como crítica ao modelo objetivo. Nessa hipótese, a pré-compreensão levaria o apelido pejorativo de preconceito. “O preconceito só é compreendido a partir da estrutura de antecipação do compreender. Por conseguinte, o famoso círculo hermenêutico não passa da sombra projetada, sobre o plano metodológico, dessa estrutura de antecipação. Qualquer indivíduo que tenha compreendido isso sabe, doravante, que <o elemento decisivo não consiste em sair do círculo, mas em penetrar nele corretamente>”³⁹. A compreensão antecipada do problema consiste em um movimento da tradição⁴⁰ em relação ao intérprete. Em outras palavras, a noção

³⁸ MÜLLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4ª ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

³⁹ RICOEUR, Paul. Hermenêutica e ideologias. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, p. 42.

⁴⁰ “Em termos quantitativos e qualitativos, a fonte mais importante de nossos conhecimentos – à parte o conhecimento inato – é, de longe, a tradição. A maior parte daquilo que sabemos foi aprendida pelo exemplo, pelo que nos foi dito, pela leitura de livros e por aprender a criticar, a receber e aceitar críticas e a respeitar

de aceitação geral é a primeira de todas as condições hermenêuticas para uma pré-compreensão livre de subjetivismos tendenciosos⁴¹.

3º premissa: o contraditório como critério e metacritério para o reforço probatório

As partes apresentam suas narrativas com base no interesse que almejam atingir (*rule centered*)⁴². O juiz é uma figura estranha ao inicial conhecimento do objeto do processo, logo, ele deve estar atento a todos argumentos suscitados pelos sujeitos parciais. O contraditório serve como critério e como metacritério (critério sobre os demais critérios) para o achado da verdade. Observando o direito de influência e o direito de não surpresa, o julgador deve rebater todos os fundamentos alegados pelas partes⁴³.

O modelo colaborativo de processo implica uma comunidade de trabalho para a reconstrução dos fatos. A participação conjugada entre as partes e o juiz, com a ressalva de um contraditório forte (artigos 5º, 6º, 7º, 10º), bem assim algumas inovações nos meios de prova e nos procedimentos, todas elas foram organizadas para conferir uma sinergia que melhor alavanque alcançar a probabilidade dos fatos. Desde a instrução, o sistema jurídico pondera essa preocupação, reunindo *práticas sobre práticas ou práticas de segundo grau*, antevistos até nas inferências legais, para um escalonamento helicoidal de previsibilidade na tomada de decisões.

Evidente que o ambiente contencioso não se traduz em uma *vontade de dizer a verdade por parte dos sujeitos parciais da demanda*. De outro lado, a profusão argumentativa fornece subsídios valiosos para o juiz não perder o foco operativo na reconstrução dos fatos – com o decorrente esforço para a evitação do erro de julgamento. O contraditório material não resolve todos os

a verdade”. O potencial da “ontologização” tem como condição de possibilidade a identificação da tradição. POPPER, Karl. Conhecimento sem autoridade. Trad. Vera Ribeiro. In POPPER, Karl. Textos Escolhidos. MILLER, David (org.). Rio de Janeiro: PUCRio, 2010, p. 53.

⁴¹ Essa pluralidade de pré-compreensões que pode ocorrer é o oposto de um modelo geométrico de prova. O intérprete manuseia modelos de decisões a partir dos problemas, em uma circulação tendencial e não ortodoxa, para a finalidade de estabilizar um achado que reúna a imbricação do fato e da norma. CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35.

⁴² A expressão “rule centered” salienta a unidade fático-jurídica que embasa a demanda e as narrativas processuais.

⁴³ As alegações podem ser divididas em fundamentos, que podem definir a contenda e devem constar da justificação da decisão, bem como em argumentos, que se tratam de pontuações orbitais, que não necessariamente precisam ser refutados expressamente pelo julgador. KOCHER, Ronaldo. O direito ao contraditório como critério e metacritério da correção da fundamentação das decisões judiciais. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Thomson Reuters, 2017, p. 200.

problemas sobre o conteúdo da tomada de decisão sobre a prova, mas estrutura uma metodologia de trabalho que amplifica a visão do magistrado e vincula um alcance positivamente assentado, porque o juiz tem a responsividade de responder aos fundamentos debatidos, com força no art. 489, §1º, do CPC.

Em resumo, o conteúdo e o alcance da probabilidade estão diretamente ligados à desenvoltura de um contraditório forte⁴⁴, transparente e que remete à responsividade e à responsabilidade do juiz no momento de elaborar a decisão. Finalmente, possível trabalhar a ideia de falibilidade na tomada de decisão sobre os fatos, a partir da apreensão de *standards* de prova como parâmetros de julgamento. O juiz não pode desconsiderar uma prova alegando que já valorou o contexto, assim como não pode “subvalorar” ou “supervalorar” uma evidência de maneira tácita, valendo o “standard” como heurística de suficiência da prova (ou grau de corroboração da hipótese) que permite dizer que algo está “provado no processo”.

4. O PÊNDULO DA VERDADE NO DIREITO PROBATÓRIO (TENDÊNCIA POR UM MODELO RACIONAL NA TOMADA DE DECISÃO SOBRE AS PROVAS)

A doutrina reitera que o processo civil é produto da cultura, assim como o capítulo referente ao direito probatório. Assim, natural que a evolução do Estado e das instituições – a evolução da civilidade – implique diferentes modelos de funcionamento da prova. A tradição é reflexiva dessas variações, razão pela qual puderam ser observados uma relação “conceitual” entre prova e verdade, tanto quanto uma relação “teleológica” entre prova e verdade.

O artigo 369 do Código de Processo Civil, na prática, aproxima esses dois modelos, ao pontuar que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a *verdade dos fatos* em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na *convicção do juiz*”. Com efeito, o dispositivo literalmente reporta que “verdade” e “convicção” acabam sendo indissociáveis no tratamento da prova no processo.

⁴⁴ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem a teoria do agir comunicativo (Habermas) para que a verdade “factual” seja achada por intermédio da interação entre os sujeitos do processo. Embora não sejam unânimes na doutrina, as premissas dos autores fazem importante a referência sobre “a intensidade do contraditório estabelecido para a cognição (argumentação) que autoriza” identificar ou classificar a possibilidade, a verossimilhança e a probabilidade, enquanto espécies que emplacam uma crescente aproximação à verdade. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e Convicção. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 52.

Isso não quer dizer que o processo brasileiro adota um esquema eclético. O importante é que todas as construções culturais, estando o processo dentre elas, possuem uma dose de subjetivismo que lhe é inafastável. A inteligência artificial não acabará com essa imbricação entre o funcionamento subjetivo e o funcionamento objetivo da prova. A questão é transferir o foco ou a tendência para a relação entre proposições probatórias⁴⁵, como se a decisão fosse um discurso universalizável, porque razoável, na medida em que qualquer pessoa, na condição de juiz, “aceitaria” a conclusão adjudicada. A ideia é que a tomada de decisão não seja algo “pessoalizável” ao juiz “X”, “Y” ou “Z”, porém, seja reflexo de uma racionalidade aceita pela tradição.

O núcleo das decisões em direito probatório *não pode ser a convicção do juiz como algo pessoalizado* – pelo menos, no modelo cooperativo festejado pelo sistema brasileiro. Se outrora havia a distinção entre modelo demonstrativo e modelo persuasivo de prova, atualmente, possível separar um modelo racional ou recheado pela epistemologia, sendo que de outro lado existe um modelo retórico (mais compatível com o modelo adversarial norte-americano). O presente texto não é cego em relação aos “lobbies” que trafegam pelas sombras das cúpulas do poder, tampouco esquece as pressões que existem perante os órgãos Judiciário, incorrendo em uma autêntica politização da justiça civil. Uma inteligência mediana é capaz de perceber que muitas decisões acabam sendo tomadas por “convicções” hauridas por empréstimos de figuras consequencialistas ou decorrentes de uma perfunctória análise econômica ou eficientista do direito (para não dizer outra coisa).

O ceticismo prático dos operadores pode infirmar a ideia proposta. Ocorre que em um panorama acadêmico, o interessante é pontuar os caracteres de um modelo racional ou de um funcionamento “tendencialmente” objetivo da prova⁴⁶:

⁴⁵ Susan Haack elabora uma analogia entre um contexto aceitável da prova à figura de um jogo de palavras cruzadas. As proposições assinaladas pelas provas acabam se tocando em determinado sentido, entregando fundamento e coerência à tomada de decisão. Por isso que a autora refere que se vale de um holismo-articulado, porque avalia cada prova, sem descurar da avaliação do contexto de provas em sua completude. O meio de prova inicial deve entrar com facilidade em uma narrativa, ele deve ser reforçado com a clareza de uma prova superveniente, assim como a situação de fecho empresta consistência e completude a esse cenário que se desdobrou logicamente. HAACK, Susa. *Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects*. In HAACK, Susan. *Evidence Matters (Science, proof, and truth in the Law)*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 13/4.

⁴⁶ O “standard” probatório é o “grau de corroboração das hipóteses” ou o “grau de suficiência” da prova para reputar algo como provado. A cultura implicada ao direito é que define o que merece uma maior carga de provas para que um achado seja “tido como provado no processo”. Por exemplo, a suficiência de provas para condenar alguém em um processo criminal deve ser mais robusta que a suficiência de provas para resolver um contrato de locação e decretar um despejo. CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela dos direitos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 127 e seguintes.

modelo racional na tomada de decisão sobre as provas do processo (modelo objetivo de funcionamento da prova)	as provas e o encadeamento entre as proposições importam mais que a crença do juiz, ou seja, a decisão deve ser tomada “apesar” da convicção do juiz
	a análise das provas é cognitiva e racional, valendo-se da probabilidade indutiva e desprezando intuicionismos e crenças desarrazoadas
	as regras de experiência, as presunções, as regras técnicas e os padrões normativos influenciam na tomada de decisão do juiz, assim como as regras de convivência prática também importam nas decisões corriqueiras da vida em sociedade
	a tomada de decisão em situação e incerteza é fato ordinário na vida das pessoas, assim, o conhecimento do juiz é contextual, embora tenha limites conforme as regras do ordenamento, mas não por isto ele corre o risco de reputado injusto – o importante é alcançar um “standard” que permita dizer que algo é tido como provado porque as hipóteses foram corroboradas de acordo com o cenário apresentado no processo
	a decisão deve ser justificada de maneira racional, por intermédio de argumentos palpáveis, consistentes e coerentes entre si, passíveis de controle intersubjetivo, não sendo válidos comentários intuitivos ou adstritos à consciência íntimas do julgador
	o diálogo processual é um metadiscorso que reforça a densidade da unidade fática-normativa que está sendo testada no processo – para resultar em um achado “tipo por provado”
	as limitações à cognição do juiz, por ocasião de regras de privilégio, não afetam a racionalidade do modelo sugerido

As expressões utilizadas no art. 369 do CPC – *verdade dos fatos e convicção do juiz* – desencobrem uma “reflexividade”. Vale dizer, não existe um sistema puro, mas o ideal é racionalizar a tomada de decisão sobre as provas por um funcionamento objetivo da engrenagem. Possível falar em modelo racional ou em uma funcionalidade epistêmica⁴⁷, naquilo que a natureza das impressões humanas permite.

O conteúdo do modelo de procedimento probatório (atividade) e do modelo de prova (resultado) é ainda mais textualmente carregado para o lado proposto

⁴⁷ Epistemologia é o capítulo da filosofia preocupada com a origem do conhecimento. Trata-se de uma apreciação tendencialmente “neutra” da prova, para a reconstrução dos fatos no processo, que se vale de critérios metodológicos como a probabilidade indutiva. “O que a epistemologia faz é fornecer um instrumental teórico para que possamos compreender melhor o que é, exatamente, conhecer o mundo, como esse conhecimento se dá e de que forma ele é fundamentado”. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 19.

com a força normativa do princípio da cooperação. Em consequência, o alcance dessas ponderações se reflete em uma sedimentação do contraditório material em benefício da busca pela probabilidade da verdade, o que deve ser explicado na justificação da decisão sobre as provas – “apesar” da convicção do juiz.

CONCLUSÃO

Os fenômenos existem ou não existem no plano da vida. O processo é produto da cultura, trata-se de uma construção da racionalidade do homem. Logo, para um evento ser “tido como provado” no lugar processual, é necessário que haja uma relação entre a hipótese, os meios de prova e as proposições que implicam uma probabilidade de verdade sobre os acontecimentos.

A tradição pode privilegiar um regime “mais adversarial ou persuasivo” ou “mais cartesiano ou demonstrativo” no que se refere à relação entre provas e verdade. O artigo 369 do Código de Processo Civil brasileiro fala que os sujeitos processuais devem “provar a *verdade dos fatos* em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na *convicção do juiz*”. Existe uma lacuna (“gap”) inexorável entre um fato ontologicamente considerado e a percepção desse fato pelo ser humano (assim como existe essa lacuna em relação à linguagem). Quer dizer, alguma dose de subjetivismo sempre haverá, na tomada de decisão sobre as provas de um processo – porém, isso deve ser efetuado de maneira racional, coerente, como se fosse uma justificação adotável por qualquer pessoa tecnicamente preparada para efetuar o julgamento.

O modelo objetivo do funcionamento da prova busca reportar a probabilidade da verdade “apesar do convencimento do juiz”.

dezembro⁴⁸/2022⁴⁹

⁴⁸ Palestra apresentada no II Congresso de Direito Probatório, em 05/12/2022, na PUCRS.

⁴⁹ Todo o amor que existe nessa vida para Maria Ivone Benvenuti Castro.

REFERÊNCIAS

- AUILO, Rafael Stefanini. *Avaloração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, n. 9, julho/setembro 1998, Trad. Eduardo Cambi.
- CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela dos direitos*. Londrina: Thoth, 2021.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O *test case* da responsabilidade do Estado por prisão preventiva errônea. Trad. Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Schneider Kircher. In FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vítor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no processo*. Trad. Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- GIULIANI, Alessandro. L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su um modello puro di ordine isonômico). *Rivista di Diritto Processuale*, anno XLIII, n. 3.
- GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. *Enciclopedia del diritto*, XXXVII.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- HAACK, Susan. Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects. In HAACK, Susan. *Evidence Matters (Science, proof, and truth in the Law)*. New York: Cambridge University Press, 2014.
- HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KOCHEM, Ronaldo. O direito ao contraditório como critério e metacritério da correção da fundamentação das decisões judiciais. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Thomson Reuters, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PICARDI, Nicola. Processo civile (dir. moderno). *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI.
- POPPER, Karl. A defesa do racionalismo. In POPPER, Karl. *Textos Escolhidos*. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.
- POPPER, Karl. Conhecimento sem autoridade. Trad. Vera Ribeiro. In POPPER, Karl. *Textos Escolhidos*. MILLER, David (org.). Rio de Janeiro: PUCRio, 2010.
- POPPER, Karl. O problema da demarcação. In POPPER, Karl. *Textos Escolhidos*. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.
- RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes.
- TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatório. *Rivista di Diritto Processuale*, anno XLV, n. 2.
- TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Trotta, 2009.
- ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, vol. 116/2004, p. 4, edição *on line*.

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO CENÁRIO BRASILEIRO: ENTRE O FORMALISMO DE KELSEN E O PÓS- FORMALISMO DE HÄBERLE

Cleber da Cruz Cunha¹

Resumo: O Brasil, com Constituição Federal de 1988, reestrutura-se como uma república democrática de direito, o que perpassa, entre outras coisas, pela submissão de todos à autoridade da lei, como instrumento regulador da sociedade, implicando a necessidade de se chegar ao efetivo sentindo na norma, ressaltando a importância da interpretação no contexto da ciência jurídica. Ocorre que, a despeito da importância da interpretação no âmbito jurídico, parece que, na realidade brasileira, a hermenêutica ainda não tem um campo doutrinário eminentemente estabelecido, estando avançada em alguns campos de atuação, em outros, porém, incipiente ou mesmo inexistente. O presente trabalho tem, assim, por objetivo, com fulcro, entre outros, nos ensinamentos de Kelsen e Häberle, analisar a interpretação no âmbito do direito brasileiro, em particular no que tange à sua previsão constitucional, buscando identificar eventual norte hermenêutico que oriente a estruturação interpretativa no âmbito da ciência jurídica desenvolvida no Brasil.

Palavras Chaves: Estado de Direito. Interpretação Jurídica. Formalismo. Pós-formalismo.

¹ Doutorando no Curso de Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios - PPGDIN/UFF; Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (2017); Pós-Graduado em Trabalho e Processo do Trabalho - Favin/Uniasselvi (2012); Pós-Graduado em Teologia e Educação Religiosa - FATAB (2016); Pós-Graduado em Direito Público (Faculdade LEGALE/2021); Graduado em Ciências Jurídicas e Econômicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ-2000); Graduando em Pedagogia (UNIRIO/2020). Delegado de Polícia Federal - Polícia Federal/MJ.

LEGAL INTERPRETATION IN THE BRAZILIAN SCENARIO: BETWEEN KELSEN'S FORMALISM AND HÄBERLE'S POST-FORMALISM.

Abstract: Brazil, with the Federal Constitution of 1988, restructures itself as a democratic republic of law, which permeates, among other things, the submission of all to the authority of the law, as a regulatory instrument of society, implying the need to reach the effective feeling in the norm, emphasizing the importance of interpretation in the context of legal science. It happens that, despite the importance of interpretation in the legal field, it seems that, in the Brazilian reality, hermeneutics still does not have an eminently established doctrinal field, being advanced in some fields of activity, in others, however, incipient or even non-existent. The objective of the present work is, based, among others, on the teachings of Kelsen and Häberle, to analyze the interpretation within the scope of Brazilian law, in particular with regard to its constitutional provision, seeking to identify an eventual hermeneutical north that guides the interpretive structuring within the scope of legal science developed in Brazil.

Keywords: Rule of Law. Legal Interpretation. Formalism. post-formalism.

INTRODUÇÃO

O Brasil, com Constituição Federal de 1988, reestrutura-se como uma república democrática de direito, o que traz em seu bojo uma série de compromissos estatais vinculados a esta concepção estatal, o que perpassa, entre outras coisas, pela submissão de todos à lei, como instrumento regulador da sociedade.

O estado de direito tem como objeto central a lei, que submete todos, inclusive o próprio Estado, aos seus ditames, e, assim, à sua autoridade, o que implica a necessidade de se chegar ao seu efetivo sentindo, ressaltando a importância da interpretação no contexto da ciência jurídica.

A hermenêutica, como doutrina ou ciência que define os princípios ou métodos da interpretação, na perspectiva jurídica, apresenta vários vetores, a depender, entre outros fatores, da origem, do sistema jurídico-legal, e do contexto fático-temporal.

A despeito da importância da interpretação no âmbito jurídico, vê-se, parece, que, na realidade brasileira, a hermenêutica, como doutrina ou ciência que define os princípios ou métodos da interpretação, ainda não tem um campo doutrinário eminentemente estabelecido, estando avançada em alguns campos de atuação, em outros, porém, incipiente ou mesmo inexistente.

O presente trabalho tem, portanto, por objetivo principal analisar a interpretação no âmbito do direito brasileiro, em particular no que tange à sua previsão constitucional, buscando identificar eventual norte hermenêutico que oriente a estruturação interpretativa no âmbito da ciência jurídica desenvolvida no Brasil.

A fim de alcançar o objetivo principal, serão analisadas, como objetivo secundário, os aspectos hermenêuticos apresentados por Hans Kelsen na obra "Teoria Pura do Direito", bem como os aspectos apresentados por Peter Häberle, na obra "Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição"; linhas que, como se verá, de uma forma ou de outra, influenciaram e influenciam a hermenêutica no âmbito brasileiro, sem, por lógica, pretender abordar todos os seus aspectos abacados nas referidas obras.

O trabalho, assim, na perspectiva metodológica, basear-se-á em uma revisão bibliográfica, com fulcro, nas obras de Kelsen e Häberle citadas, além de outros doutrinadores, como descrito na bibliografia infra.

Há de se registrar, ainda, que não se trabalhará conceitos, nem se fará distinções específicas, entre termos como regras, métodos e processos hermenêuticos, principalmente na obra de Häberle; outrossim, não se fará distinções entre termos como lei e norma, que podem, inclusive, serem tratados como sinônimos.

A partir do exposto, com fim de alcançar os objetivos propostos, analisar-se-á, em um primeiro momento, a interpretação jurídica na perspectiva formalista de Kelsen; em seguida, será abordada a interpretação jurídica na perspectiva pós-formalista de Peter Häberle; em um terceiro momento, será analisada a interpretação jurídica no âmbito do direito constitucional brasileiro; vindo, ao fim, apresentar as conclusões do estudo.

1. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA FORMALISTA DE KELSEN

A estruturação de uma teoria do Direito positivo, concatenada por Kelsen na Teoria Pura do Direito, tinha por fim, parece, estabelecer marcos que estruturassem o Direito como ciência, nos parâmetros postos pelas ciências naturais, libertando, na perspectiva do referido autor, a ciência jurídica de todos os elementos que lhe seriam estranhos².

² KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito/Hans Kelsen; [Tradução João Baptista Machado]. – 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior), p. 1.

O fim da Teoria Pura do Direito, assim, seria conhecer o objeto da ciência jurídica, excluindo tudo que não pertenceria ao seu escopo, como, por exemplo, a Psicologia, a Sociologia, a Ética, e a Teoria Política³, tentando evitar um sincretismo metodológico, sem, contudo, negar a conexão⁴, como melhor se verá abaixo.

O desenvolvimento da teoria parece se espelhar no modelo de ciência da natureza⁵, desenvolvida com o renascimento, que resgatou, mantidas as devidas proporções, a perspectiva clássica grega de ciência, com os seus elementos, quais sejam: a *physis* – também conhecido pelo termo latino *natura*, que indica que o objeto da ciência seria os elementos que tivessem sob o domínio físico dos homens, afastando, assim, aqueles vinculados à metafísica, que refugiriam ao domínio da ciência; a causalidade – como *conditio sine qua non*, ou causa do objeto sob observação; a *arché* – limite máximo regressivo de análise, com fulcro de se evitar o *regressum ad infinitum*; e o *logos* – elemento sintetizador do conhecimento desenvolvido⁶.

A modelagem proposta firma-se, conforme o autor, na norma, como objeto da ciência jurídica⁷, entendida – a norma - como um ato intencionado do homem dirigido à conduta de outro homem⁸, parecendo ter dois grandes fluxos: o primeiro quanto à origem da norma; e o segundo quanto à aplicação da norma.

O autor, ao analisar a origem de uma norma, e, nesse sentido, sua causa, afirma que a *conditio sine qua non* da existência da norma, na perspectiva positiva, deve ser, necessariamente, outra norma de escalão superior⁹, que lhe dá suporte¹⁰, em uma relação de “SER”-“SER”, cujo limite seja a “Norma Jurídica Fundamental”, de forma a se evitar o *regressus ad infinitum*¹¹, e, portando, o ingresso em esferas extrajurídicas, como a metafísica e a toda mística¹².

KELSEN (1998, p. 217), ao analisar o fundamento de validade de uma ordem normativa – a norma fundamental, afirmou, *in verbis*, que:

³ Ibidem, p. 1.

⁴ Ibidem, p. 2.

⁵ Ibidem, p. 2.

⁶ FREITAS, Hélia Maria Soares de; BARRENECHEA, Miguel Angel de. Filosofia e educação- Unirio. v. único. Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2014, pp.66-68.

⁷ KELSEN, *opus cit.*, p. 79.

⁸ Ibidem, p. 6.

⁹ Ibidem, p. 259.

¹⁰ KELSEN, *opus cit.*, p. 217.

¹¹ Ibidem, p. 217.

¹² Ibidem, p. 316.

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e a mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.

O segundo grande fluxo diz respeito à aplicação da norma, que é regida pelo princípio ordenador da imputação¹³, em uma relação, parece, de “SER” – “DEVER-SER”, que não se marca por uma conexão causal¹⁴, mas por uma situação que, sob determinados pressupostos estabelecidos pela ordem jurídica, ocorrendo um ato e/ou fato – descrito pela norma, deveria (dever-ser) efetivar-se um ato de coerção estabelecido pela mesma norma jurídica¹⁵, não assumindo, assim, uma significação autoritária, mas um caráter simplesmente descritivo¹⁶.

Nesse segundo sentido, vê-se a atuação importante dos magistrados e tribunais, seja na solução de uma caso concreto, quando se cria uma norma específica solucionadora do caso, seja na própria aferição do suporte de validade de uma norma, seja sob um processo especial – controle concentrado de constitucionalidade, seja sob um controle difuso, realizado como incidental em um caso concreto¹⁷.

Há de se ver, ainda, no sentido da aplicação, além da a atuação do Estado em sua função jurisdicional¹⁸, a seu agir na função administrativa¹⁹, e o atuar de outros atores – Sujeitos Jurídicos²⁰, como na aplicação nos negócios jurídicos²¹, na realizada pela doutrina, e na aplicação por outras pessoas privadas²².

Nesse cenário, identifica-se uma norma jurídica geral, produzida, como regra, via legislativa²³, que se estabelece na relação “SER”-“SER”, supra vista, que

¹³ Ibidem, p. 86.

¹⁴ Ibidem, pp. 102 e seguintes.

¹⁵ Ibidem, pp. 86-87.

¹⁶ Ibidem, p. 89.

¹⁷ Ibidem, p. 303.

¹⁸ Ibidem, p. 290.

¹⁹ Ibidem, p. 310, 328.

²⁰ Ibidem, p. 131.

²¹ Ibidem, p. 284.

²² Ibidem, p. 388.

²³ Ibidem, p. 259.

integra o arcabouço da ordem normativa²⁴, e é fonte de uma decisão judicial, que a aplica, e gera uma norma individual, em uma prospecção de imputação vinculada a uma relação “SER”-“DEVER-SER”.

A interpretação, na perspectiva posta, parece se voltar para a identificação do sentido jurídico que é conferido por uma norma a um determinado fato, o que não é regido, na perspectiva da ciência jurídica, em regra, pela lei natural da causalidade, com fulcro na facticidade, mas, sim, como posto, pelo sentido jurídico específico que é dado por intermédio de uma norma, de modo que o ato tenha de ser interpretado segundo a norma, que passa a funcionar como esquema de interpretação²⁵.

Há de ver, ainda, que a Teoria Pura do Direito se apresenta com uma pronunciada tendência antiideológica, concebendo o Direito positivo de acordo com sua própria essência e estrutura²⁶, implicando a necessidade do intérprete se voltar para própria norma a fim de, a partir desta, e nos contornos postos por ela, efetivar o processo de interpretação.

Não se pode olvidar que o processo interpretativo, no molde positivista, parte do sistema normativo posto, firmado sob o princípio do escalonamento das normas²⁷, em que a validade jurídico-positivo de uma norma jurídica se dá pela norma jurídica positiva do escalão superior que regula sua produção²⁸, de forma que a norma inferior deve se harmonizar com a norma superior, sob o risco de ser revogada²⁹, arcabouço sob qual deve atuar o intérprete.

KELSEN (1998, p. 4), ao desenvolver a Teoria Pura do Direito, reconhece, parece, a dificuldade de uma norma vincular todas as direções, todas as possibilidades e aspectos de sua aplicação, inclusive pela pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras - sentido verbal não unívoco³⁰; implicando entender que não há sempre apenas um resultado possível, um resultado que seja o único correto³¹, e mesmo que do ponto de vista do Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades

²⁴ *Ibidem*, p. 33.

²⁵ *Ibidem*, p. 4.

²⁶ *Ibidem*, p. 118.

²⁷ *Ibidem*, p. 389.

²⁸ *Ibidem*, p. 259.

²⁹ *Ibidem*, p. 296.

³⁰ *Ibidem*, p. 389.

³¹ *Ibidem*, p. 392.

possa ser preferível à outra³², desde que todas estejam dentro do espectro legal determinado pelo sistema normativo.

Nessa perspectiva, KELSEN (1998, p. 387) indica que há de se ter sempre uma margem de livre apreciação, que se concretiza, em metáfora apresentada pelo próprio Kelsen, dentro de “um quadro ou moldura” a se preencher³³, que parece permitir uma interação com outras ordens, normas³⁴, sistemas³⁵, e representações³⁶, mas sempre dentro dos limites estabelecidos pelo Direito positivo³⁷, em que norma jurídica geral seria a própria moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual³⁸.

GALVÉS (2007, p. 549), em um recorte doutrinário importante vinculado especificamente a este tópico, afirma que com o positivismo, a atuação do magistrado – intérpretes – volta-se para exegese do texto legal, exaltando esse viés da hermenêutica, senão, *in verbis*, vejamos:

El dogma del juez sometido a la ley (...) acólitos de la ley, se enredaron em sus palabras, teorizaron sobre los signos gramaticales, hicieron de la etimologia una “ciência inovadora”. Así nació la Escuela de la Exégesis³⁹.

O dogma do juiz submetido à lei (...) acólitos da lei, enredados em suas palavras, teorizados sobre os signos gramaticais, fizeram da etimologia uma “ciência inovadora”. Assim nasceu a Escola de Exegese. (Tradução livre).

KELSEN (1998, pp. 387-388) aponta, então, que a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito, que pode se dar no âmbito de uma sentença judicial, de uma resolução administrativa, pela ciência jurídica, ou mesmo por uma pessoa privada, reconhecendo, nos dois primeiros casos – quando há atuação de um órgão público, uma interpretação autêntica; e, nos dois últimos, uma interpretação não-autêntica⁴⁰.

A rasa análise posta dentro da proposta deste estudo, mostra que, na Teoria

³² Ibidem, p. 391.

³³ Ibidem, p. 387.

³⁴ Ibidem, p. 393.

³⁵ Ibidem, p. 73.

³⁶ Ibidem, p. 259.

³⁷ Ibidem, pp. 76-77.

³⁸ Ibidem, p. 272.

³⁹ GÁLVEZ, Juan F. Monroy. Teoría geral del processo. Primera edición. Lima/Peru: Palestra, 2007, p. 549.

⁴⁰ KELSEN, *opus cit.*, pp. 387-388.

Pura do Direito, a atuação dos atores, no que tange à interpretação, a despeito de permitir uma certa liberdade, inclusive, com a possibilidade de transitar por outros sistemas de valores, deve orbitar a norma jurídica, e, nesse sentido, dar-se dentro dos limites postos pelo próprio sistema normativo, ou seja, dentro das linhas da moldura posta pelo Direito, o que parece se contraposto por posições “anti-formalistas” e/ou “pós-formalistas”, como se verá abaixo.

2. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA PÓS-FORMALISTA DE PETER HÄBERLE

A interpretação jurídica, sob a análise da hermenêutica constitucional trabalhada por HÄBERLE (1997 – reimpressão 2002), volta-se, no texto sob estudo, aos intérpretes, sob o pressuposto, parece, do Direito consolidado como ciência⁴¹, em que a Constituição seria um dos seus objetos de estudo⁴², o que permite à doutrina tratar esse tema tendo em vista uma concepção teórica, científica e democrática⁴³.

Há de se observar que a ideia de interpretação e, assim, da hermenêutica parte da necessidade de se buscar o sentido de um objeto, em particular de uma vontade expressa que tem autoridade e supremacia, o que, neste caso específico, é representado pela norma, não como uma decisão prévia, simples e acabada⁴⁴, mas como um produto em constante trabalho de desenvolvimento, cujo processo de interpretação é, parecendo refletir a própria realidade social⁴⁵, infinito⁴⁶.

A interpretação, segundo o autor, nesse sentido, seria, originariamente, uma atividade consciente e intencional que se dirige à compreensão e à explicitação do sentido de um texto, no caso da ciência do Direito, de uma norma⁴⁷, que, na especificidade da obra estudada, volta-se para o texto constitucional.

O autor, partindo desse sentido primário de interpretação, aponta que, para

⁴¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 28.

⁴² *Ibidem*, p.35.

⁴³ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 14.

o desenvolvimento de uma interpretação constitucional, pode ser exigido um conceito mais amplo de hermenêutica, o que se perfaria com o reconhecimento da ampliação dos atores – intérpretes, como forças produtivas de interpretação⁴⁸, contrapondo os conceitos de sociedade fechada de intérpretes e sociedade aberta de intérpretes.

A sociedade fechada de intérpretes seria formada apenas por atores jurídicos vinculados às corporações e os participantes formais do processo constitucional⁴⁹, concentrando, primariamente, na atuação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados⁵⁰, reduzindo, parece, o âmbito da investigação⁵¹ aos reais legatários da interpretação, conforme o exposto na Constituição⁵².

A sociedade aberta⁵³, por sua vez, partindo do pressuposto que “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma (...) é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete desta norma”⁵⁴, seria formada por todas as potências públicas e, assim, pelos participantes materiais do processo social⁵⁵, como melhor se verá abaixo.

HÄBERLE (1997 – reimpressão 2002, p. 13), a partir do exposto, propõe a seguinte tese:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição⁵⁶.

Essa ampliação dos intérpretes tem como fonte, ao que tudo indica, os princípios fundantes da república, em que a interpretação, como *res publica*⁵⁷, exigiria uma maior participação dos concernidos, como titulares desse aspecto de domínio; e, ainda, os princípios da democracia, que se replica não só na

⁴⁸ Ibidem, p. 14.

⁴⁹ Ibidem, p. 13.

⁵⁰ Ibidem, p. 12.

⁵¹ Ibidem, p. 12.

⁵² PAUSEIRO, S. G. M. Notas de Aula. Matéria Justiça Administrativa e Hermenêutica Jurídica – PPGDEN (13/06/2022).

⁵³ Ibidem, p. 13.

⁵⁴ Ibidem, p. 15.

⁵⁵ Ibidem, p. 13.

⁵⁶ Ibidem, p. 13.

⁵⁷ Ibidem, p. 33.

ideia de poder, mas, sobretudo na exigência de participação do povo⁵⁸, como instrumento de legitimidade plúrima⁵⁹ do referido processo de interpretação.

A partir da proposição da tese, HÄBERLE(1997 – reimpressão 2002, pp. 22-23) aponta um catálogo sistemático dos participantes da interpretação, dividido em quatro tópicos: os integrantes de funções estatais – órgãos de Estado; os demais participantes do processo – não integrantes, em regra, de órgãos estatais; a opinião pública democrática e o processo político; e a doutrina⁶⁰.

O primeiro grupo estão aqueles que exercem funções estatais, subdivididos em dois grupos: A corte Constitucional, com citação em particular da decisão vinculante; e os órgãos estatais com poder de decisão vinculante – submetidos todavia ao processo de revisão jurisdicional⁶¹.

O segundo grupo é composto por atores participantes dos processos de decisão supra citados, porém, não necessariamente integrantes de órgãos públicos, como: participantes do processo – autor e réu, etc., em síntese, todos que justificam sua pretensão a um Tribunal e o obriga a tomar uma posição; outros participantes do processo, como os que tem direito à manifestação ou integração à lide; pareceristas ou *experts*; peritos, representantes de interesses, associações, partidos políticos; e, requerentes ou partes nos processos administrativos de caráter participativo⁶².

O terceiro grupo é composto pela opinião pública⁶³ democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores, como as associações, os partidos políticos fora do âmbito da atuação organizada, igrejas, teatros, editoras, escolas da comunidade, os pedagogos, e as associações de pais⁶⁴.

O quarto grupo, por fim, é representado pela doutrina que, permeando os três grupos citados, tem um papel importante de tematizar a participação de outras forças, além de transitar por outros níveis não abarcados pelos demais atores⁶⁵.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 36-37.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 20-23.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 20-21.

⁶² *Ibidem*, pp. 21-22.

⁶³ Há de observar que, segundo o autor, a *media* (imprensa, rádio, televisão) não são participantes do processo (p. 22), por não representar opinião pública, mas interesses de seus patrocinadores (PAUSEIRO, S. G. M. Notas de Aula. Matéria Justiça Administrativa e Hermenêutica Jurídica – PPGDIN (13/06/2022).

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 22-23.

⁶⁵ *Ibidem*, p 23.

Há de se registrar, ainda, que HÄBERLE (1997 – reimpressão 2002, p. 36) aponta para a necessidade de se comprovar a legitimação – na perspectiva democrática⁶⁶ - dos atores que participam do processo de interpretação, em particular no que tange à Constituição, em que àqueles que participam dos órgãos que estão vinculados à Constituição, tem competência formal predeterminada, enquanto que os demais atores, ou seja, aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição, necessitam comprovar a respectiva legitimação⁶⁷.

O autor, além trabalhar com a ideia de uma sociedade aberta de intérpretes, aponta alguns critérios – métodos e regras⁶⁸, que, parece, devem nortear o processo hermenêutico, orientando a atuação dos atores na interpretação, visando, ao fim, ao atendimento do interesse público e ao bem-estar social, como conformadores da realidade constitucional⁶⁹, devendo, os referidos critérios, serem mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade⁷⁰.

Nesse sentido, percorrendo a obra sob estudo, vê-se que o autor aponta, ao trata o dualismo Constituição e realidade, para a necessidade de interação com as demais ciências sociais e teorias jurídicos-funcionais, de modo a se alcançar, como já posto, uma efetiva conformidade da realidade constitucional⁷¹.

Há de se observar que, a despeito do exposto, HÄBERLE (1997 – reimpressão 2002, p. 34) aponta que a Constituição é um espelho da publicidade e da realidade, não sendo, assim, somente um espelho, mas tendo função diretiva eminente, é a própria fonte de luz do processo interpretativo, e assim, catalizadora das perspectivas de interpretação⁷².

O autor aponta, ainda, a importância de, no processo de interpretação, serem considerados fatores como a realidade dos grupos concretos de pessoas, os fatores que moldam o espaço público, o tipo de realidade que se cuida, tudo inserido no tempo, assim, ao que parece, na conformidade do momento histórico, com suas possibilidades e necessidades específicas⁷³.

⁶⁶ Ibidem, p. 36.

⁶⁷ Ibidem, p. 29.

⁶⁸ Ibidem, p. 11.

⁶⁹ Ibidem, p. 12.

⁷⁰ Ibidem, p. 13.

⁷¹ Ibidem, p. 12.

⁷² Ibidem, p. 34.

⁷³ Ibidem, p. 19.

Essa imersão é ressaltada, por exemplo, no caso dos magistrados, que, a despeito de estarem vinculados judicialmente à lei, e protegidos pelas prerrogativas de independência pessoal e funcional, sua atuação se dá dentro da realidade fático-temporal, e, assim, sujeita a influências, expectativas, e obrigações sociais, o que, por um lado pode ameaçar sua independência – parecendo exigir uma atenção especial; por outro, é parte de sua legitimação como integrante da sociedade, evitando-se o livre arbítrio da interpretação judicial⁷⁴.

O processo interpretativo parece exigir, ainda, como elemento protetor dos atores, o reconhecimento do direito fundamental de liberdade de opinião⁷⁵, que redundaria, ao que parece, em libertação de um modo de pensar linear e eruptivo, no que tange à concepção tradicional de democracia⁷⁶, permitindo uma livre discussão do indivíduo e dos grupos, em um caráter multifacetado⁷⁷, o que, reiterando-se, deve ser lido dentro do objetivo fim do processo de interpretação.

Não se pode olvidar que, a despeito de não se especificar a atuação de cada concernido, o fim da interpretação, em particular, é buscar uma unidade política, pautada em uma unidade da Constituição⁷⁸, que surge da conjugação do processo e das funções dos diferentes atores que trabalham o processo de interpretação⁷⁹, principalmente quando se está diante de leis que provocam profundas controvérsias no seio da comunidade⁸⁰, cuja integração, como esteio da *res publica*, principalmente quando se está diante de uma sociedade plúrima, parece ser o desafio no campo de tensão do possível, do real e do necessário⁸¹, em uma realidade democrática que:

Desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sores possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o concerto científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente⁸².

Há de se registrar que outros assuntos e tópicos importantes como o processo de mutação constitucional, revisão constitucional, decisões em conformidades

⁷⁴ Ibidem, p. 32.

⁷⁵ Ibidem, p. 38.

⁷⁶ Ibidem, p. 39.

⁷⁷ Ibidem, p. 40.

⁷⁸ Ibidem, p. 29.

⁷⁹ Ibidem, p. 33.

⁸⁰ Ibidem, p. 45.

⁸¹ Ibidem, p. 33.

⁸² Ibidem, pp. 36-37.

com a Constituição⁸³, a atuação dos juízes na interpretação, aplicação, e decisão⁸⁴, o que, n entanto, por questão de espaço e objetivo deste trabalho, devem ser tratados em outro momento.

A rasa análise posta dentro da proposta deste estudo, mostra que, HÄBERLE aponta a abertura do rol de atores interpretativos, no âmbito da ciência jurídica, o que seria reflexo dos conceitos de república e democracia, cujo processo, pela legitimação buscada, redundaria em uma integração, uma unidade política, e uma unidade da Constituição, replicando da concretização do atendimento ao interesse público e ao bem-estar social, como conformadores da realidade constitucional.

3. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O Brasil, com o (re)nascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestrutura-se como uma república democrática de direito, o que implica, umbilicalmente, uma série de compromissos estatais vinculados a esta concepção estatal, o que perpassa pelo reconhecimento de que os bens públicos que suportam a existência estatal são *res publica*, cujo *dominus* é o povo, detentor da titularidade do poder estatal, sendo todos e tudo submetidos a norma, como instrumento regulador da sociedade.

A estruturação como um estado de direito implica o reconhecimento da lei⁸⁵ como base jurídica balizadora do exercício do poder⁸⁶, seja na perspectiva da atuação do Estado, quando se impõe uma organização e um exercício democrático do poder⁸⁷; seja na perspectiva do indivíduo, de entidades jurídicas, e demais agremiações, no cumprimento de seus deveres e gozo de seus direitos e liberdades fundamentais⁸⁸.

O estado de direito, assim, firma-se no princípio da legalidade, ao império da lei, sendo da essência dessa estruturação a subordinação à Constituição, que, sob

⁸³ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 46.

⁸⁵ Para fins deste trabalho não serão trabalhadas as diferenças específicas entre norma e lei, podendo ser reconhecidas como sinônimas.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. rev. atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 43.

⁸⁷ NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6 ed., rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 371.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35 ed., rev., atual. São Paulo: MALHEIROS, 2011, p. 119.

um viés democrático, busca a realização do princípio da igualdade e da justiça, em uma busca da igualização das condições dos socialmente desiguais⁸⁹.

SILVA (2011, p. 119), ao analisar a atuação do Estado Democrático de Direito, afirma, *in verbis*, que:

Ele é baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

A análise do texto constitucional, neste cenário, por lógica, mostra que o princípio da legalidade prepondera no cenário estatal brasileiro, seja, como já posto acima, na atuação estatal⁹⁰, seja na atuação do indivíduo e demais entidades jurídicas, como se extrai, entre outros, do art. 5º, II, XXXIX, §§ 1º ao 4; art. 37, *caput*; art. 59; art. 70.

Há de se observar, ainda, que, na estruturação legal do Brasil, enquanto Estado de direito, a Constituição Federal está no ápice normativo, subordinando-se, assim, ao princípio da supremacia da Constituição, que se torna a pedra angular em que se assenta o edifício do direito⁹¹, conferindo validade aos demais elementos do sistema normativo, legitimidade ao exercício dos poderes estatais⁹², e garantia, entre outros, dos direitos fundamentais, do que decorre o princípio da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico à Constituição⁹³.

HANSEN e PAUSEIRO (2012, p. 12- 1648), nesse sentido, ao estudar o “controle de constitucionalidade na arbitragem de litígios que envolvam a administração pública”, em particular o “controle difuso de constitucionalidade e arbitragem”, apoiados em ABBOUD (2011, p. 394), afirmam que:

A Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas e atos do poder público. Na atuação jurisdicional, seja ela feita por árbitro ou juiz estatal ou mesmo ministro do STF desenvolve-se dentro do âmbito jurídico criado pela Constituição Federal, e o ato

⁸⁹ *Ibidem*, p. 121.

⁹⁰ VIEIRA. Sérgio Túlio Santos. A administração pública contrafactual: ética e moralidade discursiva. Rio de Janeiro: Instituto EDS, 202, p. 128.

⁹¹ PINTO FERREIRA, Luiz. Princípios gerais do direito constitucional moderno. 6ª ed., 2 vols. São Paulo, 1983, p. 90, *apud* SILVA, *opus cit.*, p. 45.

⁹² SILVA, *opus cit.*, p. 45.

⁹³ NOVELINO, *opus cit.*, p.237.

jurisdicional, a sentença arbitral ou estatal deve ser proferida em total atendimento as garantias fundamentais previstas na Constituição. Convém dizer, a Constituição Federal é fundamento de validade de todas as atividades jurisdicionais inclusive o arbitral⁹⁴.

Essa realidade, no âmbito do texto da Constituição Brasileira, fica clara com a previsão da atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, com competência para *processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*, nos termos do art. 102, I, a, do referido texto.

A supremacia constitucional, como qualquer texto que se reconhece como superior e, assim, com viés de autoridade, exige o processo de interpretação, de forma a se buscar o efetivo e concreto sentido do texto, a partir do que poderá se aferir, entre outras coisas, a validade de outras normas, a legitimidade da atuação estatal, e o efetivo exercício dos deveres e gozo garantias constitucionais.

A previsão, pela Constituição da República Federativa do Brasil, de atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição⁹⁵ implica, necessariamente, a atuação dos respectivos ministros como atores da interpretação normativa, em particular da relativa à Constituição, no âmbito da função jurisdicional.

A Constituição Federal, além dos ministros do STF, prevê a atuação de outros de atores e processos no âmbito da interpretação constitucional, como a atuação dos integrantes do Congresso Nacional, no exercício da função legislativa, ao que a doutrina chama de controle prévio, nos termos dos artigos 48 e seguintes da CRFB.

Outrossim, a Constituição Federal prevê a atuação do Presidente da República, no âmbito da atuação executiva, a quem compete, nos termos do art. 84, V, da CRFB, *vetar projetos de lei, total ou parcialmente*, o que pode se dar, entre outro fundamento, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido texto legal, os termos do art. 66, § 1º, da CRFB.

A Lei Maior prevê, ainda, a participação de outros atores, que não fazem parte do Poder do Judiciário, no âmbito do processo especial de controle de

⁹⁴ HANSEN, Gilvan Luiz; PAUSEIRO, S. G. M. Controle de constitucionalidade na arbitragem de litígios que envolvam a administração pública. In: FUNJAB. (Org.). Controle de constitucionalidade na arbitragem de litígios que envolvam a administração pública. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. 1, p. 12-1648.

⁹⁵ Ver, ainda, art. 102, I, a; III, b, c, e § 1º, todos da CRFB.

constitucionalidade, o que implica o reconhecimento da necessária laboração em ação interpretativa a fim de buscar o efetivo sentido das normas envolvidas na respectiva ação, nos termos do artigo 103 da CRFB.

A Lei nº 9868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, amplia o rol de participantes, caso seja necessário, a participação de outros partícipes que tangenciam o processo, senão vejamos

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, **designar perito ou comissão de peritos** para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em **audiência pública**, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. (Grifo nosso).

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, nos artigos 948 e seguintes, em sede infraconstitucional, prevê, ainda, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, em que juiz ou Tribunal, em sede incidental, têm a competência para analisar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o que envolve, o Ministério Público e as partes do respectivo processo, ampliando, por implicação, a rede de intérpretes normativos.

A análise do texto constitucional, a despeito de todo o empoderamento dado ao cidadão, como elemento integrante do povo, não prevê, salvo quando for parte de uma ação específica, ou quando estiver no âmbito acadêmico, uma participação direta do mesmo em processo de interpretação jurídica capaz de alterar um cenário posto, o que, parece, deve ser feito através de outros órgãos ou instituições com representatividade própria, como visto acima.

Há de se registrar que, a despeito das previsões postas no que tange à atuação de vários partícipes em processo interpretativo do Direito, a decisão final de eventual posição hermenêutica cabe, em sede judicial, a um Tribunal e, em particular quanto à decisão de controle de constitucionalidade frente à Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal⁹⁶.

A análise feita mostra que, a partir de processos judiciais e extrajudiciais específicos, pressupõe-se, por necessária, a atuação de intérpretes no âmbito

⁹⁶ Registre-se, ainda, a existência de controle de constitucionalidade em sede estadual e controle de legalidade de ato infralegal, o que, igualmente, exige processo hermenêutico de interpretação dos respectivos atores o que, no entanto, por questão de espaço, deixa de ser analisado neste trabalho.

do Direito pátrio, não havendo, no entanto, qualquer indicativo de eventual processo hermenêutico a ser utilizado, o que, parece, fica a cargo da doutrina jurídica, que, assim, passa a fazer parte do conjunto de intérpretes, ainda que de forma indireta, do plano jurídico brasileiro.

A doutrina, nesse viés, por sua vez, não apresenta um norte hermenêutico específico, ao revés, como regra, ou aponta princípios instrumentais de interpretação⁹⁷, ou faz um grande apanhado de teorias e métodos⁹⁸, colocando-os à disposição dos atores, muitas vezes incorporando métodos de diversos autores, países e sistemas jurídicos distintos, sem a sua devida contextualização, situação que, se por um lado amplia o leque metodológico à disposição; por outro, pode gerar conflitos no próprio âmbito hermenêutico ao se aplicar uma metodologia não adequada, o que, no entanto, pela extensão e profundidade de análise requerida, exigiria uma abordagem em outro trabalho.

A interpretação jurídica, eminentemente necessária e importante no âmbito de um Estado de direito, em particular no cenário brasileiro, parece ganhar certa projeção no âmbito jurídico e mesmo doutrinária, a despeito das críticas postas, o que, no entanto, não se observa na atuação do Estado no âmbito da função executiva, mesmo quando se está diante de processos administrativos, que podem ter o condão de processar direitos e garantias dos cidadãos.

MEIRELLES (2000, p. 43), ao tratar sobre a interpretação do Direito Administrativo, nesse sentido, afirmou que:

O estudo da interpretação das normas, atos e contratos administrativos não tem correspondido, entre nós, ao progresso verificado nesse ramo do Direito. Adiantados como estamos em muitos aspectos da Ciência Jurídica, não cuidamos, ainda, com a profundidade devida, de fixar regras básicas da aplicação desse novel ramos do Direito Público Interno, o que nos leva a utilizar, quase exclusivamente, da hermenêutica civilista em matéria administrativa⁹⁹.

Nesse contexto, o que se observar é uma completa submissão ao princípio da legalidade¹⁰⁰, em estrita observância ao texto legal, mesmo quando se está

⁹⁷ MASSON, Nathália. Manual de direito constitucional. 4. ed., rev. ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, pp. 60 e seguintes.

⁹⁸ NOVELINO, opus cit., pp. 153 e seguintes.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25 ed. atualizada por Eurico de A. Azevedo, Délcio B. Aleixo, e José Emmanuel B. Filho. MALHEIROS: São Paulo, 2000, p. 43.

¹⁰⁰ VIEIRA, opus cit., pp. 127-128.

diante de eminente inconstitucionalidade, sem margem de atuação do respectivo servidor, que atua, como regra, de forma acrítica, simplesmente aplicando a norma posta.

MEIRELLES (2000, pp. 82-83.), ao tratar do princípio da legalidade, sob esse aspecto, afirmou, *in verbis*, que:

A Legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob a pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso¹⁰¹.

Há de se registrar que não se está questionando a observância do princípio da legalidade, enquanto norte estruturador da Administração Pública, mas, no viés deste estudo, apontando para a necessidade de uma releitura da atuação do servidor público enquanto vetor da interpretação da norma, principalmente, como já posto, quando se está diante de processos administrativo¹⁰², nos quais se discute direitos dos administrados.

A análise posta mostra que, no cenário brasileiro, quando se trata do Estado de direito sob a ótica da hermenêutica e, assim, do processo interpretativo, há elementos que se ligam à perspectiva interpretativa “pós-formalista”, principalmente quando se está, no exercício do Poder Judiciário, diante de processo especial de controle de constitucionalidade, no qual, por exemplo, vê-se a ampliação do rol dos participante do processo interpretativo constitucional.

Há se observar, porém, que quando se trata da atuação de servidores públicos, na função executiva, inclusive quando se está diante de processos administrativos, parece haver um alinhamento com a perspectiva formalista, vinculada ao positivismo jurídico, em que o servidor age em estrita observância ao texto legal, de forma acrítica, mesmo quando se está diante de eminente inconstitucionalidade, quando, sem margem de atuação, simplesmente aplica a norma posta, ainda que disso advenha efetiva injustiça.

¹⁰¹ MEIRELLES, *opus cit.*, pp. 82-83.

¹⁰² HÄBERLE, *opus cit.*, p. 22.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por fim analisar a interpretação jurídica no âmbito do direito constitucional brasileiro, partindo de uma reflexão sobre a interpretação no âmbito da obra de Hans Kelsen, expoente do positivismo jurídico e, assim, da escola formalista, e de Peter Häberle, um dos expoentes da escola pós-formalista.

Nesse sentido, em um primeiro momento, fez-se uma análise da obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, concluindo-se, ao fim, que na *Teoria Pura do Direito*, a atuação dos atores, no que tange à interpretação, a despeito de permitir uma certa liberdade, inclusive, com a possibilidade de transitar por outros sistemas de valores, deve orbitar a norma jurídica, e, nesse sentido, dentro dos limites postos pelo próprio sistema normativo, ou seja, dentro das linhas da moldura posta pelo Direito.

Analisou-se, outrossim, em um segundo momento, a obra *“Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição”*, de Peter Häberle, concluindo-se, dentro do proposto por este trabalho, que Häberle aponta para a abertura do rol de atores interpretativos, no âmbito da ciência jurídica, o que seria reflexo dos conceitos de república e democracia, cujo processo, pela legitimação buscada, redundaria em uma integração, uma unidade política, e uma unidade da Constituição, replicando da concretização do atendimento ao interesse público e ao bem-estar social, como conformadores da realidade constitucional.

A partir das análises postas, buscou-se, panoramicamente, um estudo da interpretação no âmbito da Constituição Federal, quando se conclui que, no cenário brasileiro, quando se trata do Estado de direito sob a ótica da hermenêutica e, assim, do processo interpretativo, há elementos que se ligam à perspectiva interpretativa “pós-formalista”, principalmente quando se está, no exercício do Poder Judiciário; porém, quando se trata da atuação de servidores públicos, na função executiva, inclusive quando se está diante de processos administrativos, parece haver um alinhamento com a perspectiva formalista, vinculada ao positivismo jurídico, em que o servidor age em estrita observância ao texto legal, de forma acrítica, mesmo quando se está diante de eminente inconstitucionalidade, quando, sem margem de atuação, simplesmente aplica a norma posta, ainda que disso advenha efetiva injustiça.

A análise, assim, mostra, parece, a necessidade de se reforçar o estudo da hermenêutica jurídica, suas escolas, seus métodos, seus princípios, de forma a possibilitar a todos os concernidos mecanismos de interpretação que possibilitem um atuar mais proativo frente às exigências da concretização dos misteres que envolvem um efetivo Estado de direito.

BIBLIOGRAFIA

- BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. rev. atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FREITAS, Hélia Maria Soares de; BARRENECHEA, Miguel Angel de. Filosofia e educação- Unirio. v. único. Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2014, pp.66-68.
- GÁLVEZ, Juan F. Monroy. Teoría geral del processo. Primera edición. Lima/Peru: Palestra, 2007.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997 (Reimpresão, 2002).
- HANSEN, Gilvan Luiz; PAUSEIRO, S. G. M. Controle de constitucionalidade na arbitragem de litígios que envolvam a administração pública. In: FUNJAB. (Org.). Controle de constitucionalidade na arbitragem de litígios que envolvam a administração pública. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. 1, p. 12-1648.
- KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito/Hans Kelsen; [Tradução João Baptista Machado]. – 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior).
- MASSON, Nathália. Manual de direito constitucional. 4. ed., rev. ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25 ed. atualizada por Eurico de A. Azevedo, Délcio B. Aleixo, e José Emmanuel B. Filho. MALHEIROS: São Paulo, 2000.
- OSBORNE, Grant R. A espiral hermenêutica: uma nova abordagem à interpretação bíblica. Tradução Daniel de Oliveira, Robinson N. Malkomes, Sueli da Silva Saraiva. São Paulo: Vida Nova, 2009.
- PAUSEIRO, S. G. M. Notas de Aula. Matéria Justiça Administrativa e Hermenêutica Jurídica – PPGDEN (13/06/2022).
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35 ed.. rev., atual. São Paulo: MALHEIROS, 2011.
- VIEIRA. Sérgio Túlio Santos. A administração pública contrafactual: ética e moralidade discursiva. Rio de Janeiro: Instituto EDS, 2021.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: O INTERESSE PÚBLICO E A EFETIVIDADE DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS EM FACE DA TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO INVESTIGADO

Daniel Ferreira de Melo Belchior¹

Resumo: A Lei nº 13.869/19 estabelece normas essenciais de observância pelos órgãos de investigação, persecução e justiça penal, contudo também traz em seu conteúdo determinados pontos de reflexão, sob o prisma principiológico. O presente estudo, portanto, busca realizar uma análise específica sobre o artigo 38 da Lei nº 13.869/19 e os princípios e direitos envolvidos no tipo penal, em especial, o contraponto existente entre o interesse público relacionado à investigação e à tutela dos direitos da personalidade dos investigados.

Palavras-chave: Abuso de Autoridade. Investigação Criminal. Interesse Público. Direitos da Personalidade.

Abstract: Law 13.869/19 establishes essential standards for compliance by investigation, prosecution and criminal justice institutions, however, it also brings in its content certain points of reflection, from the perspective of principles. The present study, therefore, seeks to carry out a specific analysis of article 38 of Law 13.869/19 and the principles and rights

¹ Delegado de Polícia na Polícia Civil do Espírito Santo (PCES). Professor da Academia de Polícia Civil do Espírito Santo (ACADEPOL) e da Escola de Serviço Público do Espírito Santo (ESESP). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado (*Lato Sensu*) em Direito Constitucional. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo.

involved in the crime, in particular, the existing counterpoint between public interest related to investigation and the protection of personality rights of the investigated.

Keywords: Abuse of Authority. Criminal Investigation. Public Interest. Personality Rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República, além de tutelar direito e garantias fundamentais para o investigado, prevê mecanismos que asseguram à coletividade, através do Estado, o direito fundamental à segurança e à justiça. Nesse sentido, diante da necessidade de se dar efetividade a essas garantias, a Segurança Pública foi elevada pelo Constituinte Originário a verdadeiro dever de Estado, cujo exercício tem como finalidade a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

O exercício da Segurança Pública passa, assim, pela atuação das diferentes esferas de Poder Estatal, bem como pela assunção de institutos jurídicos e técnicas que permitem a apuração de fatos e a consequente responsabilização criminal de pessoas envolvidas na prática de crimes. Nesse ponto, as instituições e seus agentes servem ao propósito de garantir que a justiça seja realizada às partes lesadas de forma plena, viabilizando, ainda, a contenção do crescimento dos índices de criminalidade.

Noutro giro, concorrentemente à ação dos órgãos e dos agentes, se fazem presentes também determinados limitadores que funcionam como verdadeiros freios à eventual ação estatal abusiva. Esses são reconhecidos na figura dos direitos e garantias fundamentais dos investigados.

O aparente paradoxo em questão passou a ganhar maior destaque e relevância quando se passou a considerar o fluxo de questionamentos envolvendo a validade e a legitimidade de determinadas medidas adotadas no âmbito de operações e investigações em curso de grande repercussão.

Nesse ponto, o ineditismo de determinadas situações, por vezes, não enfrentadas em tribunais e não previstas na legislação, conduziram à reação de se disciplinar pontos controversos, principalmente, quando se passou a observar o embate de princípios de ordem constitucional com a prática inerente aos casos concretos. Com efeito, o resultado se deu por meio da materialização da Lei nº 13.869/19 (Nova Lei de Abuso de Autoridade).

Dentre as condutas previstas no novel diploma legal, chama atenção a previsão do artigo 38, que tem como objetivo finalístico tutelar os direitos da personalidade de investigados e regular a atuação da administração pública na figura dos órgãos responsáveis pela investigação.

O presente artigo busca, portanto, debater os reflexos que a previsão do artigo 38 da Lei nº 13.869/19 acarreta na efetividade da investigação criminal, bem como a viabilidade de uma leitura do respectivo artigo à luz da Constituição.

1. ANÁLISE DO TIPO PENAL

Primeiramente, é importante observar que os tipos penais previstos na Lei de Abuso de Autoridade têm como disposição geral a previsão do artigo 1º do citado diploma, cujo teor determina:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

*§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade **quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.***

*§ 2º **A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.***

Tem-se, em seu parágrafo primeiro, que para a adequação típica de determinada conduta a qualquer dos crimes previstos no diploma legal, demanda-se um especial fim de agir do autor, seja ele uma finalidade “específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro” ou ainda uma “atuação por mero capricho ou satisfação pessoal”.

Significa dizer que, para além de demonstrar o dolo em relação ao crime, eventual imputação pela prática de ilícito previsto na Lei de Abuso de Autoridade deve reclamar, ainda, a comprovação de que o agente atuou com uma dessas finalidades específicas.

Já com relação ao parágrafo segundo, trata-se de previsão expressa de vedação ao chamado “crime de hermêutica”². Sobre o tema, esclarece Renato Brasileiro

² Nomenclatura atribuída ao tipo penal que responsabiliza o operador do direito por uma interpretação considerada equivocada da Lei.

que “se estamos diante de uma norma que permite interpretações diversas, o sentido adotado pelo agente público em questão deve ser considerado válido, e não abusivo”³.

Referidos pressupostos, por consequência, não seriam diferentes quanto à previsão legal do artigo 38 da Lei nº 13.869/19, cujo teor expressa:

Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Como resultado, para se atribuir responsabilidade a um agente por antecipar e divulgar informações pertinentes a investigações em curso ou relacionadas a investigado, deve-se demonstrar que aquele o fez ou “por mero capricho ou satisfação pessoal” ou visando “prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro”. Sendo assim, a presença do elemento subjetivo especial é imprescindível, já que se “ausente esse especial fim de agir, não há falar em crime de abuso de autoridade”⁴.

Outrossim, no caso de eventual discordância no tocante à avaliação dos fatos pelo órgão responsável pela investigação, no que se refere à possibilidade, ou não, de se promover a divulgação à imprensa, não pode esta conduta ser qualificada como abuso de autoridade, por expressa vedação legal (§2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade). Esse é exatamente o caso da interpretação do artigo 38 da Lei nº 13.869/19: se o agente considerou possível a divulgação, por entender, juridicamente, não estar incorrendo na norma proibitiva do crime analisado, não há como considerar sua conduta como criminosa.

Como segunda observação a se fazer no tocante ao tipo penal em análise, destaca-se o termo “atribuição de culpa”. Note-se que, nesse ponto, a melhor técnica legislativa não foi observada, haja vista o grau de generalidade inerente à expressão. Referida afirmação tem como fundamento o fato de que a mera referência ao termo “antecipação de culpa” não permite ao intérprete determinar se o legislador pretendeu aludir a uma simples comunicação informal (suspeitas

³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 61.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 58.

de envolvimento) ou, de fato, a um ato oficioso, antecipando, no caso, uma decisão formal que atribui responsabilidade criminal (v.g. indiciamento, formalização de denúncia).

Dessa forma, considerando o conteúdo abstrato da expressão, não nos restam dúvidas quanto a potencial inconstitucionalidade de referida previsão legal. A conclusão, nesse sentido, decorre, especificamente, do próprio princípio da Legalidade - *in casu*, sob o prisma do *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa* -, que exige da lei penal clareza suficiente em seus termos, para que não se promovam injustiças por meio de interpretações subjetivas por parte dos operadores do direito.

Ademais, é lastreado em referida certeza e clareza da lei que se permite, ainda, que a anterioridade penal também se perfaça de forma efetiva e plena como princípio fundamental dos agentes investigados. Conforme observa Jorge Figueiredo⁵, partindo da ideia de Prevenção Geral, o agente deve poder distinguir, com segurança, a conduta lícita da conduta criminosa, mediante lei anterior, estrita e certa. Com efeito, não se demonstra razoável que se impute a prática de crime de abuso de autoridade a responsável por investigação quando sequer há definição quanto ao que se entende pela expressão “antecipação de culpa”.

Aliás, com fundamento nas razões expostas, evidencia-se, também, que a expressão “responsável pelas investigações” deve ser compreendida da mesma forma. Isto é, o agente ativo deve ser, estritamente, pessoa cujo cargo ou função detenha atribuição legal para presidir investigações. Seria, portanto, o exemplo de Delegados de Polícia por meio do Inquérito Policial e de membros do Ministério Público através do PIC (Procedimento de Investigação Criminal)⁶.

Noutro giro, verifica-se que há no tipo penal a fixação inequívoca de dois marcos procedimentais, para que a “antecipação de culpa” ao investigado seja considerada crime: “antes de concluídas as apurações” e “formalizada a acusação”.

A exigência de referidos requisitos pelo legislador sugere duas possíveis interpretações: a primeira é no sentido de que o Constituinte Derivado, mais

⁵ Cf. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal: parte geral, t. 1 – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 168.

⁶ Note-se quanto ao Órgão Ministerial que, por exercer ainda a função de titular da futura ação penal, a depender da corrente adotada no tocante aos marcos procedimentais exigidos pela lei (“antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação”), a conduta poderá implicar em consequência diversas no que tange a configuração do crime. A questão, no entanto, será melhor abordada nos próximos parágrafos.

uma vez, careceu de técnica quando da elaboração do projeto e terminou sendo redundante em suas palavras. Explica-se. Se o Ministério Público, independentemente do relatório final do Delegado de Polícia, entendendo haver indícios suficientes de autoria e materialidade para formar a sua *opinio delicti*, pode oferecer denúncia, então, uma vez considerada “formalizada a acusação”, de forma reflexa e automática, também deve ser entendida como “concluída a apuração”. No mesmo sentido, aliás, um membro do órgão ministerial pode formalizar a acusação, unicamente, com peças de informação, ou seja, independentemente da instauração de inquérito policial de forma prévia⁷. Portanto, bastasse o legislador prever, tão somente, o requisito relacionado à acusação formal, que o objetivo do tipo penal já restaria satisfeito.

Já a segunda interpretação possível, sendo esta a que se tende a preferir, represa à luz do princípio hermenêutico segundo o qual a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*). Com base em referido pressuposto, não se poderia simplesmente ignorar a intenção do legislador na escolha das expressões utilizadas no texto legal. Notadamente, ao separar a função de investigar da função de titularizar a ação penal, o Constituinte Derivado buscou cindir e direcionar a qual agente o marco procedimental deverá se referir quando da análise de eventual subsunção da conduta ao tipo penal. O entendimento, portanto, deve ter como premissa o fato de que a exigência do marco se dará de acordo com a esfera de atribuição do agente, interpretando a sua necessidade de maneira conformativa ao agente causador. Para tanto, contudo, o conceito de «antecipação de culpa» - que se enxerga como o mais razoável -, deve ser determinado segundo o ato officioso da autoridade que vai atribuir responsabilidade de forma antecipada.

⁷ Sobre suposta dispensabilidade do inquérito policial moderna doutrina tem se posicionado de forma divergente. Nesse sentido, destaca HOFFMANN: “muito embora seja possível o oferecimento de denúncia desacompanhada de inquérito, a esmagadora maioria dos processos penais é antecedida da investigação policial. Afinal, trata-se de garantia do cidadão, no sentido de que não será processado temerariamente. A própria Exposição de Motivos do CPP destaca que o inquérito policial traduz uma salvaguarda contra apressados e errôneos juízos, formados antes que seja possível uma precisa visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. A instrução preliminar é a ponte que liga a *notitia criminis* ao processo penal, retratando a transição do juízo de possibilidade para probabilidade pela via mais segura. E, justamente por esse motivo, mesmo quando o Ministério Público já dispõe dos elementos mínimos para propor a ação penal sem o inquérito policial, na maior parte das vezes prefere requisitar a sua instauração, não abrindo mão desse filtro processual. De mais a mais, não se deve perder de vista que, nos crimes de ação penal pública incondicionada (que são a maioria), a regra é a obrigatoriedade de instauração do inquérito policial, e esse procedimento deve acompanhar a peça acusatória sempre que servir de suporte à acusação.” (Cf. <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada> acessado em 20/05/2020).

Tendo por base a posição acima, valendo-se das figuras do Delegado de Polícia e do Promotor de Justiça para melhor compreensão, passamos a trabalhar as seguintes situações hipotéticas, para fins de análise:

1. Quando o agente é somente responsável pelas investigações:

1.1. E antecipa a culpa antes de concluída a apuração - seria, por exemplo, o caso de Delegados de Polícia. Nessa hipótese, se presente o especial fim de agir, o Delegado que anuncia o indiciamento de investigados, sem ter concluído as apurações, pratica o crime do artigo 38.

1.2. E antecipa a culpa depois de concluída a apuração (antes de formalizada a acusação) - seria, novamente, o caso de Delegados de Polícia. Nessa hipótese, independentemente de não se ter formalizado a acusação, o Delegado não responderá pelo crime. A justificativa se faz valer, considerando que a conclusão das apurações se completa no ato oficioso que atribui responsabilidade ao investigado (indiciamento), não podendo se falar, portanto, em prática de crime pela autoridade policial que exauriu a sua esfera de atuação. Nessa toada, a existência ou não de acusação formal é fato que não possui pertinência com a atuação do Delegado, responsável unicamente pelas investigações, e cujo convencimento sobre os fatos, considerando a discricionariedade jurídica inerente ao cargo, não possui vínculo com a *Opinio Delicti* formada pelo membro do Ministério Público⁸.

2. Quando o agente é responsável pelas investigações e titular da ação penal: seria, por exemplo, o caso do Promotor de Justiça com atribuição em Grupo de Atuação Especial ou em Força Tarefa⁹. Já nessa situação, o promotor, sendo o responsável pela investigação e ao mesmo tempo titular da ação penal, responderá pelo crime caso atribua culpa ao investigado, em qualquer momento, desde que antes de formalizada a acusação. Nessa hipótese, o exercício da dupla atribuição (investigar e acusar) pelo órgão ministerial, somado à inexistência de ato oficioso típico de conclusão de investigações (a exemplo do indiciamento na esfera policial), no âmbito do Ministério Público, permite a ocorrência do crime a qualquer momento, desde que antes de formalizada acusação. É importante observar, contudo, que a situação, *in casu*, seria diferente na condição de ser

⁸ Nesse sentido, Art. 2º, §6º da Lei nº 12.830/08: “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

⁹ V. Art. 6 da Resolução nº 179 de 26 de julho de 2017 do CNMP.

estabelecida uma divisão formal de tarefas dentro de um mesmo órgão de atuação, por exemplo, com designação de promotores “investigadores” e promotores “acusadores”. Nessa hipótese, aos promotores “investigadores” aplicar-se-ia a hipótese anterior (item 1) e quanto aos promotores “acusadores”, não ocorreria a prática de crime, haja vista não se adequarem à previsão de sujeito ativo prevista no artigo 38 (“responsável pela investigação”). Nada impede, porém, que estes possam ser responsabilizados por crimes contra honra previstos no Código Penal.

2. O INTERESSE PÚBLICO DA PUBLICIDADE NA EFETIVIDADE DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

Primeiramente, é imperioso destacar que, ordinariamente, notícias veiculadas pela mídia, antes de sua publicação, passam necessariamente por um processo de edição. Trata-se de procedimento comum a toda e qualquer notícia, no sentido de revisar o conteúdo produzido e selecionar os principais trechos, visando chamar atenção do público alvo para o que é considerado de maior importância jornalística.

Note-se, por conseguinte, que detalhes envolvendo as investigações, por vezes, podem passar despercebidos ou ser omitidos nas matérias publicadas, em especial, quando envolvem questões jurídicas que, de fato, não servem ao propósito dos veículos de comunicação.

Como resultado, por vezes, a divulgação de dados e informações de investigações e indivíduos - cuja acusação pelo órgão ministerial já foi formalizada, ou cuja apuração pelo órgão investigativo já foi concluída -, não são sinalizadas nas matérias, resultando, eventualmente, na equivocada instauração de procedimentos correccionais em face de agentes públicos.

Por outro lado, não obstante a sua função típica de difundir informação e prestar contas à sociedade, tem-se, também, como objetivo da divulgação pelos órgãos responsáveis pela investigação, a busca por elementos para contribuir com apurações em curso, não se aplicando, para tanto, a limitação imposta pelo artigo 38 da Lei nº 13.869/19. Por essa razão, para Rogério Sanches e Rogério Grecco¹⁰, “o tipo não impede a publicidade da condição de suspeito da pessoa objeto da investigação”.

¹⁰ GRECO, Rogério; CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de autoridade - Lei 13869/19 - Comentada Artigo por Artigo*. 2ª ed. rev. atual.amp. Salvador: Juspodivm, 2020. p.313.

Assim sendo, verifica-se que o objetivo investigativo pode se subsumir perfeitamente à publicidade descrita pelos autores. A uma, pois durante a divulgação de dados da investigação ou do suspeito é possível estarem em curso operações ou cautelares sigilosas que têm como finalidade essencial, exatamente, apurar o próprio crime em questão ou outros crimes relacionados.

Em segundo lugar, em situações similares, é possível que outros suspeitos pelo mesmo crime em apuração também se encontrem sob investigação. Como resultado, a difusão para imprensa de dados específicos da investigação ou de suspeitos permitiria a coleta de mais informações e estimularia vítimas, testemunhas e informantes a contribuir com outros elementos que levassem à conclusão da investigação e à imputação de responsabilidade aos demais envolvidos. Nesse sentido, conforme apontam Rogério Sanches e Rogério Grecco¹¹, a divulgação “não raras vezes, aparece como necessária para a apuração de determinadas infrações, podendo contar com a colaboração dos membros da comunidade em que ocorreu a infração”.

Sobre o tema, aliás, merece destaque o posicionamento defendido por Renee Souza¹², ao fazer referência à divulgação de prisões por meio de entrevistas, como forma de obtenção de provas sobre fatos em apuração, não implicando a prática do crime previsto no artigo 38 da Lei nº 13.869/19.

Além disso, não devem ser alcançadas pelo tipo penal eventuais entrevistas e comunicados metodicamente inseridos em uma ampla estratégia investigativa aptas a estimular, conseqüentemente, a obtenção de outras provas sobre o ato sob apuração. É o que ocorre com a divulgação de prisão ou de retratos de suspeitos de crimes praticados em série e que pode promover o seu reconhecimento por outras vítimas e testemunhas, além de motivá-las a depor sem receio de retaliações. Este tipo de tática investigativa, que para ser válida necessita seja mantida uma íntima conexão entre a informação difundida e a persecução realizada, insere-se como mecanismo e gerencialista e participativo das investigações modernas porque voltada ao compartilhamento e obtenção de informações, ainda que mediante ofertas de recompensas, como ocorre com as políticas whistleblowing ou de compliance.

¹¹ GRECO, Rogério; CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de autoridade - Lei 13869/19 - Comentada Artigo por Artigo*. 2ª ed. rev. atual.amp. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 313.

¹² SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 241.

Veja-se que, assim como exposto, a decisão do responsável pela investigação de divulgar informações sobre suspeitos deve ter como lastro um conjunto harmônico de elementos que permita o afastamento episódico da tutela de seus direitos da personalidade. Isto é, eventual investigação com acusação formalizada / apuração concluída ou Interesse Público¹³ pertinente à determinada investigação em andamento. É o que ocorre, na última hipótese, quando a divulgação se concretiza enquanto vigente medida cautelar sigilosa, sob o monitoramento de equipe de investigação, notadamente, a bem do interesse público, para o aprofundamento e conclusão das investigações.

Referido fato demonstra que a autoridade policial ou o promotor de justiça, ao promover a difusão, atua de forma prudente e dentro de suas limitações, buscando atender o seu mister como órgão de investigação e contribuir com a conclusão de procedimentos investigativos, amparado pelo interesse público que, na maioria das vezes, é permeado por alguma medida autorizada judicialmente. Nesse sentido, destaca Renee Souza¹⁴:

Neste tipo de situação, o comunicado tem uma feição de utilidade pública o que é suficiente para excluir a finalidade específica de prejudicar o investigado ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, que tenha agido por mero capricho ou satisfação pessoal. Observe-se que a utilidade pública contida neste tipo de comunicação é o fim que anima a excludente dos crimes contra a honra prevista no art. 142 do Código Penal de modo a indicar que o desenvolvimento regular das atividades públicas não pode ser objeto de sanção.

Diante de todo o exposto, verifica-se não haver, na conduta do órgão de investigação que promove a divulgação, qualquer intenção de “prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro”, tampouco a de agir por “mero capricho ou satisfação pessoal”, conforme exigido para configuração de crime previsto na Lei nº 13.869/19, quando se busca a conclusão de expedientes apuratórios. Pelo contrário, evidencia-se que a atuação se dá estritamente visando atender a utilidade pública. Dessa forma, “se o funcionário agiu movido pela vontade de atingir o fim público, não incide no crime de abuso de autoridade”.¹⁵

¹³ “O interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.60.)

¹⁴ SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 241.

¹⁵ SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 19.

Essa também é a conclusão de Renato Brasileiro¹⁶, ao tecer comentários sobre a exigência do elemento subjetivo especial previsto no artigo 1º, §1º da Lei nº 13.869/19 (finalidade de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro / agir por mero capricho ou satisfação pessoal), para a configuração dos tipos penais criados em referido diploma legal:

Firmadas essas premissas, parece não haver dúvida quanto à presença de um elemento subjetivo específico em relação aos crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 13.869/19, pelo menos em regra. Isso porque, consoante disposto em seu art. 1o, §1o, as condutas ali descritas constituem abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Como se percebe, diversamente do que geralmente ocorre na redação dos tipos penais, em que esses elementos subjetivos específicos constam da redação típica de cada delito (v.g., estelionato – para si ou para outrem), o legislador houve por bem inserir, logo no art. 1o, §1o, da Lei n. 13.869/19, uma norma penal de extensão que abrange, pelo menos em regra, todas as figuras delituosas previstas no novo diploma normativo. Sua presença (ou não), portanto, será de todo relevante para diferenciar o agente que cometeu um erro, ou mesmo uma ilegalidade de boa-fé, é dizer, sem o propósito deliberado de abusar das prerrogativas que lhe foram atribuídas, daquele que agiu com a intenção inequívoca de se exceder no exercício das suas funções para atingir sua finalidade.

É de se observar, nesse ponto, ainda, a Orientação n. 01/2020 do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS)¹⁷, que discorre sobre a aplicação da Lei nº 13.869/2019 no âmbito de atuação de referido órgão ministerial. Acerca do tema, em consonância com os posicionamentos destacados acima, aponta referido órgão em seu enunciado 05 que “durante a investigação criminal, a mera narrativa de seu conteúdo, com divulgação do nome, de fotografia ou de qualquer dado da identidade do suspeito pela autoridade policial ou ministerial não constitui, por si só, crime de abuso de autoridade”. Outrossim, no enunciado 03 explica que também “não constitui crime de abuso de autoridade a narrativa técnica e de forma oficial aos veículos de informação das diligências alcançadas a partir de elementos de prova em expediente investigatório regularmente instaurado.” Já no enunciado 04 afirma que “não constitui crime de abuso de autoridade a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa se necessária à

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 56.

¹⁷ Disponível em <https://www.mprs.mp.br/media/de/arquivos/demp-04-03-2020.pdf>. Acesso em 15.01.2020.

administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, conforme o artigo 20 do Código Civil de 2002”.

Note-se que, com relação ao enunciado 04 e a delimitação de utilização de imagem sem autorização (restrita à necessidade da administração da justiça e à manutenção da ordem pública), prevista no artigo 20 do Código Civil¹⁸, a doutrina especializada vai além. Para Anderson Schreiber¹⁹ “o dispositivo ignora numerosos interesses constitucionalmente protegidos que podem, em certas circunstâncias, justificar a divulgação desautorizada da imagem alheia”. Nessa toada, o interesse público inerente às investigações em curso também goza dessa tutela constitucional. No mesmo sentido, conclui ainda o autor que,

Apesar do auspicioso início, o art. 20 acaba por incorrer em dois equívocos graves. Primeiro, ao tentar delimitar as situações em que a imagem de uma pessoa pode ser veiculada sem sua autorização, o legislador menciona apenas duas situações: a necessidade de “ administração da justiça” ou de “manutenção da ordem pública”. A limitação é excessiva.

Diante do exposto, nota-se que a intenção de se criar o tipo penal em análise foi o de criar regras de divulgação e, ao mesmo tempo, criminalizar eventual inobservância às restrições impostas pelo legislador. Contudo, é importante salientar que muito embora as regras proporcionem o critério das ações, dizendo o que se deve ou não fazer em situações consideradas ideais, são os princípios que proporcionam critérios para o posicionamento diante de uma situação concreta. Partindo desse pressuposto, e considerando todas as circunstâncias citadas que podem envolver um procedimento em apuração, deve se observar o interesse público como fundamento suficiente a legitimar ações realizadas em prol da investigação, essas apoiadas na razão de que tais perdas e restrições se deram em prol de um interesse coletivo.

Não obstante eventuais excessos que porventura tenham ocorrido na condução de operações e investigações no passado, verifica-se que a publicidade não pode deixar de compor o leque de atuação dos órgãos de investigação, se a divulgação perfizer os requisitos e fundamentos fáticos e jurídicos necessários. A afirmação se sustenta quando se observa que a divulgação de imagem de investigados, buscaria, em tese, não apenas o aprofundamento e conclusão das investigações, mas também, reflexa e futuramente, a garantia de efetividade processual, materializando-se como verdadeiro consectário de justiça.

¹⁸ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 103.

Dessa forma, o fundamento para o reconhecimento da divulgação de imagem e de dados remeteria ao aspecto de efetividade que medidas restritivas no processo penal, por excelência, visam proteger: *i.* o risco do *periculum libertatis* aliado ao *fumus comissi delicti* no caso de investigados foragidos; *ii.* a impunidade que possa advir da inércia e omissão dos órgãos de investigação.

O objetivo, portanto, se resumiria a evitar os efeitos deletérios que a não divulgação pode promover no âmbito do procedimento investigativo. A pretensão, dessa forma, é entender o compartilhamento de imagem e de informações como forma de dar eficácia e efetividade a investigações em curso.

Note-se, com base no exposto, que eventual divulgação de imagem e de informações também atende a uma necessidade de interesse público, não apenas sob o aspecto do conhecimento sobre indivíduos que se encontram alheios à ação da justiça, mas, principalmente, sob o prisma da efetividade dos provimentos jurisdicionais no âmbito dos procedimentos investigativos que envolvam investigados foragidos.

Dessa forma, o que se busca por meio da medida é, tão somente, alcançar a efetividade da investigação, não se realizando qualquer juízo de valor sobre as pessoas dos investigados. Isto é, a base da divulgação é, em sua essência, o fato e não a figura dos investigados.

O clímax desse embate jurídico culminaria, portanto, no contraponto entre a efetividade processual sob o prisma da justiça e a garantia de presunção de inocência, aqui materializado no direito de preservação da imagem e direitos da personalidade do investigado.

Diante de situações como a ora apresentada, a solução percorre necessariamente o entendimento de que em um Ordenamento Jurídico a coexistência entre princípios pressupõe que entres estes possam haver potenciais conflitos, contudo, sanáveis conforme o modelo encampado pelo próprio Ordenamento.

No direito comparado, a Teoria da posição preferencial da liberdade de expressão é o paradigma a ser considerado quando verificada a relação antagonica entre princípios no tocante à atuação da imprensa na divulgação de investigações e julgamentos criminais. Trata-se de relevante desdobramento da instrumentalização da liberdade de expressão e implica a categorização dos discursos, bem como o estabelecimento de graus diferenciados de proteção. Com base em referida teoria, os "discursos considerados relevantes para a formação da opinião pública, notadamente o discurso político ou as mensagens a respeito de

assuntos de interesse público ou concernentes a pessoas públicas, são tributários de proteção preferencial”. Em sentido contrário, porém, outras modalidades que não sejam relacionadas diretamente com questões públicas podem sofrer restrições, ou por não serem consideradas relevantes ou por serem entendidas como nocivas para a democracia.²⁰

No que tange, especificamente, a posição preferencial conferida aos discursos que se refram a temas de interesse público, “o fato de se consubstanciar em elemento condicionador da democracia pluralista e premissa para o exercício de outros direitos fundamentais’ confere à liberdade de expressão posição preferencial, devendo prevalecer *prima facie* em caso de colisão com outros direitos fundamentais”²¹.

Por outro lado, a própria ideia de proporcionalidade, oriunda da técnica de ponderação de princípios - por vezes utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, como fio condutor de decisões em que se vislumbraram conflitos entre princípios constitucionais²², também permitiria, a nosso ver, chegar à mesma conclusão da “Teoria da posição preferencial da liberdade de expressão”.

²⁰ SCHREIBER, Simone. *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.57.

²¹ SCHREIBER, Simone. *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 83.

²² Valendo-se da técnica da ponderação, o Supremo Tribunal Federal atribuiu maior peso ao interesse público ligado à persecução penal, à segurança pública e à moralidade administrativa, quando em confronto com o direito à intimidade de suposta vítima de estupro. Nesse sentido, destaca-se a ementa na íntegra: “Reclamante submetida ao processo de Extraditanda n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensão, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante”. (Reclamação QO n. 2040-1/DF, rel Min. Néri da Silveira – STF).

CONCLUSÃO

Considerando todo o cenário exposto, verifica-se que a modernização do direito e do processo penal desafia a assunção da justiça penal como eixo reverberativo de paradigmas constitucionais, passando a figurar, prioritariamente, como norte hermenêutico e vetor irradiante de princípios que necessariamente devem ser considerados de maior relevância, especialmente, quando se propõe, de forma fundamentada, a relativização de determinados direitos da personalidade considerados menos caros quando comparados à própria liberdade do investigado - por vezes, já cerceada quando da divulgação - e à efetividade do sistema de investigação, persecução e justiça penal.

Dessa forma, diante dos argumentos lançados, evidencia-se, *ictu oculi*, a predominância do interesse público em face dos direitos da personalidade do investigado.

Não se demonstra razoável, sob o ponto de vista teórico e prático, atribuir maior peso à figura da imagem do investigado comparativamente a de outros direitos consagrados constitucionalmente. Nesse sentido, não seria coerente, por exemplo, que fosse permitido decretar a prisão temporária de um investigado e não fosse permitido divulgar a imagem deste mesmo investigado, uma vez frustrada a sua captura.

Por essa razão, o interesse público, materializado na liberdade de expressão, assume posição preferencial sobre eventuais direitos da personalidade colidentes, especialmente, quando o conteúdo da publicação seja considerado conveniente para a conclusão da apuração em curso.

Somado a todo o exposto, há que se considerar ainda que no Ordenamento Jurídico Brasileiro a regra é a publicidade. Dessa forma, ao mesmo tempo que se garante o interesse público relacionado às investigações, resguarda-se o direito da sociedade de contribuir e ter ciência das informações. Essa, inclusive, já era a posição adotada por Luís Roberto Barroso²³, no tocante a tutela da honra dos investigados. Segundo o autor, para que comportem exceção à publicidade, os fatos devem necessariamente envolver circunstâncias de caráter puramente privado, sem repercussão sobre o meio social, de tal modo que, de forma inequívoca, não exista qualquer interesse público em sua divulgação.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em 15 de março de 2021.

Para o autor, existem três fundamentos consensuais pela doutrina e pela jurisprudência que ratificam a conclusão da inerência do interesse público na publicidade de investigações e processos criminais, como regra do Ordenamento Jurídico Pátrio:

(i) a circunstância de os fatos criminosos divulgados serem verdadeiros e a informação acerca deles haver sido obtida lícitamente (mesmo porque o processo é um procedimento público) afasta por si só a alegação de ofensa à honra; (ii) não se aplica a exceção do “segredo da desonra” porque fatos criminosos, por sua própria natureza, repercutem sobre terceiros (na verdade, sobre toda a sociedade), e tanto não dizem respeito exclusivamente à esfera íntima da pessoa que são considerados criminosos; (iii) ademais, há o interesse público específico na prevenção geral própria do Direito Penal, isto é, a divulgação de que a lei penal está sendo aplicada tem a função de servir de desestímulo aos potenciais infratores³⁸.

A divulgação, portanto, atende a uma orientação constitucional, que visa, tão somente, atender ao interesse público e a publicidade como regra. Por essa razão, eventual restrição à publicidade, a fim de preservar os direitos da personalidade dos interessados, só pode se dar se esse sigilo não prejudicar o interesse público.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policial-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal: parte geral, t. 1 – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- GRECO, Rogério; CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de autoridade - Lei 13869/19 - Comentada Artigo por Artigo*. 2. ed. rev. atual.amp. Salvador: Juspodivm, 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PGJ - ORIENTAÇÃO N. 01/2020 do Ministério Público do Rio Grande do Sul - Lei de Abuso de Autoridade. Disponível em <https://www.mprs.mp.br/media/de/arquivos/demp-04-03-2020.pdf>.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Simone. *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

O MARCO FINAL DO EXAME DE PATENTE NO BRASIL E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Julio Guidi Lima da Rocha¹

Rafael Meireles Saldanha²

Raquel Teixeira de Sá Mendes³

Resumo: Neste artigo, exploramos o processo de exame de patentes no Brasil, enfocando a importância da divisão de pedidos e a lacuna na publicidade do encerramento desse processo. O exame de patentes avalia se as invenções atendem aos requisitos, como novidade e atividade inventiva. Destacamos a necessidade de reivindicações claras e a unicidade da invenção. No entanto, a incerteza em relação ao encerramento do exame gera desafios para os requerentes. Propomos a criação de um despacho saneador com data definida para encerrar o exame, proporcionando clareza aos prazos e respeitando o princípio da publicidade. Essa medida visa fortalecer a proteção das inovações e promover a transparência no sistema de patentes brasileiro.

Palavras-chave: propriedade industrial; divisão do pedido de patente; final de exame em primeira instância.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2012). Estudante no 4º período de Engenharia de Produção no Centro Federal de Educação Tecnológica – CEFET. Advogado na empresa Marcanto Propriedade Intelectual. E-mail: julio@marcanto.com.br.

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). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá (2021). Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra – UC. Bolsista CAPES. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com.

³ Estudante em Direito no 10º período no Centro Universitário Augusto Mota – UNISUAM. Gerente de Processos na empresa Marcanto Propriedade Intelectual. E-mail: raquel.mendes@marcanto.com.br

Abstract: In this article, we delve into the patent examination process in Brazil, focusing on the importance of dividing applications and the gap in publicizing the conclusion of this process. Patent examination assesses whether inventions meet requirements like novelty and inventive activity. We emphasize the need for clear claims and the uniqueness of the invention. However, uncertainty regarding the examination's conclusion poses challenges for applicants. We propose the creation of a clearing examination notice with a defined date to conclude the examination, providing clarity on deadlines and respecting the principle of publicity. This measure aims to strengthen innovation protection and promote transparency in the Brazilian patent system.

Keywords: intellectual property; patent application division; conclusion of first-instance examination.

1. INTRODUÇÃO

O processo de exame de patentes é uma etapa fundamental para a concessão de patentes no Brasil, determinando se uma invenção atende aos critérios legais estabelecidos pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Para que uma patente seja concedida, é necessário que a invenção seja nova, envolva atividade inventiva, tenha aplicação industrial, seja única e tenha reivindicações claras.

Este processo culmina com a decisão do INPI de conceder ou negar a patente, mas questões relacionadas à divisão de pedidos e ao marco final do exame têm gerado controvérsias.

Pretendemos, por meio deste artigo, oferecer uma breve explicação do processo de exame de patentes e ressaltar a importância da opção de dividir um pedido em dois ou mais inventos. Além disso, destacaremos a lacuna na publicidade em relação ao marco final do exame de patentes, questionando sua constitucionalidade. Por fim, apresentaremos a proposta de criação e publicação de um despacho saneador do exame como uma solução para esse problema.

2. O PROCESSO DE EXAME DE PATENTE

O processo de exame de patentes no Brasil é um procedimento complexo e minucioso que visa avaliar se uma invenção atende aos requisitos legais para a

concessão de uma patente. O final desse processo envolve a decisão do Instituto Nacional de Propriedade Industrial em conceder ou negar a patente.

Para que uma patente seja aprovada no Brasil, bem como na maioria dos países, é necessário que a invenção cumpra diversos requisitos. Os principais critérios estabelecidos pelo INPI para a concessão de uma patente no Brasil incluem a novidade, a atividade inventiva, a aplicação industrial, a unicidade da invenção e a clareza das reivindicações⁴.

A novidade, como o próprio nome sugere, requer que a invenção seja genuinamente nova, ou seja, não pode ter sido divulgada ou comercializada em qualquer lugar do mundo antes da data de depósito do pedido de patente. Qualquer informação tornada pública antes do pedido de patente pode comprometer a novidade da invenção.

No Brasil, existe o chamado período de graça⁵, que representa uma exceção ao princípio da novidade. Durante esse período, o titular da patente pode divulgar informações sobre a invenção, como em uma palestra ou artigo científico. Essa divulgação, anterior ao registro da patente, poderia tornar a invenção não patenteável. No entanto, a Lei nº 9.279/96, em seu artigo 12, estabelece que se a divulgação for feita dentro do período de doze meses antes do depósito da patente, a invenção ainda será considerada nova.

A invenção deve envolver atividade inventiva, o que significa que não pode ser óbvia para uma pessoa comum no campo técnico relevante. A inovação deve representar um avanço não trivial em relação ao estado da técnica⁶.

Além disso, a invenção deve ser suscetível de aplicação industrial, o que significa que ela deve ser passível de ser produzida ou usada em uma indústria ou campo de atividade econômica.

O pedido de patente deve conter uma descrição detalhada da invenção que permita a um técnico no campo de atuação entender e reproduzir a invenção. Essa descrição inclui obrigatoriamente informações técnicas no relatório descritivo, no

⁴ BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução a Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 337.

⁵ DANNEMANN, Gert Egon. Do período de graça e do usuário anterior, dois novos princípios introduzidos no projeto do novo Código da Propriedade Industrial. **Revista da ABPI**, nº 13 p 33 a 36 nov./dez 1994.

⁶ DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Direito industrial**: patentes. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 31.

resumo, nas reivindicações e em outros documentos relevantes, de acordo com o tipo de invento, como desenhos, listagem de sequências biológicas, entre outros⁷.

As reivindicações definem os limites legais da proteção concedida pela patente. Elas devem ser claras e delimitadas de forma precisa, descrevendo o que está sendo reivindicado como novo e inventivo na invenção.

Elas são elementos fundamentais de um pedido de patente, pois definem exatamente o que está sendo reivindicado como inovação e, portanto, o que está protegido pela patente. As reivindicações descrevem os limites legais da proteção concedida por uma patente e são usadas para determinar se uma invenção infringe ou não uma patente anterior ou estada da técnica. Existem vários tipos de reivindicações em um pedido de patente, cada um com seu propósito específico.

Uma reivindicação independente, também conhecida como “reivindicação de produto” ou “reivindicação de processo”, define a invenção de forma autônoma, sem depender de outras reivindicações no pedido. Ela é a reivindicação mais ampla e geralmente é a primeira reivindicação em um pedido de patente. Por exemplo, uma reivindicação independente pode descrever um “dispositivo eletrônico portátil para comunicação sem fio”⁸.

As reivindicações dependentes referem-se a características específicas da invenção mencionadas em uma reivindicação independente ou anterior. Elas detalham aspectos específicos da invenção e restringem o escopo da proteção. Por exemplo, uma reivindicação dependente pode adicionar detalhes ao dispositivo eletrônico portátil, como “o dispositivo da reivindicação 1, onde a comunicação sem fio é realizada por meio de tecnologia Bluetooth”. Já uma reivindicação de dependência múltipla se refere a mais de uma reivindicação anterior, como por exemplo: “o dispositivo da reivindicação 1 ou 2”⁹.

Essas reivindicações quando descrevem um método ou processo para realizar uma ação específica são chamadas de reivindicações de processo. Por exemplo, uma reivindicação de processo pode descrever o método de fabricação de um produto ou o procedimento para realizar uma tarefa específica. Já quando descrevem o próprio produto ou dispositivo resultante da invenção são chamadas

⁷ BARBOSA, Denis Borges, *Op. Cit.*, p. 459.

⁸ *Ibidem*, p. 386.

⁹ *Ibidem*, p. 391.

de reivindicações de produto. Elas especificam as características do produto e definem o que é protegido.

Existem ainda reivindicação de composição que referem-se a composições químicas, como fórmulas de produtos químicos ou medicamentos. Elas especificam a composição exata e como ela é usada, em reivindicação do tipo suíça (ou *swiss-type claim*)¹⁰.

3. O PRINCÍPIO DA UNICIDADE DA INVENÇÃO E A POSSIBILIDADE DA DIVISÃO DO PEDIDO EM DOIS OU MAIS INVENTOS

Via de regra uma patente permitiria uma reivindicação independente com as demais sendo dependentes desta principal. Entretanto, em um único invento é permitido que haja uma combinação de tipos diferentes de reivindicação independente como, por exemplo, uma reivindicação independente de produto com uma reivindicação independente de processo ou método, além de usas respectivas reivindicações dependentes. Caso haja mais de uma reivindicação independente do mesmo tipo, como por exemplo, duas reivindicações independentes de produto, dispositivo ou aparelho, haveria infração da unidade do invento.

O princípio da unicidade ou unidade da invenção nos ensina que os aspectos da invenção se interligam em um único conceito inventivo. A unicidade deve ser analisada, principalmente, no quadro de reivindicações de uma patente. Muitas vezes o titular no anseio de proteger seu invento, expõe conceitos e requer proteção nas reivindicações, que são, em verdade, mais de um invento¹¹.

O processo de exame de uma patente inicia-se com uma análise formal do pedido para verificar se todos os documentos necessários foram apresentados corretamente. Caso haja problemas, o requerente é notificado para fazer as correções necessárias.

Após a aprovação na análise formal, a invenção passa por um exame técnico. Nesse estágio, um examinador do INPI avalia os requisitos de patenteabilidade e eventual caracterização em possíveis proibições de registro. Durante o exame técnico, é realizada uma busca de anterioridade para identificar outras patentes

¹⁰ LEITE, Márcio Junqueira. **Patentes de segundo uso no Brasil**. Rio de Janeiro: Almedina, 2015, p. 12.

¹¹ BARBOSA, Denis Borges, *Op. Cit.*, p. 338.

ou documentos que possam ser relevantes para a decisão. Isso ajuda a determinar se a invenção é verdadeiramente nova.

É possível que o examinador do INPI identifique questões com partes específicas do pedido de patente original. E quando isto ocorre em relação a unicidade do invento, será necessário que o titular em resposta ao parecer, apresente novo quadro de reivindicações retirando do pedido as reivindicações independentes do mesmo tipo.

Esta emenda ao quadro de reivindicações, eliminando reivindicações independentes, ira de fato sanar o vício na quanto a unicidade mas deixara desprotegida boa parte do esforço inventivo do titular e inventores.

Portanto, a Lei garante ao titular da patente que este ainda consiga proteger aquelas reivindicações que foram retiradas do pedido de patente original, apresentando-as em um pedido dividido conforme o Art. 26, Da Lei n. 9279/96 (LPI): *“O pedido de patente poderá ser dividido em dois ou mais, de ofício ou a requerimento do depositante, até o final do exame, desde que o pedido dividido”*.

4. O MARCO FINAL DO EXAME DE PATENTE E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Assim, o requerente tem a possibilidade de apresentar a divisão de seu pedido ‘até o final do exame’. No entanto, é exatamente nesse ponto que a Lei permanece silente. O legislador não especificou em nenhum momento o que constituiria o ‘final do exame’, deixando em aberto a data limite até a qual o requerente pode exercer seu direito de divisão de patente.

Há um segundo direito que também depende do final do exame, qual seja, o direito de interessados em apresentarem subsídios técnicos a favor ou contra a concessão da patente, conforme Art. 31 da Lei nº 9279/96 (LPI).

Na ausência desta definição, a Autarquia Federal, INPI, publicou a Instrução Normativa 30/2013 que em seu Art. 32 preceitua que

Para os efeitos dos artigos 26 e 31 da LPI, considera-se final de exame em Primeira instância, a data do parecer conclusivo do técnico quanto à patenteabilidade, ou o trigésimo dia que antecede a publicação da

decisão de deferimento, indeferimento ou arquivamento definitivo, o que ocorrer por último.

Portanto, a Autarquia considera dois momentos que podem ser definidos como o final do exame. O primeiro é a data em que o examinador datou e assinou seu parecer final sobre a patenteabilidade ou não do invento, ou seja, a data do parecer conclusivo. O segundo é o trigésimo dia que antecede a publicação da decisão de deferimento, indeferimento ou arquivamento definitivo.

Dessa forma, o titular da patente se encontra em uma situação de completa incerteza quanto à data efetiva em que poderá exercer seu direito de realizar a divisão do pedido. Não há maneira de o titular saber a data exata em que o examinador assinou o parecer, e tampouco é possível prever qual será o trigésimo dia antes da publicação da decisão de deferimento, indeferimento ou arquivamento definitivo.

Alguma parte da doutrina considera possível a apresentação de um pedido dividido em sede de recurso, argumentando com base no Art. 212, § 1º, da LPI. Este artigo estabelece que os recursos serão recebidos em efeito devolutivo pleno, o que implica a aplicação de todos os dispositivos pertinentes ao exame de primeira instância¹²,

O próprio INPI tem feito uso regular dos artigos 35 e 36 para emitir exigências e pareceres em grau de recurso, esporadicamente complementando a busca realizada no exame de primeira instância. Não há qualquer razão para que se considere também aplicável o artigo 26, que autoriza o depositante a dividir seu pedido em instância de recurso.

O requerente da patente acaba perdendo direitos e parte de seu invento, justamente porque não há publicidade no ato que determina o final do exame de sua patente original. Pode ocorrer a hipótese de o titular apresentar a divisão de seu pedido já não tendo mais direito a dividi-lo, pois desconhecia na data da apresentação da divisão que já existia parecer assinado pelo examinador e, também, desconhecia que em menos de trinta dias após tal apresentação viria a ocorrer publicação da decisão de deferimento, indeferimento ou arquivamento definitivo, até porque não há como prever uma publicação futura.

¹² IDS - Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos. **Comentários à lei da propriedade industrial**. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p 88.

A definição de final de exame conforme definido na IN 30/2013, que por sinal seguiu a mesma linha do Ato Normativo 127/97, viola expressamente o Art. 226, *caput*, da Lei de Propriedade Industrial, que preceitua que os atos do INPI somente produzem efeitos a partir da publicação no respectivo órgão oficial.

Fica evidente a inconstitucionalidade presente na omissão do legislador em definir claramente o que constitui o 'até o final do exame'. Além disso, a arbitrariedade do INPI em adotar o parecer do examinador como referência para este marco sem garantir a devida publicidade desse ato merece análise crítica. Neste contexto, é essencial considerar o princípio da publicidade como um direito assegurado pela Constituição da República de 1988.

5. O DIREITO A PUBLICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição da República do Brasil, em seu artigo 37, consagra a publicidade administrativa como um princípio constitucional fundamental. A juridicização desse princípio se reflete na prática através da publicação dos atos e decisões administrativas. Esse instrumento de natureza processual desempenha um papel crucial ao disponibilizar informações à sociedade, permitindo que esta tenha o direito de se informar e de exercer a fiscalização sobre a atividade administrativa.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

A publicidade dos atos administrativos é, talvez, a pedra fundamental de um Estado Democrático de Direito, pois, sem o direito à informação, nenhum direito ou obrigação poderiam ser assegurados. É evidente, portanto, o *status* constitucional deste princípio. Como corolário lógico, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XIV, garante a todos o acesso à informação.

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional

Fica evidente que a publicidade é a regra, significando que tudo é público e pertence ao povo. A própria palavra povo tem sua origem no latim *publicum*, que significa exatamente do povo. A Constituição Federal estabelece um amplo

conjunto de disposições com o objetivo de garantir a máxima transparência nos atos administrativos. Um exemplo disso é o disposto no artigo 5º, XXXIII:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado

A ideia da publicidade está intrinsecamente ligada à própria concepção do Estado e à maneira pela qual este se manifesta. Sem a publicação, os atos e decisões administrativos simplesmente não existem. A publicação é a *conditio sine qua non* para a exteriorização da vontade estatal, pois é indispensável que a sociedade tenha conhecimento para que os atos administrativos tenham eficácia e possam produzir efeitos jurídicos. Como ensina Marília Mendonça Moraes, a publicidade é a condição essencial para a existência dos atos e decisões administrativas¹³

O princípio da publicidade obriga a Administração Pública a expor todo e qualquer comportamento que lhe diga respeito. É esse princípio que confere certeza às condutas estatais e segurança aos administrados. A publicidade resulta, no Estado Contemporâneo, do princípio democrático segundo o qual sendo o poder do povo (art. 10, parágrafo único, da C.F./88) e, conseqüentemente, sendo o Estado o próprio povo reunido e constituído sob determinado modelo de Direito, para atingir seus objetivos definidos sistematicamente, tudo o que a pessoa estatal faça ou deixe de fazer, enfim, todos os seus comportamentos, devem ser do conhecimento público. Considerando-se que a democracia que se põe à prática contemporânea conta com a participação direta dos cidadãos, especialmente para efeito de fiscalização e controle da juridicidade e da moralidade administrativa, há que se concluir que o princípio da publicidade adquire, então, valor superior àquele antes constatado na história, pois não se pode cuidar de exercerem os direitos políticos sem o conhecimento do que se passa no Estado.

A doutrina classifica a publicidade como um princípio administrativo, pois se entende que o Poder Público deve agir sempre com a máxima transparência, uma vez que esse poder emana do povo, pertence ao povo e deve ser fiscalizado por ele. José Afonso da Silva¹⁴ destaca:

¹³ MORAIS, Marília Mendonça. O Princípio da Publicidade. In **Princípios Informadores do Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 253.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros, 2000, p. 653.

Sempre foi tida como um princípio administrativo porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. Especialmente exige-se que se publiquem atos que devam surtir efeitos externos, fora dos órgãos da Administração.

Portanto, a publicidade é fundamental para assegurar a eficácia dos atos administrativos e capacitá-los a produzir efeitos externos. Ela visa proporcionar aos administrados o direito ao conhecimento, permitindo também que aqueles indivíduos afetados possam utilizar os instrumentos previstos na Constituição e na lei para defender seus direitos e interesses.

Desse modo, ao analisarmos o processo de patente à luz do princípio da publicidade, fica claro que há a necessidade de estabelecer um ato público pela administração, de forma a permitir que os administrados interessados possam exercer plenamente seus direitos.

6. DA CRIAÇÃO DA PUBLICAÇÃO DE UM DESPACHO SANEADOR DO EXAME

Apenas em 2023, dez anos após a publicação da Instrução Normativa nº 30/2013, a Autarquia decide realizar a Consulta Pública 01/2023, com o objetivo de promover diversas alterações, incluindo uma revisão no Art. 32 da mencionada Instrução Normativa. A Minuta de Portaria relacionada a esta consulta pública inclui em seu artigo 61:

Art. 61. Para os efeitos dos artigos 26 e 31 da LPI, será considerado final de exame em primeira instância a data de publicação na RPI da decisão de deferimento, indeferimento ou arquivamento definitivo.

A proposição do Art. 61 da nova Portaria, conforme consta na minuta apresentada pelo INPI, melhorou em muitos aspectos o antigo Art. 32 da IN30/2013, uma vez que existe agora uma publicação que oficializa o final do exame.

No entanto, mesmo com essas mudanças, o requerente da patente pode ser surpreendido sem aviso prévio pelo encerramento do prazo para apresentação de pedido dividido, o qual ocorre apenas com a publicação do deferimento, indeferimento ou arquivamento definitivo.

Portanto, seria mais justo em termos processuais e procedimentais criar um despacho saneador do exame, no qual o final do exame em primeira instância ocorreria após um determinado número de dias contados da publicação de uma decisão saneadora do exame. Isso forneceria clareza quanto aos prazos para o titular apresentar sua divisão de pedido, e também estabeleceria um marco para que interessados possam apresentar subsídios técnicos.

Há também em tramite o Projeto de Lei, PL nº 2056/2022, que em seu Art. 2º prevê a alteração do Art. 26 da Lei de Propriedade Industrial, onde passaria a constar que

Caso a decisão prevista no art. 37 desta lei seja pelo deferimento do pedido de patente, o depositante será intimado para apresentar pedido dividido, caso haja interesse, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da publicação oficial.

E ainda

Caso a decisão prevista no art. 37 desta lei seja pelo indeferimento do pedido, caberá a apresentação do pedido dividido até a decisão final do INPI, incluída a instância recursal, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da publicação oficial.

No entanto, apesar da tentativa de melhoria, a projeto de lei ainda não resolve por completo o problema do marco final para a apresentação de subsídios técnicos, como estabelecido no Art. 31 da Lei de Propriedade Industrial. Além disso, existe a preocupação de que permitir a divisão do pedido após a decisão final do examinador possa resultar em retrabalho para a Autarquia.

Portanto, a abordagem mais adequada seria, de fato, a publicação de um despacho saneador que anunciaria uma data futura para o encerramento do exame em primeira instância administrativa.

7. CONCLUSÃO

Em um Estado Democrático de Direito, a publicidade dos atos administrativos é um princípio fundamental para garantir a transparência, o acesso à informação e o controle da atividade pública pelos cidadãos. No contexto do exame de patentes, a falta de clareza sobre o marco final do exame e a divisão de pedidos

tem gerado incertezas para os requerentes, prejudicando seus direitos e a proteção de suas invenções.

A recente proposta de alteração na legislação e a consulta pública realizada pelo INPI são passos importantes para melhorar a situação, mas ainda não resolvem completamente o problema. A criação de um despacho saneador do exame, com uma data futura determinada para o encerramento do exame em primeira instância administrativa, parece ser uma abordagem mais justa e eficaz.

Em última análise, é essencial que o sistema de patentes no Brasil promova a segurança jurídica, a proteção efetiva das invenções e o acesso à informação para todos os interessados. A harmonização dos princípios da unicidade da invenção, da publicidade e da clareza nos procedimentos de exame de patentes é fundamental para alcançar esses objetivos e fortalecer o sistema de propriedade intelectual no país.

8. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução a Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

DANNEMANN, Gert Egon. Do período de graça e do usuário anterior, dois novos princípios introduzidos no projeto do novo Código da Propriedade Industrial. **Revista da ABPI**, nº 13 p. 33 a 36 nov./dez 1994.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Direito industrial: patentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

IDS - Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos. **Comentários à lei da propriedade industrial**. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2013

LEITE, Márcio Junqueira. **Patentes de segundo uso no Brasil**. Rio de Janeiro: Almedina, 2015.

MORAIS, Marília Mendonça. O Princípio da Publicidade. In **Princípios Informadores do Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros, 2000.

PROPRIEDADE INTELECTUAL, INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

Kone Prieto Furtunato Cesário¹

Lucas Ramires Pêgo²

Resumo: O presente artigo tem como propósito apresentar considerações acerca da propriedade intelectual como instrumento fundamental para o incentivo à inovação e o desenvolvimento de diversos setores de um país. Para tanto, parte do debate pautará na afirmação de que o regime tecnológico e o sistema de inovação de um país, baseados em uma forte política de propriedade intelectual, são essenciais para atrair empresas, o que fomenta seu crescimento, a capacidade de inovar e retorno financeiro, fatores essenciais para a economia. O debate também terá um caráter reflexivo e crítico, eis que, considerando o potencial expansivo do uso do sistema de propriedade intelectual pelo mundo, será abordada a necessidade pelo Brasil da expansão de negócios inovadores por seus residentes. Nesse contexto, conclui-se que países desenvolvidos, os quais depositam uma maior quantidade de patentes, fomentam mais ativamente a inovação, tornando-se, por consequência, fontes inovadoras que atraem empresas e pesquisadores. Por outro lado, constata-se que as economias emergentes, como o Brasil, ainda tratam a promoção da inovação pela propriedade intelectual de forma incipiente, carecendo o cenário de inovação de políticas públicas e incentivos.

¹ Foi vice-diretora e professora da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ e do Programa de Pós-graduação na Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento do INPI. Coordenadora da Liga Acadêmica de Propriedade Intelectual da UFRJ (LAPI) e do Grupo de Pesquisa de Direito Econômico, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade (DEPIS). Doutora e mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

² Graduado em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Cofundador da Liga Acadêmica de Propriedade Intelectual da UFRJ (LAPI). Pesquisador no Grupo de Pesquisa de Direito Econômico, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade (DEPIS) e no Observatório de Sinais Distintivos em PI e Estudos Transdisciplinares (OSTRA) na Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento do INPI. Advogado Empresarial no escritório Küster Machado Advogados.

Palavras-chave: Inovação; Propriedade Intelectual, Desenvolvimento; País.

Abstract: The purpose of this article is to present considerations about intellectual property as a fundamental instrument for encouraging innovation and the development of various sectors in a country. For this purpose, part of the debate will be based on the assertion that a country's technological regime and innovation system, based on a strong intellectual property policy, are essential to attract companies, which encourages their growth, innovation capacity, and financial return, which are essential factors for the economy. The debate will also have a reflective and critical character, given that, considering the expansive potential of the use of the intellectual property system around the world, Brazil's need for the expansion of innovative businesses by its residents will be addressed. On one hand, the conclusion shows that developed countries, which file a greater number of patents, encourage innovation more actively, consequently becoming innovative sources that attract companies and researchers. On the other hand, it appears that emerging economies, such as Brazil, still treat the promotion of innovation through intellectual property in an incipient manner, lacking the innovation scenario of public policies and incentives.

Keywords: Innovation; Intellectual Property; Development; Country.

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que as sociedades almejam descobrir novidades, renovar. Inventar é criar algo novo e existem fatores que são indispensáveis para gerar um ambiente sustentável a favor da inovação. Com essa mentalidade, empresas buscam pessoas com boas formações profissionais, infraestrutura adequada para pesquisas; em resumo, um ecossistema sem entrave para a produção científica:

Muito antes de o homem ter alcançado a possibilidade de planejar a economia e multiplicar os produtos indispensáveis à satisfação de suas necessidades, ele já vinha exercendo intenso diálogo com a natureza e desenvolvendo seu aproveitamento em benefício próprio (SILVEIRA, 2005, p. 1).

Com efeito, o poder de inteligência do ser humano e a atividade de sua imaginação, os quais “manifestam-se no domínio das artes e das ciências, como no campo da técnica e das indústrias, em obras de vários gêneros” (CERQUEIRA, 2010, p. 33), aliados a investimentos, deram origem a chamada propriedade intelectual. Essa é a proteção legal e o reconhecimento de um título pelo ente

competente para outorgá-lo por um período determinado a uma pessoa física ou jurídica que empreendeu esforços em pesquisa para que aquele bem fosse criado.

Conciliar o papel fundamental da propriedade intelectual para o incentivo à inovação se torna imprescindível porque garante tanto ao titular do ativo intangível o retorno ao que é desenvolvido na pesquisa e utilizado no invento quanto para a sociedade a perpetuação no ciclo de inovação por novos investimentos em pesquisas e a comercialização/fomento daquele bem. Verifica-se uma contínua busca por inovação tecnológica e pesquisa.

À vista disso, por meio de uma análise dissertativa-argumentativa quanto aos fins e bibliográfica quanto aos meios, este estudo é embasado em obras literárias e interpretação de normas do direito pátrio e internacional sobre o tema. Será possível compreender o destaque da propriedade intelectual como peça-chave no comércio global hoje em dia, tendo como alguns dos seus inúmeros papéis reconhecer a titularidade e exclusividade, bem como atrair investimentos e abrir novos mercados.

Considerada uma pesquisa teórica, reflexiva e crítica, o método utilizado visa uma maior compreensão da inovação por meio dos ativos de propriedade intelectual como essencial para o crescimento das nações pelo mundo.

Em suma, o presente artigo é constituído pelas seguintes reflexões. Em um primeiro momento, abordará a proteção da inovação pela propriedade intelectual e o impacto que o potencial inovador traz para o desenvolvimento de um país. Na sequência, será objeto de análise a existência de fatores para que um país possa ser ambiente propício para a inovação. Por fim, considerações finais seguidas das referências utilizadas no estudo.

1. A PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A sociedade, ao longo dos anos, sempre buscou proteger os bens oriundos da criatividade e do intelecto humano. “Foi com esse diferencial que a humanidade alcançou o atual nível de desenvolvimento tecnológico e de qualidade de vida” (JUNGMANN, 2010, p. 17). Com isso, inovar não é só pensar o novo, mas sim também fazê-lo. Como a criação de mecanismos inovadores possui um processo, a atuação de maneira inovadora pode ocorrer em todas as áreas do conhecimento, com empregabilidade de custo de produção, pesquisa e desenvolvimento.

De modo efetivo, o processo de transformar uma ideia em um produto não é uma tarefa fácil ou até mesmo diária. É sabido que ideias inovadoras não surgem todos os dias e quem pretende inovar precisa estar preparado para transformar a criatividade em valor por meio de um ativo.

Do primeiro machado aos computadores de terceira geração e às naves-sonda interplanetárias, verifica-se o mesmo e único fenômeno de subjugação da natureza pelo homem, compondo todos o universo de instrumentos que ele colocou à sua disposição em decorrência de sua capacidade criativa ao campo da técnica (SILVEIRA, 2005, p. 1).

Quando viável para o tempo e espaço, a proteção ao que for criado e ao seu criador merecem respaldo do ordenamento jurídico, tendo em vista a sua relevância para a sociedade eo crescimento econômico e social de um país. Assim, surge a propriedade intelectual e a sua importância para o incentivo à inovação na medida que possibilita direitos específicos àqueles que a desenvolvem.

Em termos jurídicos, “propriedade” pode ser entendida como o “direito de usufruir, utilizar e dispor de um bem, podendo retirá-lo da posse de quem o possui ilegalmente” (DICIO, 2023). Portanto, o titular poderá dela usufruir como bem entender, desde que obedecendo à lei, e podendo impedir terceiros de utilizá-la.

Por seu turno, entende-se por “intelectual”, conforme o dicionário, o “que se pode referir ao intelecto ou a este está relacionado”, “que expressa uma tendência para gostar ou se interessar por coisas relacionadas com a cultura, a literatura, as artes, a música, etc.” (DICIO, 2023).

Assim sendo, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) considera que a junção das duas expressões em comento se refere, em sentido amplo, às criações da mente: tudo, desde obras de arte até invenções, passando por programas de computador, marcas e outros sinais comerciais³.

Há previsão expressa no texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso XXIX, que aos autores de inventos industriais é outorgado privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país (BRASIL, 1998).

³ Para fins educativos, a Convenção que instituiu a OMPI, em seu artigo 2, § VIII, ressalta que a expressão “propriedade intelectual” não é definida de modo formal, haja vista que cada Estado que redigiu a Convenção preferiu apresentar uma lista exaustiva dos direitos relativos a ela (OMPI, 2002).

Em termos infraconstitucionais, a Lei nº 9.279/1996, também conhecida como Lei da Propriedade Industrial (LPI), em seu artigo 2º, dispõe que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, efetua-se mediante os diversos institutos desse campo do saber, dentre os quais se verificam a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade⁴, dentre outros.

De maneira didática, os guias de entidades brasileiras que entendem a importância da propriedade intelectual como instrumento de promoção da inovação e garantia de competitividade no mercado global, tais como a Confederação Nacional da Indústria (CNI) e o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI), ressaltam

(...) que o direito à propriedade intelectual está relacionado à informação ou ao conhecimento que pode ser incorporado, ao mesmo tempo, a um número ilimitado de cópias de um objeto, em qualquer parte do mundo, e não ao próprio objeto copiado. Então, a propriedade intelectual não se traduz nos objetos e em suas cópias, mas na informação ou no conhecimento refletido nesses objetos e cópias, sendo, portanto, um ativo intangível (JUNGMANN, 2010, p. 17).

Comumente consagrado na doutrina sobre o tema, um dos objetivos do direito da propriedade intelectual é incitar a criação de novos inventos e, por conseguinte, gerar a melhoria das condições de vida, por meio de proteção e incentivo ao autor/criador. Dessa maneira, pode-se afirmar que existe um ciclo virtuoso do sistema de propriedade intelectual em que, pelo criador, há a criatividade e inovação tecnológica e, para a sociedade, cultura e qualidade de vida, por meio da geração de riqueza e disseminação de conhecimento, o que conduz para um retorno econômico e reconhecimento da proteção a todos (JUNGMANN, 2010, p. 20).

A indústria farmacêutica mundial ilustra bem a importância da Propriedade Intelectual. Os valores necessários para que um novo medicamento atinja o mercado são, em geral, da ordem de centenas de milhões de dólares. Sem os direitos da Propriedade Intelectual, para impedir que os concorrentes também fabriquem esse novo medicamento, as empresas farmacêuticas não teriam incentivos para despende o tempo e os esforços descritos acima para desenvolver

⁴ Patente é o nome que se dá ao privilégio concedido pela administração pública ao autor ou concessionário de uma invenção considerada nova e suscetível de utilização industrial, para exploração exclusiva, e por tempo determinado.

seus medicamentos. Sem a proteção por meio de patentes, essas empresas poderiam apresentar prejuízos econômicos em função da liberdade de produção e comercialização pelos seus concorrentes. Sem a proteção da marca, essa empresa também não conseguiria construir uma “fidelidade à marca”, o que, com uma gestão eficaz, pode durar muito mais que a proteção garantida pela patente (OMPI, 2020, p. 11).

Usualmente, separa-se a propriedade intelectual em sub-ramos, quais sejam: os direitos autorais concentrando-se os direitos de autor, programas de computador e direitos conexos; a propriedade industrial, que ainda é subdividida em marcas, patentes, desenhos industriais, indicações geográficas, dentre outros; e a proteção *sui generis* relacionada à proteção de novas variedades de plantas, topografias de circuitos integrados e patrimônio genético e conhecimento tradicional⁵.

Os diversos institutos elencados que integram a propriedade intelectual promovem a inovação à sociedade e também possibilitam reconhecimento às pesquisas e aos esforços empregados na construção do ativo, auxiliando no crescimento econômico do país.

Dos sub-ramos indicados, entende-se que há um feixe de direitos que protege a atividade industrial por meio da propriedade industrial, enquanto o direito autoral alcança a proteção ao esforço intelectual e os direitos morais do autor. Aliás, a legislação brasileira de direito autoral – Lei nº 9.610/1998 -, está intrinsecamente relacionada com a política cultura do país, sendo a legislação sobre bens de aplicação industrial, tais como patentes e marcas, atinente à política industrial e territorial (LPI).

Contudo, com o passar dos anos, o cenário em comento sofreu alterações, notadamente na indústria do entretenimento, a qual passou a receber uma imensa importância pela economia criativa⁶ e a busca pela proteção pelos ativos

⁵ No tocante à aquisição dos direitos de propriedade intelectual, os registros são cruciais em tal abordagem. Nesse ponto, importante traçar uma diferenciação entre o direito e a forma de proteção do direito. Os registros são formas de proteção do direito e, por isso, a depender de qual ramo da propriedade intelectual esteja tratando, falar-se-á de registros declaratórios de direito e registros atributivos de direito. “No Brasil, de acordo com o art. 129 da LPI/1996, a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido. Isso significa dizer que o registro válido é atributivo de propriedade a seu titular. Apesar disso, a mesma lei reconhece o direito de precedência ao registro (...). Pode-se dizer então que, no Brasil, observa-se um sistema misto” (MORO, 2003, p. 54).

⁶ “De acordo com a Conferência das Nações Unidas para o Comércio Internacional e o Desenvolvimento (UNCTAD), a economia criativa, em síntese, pode ser definida como um conjunto de atividades econômicas baseadas no conhecimento, sendo um conceito em permanente evolução, capaz de abranger aspectos

intangíveis, tendo destaque a proteção à inovação pela propriedade intelectual no que diz respeito ao desenvolvimento sustentável de um país. Assim, tão essencial foi e continua sendo a promulgação da LPI e sua correlação com a exploração sustentável da biodiversidade.

No setor agrícola, por exemplo, um estudo econômico encomendado pela Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), em 2018, traçou uma radiografia minuciosa sobre a evolução da propriedade intelectual no Brasil e seu impacto na atividade econômica, e indicou que o sistema de proteção de cultivares no país visa a encorajar o desenvolvimento de novas variedades de plantas para o benefício da sociedade, o que demonstrou o aumento da produtividade da agricultura brasileira nos últimos 20 anos, resultado este, principalmente, da inovação tecnológica⁷.

De fato, a propriedade intelectual é de grande impacto para a sociedade, haja vista que agrega valor aos negócios e impacta diretamente na atração de investimentos. Todavia, embora a inovação seja essencial para melhorar a qualidade de vida, crescimento da economia e distribuição de renda, no Brasil, tem-se, ainda, um espaço bastante limitado de diálogo, investimentos e produtividade.

Embora inegável a importância da proteção da inovação pela propriedade intelectual nas sociedades ao longo das épocas, infelizmente, nas economias emergentes, como é o caso do Brasil, “destaca-se a situação de um país com fraco regime de apropriabilidade, seja pelo baixo número de aplicações formais de mecanismos de proteção, como a propriedade intelectual, seja pela divergência e falta de consistência nas políticas públicas” (ROSSI, 2019, p. 13).

Diante disso, para que o país deixe de figurar em posição inferior nos *rankings* sobre inovação do mundo⁸, supere as crises existentes e retome o crescimento

econômicos, culturais e sociais, frequentemente interagindo com os domínios da tecnologia, da propriedade intelectual e do turismo. Em termos práticos, ainda segundo aquela Organização, a economia criativa engloba quatro grandes indústrias, a saber, a) patrimônio, b) artes, c) mídia e d) criações funcionais” (CESÁRIO; CÂMARA, 2022, pp. 15-16).

⁷ “A aprovação da Lei de Proteção de Cultivares (LPC), em 1997, provocou mudanças importantes na organização da indústria de sementes, estimulando a modernização e internacionalização que foram fundamentais para apoiar a expansão do setor”, assinala o documento, ao acrescentar que “da aprovação da LPC a junho de 2018 foram depositados 4.461 pedidos de proteção de cultivar, e concedidos títulos para 3.438 cultivares” (BUAINAIN, 2018, p. 15).

⁸ De acordo com o Índice Global de Inovação (IGI), em 2022, o Brasil figurou na posição 54°. O IGI mensura e analisa o desempenho dos ecossistemas de inovação de 132 países. (SOUIMITRA; LANVIN; LEÓN; WUNSCH-VINCENT, 2022).

econômico, a propriedade intelectual precisa ser vista como um eixo de fortalecimento do Brasil, haja vista que a capacidade de inovar de um Estado impacta de sobremaneira o seu desenvolvimento, como será abordado a seguir.

2. QUAL O IMPACTO QUE A INOVAÇÃO TRAZ PARA O DESENVOLVIMENTO DE UM PAÍS?

No último século, o potencial tecnológico é tratado como o responsável pela melhoria da qualidade de vida em um país, sendo considerado pelos economistas como o principal motor de crescimento econômico de um Estado a longo prazo. Dado isso, países emergentes, como é o caso do Brasil, possuem impasses estratégicos que perpassam, necessariamente, uma elevação das taxas de crescimento econômico e produtividade do trabalho. Nas palavras de Dalpiaz:

(...) mesmo que um país não seja pioneiro em inovações, é imprescindível haver o investimento em educação profissional e tecnológica pública, especialmente se considerarmos que, para tirar proveito de concepções, é essencial, inicialmente, que se saiba utilizá-las. Ou seja, é fundamental haver a elevação do grau de qualificação da mão de obra para que os trabalhadores se utilizem da tecnologia à sua disposição eficazmente (2016, p. 36).

Empecilhos para o desenvolvimento de uma nação são comumente atribuídos aos níveis de bem-estar mais baixos, o que tende a diminuir os índices de produtividade e, por consequência, a discussão sobre a capacidade de inovação e tecnologia se torna secundária⁹.

Para que um país consiga exercer seu ambiente econômico frutífero, setores como investimento, infraestrutura e qualidade da educação precisam estar alinhados à inovação e desenvolvimento socioeconômico sustentável.

Verifica-se, em geral, que o crescimento de longo prazo está relacionado a mudanças nos padrões de produção, que possibilitam à humanidade produzir a mesma quantidade de bens e serviços com o menor esforço, é o grande motor do desenvolvimento e, por isso, é importante integrar o desenvolvimento à tecnologia nacional.

⁹ Em outros termos, “países que têm níveis de bem-estar mais altos tendem a ser precisamente aqueles que têm maior produtividade” (BUAINAIN, 2018, p. 25).

Em diversas nações pelo mundo desafios para o implemento da inovação são reais e constantes. Pode-se elencar em um primeiro momento as mudanças climáticas que, por exemplo, no Brasil, já afetam e têm afetado a produção agrícola brasileira. Considerando que adversidades como a citada tornam-se ainda mais recorrentes, a ciência e a tecnologia são fundamentais para contribuir em soluções¹⁰.

Ato contínuo, a questão da Amazônia, sua preservação e como fazer do bioma mais rico em biodiversidade do mundo uma fonte de valor para a economia brasileira tem a sua relevância inquestionável, sendo que mais investimento em pesquisa não apenas auxilia o Brasil, mas sim todo o mundo.

Em outra vertente, o contexto pandêmico da Covid-19 mostrou que um país capaz de produzir medicamentos ou vacinas possui uma vantagem em momentos de crise sanitária, uma vez que sua capacidade de desenvolvimento tecnológico e de produção auxilia outras economias de forma mais rápida.

Em resumo, os desdobramentos acima contribuem para a reflexão acerca da afirmação de que, apesar de existirem amplas áreas nas quais mesmo para países em desenvolvimento a ciência e a tecnologia socorrem o crescimento socioeconômico e sustentável de um Estado, melhorar o ecossistema brasileiro de propriedade intelectual, seja através do aumento da concessão de ativos seja em valorar com mais veemência a segurança jurídica oriunda de sua proteção, são fatores que impactariam diretamente na valorização da pesquisa, difusão da informação e inovação no território brasileiro¹¹.

3. O QUE PRECISA EXISTIR EM UM PAÍS PARA QUE SE CRIE UM AMBIENTE PROPÍCIO PARA A INOVAÇÃO?

Em resposta à indagação, são indispensáveis três conjuntos de fatores.

¹⁰ Conforme previsão constitucional, vide artigo 3º, inciso II, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional (BRASIL, 1988).

¹¹ A título exemplificativo, a “difusão das informações contidas nos registros de patentes podem ser livremente utilizadas para embasar novas pesquisas e gerar novos produtos e processos. A patente carrega tanto um monopólio que dá direitos de exclusividade ao detentor, como uma autorização para uso amplo das informações técnicas e científicas que servem de lastro para a invenção. Neste sentido, são instrumentos relevantes de difusão e circulação de informações que potencialmente facilitariam outras pesquisas e outras inovações” (BUAINAIN, 2018, p. 37).

Sem profissionais qualificados não se faz inovação. É importante a presença de pesquisadores, cientistas e pessoas competentes, já que os principais insumos para a inovação são as ideias oriundas do intelecto humano.

Para que os profissionais tenham uma infraestrutura para trabalho, eles precisam de equipamentos, laboratórios e instituições capazes de implementar as pesquisas científicas. Essa infraestrutura pode ser encontrada, de um lado, nas empresas, em centros de pesquisas e desenvolvimentos; de outro, em universidades públicas e privadas e Institutos de Ciência e Tecnologia (ICTs):

(...) é preciso considerar que ainda não se desenvolveu, no Brasil, uma “cultura” de proteção da propriedade intelectual, e que até pouco tempo os criadores – principalmente fora das instituições de pesquisa – não contavam com a rede de apoio que hoje está disponível, incluindo o Sebrae, Senai, escolas técnicas, institutos federais, e as próprias universidades que se abriram mais para a comunidade. Sem dúvida esta realidade se reflete em deficiências nos pedidos de patentes, com prejuízo para os depositantes e para o sistema, que não está capacitado para orientar o público em geral (BUAINAIN, 2018, p. 66).

Por fim, é preciso que haja um ambiente econômico que privilegia a livre concorrência, a competitividade e que esteja propenso para o incentivo à atividade inovadora. Embora investimento em pesquisa e em novas tecnologias possa aparecer arriscado, essa se mostra essencial para as empresas preservarem o seu mercado ou para alcançar o mercado dos seus competidores. A competição, tanto externa quanto interna, é o motor da inovação¹².

No tocante à competição, em especial nos mercados internacionais, quando uma economia mais aberta detém acesso às tecnologias que são desenvolvidas externamente e a partir dessas desenvolvem outras, constata-se a relevância em atuar próximo às fronteiras tecnológicas. De acordo com essa concepção natural das atividades econômicas, observa-se o prestígio dado à livre concorrência como um dos princípios basilares da propriedade industrial e sua correlação com a inovação.

A concorrência no campo das atividades econômicas do homem, como

¹² “Na medida em que mais organizações voltam-se à inovação como forma de obter diferencial competitivo, porém, torna-se também essencial a habilidade de proteger as inovações de imitadores e demais atores que porventura possam se apropriar do valor gerado pela introdução das inovações da empresa focal. Assim, a inovação emerge no contexto organizacional através de produtos, processos e modelos de negócio e passa a ser o foco da estratégia, os conceitos mudam, e a forma de apropriar-se de seus retornos também” (ROSSI, 2019, p. 13).

em outros domínios de sua ação, é um fenômeno natural, legítimo, em si, e útil, como fator indispensável do progresso e bem-estar da sociedade, mas sob a condição de se manter dentro de certos limites e de não ficar entregue, exclusivamente, ao instituto natural que move o homem à conquista de proveitos e vantagens sempre maiores (CERQUEIRA, 2010, p. 18).

Sendo assim, tem-se vários elementos no ambiente econômico que favorecem a inovação. Para demonstrar essa capacidade inovativa, um fator de métrica é a quantidade de pedidos de patentes que são depositados nos países que lideram os *rankings* de inovação, como Suíça, Estados Unidos, Coreia do Sul e China¹³. Fica claro, portanto, que os países que aliam intensidade tecnológica e utilização da proteção da propriedade intelectual são os que mais propiciam a pesquisa, inovação e crescimento econômico.

Verifica-se uma concentração da capacidade de inovar nos países mencionados pois, além de possuírem um setor privado pujante, incentivam a inovação por empresas nacionais que possuem a capacidade de mobilizar grandes investimentos arriscados por natureza. Ainda, trazem elementos para alavancar o seu crescimento, como a formação de profissionais, ambiente acadêmico que incentiva a inovação, pesquisa e desenvolvimento.

Tais fatores são essenciais para o diálogo das empresas com as academias, permitindo um “casamento” frutífero no qual as empresas investem ou trazem bases de tecnologia de suas titularidades para dentro das universidades, propiciando aos estudantes desenvolverem novas tecnologias e conseguirem avanços tecnológicos a partir daquilo que já foi alcançado.

Contudo, para que esse “casamento” traga “frutos” para a sociedade, imprescindível a existência de um arcabouço legal que garanta às empresas e aos pesquisadores segurança de que seus esforços possam ser recompensados. Isto é, a garantia de que, sendo exitoso, o “fruto” será protegido por meio da propriedade intelectual.

Esse é um ciclo virtuoso que precisa ser desenvolvido no Brasil: criação de um ambiente que favoreça a pesquisa – principalmente nos centros de pesquisa

¹³ “A comparação com a China, que no início dos anos 80 sequer reconhecia a proteção da PI, revela um atraso ainda mais acentuado do Brasil. Estas trajetórias refletem investimentos na promoção da inovação e no sistema de proteção da propriedade intelectual, usado amplamente na China e na Coreia, pelo setor privado e público, para orientar as políticas de C&T e os investimentos em P&D” (BUAINAIN, 2018, p. 12).

universitários já existentes, com maior concessão de patentes sendo concedidas e maior segurança jurídica, de forma a alavancar a economia. Assim, uma maior rentabilidade derivada da inovação e de patentes certamente têm o efeito de retroalimentar mais investimentos em pesquisa por parte das empresas.

Diante do exposto, capacidade de um setor produtivo pujante, incentivo à pesquisa e o desenvolvimento no meio acadêmico e universitário, ao serem garantidos por lei ou por um “guarda-chuva” jurídico normativo que traga segurança para os envolvidos, acaba sendo fundamental para se ter um ecossistema de inovação, como é o caso dos países indicados acima. Mas, por qual(is) motivo(s) o Brasil não é considerado referência em inovação? Considerações sobre essa questão serão traçadas adiante.

4. A IMPORTÂNCIA EM EMPREENDER NEGÓCIOS INOVADORES NO BRASIL E A PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Não é de hoje que é sabido o potencial brasileiro para a inovação, existindo grande número de pessoas que pesquisam soluções e desenvolvem novos produtos. Como visto anteriormente, a propriedade intelectual existe para que isso seja protegido, impulsionando o desenvolvimento e a inovação.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) tem se mostrado indispensável para elevar o volume e a qualidade dos pedidos de patentes e demais ativos de propriedade intelectual/industrial, no Brasil. Por meio do estímulo à criação, proteção e gestão dos ativos por residentes nacionais, como centros de inovação, Institutos de Ciência e Tecnologia (ICTs) e empresas, o INPI se engajou, profundamente, na procura de soluções tecnológicas e dos respectivos registros patentários que possibilitassem às entidades de pesquisa da autarquia verificar o que havia pelo mundo de patentes em suas respectivas áreas.

Em um momento de crise econômica, para fortalecimento da inovação, tem-se um legado de trabalho conjunto dos atores sociais. Projetos pautados pelo INPI, como, por exemplo, o “INPI Negócios” são importantes para esse objetivo, pois busca conhecer as regras do sistema, formalizar a proteção dos ativos, estabelecer parcerias por meio da propriedade intelectual e ativar uma visão estratégica e protetiva ao seu uso¹⁴.

¹⁴ O programa “INPI Negócios” é emblemático e marca uma nova postura do Instituto em termos de atuação

No Brasil, há um ambiente acadêmico pujante com centros acadêmicos que são referências na América Latina e no mundo. A partir do momento que o país possui um ecossistema com aumento no número de patentes concedidas e maior segurança jurídica aos inovadores, o ciclo virtuoso da propriedade intelectual persiste dando o retorno merecido aos inovadores e estes contribuindo para dentro da academia, por exemplo, fator elementar que, ainda, precisa ser bastante evoluído no Brasil haja vista a ausência da cultura de propriedade intelectual no país.

Com o intuito de mitigar o desconhecimento da população brasileira sobre a importância de valorização da propriedade intelectual, associações, entidades e grupos de pesquisa por todo o Brasil, tais como a ABPI, a Academia de Propriedade Industrial do INPI e a Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial (ABAPI) promovem e incentivam o estudo do direito de propriedade intelectual e de matérias relacionadas através de cursos, palestras, seminários e habilitação profissional¹⁵.

O Brasil ainda possui um grande espaço para evolução no que tange ao ecossistema de proteção de direitos de propriedade intelectual¹⁶. Sendo o país um polo de pesquisa e desenvolvimento, poderia ter o seu potencial explorado de uma maneira mais efervescente. Observa-se que, nos últimos anos, houve uma queda no número de pedidos de patentes¹⁷.

Tal situação pode ser atribuída a alguns fatores, tais como a demora na concessão de uma patente, que pode levar pesquisadores a deixar de realizar pesquisas no Brasil e, por consequência, patentes deixem de ser depositadas no INPI¹⁸.

como um facilitador de negócios e difusor da cultura de propriedade intelectual entre universidades, empresas, grupo de pesquisas, pesquisadores. Para mais informações sobre o programa, acesse <https://www.gov.br/inpi/pt-br/projetos-estrategicos/inpi-negocios>. Acesso em 14/08/2023.

¹⁵ Para mais informações, acesse <https://www.abapicursos.org.br/> e <https://abpi.org.br/>. Acessos em 14/08/2023.

¹⁶ Em que pese o mercado interno brasileiro integrar o patrimônio nacional a ser incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos do artigo 218 da Constituição Federal, o Estado precisa estimular “a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia” para que vislumbre um avanço no cenário protetivo aos direitos de propriedade intelectual (BRASIL, 1998).

¹⁷ Segundo estudo da ABPI sobre a questão do *backlog*, “a comparação com a situação de outros escritórios de patentes revela a principal causa do atraso no Brasil: a insuficiência de examinadores. (...) Em 2017 o número era de 215 para examinar 28.256 novos pedidos e um acumulado de 225.115 pedidos, ou seja, cada examinador teria 131 novas patentes para examinar e um passivo de 1047 acumuladas” (BUAINAIN, 2018, p. 77).

¹⁸ A falta de segurança jurídica que ocorre com a demora e o grande número de pedidos de patentes corrobora para que pequenas falhas de comunicação dentro de todo o ecossistema brasileiro de propriedade intelectual

A racionalidade de se ter mecanismos para proteger a propriedade intelectual, conforme acima já exposto, é de possibilitar o retorno financeiro ao agente inovador pelo risco que ele incorreu e pelo investimento realizado. Assim, notório, nesse ponto, mais uma importância da propriedade intelectual para a inovação: possibilitar a rentabilidade para o inovador por um determinado período de tempo.

Malgrado o lamentável cenário de instabilidade institucional vivenciada no Brasil, todavia, o país tem feito avanços consistentes no que tange ao seu ecossistema de patentes e de propriedade intelectual nos últimos anos¹⁹. Pode-se citar a Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual (ENPI)²⁰ que, desde 2019, vem trazendo movimentos importantes, como a criação do Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI) e os esforços que vem sendo realizados pelo INPI para diminuir o *backlog*, isto é, o tempo entre o depósito de uma patente e sua análise para eventual concessão pela autarquia²¹.

Vê-se que não se trata de apenas uma lacuna legislativa, porque esta tem aderência ao tratamento da matéria com o direito comparado. Embora a LPI acoberte uma gama de assuntos sobre propriedade industrial e se equipare às legislações de outros países, ao se abordar segurança jurídica é preciso considerar outros fatores, por exemplo, a previsibilidade que o inovador e o setor privado terá sobre a aplicação do que está disposto em lei, o funcionamento das instituições e dos órgãos do sistema brasileiro de propriedade intelectual em anuência uns com os outros para que aquele tenha a previsibilidade e a clareza indispensáveis para a existência, validade e eficácia do seu direito de propriedade.

Por outra vertente, uma questão atinente à proteção da inovação pela propriedade intelectual no contexto brasileiro e que merece sua expansão para o mundo é a importância dos residentes nacionais em realizar negócios inovadores no país. Do ponto de vista jurídico e pragmático, é sabido que nos países onde há

gera uma ausência de clareza para o investidor que, por natureza, já diminui a atratividade do Brasil para novas inovações ou para a pesquisa e desenvolvimento de maneira geral. É uma análise macro que deve ser feita levando em consideração diversos fatores.

¹⁹ “O país vive um quadro de aparente estabilidade institucional, mas de fato o período recente tem sido marcado por instabilidades que comprometem o ambiente de negócios. (...) No Brasil, em muitos casos relevantes, a inadequação é a regra, e apesar das mudanças visando modernizar a legislação (Lei da Inovação, Marco Legal de CT&I, por exemplo), muitos obstáculos continuam vigentes e criando dificuldades para o funcionamento do sistema de inovação” (BUAINAIN, 2018, p. 11).

²⁰ Para mais informações sobre a ENPI, acesse <https://www.gov.br/pt-br/propriedade-intelectual/estrategia-nacional-de-propriedade-intelectual>. Acesso em 14/08/2023.

²¹ “Há consenso de que esta demora traz enormes prejuízos para todas as partes interessadas, para a economia e principalmente para a sociedade brasileira” (BUAINAIN, 2018, p. 14).

pouca abordagem sobre a propriedade intelectual, por infelicidade, a economia não cresce. Estudos sobre o tema indicam a importância da inovação para a economia.

Portanto, “[p]romover o desenvolvimento exige enfrentar um grande número de desafios, que incluem muitos eixos (...) para enfrentar as rupturas associadas à transição para a economia 4.0” (BUAINAIN, 2018, p. 24).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos são os desafios de futuro e as questões que se apresentam no horizonte da propriedade intelectual, tais como questões jurídicas, administrativas, regulatórias e educacionais. Entretanto, a fim de fortalecer a sua disseminação enquanto instrumento fundamental para o incentivo à inovação, indispensável que os atores sociais responsáveis pela sua promoção fomentem as oportunidades que os negócios pautados em ativos de propriedade intelectual propiciam.

O principal objetivo deste estudo foi refletir acerca do papel fundamental da propriedade intelectual para a promoção da inovação²². Nesse sentido, conclui-se que os Estados que promovem a inovação por meio do incentivo à propriedade intelectual nos diversos âmbitos de ensino, depositam mais patentes.

O resultado principal do estudo foi notar que o impacto de uma forte estratégia de apropriabilidade dos direitos de propriedade intelectual torna-se positivo no desempenho de uma empresa, haja vista que, nas palavras de Rossi, “o inovador é capaz de proteger os lucros de suas inovações” (2019, p. 50).

O estudo em comento auxilia a esclarecer e contribuir com a literatura sobre o fortalecimento do capital humano especializado em propriedade intelectual e, por conseguinte, a promoção cada vez mais ativa da inovação. Como crenças e valores motivam pessoas e empresas, necessário se faz despertar naquelas um *mindset* inovador, contando quem estão por trás de uma marca ou de uma patente, exemplos que inspirem e desafiem a todos. Por isso, é fundamental conhecer como funciona o sistema de propriedade intelectual e qualificar as pessoas para ativar novas parcerias.

²² “As proteções vêm ao encontro de seus propósitos, independentemente do ambiente ou regime de apropriabilidade. A patente garante monopólio; marca garante reconhecimento diferencial no mercado; contratos de confidencialidade garantem sigilo e segurança da informação estratégica; tempo de entrada no mercado e complexidade da tecnologia, apesar de serem mais difíceis de mensurar, garantem vantagem competitiva para a empresa” (ROSSI, 2019, p. 110).

Com efeito, deve-se apostar na educação como a chave para fazer da propriedade intelectual um valor disseminado em toda a sociedade, com foco em *startups* e microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais²³.

Com o contexto pandêmico vivenciado nos últimos anos, é inegável que o seu impacto trouxe prejuízos em termos de desenvolvimento tecnológico, proteção de propriedade intelectual e retração econômica. Contudo, esse cenário possibilita a criação de novos mercados e impulsiona empresas e empreendedores a se reinventarem, bem como ficam atentos à necessidade de proteção de seus novos ativos e contra a possibilidade de infrações, sejam elas pela pirataria, pela concorrência desleal ou pelo uso desautorizado de suas propriedades.

O estudo em comento concluiu que o INPI está passando por uma nova vertente, qual seja, a de procura proativa por apoiar a confecção de pedidos de patentes. Historicamente, o INPI desenvolve aquilo que se chama “atividade de disseminação”, encaminhando pesquisadores e profissionais, fora uma diretoria incumbida em promover uma cultura de propriedade intelectual no Brasil, criando unidades de suportes em conjunto aos núcleos de ciência e tecnologia nas universidades.

Nesse sentido, não apenas o INPI, mas associações, como a ABPI, tem papel fundamental no fomento e disseminação do ensino sobre propriedade intelectual²⁴. É imprescindível seguir firme neste objetivo!

De maneira análoga, essencial que sejam promovidas iniciativas acadêmicas que aproximem os estudos e análises acerca dos institutos da propriedade intelectual com os avanços do INPI e associações como a ABPI, bem como as recentes jurisprudências, orientar o público sobre a legislação e as normas que regulam os direitos e obrigações relativas à propriedade intelectual e uma nova proposta de modernização da LPI – iniciativa esta que a ABPI também enfrenta para o melhor desenvolvimento e efetividade da matéria no Brasil²⁵.

²³ Como “o alto custo associado aos processos de patentes, o acesso a financiamentos, as dificuldades de construir uma estratégia de proteção e reter os lucros da inovação, estão entre as limitações e barreiras que as pequenas empresas encontram para proteger as inovações de imitação em geral”, fundamental demonstrar a importância da propriedade intelectual no aumento de competitividade de empresas brasileiras, que é o maior público-alvo, em especial, incentivando microempresas e startups, com o fito de melhorar o ambiente de inovação para os residentes (ROSSI, 2019, p. 95).

²⁴ A Revista da ABPI, desde 1992, publicada e editada bimestralmente, contém ricos artigos científicos assinados por especialistas por todo o mundo, além de seções especiais, oportunidades nas quais estudiosos da área divulgam seus artigos em prol do incentivo à observância dos direitos de propriedade intelectual e uso exclusivo dos seus bens. O conteúdo encontrado nas Revistas auxilia não apenas os associados da ABPI, mas também pessoas que buscam entender um pouco mais sobre o mundo da propriedade intelectual. Disponível em <https://abpi.org.br/revistas-da-abpi/>. Acesso em 14/08/2023.

²⁵ Justamente por isso que a urgência é maior porque já temos um ponto de partida bastante interessante que é uma lei de patentes da década de 90 que é muito inovadora e vanguardista para a época que ela foi

Embora o Brasil possua uma legislação sobre propriedade industrial, a título de exemplo, poderia haver maior clareza sobre a autonomia, bem como maior independência orçamentária do INPI – como já definido em lei –, de forma a possibilitar melhor funcionamento da autarquia. Também, deveria haver disposições mais rígidas sobre o tempo de tramitação de processos perante o INPI, considerando a relevância do tema e a necessidade de previsibilidade aos agentes.

Em vista de todo o exposto, as principais contribuições teóricas do presente estudo demonstram que os investimentos nos diversos institutos da propriedade intelectual fomentam inovação, fortalecem as empresas em suas atividades e na condição de polos para inovação e desenvolvem o país.

Para atingir esse objetivo, é imprescindível, portanto, a integração do Brasil às cadeias globais de valor, por meio de parcerias e negócios inovadores. Como inovação não se faz sozinho, tampouco sem proteção e incentivos, o uso cada vez mais latente da propriedade intelectual além de atrair investimentos e gerar riquezas para a sociedade em geral colaborará para as pesquisas e conhecimento científico e tecnológico do país.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14/08/2023.
- BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em 14/08/2023.
- BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 14/08/2023.
- BUAINAIN, Antônio Márcio. **Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento: desafios para o Brasil**. Rio de Janeiro: ABPI, 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/investir-inovacao-brasil-nao-superara.pdf> Acesso em 14/08/2023.
- CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume I. Parte I. Atual. Por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2010.

sancionada, mas que ainda carece de repercussões importantes seja na estrutura administrativa brasileira seja em fatores relacionados à justiça, aos tribunais regionais.

- CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato; CÂMARA, Vinicius Bogéa. **Marcas e design: a proteção do intangível na economia criativa.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- DALPIAZ, Renata Machado Garcia. **Teorias do Crescimento Econômico.** Londrina: Editorae Distribuidora Educacional S.A., 2016. Disponível em https://s3.amazonaws.com/cm-kls-content/LIVROS_UNOPAR_AEDU/Teorias%20do%20Crescimento%20Econ%C3%B4mico.pdf. Acesso em 14/08/2023.
- DICIO. **Dicionário Online de Português.** Disponível em <https://www.dicio.com.br/propriedade/>. Acesso em 14/08/2023.
- JUNGMANN, Diana de Mello. **Inovação e propriedade intelectual: guia para o docente.** Brasília: SENAI, 2010. Disponível em https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/guia_docente_iel-senai-e-inpi.pdf. Acesso em 14/08/2023.
- MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Direito de marcas: abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- OMPI. **Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual.** Genebra, Suíça. WIPO, 2002. Disponível em https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_250.pdf. Acesso em 14/08/2023.
- OMPI. **Curso Geral de Propriedade Intelectual.** DL 101P BR, Módulo 2, Introdução à PI. OMPI/INPI, 2020. Disponível em <https://welc.wipo.int/acc/index.jsf?page=courseCatalog.xhtml&lang=pt>. Acesso em 14/08/2023.
- OMPI. **O que é propriedade intelectual?** Genebra, Suíça: WIPO, 2002. Disponível em https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_450_2020.pdf. Acesso em 14/08/2023.
- ROSSI, Daiane. **Apropriabilidade e mecanismos de proteção à inovação: um estudo no contexto brasileiro.** Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2019. Disponível em <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/204443>. Acesso em 09/01/2023.
- SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares.** 3ª ed. ver. e ampl. Barueri, SP: Manole, 2005.
- SOUMITRA, Dutta; LANVIN, Bruno; LEÓN, Lorena Rivera; WUNSCH-VINCENT, Sacha. **Global Innovation. Index 2022. What is the future of innovation-driven growth?** Genebra, Suíça. WIPO, 2022. Ed. 15ª. Disponível em <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-2000-2022-section1-en-gii-2022-at-a-glance-global-innovation-index-2022-15th-edition.pdf>. Acesso em 14/08/2023.

LAICIDADE E LIBERDADES RELIGIOSAS NO DISCURSO EUROPEU: A INTOLERÂNCIA COMO INSTRUMENTAL NA AGENDA CONTEMPORÂNEA DO PODER

Marco Falcão Critsinelis¹

Resumo: A comunicação analisa a laicidade do Estado e as tendências contemporâneas de ruptura do pluralismo religioso dentro do pacto social e da esfera do espaço público político no cenário do eixo europeu. A proposta acadêmica tem escopo reflexivo, na medida em que investiga o manejo do discurso político sobre a psique coletiva para instaurar a intolerância e criar valores verticais de cidadania. A essência do discurso político, sob a palma de um espírito da época (*zeitgeist*) e do povo (*volksgeist*), apreende os efeitos do regime internacional de combate ao terrorismo para moldar a relação entre Estado e o direito à religiosidade e, dessa forma, comprimir direitos inatos à humanidade. Nesse contexto, a agenda política flexibiliza o dever do Estado à laicidade e potencializa a islamofobia como violação legítima a todas as formas de expressão da liberdade. A proteção à soberania nacional e a fragilidade do tecido social orientam um novo modelo popular autoritário para a democracia e para o denominado Estado laico. Ao revisitar os desdobramentos do processo eleitoral em marcha na Comunidade Europeia e sua influência nos direitos políticos, sociais e civis, pretende revelar indicadores de ascensão da extrema-direita e de exclusão indireta da nacionalidade. Para a contenção do poder de ingerência estatal, o trabalho sugere a revisão conceitual da laicidade e a concreta perspectiva do dever de cooperação isenta do Estado com as religiões, como corolário do *standart* jurídico-político de liberdade às convicções religiosas como amálgama aos princípios atemporais e extraterritoriais dos Direitos Humanos Fundamentais.

¹ Graduação em Direito; Mestre em Justiça Administrativa /UFF. Especialista em Políticas Públicas e de Governo / UFRJ. Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. <http://lattes.cnpq.br/6271225868002463>

Palavras-chave: política; laicidade; cidadania; intolerância; xenofobia estrutural.

SECULARISM AND RELIGIOUS FREEDOM IN THE EUROPEAN DISCOURSE: INTOLERANCE AS INSTRUMENTAL IN THE CONTEMPORARY AGENDA OF POWER

Abstract: The communication examines the secularity of the State and the contemporary trends of rupture of religious pluralism within the social pact and the sphere of the political public space in the scenario of the European axis. This academic proposal has a reflexive scope, to the extent that investigates the management of political discourse on the collective psyche to establish intolerance and create vertical values of citizenship. The essence of the political discourse, under the palm of a spirit of the time (*zeitgeist*) and of the people (*volksgeist*), captures the effects of the international fight against terrorism to shape the relationship between the State and the right to religious expression, and thus compress innate rights to humanity. In this context, the political agenda eases the duty of the State to secularism and potentiates islamophobia as a legitimate violation to all forms of expression of freedom. The protection of national sovereignty and the fragility of the social fabric guide a new popular authoritarian model of regime to democracy and to the so-called secular State. In revisiting the developments of the electoral process in motion in the European Community and its influence on political, social and civil rights, we aim to reveal indicators of the rise of the extreme right and of the indirect exclusion of nationality. To contain the power of the State's influence, the work suggests the conceptual review of secularity and the concrete perspective of the duty of cooperation exempt from the State with religions, as a corollary of standard legal and political freedom of religious convictions as amalgam to the extraterritorial and timeless principles of Fundamental Human Rights.

Keywords: politics; secularismo; citizenship; intolerance; islamophobia

A comunicação tem como núcleo a ideia conceitual da laicidade e sua atual eficácia conferida pelo discurso político, como forma de expressão do espírito de uma época e da influência da ideologia nacional-populista, em particular na Europa. A proposta acadêmica tem escopo reflexivo, na medida em que investiga o manejo do discurso político sobre a psique coletiva, a fim de apreender, de forma apelativa, a essência conceitual da laicidade para sustentar a combatida representação política da sociedade, discriminando convicções religiosas como conduta hábil à proteção da soberania e da nacionalidade.

Criando o discurso político, governamental ou de oposição eleitoral, valores verticais de cidadania sob a pretensa salvaguarda dos efeitos do regime internacional de combate ao terrorismo, passa a moldar a relação contemporânea entre Estado e o direito à religiosidade e, dessa forma, comprimir direitos inatos à humanidade. Nesse diapasão, o Estado viola seu dever à pureza dos dogmas da laicidade e suprime legítimas formas de expressão da liberdade às opções religiosas, com exclusão indireta da nacionalidade, com o apoio da sociedade pretensamente representada democraticamente por um Estado laico.

Por se tratar de relações dinâmicas e complexas, demonstra que a realidade do mundo interior dos indivíduos que transborda para o ambiente das sociedades. A seleção de um texto que espelhe as tendências contemporâneas permite assentar, como pano de fundo, o “espírito” das sociedades europeias atuais, cujo conteúdo de investigação é a realidade do *zeitgeist* e do *volksgeist*,

A história da humanidade tem revelado períodos de profunda desordem, nos quais parâmetros básicos da vida social parecem ter desaparecido, semeando insegurança e favorecendo o surgimento de grandes medos coletivos. Essa insegurança constitui um terreno fértil para o crescimento da intolerância. Nesses momentos de anomalia social, afloram emoções, radicalismos e certezas absolutas, que inviabilizam o diálogo e o respeito às diferenças de opinião. A intolerância com a diversidade de perspectivas se cristaliza no ódio a fomentar embates violentos. A crítica propositiva é substituída pela crítica destrutiva, e a ausência de pontes de comunicação entre diferentes posições gera estratégias de confronto e aniquilamento. [...] Fundamental é combater o nocivo discurso do ódio em que a palavra carrega a máxima violência do discurso a fomentar a violência multifacetada, física, política, cultural e de aniquilação do ‘outro’. A intolerância se alimenta de ideologias de superioridade baseadas em diferenças, sejam étnico-raciais, de gênero, idade, nacionalidade, diversidade sexual ou grupo político. É por isso que na democracia tudo se tolera, salvo a intolerância. [...] Em tempos de ódio, emerge o desafio de romper com a cultura da violência e da intolerância, que tanto está a comprometer a formação das presentes e futuras gerações (PIOVESAN e PITANGUY, 2016, p. 17).

Sob essa ótica, invocar o *zeitgeist* contemporâneo como fenômeno psicossocial serve para fincar o liame entre a subjetividade do comportamento individual e o empobrecimento da coletividade. O alvo é “*contextualizar a instabilidade sobre*

a qual as relações sociais têm sido estabelecidas de modo a dificultar a construção de vínculos duradouros” (MENDES e SILVA, 2014, p. 1).

Percebido o *zeitgeist* contemporâneo na relação dialética que *“o indivíduo estabelece com o mundo, continuamente exposto à subordinação de agentes socializadores”* (MENDES e SILVA, 2014, p. 2), este passa a *“confundir as fronteiras entre o ‘eu’ e o ‘outro’, entre o privado e o público e se relaciona com o mundo apenas como meio de obter a gratificação de suas necessidades”* (GONÇALVES, 2009, p. 190). Para se enquadrar numa cultura psicossocial, *“engendra identidades imaginárias, desvinculadas do tempo, da história e das tradições, com parâmetros sociais cada vez mais enfraquecidos”* (MENDES e SILVA, 2014, p. 2).

“Se não há nada que possa ser feito para mudar o que está por vir, o homem realiza suas escolhas em um plano exclusivamente voltado para si” (MENDES e SILVA, 2014, p. 2), sem preocupar-se com projetos de longo prazo, *“com particular erosão de qualquer preocupação maior com a posteridade”* (LASCH, 1983, p. 25).

Decreta Bauman que a modernidade líquida traz a combinação mortal de ignorância e impotência, *“o indivíduo não se sabe o que vai acontecer, mas nem mesmo se soubesse, seria capaz de prevenir a possibilidade de se tornar resíduo do sistema social”* (BAUMAN, 2015, p. 1). Nesse contexto, diagnostica a perda de sensibilidade como cegueira moral, diariamente revelada diante do sofrimento do outro e na incapacidade ou na recusa de compreendê-lo. Assim, *“quanto mais frágil for a capacidade de convivência social, mais feroz será a busca pela identidade individualista”* (BAUMAN e DONSKIS, 2014, p. 23-24).

Aliás, como encaixe ao *zeitgeist* contemporâneo, previra Freud que o mandamento *“ama a teu próximo como a ti mesmo”*, como procedimento não psicológico do superego cultural em defesa da agressividade humana, é impossível de ser cumprido, pois todo aquele, na civilização atual, que siga tal preceito, só se coloca em desvantagem frente à pessoa que despreza esse mesmo preceito. *“A ética natural, tal como é chamada, nada tem a oferecer aqui, exceto a satisfação narcísica de se poder pensar que se é melhor do que os outros”* (FREUD, 1997, p. 110). E continua o psicanalista, o qual dispensa apresentações:

A questão fatídica para a espécie humana parece-me se saber se, e até que ponto, seu desenvolvimento cultural conseguirá dominar a perturbação de sua vida comunal causada pelo instinto humano de

agressão e autodestruição. Talvez, precisamente com relação a isso, a época atual mereça um interesse especial (FREUD, 1997, p. 111).

Dessa forma, revelado o contexto do espírito da época e do nacionalismo exacerbado no estágio contemporâneo e sua extensão do indivíduo para a sociedade.

A suposição do estudo tem alicerces no reconhecimento dos problemas aventados - a fragilidade dos indivíduos por força de multifários fatores - como uma patologia das comunidades atuais.

Esta patologia não esgota seus efeitos no plano da psique individual. Os egos fragilizados podem projetar sombras (avaliações negativas baseadas nas próprias fraquezas) sobre o outro, especialmente se expostos a um discurso que atribui causas externas aos problemas e evita o caminho da autocrítica propositiva. Ao estender esta premissa à dimensão coletiva, sociedades inteiras podem se entregar a discursos de ódio e de exclusão para evitar analisar e confrontar as raízes internas da própria patologia.

Esse é o recorte dado para o prosseguimento de nosso estudo. A doutrina diz que a *"psique não está restrita aos indivíduos, ela tem uma natureza coletiva também. A psique coletiva forma o 'zeitgeist' ou espírito de uma época. [...] ela também pode ser vista em qualquer movimento de massa, tendência ou agrupamento."* (HYDE e MCGUINESS, 2012, p. 90).

O conteúdo do presente texto indica a existência de várias perspectivas advindas da dialética da realidade, dentre elas a intolerância e a xenofobia que, a partir de agora, serão subsumidas à ideia de sombra coletiva,

O ego é o nosso sentido de objetivo e identidade. Um ego saudável organiza e equilibra os elementos conscientes e inconscientes da psique. Um ego fraco deixa a pessoa na 'sombra', correndo risco de ser engolida pelo caos das imagens inconscientes. O que é a sombra? É nosso lado sombrio, caracterizado pelo inferior, pelas qualidades incivilizadas ou animais que o ego deseja esconder dos outros. Mas ela não é totalmente ruim, apenas primitiva e inadaptada. Ela pode revigorar a vida, se a encarmos com honestidade (HYDE e MCGUINESS, 2012, p. 87).

Nesse sentido,

Um ego inflado projeta a própria sombra irracional nos outros, identificando-os como perigosos. A psicose do nazismo de Hitler e

sua atrocidade genocida ocorreram porque o ego alemão se tornou inflado ao se identificar com a 'pura raça alemã' e então projetou sua sombra coletiva sobre os judeus (HYDE e MCGUINESS, 2012, p. 88).

Não mais restrito aos indivíduos como átomos e células da sociedade, mas pela voz de sua expressão aglutinada e refletida no comportamento societal e, a partir de então, ser classificado como o "espírito de uma época", atualmente sob a bandeira das "nações de sangue" europeias. É a liquidez das sociedades modernas, parafraseando Bauman.

Os limites fazem parte do processo civilizador de todo indivíduo. São eles sinalizadores daquilo que é ou não viável mediante a presença do mundo posto, repleto de expectativas, normas e regras sociais. A constante transgressão desses limites no *zeitgeist* contemporâneo abre espaço para um questionamento ético-moral acerca de condutas adotadas na atualidade. [...] Deste modo, é condicional à legitimação do outro enquanto totalidade análoga a própria, que o "eu", ao se deparar com um projeto divergente, seja incitado a desenvolver meios de unificar intenções que visem à integração em um projeto comum. A urgência em extinguir a liberdade do outro é suprimida em razão da transcendência da objetividade, rompendo com um projeto solipsista (MENDES e SILVA, 2014, p. 3).

À vista do exposto, dirigimo-nos para a ressalva de que o manejo da liberdade pelos indivíduos e a psique coletiva são alvos da articulação do discurso político e indicam liames que podem pender para a utilidade comum ou para a hostilidade.

O poderio do discurso político, ante os distúrbios sociais que afetam a psique individual e da comunidade, possui a aptidão de determinar a projeção – sombra - positiva ou negativa. Afinal, "*os conteúdos projetados podem ser emoções ou qualidades inaceitáveis, ou benéficas e valorizadas*" (HYDE e MCGUINESS, 2012, p. 173-174).

Nesse contexto, a laicidade se apresenta como material fértil para o manejo político-eleitoral, na medida em que possui como carro chefe o dever/poder do Estado laico de evitar a contenção de práticas religiosas que se identifiquem, segundo o aparato governamental, com ameaças à soberania, à convivência pacífica da sociedade e ao exercício da cidadania pelos indivíduos nacionais.

A problemática consiste em questionar como o discurso político apreende as fragilidades sociais e de que maneira estabelece a comunicação com a

coletividade eleitoral para despertar a sombra de rejeição social à intolerância religiosa e a todo o tipo de alienígenas às sociedades europeias, como, por exemplo, os refugiados. As fragilidades de uma época capacitam o espírito de um povo autóctone e seu poder apresentado no Estado.

Nesse bordo, o discurso difunde a confusão na comunidade entre a política de defesa da soberania nacional de combate ao terrorismo e, de outro lado, a regulação de ingerências na vida comunitária. O cotidiano social é usurpado pela política de Estado, como justificativa às medidas de contenções às liberdades públicas e ao núcleo da liberdade religiosa. São, entretanto, dirigidas aos seus próprios nacionais, esquivando-se de proceder políticas de defesa nacional diretamente nos países em conflito, origem do fluxo migratório de refugiados.

Ditas contenções reforçam as perspectivas individuais e comunitárias no que diz respeito à intolerância, em particular à xenofobia e à islamofobia, a despeito de normas fundamentais constitucionais e diretrizes supranacionais de direitos humanos. As contenções são institucionalizadas e transnacionalizadas, sob o respaldo da projeção da sombra coletiva. O sangue nacional projeta seu ódio sobre os refugiados.

Em uma sequência linear de acontecimentos, é possível retratar o discurso político alinhado a questões cotidianas que fragilizam o tecido social, em todos os segmentos da comunidade, para enaltecer o nacional de raiz e expor sua rejeição social aos divergentes, os outros.

Das últimas ocorrências eleitorais para um passado de menos de dois anos, o Afd, partido de alternativa para a Alemanha e liderado por Frauke Petry, obteve quase 5% dos votos nas eleições regionais de março de 2016 e perto de ¼ no Estado oriental da Saxônia-Anhalt, como mais proeminente fenômeno pan-europeu de crescimento da família de partidos ultranacionalistas na União Europeia. Na Suíça, o SVP (Partido do Povo Suíço) alcançou 29% dos sufrágios na eleições gerais de 2015. Na Áustria o candidato do Partido da Liberdade ultrapassou 36% dos votos no turno inicial das eleições presidenciais, apesar de não ter obtido sucesso na disputa final. Na disputa ao poder do Estado, o Partido do Povo da Dinamarca obteve 21% dos votos nas eleições de 2015 e o húngaro Jobik conquistou, em 2014, a terceira maior bancada parlamentar. Os partidos de média expressão na Europa surgem e demonstram a relevância eleitoral da psique coletiva, a exemplo do finlandês The Finns, o Democratas Suecos, o Partido

da Liberdade holandês, o Nossa Eslováquia, os neonazistas gregos do Aurora Dourada, os semisseparatistas italianos da Liga do Norte. Na Sérvia, o Partido Radical obteve 7% dos votos nas eleições parlamentares em 2016.

Todavia, as grandes transformações são capitaneada pela frente Nacional Francesa (Marie Le Pen do Partido Frente Nacional) e o UKIP (Partido de Independência do Reino Unido), com a primeira ascendendo para as disputas presidenciais em França em 2017 e, o segundo, liderado por Nigel Farage, foi conduzido ao triunfo de 27% nas eleições europeias de 2014 e ao terceiro lugar, com 13% dos votos, nas eleições nacionais de 2015 e, atualmente, mobiliza o eleitorado xenófobo na campanha, com êxito, do Brexit (British exit – retirada britânica da União Europeia). O núcleo ideológico básico é a “nação de sangue” (MAGNOLI, 2016, p. 19).

Para essa família de partidos, a nação não é um contrato político, mas uma comunhão étnica e cultural enraizada no passado distante. A xenofobia e a aversão ao Islã são traços comuns a todos esses partidos. [...] As crises sucessivas do euro e dos refugiados propiciaram a ascensão da extrema-direita. Desses eventos, seus arautos extraíram um diagnóstico falso, mas persuasivo: os estrangeiros são culpados pelos impasses econômicos e dilemas sociais das nações europeias. [...] As inscrições preservadas nos corredores do Reichstag são uma singularidade na paisagem das capitais. No lugar das clássicas narrativas identitárias heroicas, a Alemanha escolheu conviver com sua tragédia, que foi uma tragédia europeia. A política de Angela Merkel para os refugiados é uma homenagem a essa opção, ditada pela memória do mal. A conferência do AfD, pelo contrário, representa uma revolta contra a memória do mal. Frauke Petry quer esquecer: aí está o perigo (MAGNOLI, 2016, p. 19).

O autor se refere ao manifesto divulgado pelo AfD em 01.05.2016 no qual o partido defendeu que o Islã não é compatível com a Constituição alemã e pediram a proibição de símbolos religiosos. Além disso, defendeu o reforço das fronteiras do país, a saída da Alemanha da zona do euro, a reinstalação do serviço militar obrigatório, a rejeição da ideologia do multiculturalismo e a reafirmação dos valores da família e da cultura nacional. O partido se opõe frontalmente às políticas da chanceler Merkel, sob o discurso de que o *“Islã é estrangeiro na Alemanha e, por esse motivo, não podemos invocar o princípio da liberdade religiosa da mesma forma que fazemos com o cristianismo”*, conforme

palavras do deputado Hans-Thomas Tillschneider², em flagrante retrocesso ao processo evolutivo de diálogo entre Estado com a religião, ou aquilo que se define como laicidade (cooperação entre o Estado e todas as religiões cultuadas locais e globais, a despeito de pressupor a separação entre ambos – o contrário é o fundamentalismo), ao superar o laicismo (Estado ateu, no qual é normatizada a proibição de liberdade religiosa) ou mesmo um Estado isento, laico (abstenção estatal de ingerência na esfera individual de opção religiosa).

Fundamentado na contenção dos direitos humanos, o discurso político-eleitoral atual alcança as fragilidades do indivíduo (o nacional, de raiz, ou na expressão francesa *de souche*) e o tecido social. Desperta as funções irracionais da psique, objeto de manejo e exploração da política eleitoral de Estado e a consequente ascensão da extrema-direita, do populismo e nacionalismo exacerbado.

Todavia, para evitar ressurgimento e graves comoções mundiais, optamos em apresentar o que a política deveria exaltar como discurso endógeno, para despertar funções racionais da psique, na medida em que os refugiados também são vítimas do jihadismo e encontram nas sociedades receptoras europeias a mesma rejeição (islamofobia), condenados à situação de apátridas.

A racionalidade da comunicação entre governo e governados expõe a responsabilidade comum dos cidadãos, dos Estados e do bloco comunitário europeu, a despeito da falta de perspectivas econômicas, desemprego, alta tributação, estagnação, desesperança, desigualdade e pobreza, com caminhos de utilidade comum de cooperação, de solidariedade e de integração socioeconômica.

Nesse diapasão, o reino de nossa investigação é apresentar não apenas os motivos pelos quais deveríamos tender para o discurso construtivo, mas, no processo dialético, demonstrar os motivos pelos quais o discurso exógeno é destrutivo e como as forças políticas o utilizam para a manipulação dos indivíduos e da comunidade.

De fato, como se está a tratar de dialética, devemos perseguir causas intrínsecas de contradição do discurso destrutivo. O manejo eleitoral deve ser investigado na realidade e nos fenômenos da relação da sociedade com a propaganda política de extrema-direita.

Para o desiderato, o primeiro realce que o trabalho destaca é o fato de

² Fonte: O GLOBO, caderno “O Mundo”, edição de 02/05/2016, p. 20.

que, apesar de o argumento, por exemplo, de Frauke Petry, presidente da AfD, como alternativa nacionalista, estar pautado na visão de *“como o povo se sentia impotente e traído pelos partidos de governo, que têm ignorado as preocupações reais do povo.”*³ A bandeira usada pelo discurso político-eleitoral está pautada na discussão sobre o sistema político, partidos, corrupção, autoritarismo, ascensão da direita radical, a esquerda corrompida, movimentos sociais desgastados, o sindicalismo tosco, instituições que não representam o povo, o sistema internacional, a burocracia, as guerras, a desigualdade social, a discriminação, o aquecimento global, as políticas públicas equivocadas, ou a falta dela.

O segundo apontamento são as advertências de estudiosos de que o discurso político ultranacionalista e de extrema-direita exploram a desilusão maciça das suas sociedades, como, por exemplo, diz o cientista político Ignacio Molina – UAM (Universidade Autônoma de Madri) ao ressaltar que *“a globalização, a desideologização e a imigração maciça contribuem para corroer sistemas políticos que se sustentavam em pilares sólidos: partidos fortes, divisão esquerda-direita, cidadãos com consciência de classe. É um fenômeno que tem raízes profundas.”*

O cientista político Matthew Baum, da Universidade de Harvard, afirma que *“A ira e o descontentamento social foram uma reação à divisão entre vencedores e perdedores na nova ordem econômica”*⁴. Por sua vez, o filósofo britânico Julian Baggia analisa que o filão nacionalista, anticomunitário e anti-imigração pelo traço comum do discurso eleitoral de exaltação de sua condição de *“homens e mulheres comuns”* e arremata: *“em todos os populistas, qualquer demonstração de amadorismo é uma vantagem porque exibem sua suposta honradez e sua falta de talento para a manipulação”*⁵.

O terceiro ponto a ser invocado acerca do manejo do discurso político nacionalista e a tática para tornar mais branda essa mensagem e cooptar eleitores de outras ideologias, é a utilização das *“lobas em pele de cordeiro”* pelos partidos de extrema-direita que veem nas mulheres hábil instrumento de suas mensagens, como destaca a socióloga Brigitte Brück, Autora do livro *“Frauen und Rechtsradikalismus in Europa”* (*“As mulheres e o radicalismo de direita na Europa”*), *“trata-se de uma estratégia para tornar suas posições mais atraentes”*, nas palavras

³ Fonte: Reportagem de “corpo a corpo”, concedida em Dresden à correspondente brasileira Graça Magalhães-Ruether. O GLOBO, caderno “O Mundo”, edição de 08/05/2016, p. 42.

⁴ Fonte: Reportagem de Martín Rodríguez Yebra do jornal LA NATION que integra o Grupo de Diários América, levada a público pelo jornal O GLOBO, caderno “O Mundo”, edição de 01/05/2016, p. 40.

⁵ Fonte: idem supra.

da historiadora alemã Cordelia Hess, do Centro de Pesquisa do Antissemitismo de Berlim e da Universidade de Gotemburgo, na Suécia, já que “*um pouco de sex-appeal ajuda a vender melhor*”, como sugere o jornal alemão “Die Welt”. Segundo o cientista político Lukasz Jurczynszyn, da Universidade de Varsóvia, há uma contradição de essência no posicionamento das mulheres candidatas e da extrema-direita, vez que têm alta formação acadêmica e ambição, mas o partido, como no caso da primeira-ministra Beata Szydlo, prevê para a mulher o papel de ter filhos como o mais importante para a sociedade. Outra contradição é registrada pelo cientista político Oskar Niedermayer, da Universidade de Berlim, no sentido de que, embora no AfD as mulheres estejam no comando, o sucesso é garantido pelo eleitorado masculino.⁶

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James Robinson. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Tradução: Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. **Temas de filosofia**. 3 ed. São Paulo: Moderna, 2005.
- BAUMAN, Zigmunt e DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- DEI MALATESTA, Nicola F. **Sociedade e o Estado**. Tradução: Lúcia Amélia Fernandes Baz e Maria Sícula Damiano. Campinas: LZN Editora, 2003.
- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu, Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- GIAMBIAGI, Fabio. **Capitalismo: modo de usar: porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humano já inventou**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- GONÇALVES, R.R. **Identidade, consumo e sociabilidade: implicações éticas**. *Revispsi*, n. 1, vol. 9, 2009, p. 185-198.
- HYDE, Maggie e MCGUINESS, Michel. **Entendendo Jung**. Tradução: Adriana de Oliveira, São Paulo: Leya, 2012.

⁶ Fonte: Reportagem de Graça Magalhães-Ruether (O GLOBO, caderno “O Mundo”, edição de 08/05/2016, p. 42), sobre liderança feminina de Anke Van Dermeersch (Bélgica), Frauke Petry (Alemanha), Marine Le Pen (França), Marion Maréchal-Le Pen (França), Siv Jensen (Noruega), Beata Szydlo (Polónia), Alessandra Mussolini (Itália) e Pia Kjaesgaard (Dinamarca).

LASCH, C. **A Cultura do Narcisismo**. Rio de Janeiro: Imago, 1983.

LEFEBVRE, Henri. **Marxismo**. Tradução: William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2013.

MAGNOLI, Demétrio. **Em nome do sangue**. O GLOBO, edição de 05.05.2016.

MÉSZÁROS, István. **A montanha que devemos conquistar: reflexões acerca do Estado**. Tradução: Maria Izabel Lagoa. São Paulo: Boitempo, 2015.

ORLOV, Dmitry. **Os cinco estágios do colapso: kit de ferramentas para o sobrevivente**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo. **É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, ano 1, v. 2, 2013, set./out., p. 163-185.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIKETTI, Thomas. **A economia da desigualdade**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

_____. **O capital no século XXI**. Tradução: Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SILVA, R. B. **Notas para o diagnóstico da sociedade contemporânea**. Revista Espaço Acadêmico, n. 136, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Em, Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang [org.]; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula; [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, 2 ed., revisada e ampliada, p. 51-62.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução: Joana Angélica d’Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

- Jornais, Revistas e Periódicos:

O Globo, Brasil; www.g1.globo.com

BBC/Brasil; www.bbc.com/portuguese

Reuters AFI/Brasil; www.br.reuters.com

- Textos digitais:

BAUMAN, Zigmunt. **É possível que já estejamos em plena revolução**. Revista digital CONTI outra, 27/01/2015, p. 1-7. Disponível em: <http://www.contioutra.com/entrevista-zygmunt-bauman-e-possivel-que-ja-estejamos-em-plena-revolucao/>. Acesso em 30/01/2015.

BURKE, Carlos. **Ensaio Sobre o capitalismo contemporâneo: uma abordagem marxiana**. Disponível em: www.cburke.com.br/sobre-as-obras, último acesso em: 29/06/2016.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. IMF – *refugeesurgeineurope.pdf*. IMFSTAFF DISCUSSION NOTE/jan. 2016/SDN/16/02. **The refugee surge in Europe: Economics Challenges**, jan. 2016, p. 1-50, SHEKHAR, Aiyal [org.] ; BERGPJOT, Barkbu ; BATINI, Nicoletta ; [et al.]. JEL Classification numbers: F22, J6, J11, J24. Disponível em: imf.org/external/index.htm. Acesso em 28/01/2016.

MENDES, Jéssica Paula Silva e SILVA, Rafael Biachi. **O Zeitgeist contemporâneo e o individualismo: uma compreensão existencial**. Revista POLÊMICA, n. 4, v. 13, 2014. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/13198/10181>. Acesso em 05.05.2016.

OXFAM, documento informativo da OXFAM 2010, resumo: p. 1-11, 18/01/2016. Disponível em: www.oxfam.org. Acesso em 05/02/2016.

UNIÃO EUROPEIA – CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Anotações relativas ao texto integral da Carta. Luxemburgo: 2001. Declaração da União Europeia por ocasião do cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem (Viena, 10 de Dezembro de 1998). Disponível em: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/misc/HR.P8.htm, acesso em 29/06/2016.

REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA DE FRANQUIA EMPRESARIAL E SUAS REPERCUSSÕES NO PROCESSO DO TRABALHO. A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA ANULAR O CONTRATO DE FRANQUIA

Mauro Dibe¹

Marcos Cavalcante²

David Elgarten³

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar reflexões sobre a Lei no 13.966/2019, que dispõe sobre o sistema de franquia empresarial, abordando seu conceito, evolução doutrinária e jurisprudencial, tipos e, finalmente, o tratamento que vem sendo dado, atualmente, nos processos trabalhistas. Aborda, ainda, um tema específico ocorrido em algumas lides: a incompetência da Justiça do Trabalho para anular um contrato de franquia celebrado entre duas sociedades empresárias, quando há pedido expresso neste sentido. Destaca ainda decisões nos processos em que se discute o reconhecimento de uma relação de emprego entre franqueador e franqueado,

¹ Mauro Dibe é sócio na Barreto Advogados & Consultores Associados. Advogado especializado em Direito do Trabalho, graduado pela UFRJ e mestrando em Direito Civil pela PUC-RIO. mauro.dibe@barreto-advogados.com.br

² Marcos Cavalcante é consultor na Barreto Advogados & Consultores Associados. Professor, Advogado e Desembargador aposentado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Mestre em Ciências Jurídico Filosóficas pela Universidade de Coimbra.

³ David Elgarten é sócio na Barreto Advogados & Consultores Associados. Advogado especializado em Direito do Trabalho, graduado pela PUC-Rio, Bolsista Capes e mestrando em Direito Constitucional pela PUC-Rio. david.elgarten@barreto-advogados.com.br

à luz as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Analisam-se as características essenciais do contrato de franquia como contrato empresarial de distribuição voltado ao lucro. Discute-se a incompatibilidade da subordinação empresarial, típica do contrato de franquia, com a subordinação jurídica, atinente ao contrato de trabalho. Por fim, são discutidos os mais recentes precedentes vinculantes do STF quanto ao tema demonstrando que o primado do emprego vêm cada vez mais dando lugar ao primado das formas alternativas do trabalho com sua tutela civil/comercial.

Abstract: The present paper analyses the Brazilian Federal Law number 13.4966/2019, which defines the corporate franchising system, approaching its concept, the evolution of scholarly authority (“Brazilian Legal Doctrine”) and case law, types and, finally, its current treatment under Labour Law. It approaches a very specific legal problem: the lack of Labour Courts Jurisdiction over annulment actions regarding established contracts between two corporations. It highlights the employment law suits between franchisor and franchisee in the light of recent Brazilian’s Supreme Federal Court case law. It analyses the essential characteristics of Franchising as a Business Law’s distribution agreement with profit-making intent. It then, discuss the incompatibility between the franchising structural corporate subordination and employee legal subordination. Finally, it discuss Brazilian’s Supreme Federal Court Precedents that have replaced the classical “employee primacy” case law with alternative regulations of labour protected by Civil and Business Law.

Palavras Chaves: Sistema de franquia empresarial. Contrato empresarial. Incompetência da Justiça do Trabalho. Contrato de Franquia Inexistência de vínculo empregatício. Recentes decisões do STF.

Keyword: Corporate Franchising System, Business Law Contract, Lack of Jurisdiction of Labour Courts, Franchise Agreement, Independent Contractors, Brazilian’s Supreme Federal Court Case Law.

1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, uma das maiores preocupações das sociedades empresárias no tocante à segurança jurídica do sistema de franquia empresarial está relacionada a eventual competência da Justiça do Trabalho para anular um contrato de franquia e, por conseguinte, reconhecer uma relação de emprego entre franqueador e franqueado.

Desse modo, o presente artigo busca compreender as características do sistema de franquia empresarial, bem como analisar as recentes decisões

proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a incompetência da Justiça do Trabalho para anular o contrato de franquia, sob a ótica da nova ordem jurídico-laboral, com orientação ideológica que percebe a empresa como fundamental organismo de produção de riqueza e progresso econômico.

2. AS RELAÇÕES EMPRESARIAIS DE FRANQUIA: DA ASSIMETRIA À PARIDADE INFORMADA

No bojo da teoria contratual contemporânea, a função constitucional da autonomia privada vem ganhando novos perfis.⁴ O regime jurídico da autonomia privada pode variar conforme as situações jurídicas (patrimoniais/existenciais) e centros de interesse inseridos em uma dada relação.⁵ No universo das relações jurídicas patrimoniais, o perfil do interesse têm particular importância eis que estabelece uma dicotomia entre os “contratos de lucro” (voltados à obtenção de lucro) e os contratos “existenciais” (visando manter uma existência humana).⁶

É neste contexto que o conceito de contrato empresarial ganha relevo. Nos contratos interempresariais, a pedra de toque é, precisamente, o interesse no lucro⁷. Mesmo diante daqueles considerados de adesão, a paridade presumida e a racionalidade econômica norteiam a lógica obrigacional (art. 421-A do C.C/02).

Vale ressaltar, que nem sempre contratos de adesão resultarão de assimetrias de poderes negociais. Contratos são instrumentos de alocação de riscos e lucros, ônus e bônus. Em determinadas situações, é notória a considerável vantagem auferida pelo empresário que adere a um programa contratual pré-estipulado pela contraparte, principalmente no tocante à redução de custos de transação, a partir do uso de modelos padronizados.⁸

Não é novidade a utilização de contratos que são autênticos formulários, já que são empregados no mercado de seguros há décadas. Sem a padronização contratual, seria muito difícil organizar uma rede de distribuição.⁹

⁴ PERLINGIERI, Pietro “*Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*”, 3ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p.276

⁵ ROCHA, David F.E “*Levando a Hipossuficiência a Sério: Uma Leitura Trabalhista Constitucional da Autonomia Privada nas Relações de Trabalho*”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2022 p. 27 *et seq.*

⁶ DE AZEVEDO, A. J, *RTDC – Entrevista com o professor Antônio Junqueira de Azevedo*. in *Novos Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 600

⁷ DE AZEVEDO, A. J, *RTDC. Op. Cit.*, p. 600.

⁸ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.66.

⁹ *Ibid*, p.66

Assim, embora a assimetria de poderes negociais possa ser mais evidente quando o contrato for concluído sem que a parte economicamente mais fraca tenha tido, na etapa pré-contratual, qualquer poder de barganha para intervir na arquitetura dele, da referida assimetria, não se presumem iniquidades.

Salvo raras exceções, portanto, no direito comercial não se pode reconhecer no empresário um hipossuficiente, já que o modelo de produção capitalista não conseguiria sobreviver dessa forma. Isso não significa que não se deve reconhecer que, em certas relações interempresariais, existe dependência econômica de uma parte em relação a outra, tendo a parte economicamente mais forte a possibilidade de impor condições contratuais a outra parte, que deve aceitá-las.¹⁰

No contrato de franquia, por sua própria natureza, a dependência econômica do franqueado ao franqueador é inerente. Para que o contrato possa desempenhar a sua função econômica, uma parte deve conseguir impor a(s) outras(s) seu modelo de negócio.¹¹

No sistema de franquia empresarial, dependendo do modelo de negócio a ser adotado, o grau de vinculação do comportamento da parte poderá variar. Em determinados contratos, é dada maior liberdade à parte em situação de dependência (franqueado), e em outros pode haver total aderência a um conjunto de regras impositivas.

Não obstante a tutela conferida pelo Código Civil aos contratos de adesão estar prevista nos artigos 423 e 424 do Código Civil,¹² é preciso refletir sobre as características do sistema de franquia empresarial, dos poderes negociais envolvidos e do grau de autonomia da sociedade empresária em situação de dependência econômica, à luz do princípio do equilíbrio contratual.

Sendo a autonomia privada o elemento propulsor dos negócios jurídicos, a sua aplicação deverá ser investigada à luz dos valores constitucionais essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana e para o seu desenvolvimento.¹³

¹⁰ FORGIONI, Paula. *Op. Cit.*, p.67

¹¹ *Ibid.*, p.68.

¹² Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Notas Sobre Função Social dos Contratos* In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 405

O contrato de franquia se caracteriza, por expressa disposição legal, como instrumento de um sistema pelo qual *“um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento”*.¹⁴

A franquia é o contrato empresarial cuja essência é um processo de aprendizado, onde o franqueador cede ao franqueado a sua marca e transmite a forma de estruturação de determinada atividade empresarial (know-how) associados ao direito de comercialização de um dado produto ou serviço.¹⁵ Seus elementos típicos e conteúdo podem ser extraídos, com clareza, da Lei nº 13.966/2019, que revelam um contrato no qual a organização empresarial é transmitida, como conhecimento, por um empresário mais experiente para outro com menos experiência.¹⁶

Uma característica em comum do sistema de franquia empresarial diz respeito ao marketing, que serve como um bom exemplo do processo de ensino-aprendizagem jurídico empresarial desse tipo de contrato empresarial.¹⁷

O contrato de franquia gera direitos e deveres relativos à utilização da marca, nome comercial, know-how, direitos de autor, e, por vezes, até mesmo de patente. A Lei de Franquia não especifica quais são os serviços de organização empresarial que o franqueador estaria obrigado a prestar aos franqueados, deixando essas questões ao contrato. O que a lei obriga é o cumprimento do dever de ampla transparência pelo franqueador, ao disponibilizar a franquia no mercado.¹⁸

Essa abertura, com requisitos mínimos, é justificada pela enorme variedade de alternativas possíveis para a estruturação empresarial. De fato, o enclausuramento

¹⁴ Lei n. 13.966/2019, art. 1º, caput.

¹⁵ BRESCIANI, Alberto. Parecer jurídico elaborado em resposta a consulta formulada pela Prudential do Brasil Seguros de Vida S.A sobre questão de direito contratual empresarial, referente à franquia. 2020, p.20. Disponível nos autos da reclamação trabalhista nº 0100343-96.2022.5.01.0028. <<https://pje.trt1.jus.br/pjekz/processo/2669337/detalhe>>. Acesso em 31.08.2023

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Parecer jurídico elaborado em resposta a consulta formulada pela Prudential do Brasil Seguros de Vida S.A sobre questão de direito contratual empresarial, referente à franquia. 2020, p.3. Disponível nos autos da reclamação trabalhista nº 0100343-96.2022.5.01.0028 <<https://pje.trt1.jus.br/pjekz/processo/2669337/detalhe>>. Acesso em 31.08.2023

¹⁷ *Ibid*, p.5.

¹⁸ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*: São Paulo: Atlas 1997, pp. 47/59.

por disposição legal dos serviços de organização empresarial que o franqueador estivesse obrigado a prestar se revelaria incompatível com o dinamismo inerente ao modelo de franquia.¹⁹

Desta forma, este tipo de contrato conta com uma grande variedade de modalidades²⁰ das quais podemos citar: 1) a franquia de distribuição (quando o franqueado se limita a vender os produtos do franqueador, sob os sinais distintivos e o controle deste último); 2) a franquia de serviços (quando o franqueado presta serviços a terceiros sob os sinais distintivos e o controle do franqueador); e 3) a franquia de produção (quando o próprio franqueado fabrica produtos que vende sob a marca do franqueador).²¹

É inegável, assim, que a gama de serviços que o franqueador será obrigado a prestar, e que o franqueado será obrigado a adquirir, quando da celebração do contrato de franquia, poderá variar caso a caso, sendo no instrumento negocial que se encontrarão todos os direitos e obrigações das partes. Nesta amplitude e variância, não há qualquer indício de fraude, mas um horizonte de possibilidades jurídicas alternativas e legítimas.²²

Ressalte-se que, junto com o conjunto de serviços prestados pelo franqueador ou franqueado, é indispensável que aquele licencie, a este, o uso de sua marca. Trata-se de elemento essencial à caracterização de qualquer negócio jurídico como franquia.²³ É a junção desses dois negócios jurídicos correlatos (prestação de serviços de organização empresarial e licença do uso de marca) que consubstancia a franquia.²⁴

Essa característica permite ao franqueador alcançar seu objetivo de obter uma capilaridade menos dispendiosa, bem como permite ao empresário-franqueado o benefício da exploração de uma atividade de presença consolidada no mercado e com identidade já conhecida do consumidor.²⁵ Poupa-se, assim, a necessidade

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Parecer jurídico elaborado em resposta a consulta formulada pela Prudential do Brasil Seguros de Vida S.A sobre questão de direito contratual empresarial, referente à franquia. 2020, p.2. Disponível nos autos da reclamação trabalhista nº 0100343-96.2022.5.01.0028 <<https://pje.trt1.jus.br/pjekz/processo/2669337/detalhe>>. Acesso em 31.08.2023.

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, 2018, p. 4.

²¹ PINTO, Fernando A. Ferreira. Contratos de Distribuição. Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica Editora. Lisboa, 2013, p. 69-80.

²² BRESCIANI,. *Op. Cit.* p. 20.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 3, p. 698.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, p.10.

²⁵ BRESCIANI,. *Op. Cit.* p. 21.

de investir na criação de uma marca própria, que demandaria além de maiores investimentos pelo empresário, um tempo de trabalho bem maior para tentar obter o retorno financeiro (incerto) para sua atividade empresarial.²⁶

Além disso, visando a alavancagem dos negócios, não é incomum a franquia ser estruturada em níveis, no modelo já disseminado do mercado e referido pela noção de “master-franquia”.²⁷ Nele, há a inserção de um terceiro, subfranqueador da marca, que passa a representar a franqueadora, seguindo seu modelo de negócios, com o objetivo de oferecer suporte para futuros franqueados. Trata-se de ferramenta cujo objetivo central é ampliar a difusão do modelo de negócios da franquia estabelecendo uma relação de dependência ínsita.²⁸

A master-franquia permanece sendo um processo de aprendizado da organização empresarial²⁹. Primeiro, o franqueador irá ensinar ao master-franqueado a metodologia de ensino, para que, posteriormente, este master-franqueado ensine um empresário (franqueado) a organizar uma empresa para o produto ou serviço da marca licenciada.³⁰

Nessa linha, o contrato de franquia pode ser considerado uma espécie do gênero “contratos de distribuição”³¹, pois trata-se de um contrato empresarial que exige um trabalho de cooperação mútua entre franqueador e franqueado. Os contratos de franquia, assim, possuem uma dimensão cooperativa que vai além daquela cooperação comum, exigida a todo credor e devedor na realização da prestação para que se atinja o seu adimplemento satisfativo.³² Na perspectiva da obrigação como um processo, no qual o conceito de adimplemento não pode se limitar ao cumprimento de uma obrigação fixa no tempo³³, o contrato de franquia depende de um efetivo programa contratual no qual exige-se um trabalho conjugado para que cada uma das partes – franqueador e franqueado – tenha o seu interesse realizado.

Saliente-se que o franqueado não é sócio do franqueador, assim como não

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, p.11.

²⁷ LOBO, Jorge. *contrato de franchising*, Rio de Janeiro: forense, 1994, p. 29.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, p.12

²⁹ *Ibid.*, p.12.

³⁰ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo. Memória jurídica, 2002, p. 61.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, 2018, p.11.

³² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, § 19, pp. 234-237.

³³ SILVA, Clóvis V do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006, p. 17–21

é seu empregado ou consumidor dos produtos que distribui, pois a cooperação não é organizada institucionalmente. A cooperação é o fator capaz de “viabilizar a troca de prestações programada pelo contrato”³⁴

3. RELAÇÃO DE EMPREGO X RELAÇÃO COMERCIAL: A INCOMPATIBILIDADE DA SUBORDINAÇÃO EMPRESARIAL COM A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Nos termos do art. 3º da CLT empregado é a “*pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador sob dependência deste e mediante salário*”. Para a doutrina majoritária³⁵ cinco são os “requisitos” do vínculo empregatício: 1) ser pessoa física, 2) que trabalha com pessoalidade (*intuitu personare*), 3) onerosidade, 4) não eventualidade (continuidade) e 5) subordinação jurídica.

De todos os requisitos, o mais controvertido é o da subordinação. O art. 3º da CLT não fala em “subordinação”, mas em “dependência”, pelo que muito se discutiu, na gênese Celetista, sobre qual dependência nortearia a relação de emprego.

Três eram as principais formas de se pensar a “dependência”: econômica (necessidade do trabalho para a subsistência), técnica (hipossuficiente técnica ou informacional) e jurídica³⁶. A subordinação jurídica é critério quase unânime na doutrina e é representada pela contraposição entre um poder de direção e um dever de obediência³⁷. O trabalhador subordinado é aquele que coloca sua força de trabalho (tempo à disposição) como objeto do poder diretivo de um ente (empregador) que o direciona coordena e controla.

As relações empresariais de franquia se encaixam em uma “nova morfologia das relações de trabalho”³⁸, reflexo dos novos modelos colaborativos do mercado. O CC/2002, neste contexto, tipificou vários “contratos de atividade” (Representação Comercial/ Agência/Corretagem etc.) que, apesar de calcados em ao menos *algum tipo* de subordinação jurídica (instruções vinculantes/prerrogativas de fiscalização etc.), não ensejam, *apriori*, qualquer vínculo³⁹. É neste contexto que surge o contrato de franquia.

³⁴ PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op. Cit.*, 2013, pp. 138-139.

³⁵ Por todos DELGADO, *op cit*, 2019. Para uma análise mais direcionada, ROCHA, *op cit*, 2022, p.44 *et seq.*

³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de direito do trabalho* 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p.351

³⁷ DE SILVA, Maria Regina Chuari. *A sustentação Psicológica da Relação Subordinada*. Rio de Janeiro, Petrobrás, 1993 p. 69-73

³⁸ ANTUNES, Ricardo. *O infoproletariado, a informalidade e a nova morfologia do trabalho*. in (org.) “O Trabalho Sob a Ótica do Direito e Da Sociologia: Pensar o Trabalho Como Direito Fundamental à Dignidade Da Pessoa Humana” Rio De Janeiro, Lumen Juris, 2016 p.13–22..

³⁹ NAHAS, Thereza Christina. *Considerações a respeito da relação de trabalho: a questão do trabalho semidependente e da subordinação estrutural*. Porto Alegre, 2015, p. 84

Quando alguém se torna franqueado de determinada rede, assume, contratualmente, certas obrigações, entre as quais as de organizar sua atividade econômica observando, com rigor, as instruções dadas pelo franqueador. Assim, é inegável haver entre as partes do contrato de franquia a denominada “subordinação empresarial”⁴⁰, tendo em vista que a empresa do franqueado deve se adaptar as diretrizes emanadas pelo franqueador, já que é isso que, entre outras cláusulas, eles contrataram.

Vê-se que é decorrência jurídica ínsita à celebração de qualquer contrato de franquia que o franqueador tenha o direito contratual de orientar como o franqueado deve organizar sua empresa⁴¹. A este direito da gênese do contrato impõe ao franqueado a obrigação de atender à orientação relativa à organização de sua empresa.⁴² Embora esta dicotomia lembre, *in thesis*, a dinâmica da subordinação jurídica laboral, trata-se de situação totalmente distinta e abertamente chancelada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, a subordinação contratual que aqui está sendo discutida não pode, jamais, se convolar em subordinação de cunho “pessoal” seja entre franqueado e franqueador ou master franqueado⁴³. Não há, na franquia, a subordinação da pessoa do franqueado à empresa do franqueador ou a empresa do master franqueado, mas uma relação de subordinação contratual e/ou eventual dependência fática. Não é a pessoa do franqueado que deve trabalhar no modo orientado pelo franqueador, mas a empresa daquele (ainda que unipessoal e com exclusividade) que deve ser organizada seguindo o modelo de negócio orientado deste.

Além disso, é importante refletir sobre os requisitos da Lei nº 13.966/2019, que teriam o condão de equilibrar o contrato de franquia, revelando características de elevada confiança e de personalidade nesse tipo contratual.⁴⁴ Os deveres instrumentais de transparência e informação se revelam na amplitude das informações que devem ser entregues por meio da Circular de Oferta de Franquia (COF) (art. 2º), que incluem desde um panorama de

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *A subordinação empresarial e a subordinação estrutural*. in coord: Yone Frediani. *A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Lex Magister, Porto Alegre, 2015 p.57–62

⁴¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos*. Quinta edição. São Paulo: RT, 2014, p.284.

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, p.14.

⁴³ Não pode o franqueador ou master exercer controle direto e pessoal (cobrança de jornada fixa/punições personalizadas/exigências que transcendam o escopo e *dress code* da marca) por sobre o fraqueado.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, p.15.

ações judiciais relevantes para a franquia (inciso IV)⁴⁵ até um efetivo Código de Conduta a ser seguido (inciso VI ⁴⁶). Cada um dos referidos incisos se revela, então, como um requisito obrigatório para que a aquisição da franquia passe pelo crivo dos da Lei nº 13.966/19.

É imperioso, assim, analisar a conduta da franqueadora não só na fase de execução do contrato, como, também, na fase pré-contratual, verificando se foram prestadas todas as informações que auxiliariam na tomada de decisão pela franqueada. Isto porque, nesse tipo de contrato, a franqueadora poderá criar na franqueada uma expectativa ilusória de retorno da capital investido de forma mais breve ao transmitir as informações com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão.

Decerto as partes devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade, não só de a modo a não surpreender ou enganar o outro, mas de efetivamente concretizar as legítimas expectativas que justificaram a celebração do pacto, à luz do princípio da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil). A Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Resp nº 1.862.508 – SP, ressaltou a importância dos deveres anexos de informação e lealdade, decorrentes da função integrativa da boa-fé objetiva para que sejam resguardadas as expectativas legítimas de ambas as partes na relação contratual.⁴⁷

Realmente, nos contratos empresariais, os contratantes devem verificar detidamente os aspectos essenciais do negócio jurídico (*due diligence*). Esse exame, todavia, só é possível através de informações prestadas pela contraparte contratual, que devem ser oferecidas com a lisura esperada pelos padrões da boa-fé objetiva, em atitude cooperativa.

Prestadas as informações com clareza e cumpridos os requisitos legais, a

⁴⁵ “Indicação das ações judiciais relativas à franquia que questionem o sistema ou que possam comprometer a operação da franquia no país, nas quais sejam parte o franqueador, as empresas controladoras, o subfranqueador e os titulares de marcas e demais direitos de propriedade intelectual”

⁴⁶ “Perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente”.

⁴⁷ O acórdão está assim ementado: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. FRANQUIA. BOA-FÉ OBJETIVA. ART. 422 DO CC/02. DEVERES ANEXOS. LEALDADE. INFORMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. EXPECTATIVA LEGÍTIMA. PROTEÇÃO. PADRÕES DE COMPORTAMENTO (STANDARDS). DEVER DE DILIGÊNCIA (DUE DILIGENCE). HARMONIA. INADIMPLEMENTO. CONFIGURAÇÃO. APELAÇÃO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. CONTRARRAZÕES. ALEGAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. MATÉRIA FÁTICA. AUTOS. RETORNO. ORIGEM. EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.862.508 - SP (2020/0038674-8) RELATORA: Ministra Nancy Andrighi. Dje 09/03/2021.

declaração negocial vincula não só porque livremente realizada (*pacta sunt servanda*), como porque gera-se uma confiança legítima no cumprimento exato e satisfatório daquilo que foi prometido. Aqui, no contexto dos deveres instrumentais da boa-fé, é certo que o Direito rejeita o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e desleal, especialmente quando celebrados negócios jurídicos de íntima confiança, pois é a confiança o próprio fundamento da vinculabilidade advinda da celebração de negócio jurídico.⁴⁸

Por conseguinte, a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) naturalmente incide nos contratos de franquia, nos quais verifica-se uma alta intensidade do dever de colaboração, onde a boa-fé se manifesta em sua plenitude.⁴⁹ É esta atitude cooperativa que irá permitir que o franqueado obtenha o benefício da exploração da atividade econômica consolidada no mercado em troca do cumprimento das diretrizes e do modelo de negócios predefinido pelo franqueador que difundirá ainda mais seu bom nome.⁵⁰

Diante de todo o exposto, é possível concluir que, em sendo cumpridos todos os requisitos da Lei nº 13.966/2019, e sendo obedecido o dever de ampla transparência pelo franqueador ao disponibilizar a franquia no mercado, com o fornecimento da circular de oferta de franquia (COF) pela franqueadora ao possível franqueado, estaria mitigado o desequilíbrio existente na gênese do contrato de franquia. Tal mitigação, por óbvio, não se confunde com a absoluta exclusão de quaisquer dependências.

É neste ponto que se torna fundamental desmistificar o *dogma do emprego* em prol da tutela social do trabalho.⁵¹ A Constituição Federal de 1988 previu, como fundamento da República, o valor social do “trabalho” e não o do emprego, sendo certo que o autônomo não Celetista tem amparo constitucional direto, inclusive, na liberdade de escolha profissional (art. 5º XIII). Mais interessante, portanto, que negar vigência às relações empresariais e autônomas parece ser buscar interpretações constitucionais que criam condições dignas aos microempresários e/ou trabalhadores autônomos vulneráveis.

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Vol. V. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, 2018, p. 384.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 384.

⁵¹ DE ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes “Princípios de Direito do Trabalho – Fundamentos Teóricos-Filosóficos- Problematizando, refutando e deslocando seu objeto”, São Paulo, LTr, 2008, p.135–40

Vê-se, assim, que, estando afastada a subordinação pessoal do empresário franqueado à franqueadora e em havendo a plena regularidade formal na celebração do contrato de franquia, com o cumprimento do dever de ampla transparência pelo franqueador ao disponibilizar a franquia no mercado, não poderá ser caracterizada relação de emprego. O desequilíbrio inerente a esse tipo de contrato, expresso na vulnerabilidade econômica do franqueado em relação ao franqueador, não se confunde, logicamente, com a subordinação laboral. Mesmo em face de um franqueado vulnerável ou hipossuficiente, mas sem subordinação pessoal, portanto, não se verifica, a subordinação jurídica típica dos contratos de trabalho. As dependências no contrato de franquia, se existentes, são resolvidas, portanto, nos termos do direito comercial e da tutela das vulnerabilidades econômicas (art. 421-A do CC/02)⁵². A quem compete definir esses diferentes regimes civis e comerciais de merecimento de tutela (se à Justiça do Trabalho ou à Justiça Civil) será objeto de discussão do próximo tópico.

4. AS DECISÕES PELA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA ANULAR UM CONTRATO DE FRANQUIA, QUANDO HÁ PEDIDO EXPRESSO NESTE SENTIDO

Conforme os incisos I e IX do art. 114, da CRFB/1988, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ações oriundas e decorrentes das “*relações de trabalho*”. Trabalho é gênero do qual emprego é espécie. O direito brasileiro reconhece diversas formas de trabalho rural e urbano com ou sem vínculo de emprego.⁵³ A grande dificuldade é a identificação de quem são os “trabalhadores autônomos” julgados pela Justiça Laboral e quem são os “empresários” que têm, em suas ações, a competência da Justiça Comum ou empresarial, quanto ao debate sobre eventuais vícios dos contratos firmados. Quando há, na petição inicial, pedido expresso de nulidade do contrato de franquia, que não deverá ser enfrentado apenas na parte de fundamentação das decisões, mas também constar de seu dispositivo, surge a questão da competência material da Justiça do Trabalho.

⁵² “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção” DA ROCHA, 2022, p.116-7.

⁵³ Em lista simples e não exaustiva: trabalho temporário (Lei 6019/74), terceirizado (idem art. 4-A et seq.) “Cooperado” (lei 12.690/12), Rural (Lei 5889/73), Doméstico (LC 150/15) Autônomo Tipificado (ex: Parceiro Rural, etc.), não tipificado (442-B da CLT), Pejotizado (lei. 11.196/ 2005), Eventual (lei 8212/91 art. 12, inc. v g), Avulso Portuário (lei 9.719/98 e 12.815/13) Não Portuário (Lei 12.023/ 2009), Intermitente (art.452-A CLT) Voluntário (lei 9608/98), Preso (Lei 7.210/84), Mãe Social (Lei 7644/87), Aprendiz (428–33 CLT) e Estagiário (lei 11.788/08).

A doutrina⁵⁴ reconhece a existência de, ao menos, 4 tipos de teorias sobre o conceito de “relação de trabalho” para os fins da competência laboral: 1) “amplíssima”, 2) “ampla”, 3) “ecclética” e 4) “restritiva”. Para o primeiro tipo, trabalhadores seriam todos que “colocam seu trabalho a serviço de outrem”, desde os sócios cobrando haveres até os profissionais liberais cobrando consumidores⁵⁵. Para o segundo, seriam todos os inseridos em um “contrato/relação de atividade humana” (empreitada/gestão/corretagem/etc.), ressalvadas certas leis especiais (eg: profissionais liberais x consumidores)⁵⁶. Para o terceiro grupo de teorias, busca-se estabelecer requisitos “mínimos” incidentais (exclusividade/dependência econômica / profissionalidade) que um autônomo teria de ter para que sua ação fosse “trabalhista”⁵⁷. Por fim, o último tipo, tenta alegar que, a despeito da Emenda Constitucional nº 45/2004, somente “relações de emprego” seriam efetivamente “relações de trabalho”.

5. A POSIÇÃO ATUAL DE ALGUNS JULGADOS DO STF

No bojo desta questão torna-se fundamental entender o posicionamento de parte de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no tocante à (in)competência da Justiça do Trabalho para anular um contrato de franquia celebrado entre duas sociedades empresárias e, conseqüentemente, em pedido adicional, reconhecer uma relação de emprego entre franqueador e franqueado.

Os Tribunais Trabalhistas, utilizando-se da teoria ampla unida à teoria da asserção, sempre compreenderam que, havendo alegação de vínculo, pouco importaria o tipo de relação formal a ser discutida, não sendo possível, tão-somente, a discussão de “verbas não trabalhistas”⁵⁸. Desta forma,

⁵⁴ Para uma análise mais aprofundada ROCHA, *op cit*, p. 40-43

⁵⁵ Na prática quase que somente relações com bens (troca/compra/locação/etc.) e questões familiares/sucessórias estariam afastadas.

⁵⁶ Um problema com este tipo de teoria é definir que “leis especiais” (CDC/Administração Pública/Estatuto da Advocacia/etc.) são ou não compatíveis com o conceito de relação de trabalho.

⁵⁷ Vastas são as variantes. De certa forma, por ecclética têm-se qualquer teoria intermediária em que a competência trabalhista não é imediatamente “presumida” sempre que existe trabalho humano (amplíssima e ampla) ou negada sempre que não se está diante de vínculo (restrita).

⁵⁸ COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS(...)Acolhimento do pleito rescisório com suporte no art. 485, II, do CPC de 1973, diante da notória incompetência da Justiça do Trabalho para o processo e julgamento de questões relativas à cobrança de honorários advocatícios contratuais, que decorrem de uma relação de índole eminentemente civil, e não trabalhista, nos moldes do art. 114, I, da Constituição Federal, conforme entendimento há muito adotado pelo TST e pelo STJ sobre a questão.(RO 20100-29.2011.5.23.0000,SEDI II, Rel: Delaide Mirande Arantas, Dje 23/06/2020).

independentemente do título formal das relações jurídicas, o que importaria para se entrar no debate do conceito de “*relação de trabalho*” seria a alegação, ou não, da existência de vínculo empregatício entre as partes. Neste sentido, o artigo 9º da CLT, que traz o princípio maior da *Primazia da Realidade*, é usado em suporte ao fundamento de que qualquer contrato utilizado para mascarar um contato de trabalho deveria ser desprezado, sendo nulo de pleno direito.

Realmente, não é incomum empresários, que foram responsáveis técnicos por franquias, ajuizarem demandas trabalhistas pleiteando a nulidade do contrato de franquia e reconhecimento de vínculo empregatício com a franqueadora, sob o fundamento de o contrato teria sido apenas uma forma sofisticada de a franqueadora fraudar a legislação trabalhista.

Desse modo, ao longo dos anos, foram prolatadas diversas decisões pelos Tribunais Trabalhistas declarando que, em havendo comprovação de fraude, ou seja, que o contrato de franquia teria sido utilizado de forma a burlar a legislação trabalhista, não haveria óbice para a declaração de nulidade da avença, nos termos do artigo 9º da CLT acima referenciado. Tais decisões, quer baseadas na “subordinação estrutural”⁵⁹ buscando reconhecer a integração do franqueado na atividade fim da empresa, quer na efetiva comprovação de subordinação pessoal (ordens diretas)⁶⁰, reconheciam o vínculo empregatício entre as partes sem qualquer declaração direta de inconstitucionalidade da Lei de Franquia.

⁵⁹ “FRANQUIA - SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - O contrato de franquia é um instrumento utilizado para promover subcontratações e verdadeiras terceirizações nas relações de trabalho para otimizar o custo do capital variável. As franqueadas se inserem na cadeia produtiva das grandes corporações, em especial na área de telefonia, para desempenhar papel fundamental, essencial, de sobrevivência da própria empresa detentora do produto destinado àquela acumulação flexível: a venda direta do seu produto ao destinatário final. A contratada (franqueada = reclamada principal) é o elo, a ponte, a ligação, entre a complexa estrutura tecnológica e funcionalidade da contratante (franqueadora = recorrente) e o seu destinatário final (cliente). É, enfim, quem lia este àquela. Nestas condições, é imperativo o reconhecimento de que a reclamada - E, consequentemente, a reclamante - , vendendo e habilitando serviços e aparelhos móveis e fixos, estão inseridas em verdadeira atividade - Fim da empresa tomadora (prestação de serviços em favor da recorrente). (...). Logo, ainda que não haja, no caso, a subordinação direta ou clássica, como tradicionalmente concebida pelo intérprete da CLT, há, no entanto, a subordinação reticular, estrutural (TRT-21ª R. - Proc. 0210138-79.2012.5.21.0012 - Rel. Manoel Medeiros Soares de Sousa - DJe 24.04.2015 - p. 222)

⁶⁰ RELAÇÃO DE EMPREGO - CORRETOR DE SEGUROS CONTRATADO SOB A FORMA DE FRANQUIA - FRAUDE - CONTRATO DE TRABALHO CONFIGURADO –(...). De fato, estipula o art. 17, caput e I, da Lei 4.594/64 que é vedado aos corretores serem sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados de empresa de seguros, com vistas a garantir ao indigitado profissional sua autonomia em face da sociedade seguradora. (...) Todavia, tais dispositivos não constituem salvaguarda para exploração da força de trabalho dos corretores de seguros que assumiram junto à ré a condição de franqueados, uma vez configurada, na prática, a relação de pessoalidade e dependência/subordinação, malogrando o objetivo da lei, que assim não pode ser evocada para elidir a configuração do vínculo empregatício. (TRT-03ª R. - RO 0011555-82.2017.5.03.0010 - 7ª T. - Rel. Marcelo Lamego Pertence - J. 21.11.2019).

O STF, desde 2016, vêm construindo jurisprudência no sentido de redimensionar o chamado “primado do emprego” buscando cada vez mais atribuir valor a outras formas de trabalho e relações contratuais. A ADI 5625, reconhecendo a constitucionalidade da Lei dos Salões, e o tema de Repercussão Geral 725⁶¹, reconhecendo sempre ter sido autorizada a terceirização da atividade fim, parecem ter sido os primeiros precedentes a autorizar, de forma ampla, a chamada “subordinação estrutural” típica do ambiente empresarial⁶². A partir do momento em que se encontra chancelado o labor na atividade fim das empresas, então somente em situações de efetiva fraude (subordinação direta/dissimulação concreta)⁶³ é que se tornaria possível o reconhecimento de vínculo por parte da Justiça do Trabalho, ainda competente para julgar as referidas causas.

Nova orientação sobreveio, no entanto, a partir do julgamento do ADC 48 pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁴. Nela foi fixado o entendimento de que,

⁶¹ Tema de Repercussão Geral 725 “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

⁶² NAHAS, Thereza Christina. *Considerações a respeito da relação de trabalho: a questão do trabalho semidependente e da subordinação estrutural*. 2015, p.277.

⁶³ 1) É constitucional a celebração de contrato civil de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da Lei 13.352, de 27 de outubro de 2016; 2) É nulo o contrato civil de parceria referido, quando utilizado para dissimular relação de emprego de fato existente, a ser reconhecida sempre que se fizerem presentes seus elementos caracterizadores (ADI 5625, STF, Pleno, Relator Fachin,

⁶⁴ No julgamento da ADC nº 48, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, restou consignada a seguinte ementa, *verbis*: “**DIREITO DO TRABALHO. AÇÃO DECLARATÓRIA DA CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. LEI 11.442/2007, QUE PREVIU A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO MERAMENTE COMERCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE EMPREGO. 1. A Lei nº 11.442/2007 (i) regulamentou a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga; (ii) autorizou a terceirização da atividade-fim pelas empresas transportadoras; e (iii) afastou a configuração de vínculo de emprego nessa hipótese. 2. É legítima a terceirização das atividades-fim de uma empresa. Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art. 170). A proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação de emprego (CF/1988, art. 7º). Precedente: ADPF 524, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 3. Não há inconstitucionalidade no prazo prescricional de 1 (um) ano, a contar da ciência do dano, para a propositura de ação de reparação de danos, prevista no art. 18 da Lei 11.442/2007, à luz do art. 7º, XXIX, CF, uma vez que não se trata de relação de trabalho, mas de relação comercial. 4. Procedência da ação declaratória da constitucionalidade e improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Tese: “1 – A Lei 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 – O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 – Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista” (STF – ADC nº 48. Re. Min. Roberto Barroso - DJe 16.4.2020).**

havendo contrato de natureza civil (comercial ou empresarial) típico e lícito, a competência para se o invalidar passaria, primeiro, pelo crivo da Justiça Comum. Tal compreensão, por analogia, agora orienta as hipóteses em que seja questionada a regularidade de contratos de franquia, de natureza empresarial.

É de mais fácil percepção a incompetência da Justiça do Trabalho para anular, por exemplo, um contrato de franquia da modalidade “distribuição”, onde o franqueado limita-se a vender os produtos do franqueador, sob os sinais distintivos e o controle deste último, com são os casos, por exemplo, das franquias Mcdonalds, Boticário, Copenhagen, dentre outras tantas.

Restava saber o entendimento da mais Alta Corte do país nos casos de contrato de franquia na modalidade “serviços”, onde o franqueado presta serviços a terceiros sob os sinais distintivos e o controle do franqueador, como são os casos, por exemplo, dos corretores de seguro de vida franqueados.

Em 15/08/2023, foi proferida decisão, nos autos da Reclamação 61.437/MG, de Relatoria da Exma. Ministra Cármen Lúcia, para cassar o acórdão exarado pelo TRT-MG que havia reconhecido vínculo de emprego entre uma Seguradora (franqueadora) e o reclamante (franqueado), tendo a Ministra do STF destacado que aquela decisão “*afronta o decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324/DF*”⁶⁵.

No dia 07/08/2023, nos autos da Reclamação Constitucional nº 61.440, de relatoria do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, a Corte Suprema, novamente, cassou decisão de mérito proferida em reclamação trabalhista, em curso no E. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, sob nº 0010966-97.2020.5.03.0103, que havia reconhecido a nulidade do contrato de franquia e constituído o liame empregatício, para julgá-la improcedente.⁶⁶

⁶⁵ ADPF 324 - Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018.

⁶⁶ Decisão proferida na Reclamação Constitucional ajuizada por Prudential do Brasil Seguros de Vida S.A., com pedido de medida liminar, contra acórdão do TRT da 3ª Região que desrespeitou as decisões do STF na ADPF 324 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), na ADCs 48 e 66, nas ADIs 3.961 e 5.625, bem como o Tema 725 da Repercussão Geral. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6706746>> Acesso em 01.09.2023.

O Ministro Alexandre de Moraes destacou a constitucionalidade das “relações de trabalho diversas da de emprego regida pela CLT, conforme decidido na ADPF 324, na ADC 48, na ADI 3.961, na ADI 5.625, bem como o Tema 725 da Repercussão Geral”.

As duas decisões de mérito acima transcritas foram oriundas de Reclamações Constitucionais, no bojo de reclamações trabalhistas com pedidos de nulidade de contratos de franquia e reconhecimento de vínculo empregatício. Nelas, a Corte Suprema reforçou o seu entendimento acerca da incompetência desta Especializada para analisar a referida situação, sob pena de restar violado os julgados contidos na ADPF 324, na ADC 48, na ADI 3.961 e na ADI 5.625, bem como a Tese de Repercussão Geral 725.

Acresça-se que a Segunda Turma do E. Supremo Tribunal Federal (STF), especificamente para a hipótese de contrato de franquia de venda de Seguro de Vida, referendou, em 03/05/2023, a medida cautelar deferida pelo Exmo. Ministro André Mendonça na Reclamação Constitucional nº 58.333/SP, para reconhecer a validade de terceirizações ou qualquer outra forma de divisão do trabalho, inclusive relações contratuais, como as existentes na modelagem de franquias.⁶⁷

Assim, vêm-se firmando o entendimento no sentido de que a contratação de trabalhadores por meio de pessoas jurídicas especificamente constituídas para tanto, ainda que com a aparente presença de subordinação na relação laboral, estaria acobertada pela decisão do STF que autorizou a terceirização irrestrita (Tema de repercussão geral nº 725 e ADPF 324), notadamente quando se tratar de “escolha realizada por pessoas com alto nível de formação”.

⁶⁷ O acórdão está assim ementado: REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. CONTRATO DE FRANQUIA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A PARADIGMAS. COGNIÇÃO SUMÁRIA: SUSPENSÃO DO PROCESSO, ATÉ O JULGAMENTO FINAL DA RECLAMAÇÃO. 1. Na ADPF nº 324/DF, nas ADCs nº 48/DF e nº 66/DF, nas ADIs nº 3.961/DF e nº 5.625/DF, e no RE nº 958.252-RG/MG, TEMA RG nº 725, esta Corte reconhece a validade de terceirizações ou qualquer outra forma de divisão do trabalho, inclusive relações contratuais, como as existentes na modelagem de franquias. 2. Os contratos de parcerias, entre eles o de franquia, mesclam dupla função, social e econômica, e as cláusulas contratuais protegem tanto o franqueado como o franqueador em caso de descumprimento dos termos avençados. A Lei da liberdade econômica, Lei nº 13.784, de 2019, em seu art. 1º, § 2º, estabelece que “interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”, de forma a tutelar a boa-fé nas relações contratuais. 3. Em âmbito de cognição sumária, com apreciação precária e preliminar, vislumbrada validade do contrato de franquia firmado entre a reclamante e a parte beneficiária, bem como diante de decisão reclamada que reconheceu a existência de vínculo empregatício, possibilitando, inclusive, a execução das verbas trabalhistas, cabível a concessão de provimento liminar no sentido da suspensão do processo, até o julgamento final desta Reclamação. 4. Medida cautelar referendada. Rcl 58.333/SP MC-. Reclte.: Prudencial do Brasil Seguros de Vida S.A. Recldo: TRT da 2ª Região. Ref. Órgão julgador: Segunda Turma do STF. Relator(a): Min. ANDRÉ MENDONÇA. Julgamento: 25/04/2023. Publicação: 03/05/2023.

Nota-se que a hipótese de incompetência aqui analisada é diferente do entendimento de que a Justiça do Trabalho seria incompetente para julgar haveres relativos à franquia (tese comum a várias teorias ecléticas), ou mesmo ações cujo objeto seja tão-somente a existência de vícios tipicamente cíveis (dolo, coação, lesão etc.). O entendimento que parece estar se formando no STF, pelo menos até o presente momento, é o de que, mesmo diante de expressa alegação de fraude aos requisitos do art. 3º da CLT (subordinação direta), não haveria competência da Justiça Laboral para julgar e declarar a nulidade entre de contrato de franquia em qualquer processo entre empresários qualificados.

Ressalta-se, de igual modo que, ao menos para parte dos Ministros, a questão transcende o problema da incompetência absoluta e se resvala na improcedência liminar do pedido. Assim, no entender dos nobres Ministros Alexandre de Moraes (nº 61.440) e Carmen Lúcia (nº 61.437), que julgaram improcedentes os pedidos de vínculo no bojo das reclamações trabalhistas, revela-se juridicamente impossível o reconhecimento de vínculo empregatício fundado “somente” no artigo 3º da CLT, justamente pela validade presumida das referidas relações.

Desta forma, à luz das recentes decisões proferidas pelo STF, caberia tão-somente à Justiça Comum a análise de eventuais fraudes e vulnerabilidades concretas dos contratos de franquia. Somente se descaracterizado o contrato de franquia na Justiça Comum, e com pedido expresso da referida descaracterização fundada nas normas comerciais e civis (vício de consentimento/desvio de finalidade/falha no dever de informação/etc.), é que poderá vir a ser perquirido eventual vínculo empregatício na justiça laboral. Em qualquer outra hipótese, e sem o aval da Justiça Comum, não caberia à Justiça do Trabalho interferir na forma de organização empresarial.

6. CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisões de repercussão geral, cuja obediência judiciária é imposta aos Tribunais Trabalhistas, ainda que não concordem com àquelas, tem reiteradamente reconhecido outras formas de divisão de trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independente do objeto social das empresas envolvidas, inexistindo vínculo de emprego entre as sociedades empresárias franqueadoras e franqueadas.

Assim, estando presentes os requisitos estabelecidos pela Lei nº 13.966/2019, deverá ser observada a incompetência da Justiça do Trabalho para declarar a nulidade de um contrato de franquia empresarial, devendo, em caso de ajuizamento de reclamação trabalhista, a competência ser deslocada para a Justiça Estadual para análise dos requisitos de validade e legalidade da relação comercial, à luz dos recentes precedentes do STF sobre o tema. Somente após tal descaracterização e decretação de nulidades, é que poderá ser ajuizada um pedido de vínculo empregatício na Justiça do Trabalho.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2009.
- ANTUNES, Ricardo. *O infoproletariado, a informalidade e a nova morfologia do trabalho*. in (org.) Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende, Gloriete Marques Alves Hilário, BARROSO, Luiz Felizardo *Franchising e direito*: São Paulo: Atlas 1997.
- BRESCIANI, Alberto. Parecer jurídico elaborado em resposta a consulta formulada pela Prudential do Brasil Seguros de Vida S.A sobre questão de direito contratual empresarial, referente à franquia. 2020. Disponível nos autos da reclamação trabalhista nº 0100343-96.2022.5.01.0028. <<https://pje.trt1.jus.br/pjekz/processo/2669337/detalhe>>.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *A subordinação empresarial e a subordinação estrutural*. in coord: Yone Frediani. *A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Lex Magister, Porto Alegre, 2015 p.51–63.
- _____, Parecer jurídico elaborado em resposta a consulta formulada pela Prudential do Brasil Seguros de Vida S.A sobre questão de direito contratual empresarial, referente à franquia. 2020. Disponível nos autos da reclamação trabalhista nº 0100343-96.2022.5.01.0028 <<https://pje.trt1.jus.br/pjekz/processo/2669337/detalhe>>.
- DE ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes “Princípios de Direito do Trabalho – Fundamentos Teóricos-Filosóficos- Problematizando, refutando e deslocando seu objeto”, São Paulo, LTr, 2008.
- DE AZEVEDO, A. J, *RTDC – Entrevista com o professor Antônio Junqueira de Azevedo*. in *Novos Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 595–604
- DE SILVA, Maria Regina Huari. *A sustentação Psicológica da Relação Subordinada*. in (org.) Arion Sayão Romita, Mara Regina Chuari da Silva, Aloysio Santos, Júlio Cesar do Prado Leite. *CLT 50 anos*. Rio de Janeiro, Petrobrás, 1993 p 67–81
- DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de direito do trabalho* 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- ESTRADA, Manuel Martín Pino. *O Trabalho Sob a Ótica do Direito e Da Sociologia: Pensar o Trabalho Como Direito Fundamental à Dignidade Da Pessoa Humana*. Rio De Janeiro, Lumen Juris, 2016.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Reflexões sobre o sistema de franquia empresarial e suas repercussões no processo do trabalho. A incompetência da justiça do trabalho para anular o contrato de franquia

- FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos*. Quinta edição. São Paulo: RT, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- LOBO, Jorge. *contrato de franchising*, Rio de Janeiro: forense, 1994.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. *Os Campos Normativos da Boa-fé Objetiva: As Três Perspectivas do Direito Privado Brasileiro*. AZEVEDO, Antonio Junqueira; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *In: Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.
- _____. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. V. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. Parecer jurídico elaborado em resposta a consulta formulada pela Prudential do Brasil Seguros de Vida S.A sobre questão de direito contratual empresarial, referente à franquia. 2020. Disponível nos autos da reclamação trabalhista nº 0100343-96.2022.5.01.0028 <<https://pje.trt1.jus.br/pjekz/processo/2669337/detalhe>>.
- MARTINS-COSTA, Judith e HAICAI, Gustavo. *O corretor autônomo e a empresa de corretagem: entre colaboração e subordinação*. in coord: Yone Frediani. *A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Lex Magister, Porto Alegre, 2015 p.131–154.
- NAHAS, Thereza Christina. *Considerações a respeito da relação de trabalho: a questão do trabalho semidependente e da subordinação estrutural*. in coord: Yone Frediani. *A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Lex Magister, Porto Alegre, 2015, p.271–284.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PINTO, Fernando A. Ferreira. *Contratos de Distribuição*. Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica Editora. Lisboa, 2013.
- REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo. Memória jurídica, 2002.
- SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- SILVA, Clóvis V do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006,
- TEPEDINO, Gustavo. *Contratos empresariais na unidade do ordenamento*. In: Revista Brasileira de Direito Civil, Volume 3, 2015.
- _____. *Notas Sobre Função Social dos Contratos* In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

O LEGISLATIVO FACE À AUTONOMIA REGULATÓRIA: DOIS CASOS DE ESTUDO

Nilson Vieira Ferreira de Mello Jr¹

Resumo: O presente artigo discorre sobre a autonomia das agências reguladoras e, por extensão, sobre o fortalecimento do modelo de Estado regulador no Brasil, examinando dois casos recentes em que a higidez e a independência desse sistema foram testados junto ao Poder Legislativo. Assim, analisa-se a rejeição à Emenda Aditiva 54 à Medida Provisória nº 1.154/2023 e a legalidade da indicação de diretor da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). A hipótese de partida é a de que o debate em torno desses dois episódios contribuiu para fortalecer o modelo de agências autônomas e o próprio conceito de Estado regulador no Brasil. A fim de contextualizar a temática, examinaram-se os conceitos de “captura” e de “crise regulatória”, bem como a ideia de legitimidade das agências em meio aos processos deliberativos democráticos. O método empregado é de pesquisa teórica descritiva.

Palavras-chave: autonomia regulatória, Poder Legislativo, Estado regulador, captura, legitimidade democrática.

THE LEGISLATURE IN THE FACE OF REGULATORY AUTONOMY: TWO CASE STUDIES

Abstrac: This article discusses the autonomy of regulatory agencies and, by extension, the strengthening of the regulatory State model in Brazil, examining two recent cases in

¹ Doutorando em direito da regulação FGV-Rio, é mestre em Filosofia pela PUC-Rio, onde também se graduou em direito e jornalismo. Possui pós-graduações em nível de especialização em Economia (Análise de Conjuntura) pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ e em direito empresarial (ênfase em direito tributário) pela FGV-Rio. É membro do Instituto dos Advogados Brasileiro – IAB, onde integra as comissões permanentes de Direito Financeiro e Tributário, de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário, de Direito da Infraestrutura e de Filosofia do Direito. É autor de *Brasil, tão bom quanto o nosso voto – ensaios e artigos sobre estado, governo e sociedade* (Ed. Autor, 2008) e de *Política e direito na filosofia convergente de Norberto Bobbio* (Publit, 2018). É sócio fundador do Ferreira de Mello Advocacia e da Meta Consultoria e Comunicação.

which the soundness and independence of this system were tested with the Legislative Power. Thus, the rejection of Additive Amendment 54 to Provisional Measure nº 1.154/2023 and the legality of the appointment of director of the National Land Transport Agency (ANTT) are analyzed. The starting hypothesis is that the debate around these two episodes contributed to strengthen the model of autonomous agencies and the very concept of a regulatory state in Brazil. In order to contextualize the theme, the concepts of “capture” and “regulatory crisis” were examined, as well as the idea of legitimacy of agencies in the midst of democratic deliberative processes. The method used is descriptive theoretical research.

Key words: Regulatory autonomy, Legislative power, Regulatory state, capture, democratic legitimacy.

INTRODUÇÃO

A regulação no Brasil, e com ela o próprio Estado regulador na sua hodierna concepção², está sujeita a permanentes pressões e influxos que – declaradamente ou de modo sub-reptício – visam a sua mitigação em prol da restauração de um ambiente administrativo de contornos mais tradicionais, pautado na centralização e na hierarquização das decisões que afetam os variados segmentos da sociedade, em especial os setores econômicos regulados pelas autarquias especiais³ representadas pelas agências reguladoras.

Podem ser encontradas diferentes razões para os obstáculos impostos, no debate político, ao Estado regulador contemporâneo⁴. Duas nos parecem mais frequentes, associadas respectivamente a dois grupos de atores distintos, cujos movimentos, longe de ser excludentes, ocorrem muitas vezes em sentido convergente, unificando a tomada de decisões e o enfrentamento no Legislativo e no Judiciário.

² GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil – uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. O autor afirma que até a década de 1980 o Brasil seguia um modelo de forte intervenção estatal na economia e que a partir dos anos 1990 ingressou num sucessivo processo de mutação de suas estruturas administrativas, notadamente de sua organização administrativa, como opção irrecorrível para participar de uma economia globalizada. A perspectiva burocrática weberiana foi assim paulatinamente substituída por um modelo de administração pública pautado pelos padrões de gerência “nos moldes da iniciativa privada”. Págs. 373-375.

³ As agências reguladoras foram criadas como autarquias especiais, a partir dos anos 1990, mais precisamente, a partir de 1995, com o Plano Diretor da Reforma do Estado. A primeira agência, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), foi instituída pela Lei nº 9.427 de 1997.

⁴ MAJONE, Giandomênico. *Do Estado positivo ao Estado regulador. In Regulação Econômica e Democracia – O debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, 2006. O autor salienta que o Estado regulador é caracterizado pelo pluralismo, pela difusão de poder e por extensa delegação de tarefas a instituições não-majoritárias, como as agências ou as comissões independentes. Pág. 76.

A primeira das razões relaciona-se ao grupo de atores que, devido à sua própria orientação político-ideológica, mostra-se refratário à prevalência de um modelo econômico aderente às regras de mercado – modelo este que se confunde com a própria evolução do Estado regulador capitalista. Reticente quanto às possibilidades de uma sociedade alcançar patamares mais elevados de desenvolvimento social a partir deste modelo, esse grupo propugna um grau maior de intervencionismo, se possível com o Estado atuando de forma direta na economia⁵.

Ao extremo, sem que isso seja necessariamente um objetivo explicitado a justificar as suas ações, se opõe ao próprio princípio da subsidiariedade⁶, que reserva ao setor privado, na matriz constitucional⁷, o papel de principal ator econômico, limitando a atuação estatal.

Se por um lado tal entendimento da realidade não ilegítima o grupo como conjunto de atores políticos – ao contrário, tendo em vista o reconhecimento da pluralidade de opiniões como traço essencial das sociedades democráticas –, por outro, os coloca recorrentemente em posição de resistência a políticas públicas e medidas governamentais que acentuam o processo de descentralização administrativa e reduzem o intervencionismo governamental. Por essa razão, são em regra contrários a programas de privatização e ao fortalecimento das agências como entidades técnicas independentes. Contudo, para algo além disso, se opõem ao próprio modo capitalista de produção.

O segundo grupo responsável pelas contramarchas do modelo regulador –

⁵ STIGLER, George. *A teoria da regulação econômica. In Regulação Econômica e democracia – o debate norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. O autor menciona que “o Estado – a máquina e o poder do Estado – é uma potencial fonte de recursos e de ameaças a toda a atividade econômica na sociedade. Com seu poder de proibir ou compelir, de tomar ou dar dinheiro, o Estado pode (e efetivamente o faz) ajudar ou prejudicar, seletivamente, um vasto número de indústrias (...)”. Dessa forma, a tarefa central da teoria da regulação econômica é justificar quem receberá os benefícios ou quem arcará com o ônus da regulação, bem como qual forma a regulação tomará e quais serão seus efeitos para a alocação dos recursos e os impactos na sociedade. Pág. 31.

⁶ Torres ensina que o princípio da subsidiariedade, “antes de uma face jurídica, apresenta, em sua gênese, por aplicar-se diretamente na organização da sociedade, um fator sociológico”. Neste sentido, “parte de uma concepção de sociedade que não mais se confronta com o Estado e nem com ele se identifica, para buscar uma forma de estruturação social, calcada no indivíduo e na associação privada intermediária, em que a gestão direta do Estado passa a ser subsidiária (...)”. TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, págs. 121 e 122.

⁷ Art. 173 da Constituição consagra o princípio da subsidiariedade: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

ou, ao menos, pelos obstáculos que este enfrenta em meio ao processo político – não é de perfil ideológico, mas, sim, pragmático. Trata-se de um conjunto de atores políticos que buscam manter (ou reconquistar) parcelas de influência dentro da máquina administrativa e, por extensão, de forma mais abrangente, em toda a estrutura estatal. O intuito – não declarado – é o de ampliar seu poder dentro do jogo político e, não raro, atender a interesses de caráter corporativista, senão patrimonialista⁸.

Como referido de início, os dois grupos não são aliados no cenário partidário, encontrando-se dispersos no espectro político, mas podem estar alinhados nas pressões e nos “influxos” contrários ao Estado regulador. No discurso adotado para alcançar seus fins, os argumentos, coincidentes, tratam da defesa do princípio da legitimidade democrática⁹ e, em desdobramento, da necessidade de se manter nas mãos do Executivo, em respeito à vontade da maioria dos eleitores, o controle e a gestão direta das políticas públicas.

Paralelamente a essas duas “correntes de pressões” – e não imune às suas influências – desenvolvem-se de forma regular, no âmbito do Legislativo, discussões acerca do papel das agências que acabam contribuindo para a consolidação do Estado regulador no Brasil. Por mais paradoxal que possa parecer, deste embate, invariavelmente centrado em questões de legalidade, emerge mais fortalecido o sistema regulatório.

É dessa dinâmica de superação de obstáculos que o presente artigo trata, utilizando dois casos recentes envolvendo medidas com repercussão direta sobre as agências regulatórias: (i) a Emenda Aditiva 54 à Medida Provisória nº 1.154/2023, que pretendia instituir Conselhos com poder normativo externo às autarquias especiais; e (ii) o questionamento da legalidade da indicação, em julho de 2021, de novo integrante da diretoria da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

⁸ Em *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*, Faoro apresenta a sua teoria sobre o surgimento, desde a colonização, de um estamento burocrático umbilicalmente ligado ao que chama de “donos do poder”, que se apropria de parcelas da máquina pública em proveito de interesses privados. No nosso entendimento, a emergência de um Estado administrativo regulador no Brasil a partir do final do Século XX, orientado para a eficiência em prol do interesse público, ainda não foi capaz de eliminar completamente as práticas patrimonialistas. FAORO, Raymundo. Em *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 2001.

⁹ Sobre legitimidade democrática, oportuno são os comentários de Majone, para quem a legitimidade procedimental das agências implica, entre outros, “o fato de serem criadas por leis democraticamente promulgadas que definem a autoridade legal e os objetivos das agências: que os reguladores são nomeados por funcionários eleitos; que a tomada de decisões em matéria regulatória obedece a regras formais que muitas vezes exigem a participação pública; finalmente, que as decisões das agências devem ser justificadas estando sujeitas ao escrutínio judicial”. MAJONE, Giandomênico, obra cit., pág. 71.

Cumpra salientar que o objetivo do artigo não é o de averiguar as motivações dos autores dessas iniciativas, nem o de tentar associá-las a uma das correntes descritas acima, mas, sim, o de discorrer sobre os casos verificando a hipótese de que, como produto desses questionamentos e debates, promove-se o fortalecimento e a assimilação do modelo regulador. Paralelamente, descortina-se a oportunidade de serem feitos comentários acessórios à novíssima Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848 de 2019). O método empregado é de pesquisa teórica descritiva, voltada para a melhor compreensão da temática.

1. OS CASOS EM ESTUDO

1.1 Emenda Aditiva 54/MP 1.154

O primeiro caso diz respeito à Emenda Aditiva 54 à Medida Provisória nº 1.154/2023, convertida na Lei nº 14.600, de 19 de junho de 2023, que dispõe sobre a reestruturação e a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos ministérios. De autoria do deputado federal Danilo Forte (União/CE¹⁰), a referida emenda, que não permaneceu no texto final da lei, tinha por objetivo instituir conselhos externos, no âmbito dos respectivos ministérios dos setores regulados, que assumiriam a função normativa própria dessas autarquias especiais.

Neste sentido, alterava as dez leis que, a partir de 1997, instituíram as 11 agências reguladoras brasileiras, sendo elas: Leis nº 9.427 de 1996 (Aneel); Lei nº 9.472 de 1997 (Anatel); Lei nº 9.478 de 1997 (ANP); Lei nº 9.782 de 1999 (Anvisa); Lei nº 9.961 de 2000 (ANS); Lei nº 9.984 de 2000 (ANA); Lei nº 10.233 de 2001 (ANTT e Antaq); MP nº 2.228-1 de 2001 (Ancine); Lei nº 11.182 de 2005 (Anac); Lei nº 13.575 de 2017 (ANM). Pela proposta, seriam inseridos nesses diplomas artigo e parágrafo com o seguinte teor:

A edição de atos normativos disposta nos dispositivos deste capítulo, mesmo nos setores regulados, será exercida por meio de Conselhos ligados aos Ministérios e secretarias que atuarão nas funções de regulação, deslegalização e edição de atos normativos infralegais, sendo compostos, na forma da lei, por representantes do Ministério, da Agência, dos setores regulados da atividade econômica, da academia e dos consumidores, aprovados pelo Congresso Nacional.

¹⁰ O partido União compõe a base governista no Congresso e tem membros como titulares de três pastas ministeriais.

Parágrafo Único. As decisões inerentes à atividade de contencioso administrativo da (...) serão de competência exclusiva de órgão administrativo julgador independente no qual se garanta o duplo grau de jurisdição e o direito à ampla defesa e contraditório.

Na justificação de sua proposta, o autor da emenda afirma que o princípio da separação de poderes distingue as funções de executar, julgar e legislar e regulamentar. E que a partir deste entendimento e do respeito ao princípio da “harmonia entre os poderes”, seria necessário criar mecanismos que propiciassem o “melhor relacionamento e execução das tarefas na administração pública”. Acrescenta o seguinte à argumentação:

Com esse intuito, propomos a criação de um Conselho, vinculado aos Ministérios e agências reguladoras, para deliberação de atividades normativas. Esse modelo possibilita maior interação entre os componentes, de modo a discriminar funções reguladoras e julgadoras, com maior transparência, responsabilidade e participação democrática. Dessa forma, para regular, deslegalizar e editar atos normativos infralegais, ou seja, toda a atividade normativa terá que **haver a interação entre representantes do Ministério, das Agências, dos setores regulados da atividade econômica, da academia e dos consumidores, garantindo o controle e a vigilância de um poder sobre o outro em relação ao cumprimento dos deveres constitucionais.**

Na prática, a proposta reduziria o grau de autonomia das agências, além de potencializar o seu esvaziamento, representando um influxo na contramão da consolidação de uma administração descentralizada. Para entendermos o impacto negativo que os resultados deste tipo de iniciativa representaria, oportuno é lembrar as lições de Aragão¹¹ acerca do esgotamento do modelo centralizado e hierarquizado de administração pública. O pluralismo das sociedades contemporâneas é incompatível com um Estado unitário conforme foi estruturado no Século XX.

Com o avanço da pluralidade e complexidade, inclusive tecnológica, da sociedade, este processo fragmentário da administração pública chegou a um ponto ótimo com o surgimento de órgãos e entidades independentes, ou seja, dotados de uma verdadeira/reforçada autonomia, de uma descentralização material, mais capazes de ponderar os diversos interesses sociais presentes¹².

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹² *Obra cit.*, pág. 204.

O autor lembra¹³ que não há antagonismo entre a autonomia de entidades e órgãos materialmente descentralizados com a unidade de uma administração pública, que, para cumprir as suas funções e atender aos valores e princípios constitucionais, deve atuar ao mesmo tempo coordenada e descentralizada.

As agências assim cumprem um papel primordial no que tange à eficiência das administrações contemporâneas, na medida em que possuem especialização técnica e capacidade funcional para responder de forma ágil aos desafios que a evolução tecnológica e a dinâmica econômica de um mundo globalizado impõem – função que, por suas características, o Legislativo não é capaz de desempenhar com a mesma agilidade.

A regulação estatal eficiente exige, assim, agências independentes, infensas às ingerências políticas imediatistas, e dessa forma capazes de resguardar interesses difusos da sociedade, que vão desde a defesa da concorrência, em prol dos consumidores, à efetiva prestação dos serviços públicos de qualidade, delegados ao setor privado. Sujeitas ao controle político de instância superior anômala à sua essência – como na prática aconteceria com a instituição dos Conselhos propostos na Emenda 54 à MP 1.154 –, estariam impossibilitados de exercer essa função a contento. A exclusão da proposta na versão final da Lei nº 14.600 estaria, portanto, consoante ao fortalecimento do Estado regulador.

1.2 Indicação de diretor da ANTT

O segundo caso, atinente à indicação¹⁴, em julho de 2021, de Guilherme Theo Rodrigues da Rocha Sampaio para o cargo de diretor da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), ensejou o questionamento, junto à Presidência do Senado, quanto à legalidade da indicação e conseqüente aprovação pelo Senado de seu nome, bem como a abertura de um inquérito na Procuradoria da República do Distrito Federal, a partir de representação promovida pela Associação dos Servidores da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ASEANT).

A arguição da associação de servidores era de que o indicado não poderia exercer o cargo na diretoria da ANTT uma vez que não atendia aos requisitos presentes no art. 8-A da Lei 9.986 de 2000, que dispõe sobre a gestão dos

¹³ Obra cit., pág. 213.

¹⁴ Indicação constante da mensagem nº 31/2021 do Senado Federal.

recursos humanos das agências reguladoras. Mais precisamente, sua nomeação estaria vedada, uma vez que ele incorria em situação de impedimento por ter sido empregado da Confederação Nacional dos Transportes (CNT). A indicação ocorreu sob a vigência da Lei nº 10.233 de 2001, de criação da ANTT, com sabatina e aprovação pelo Senado em julho de 2021.

O parágrafo único do art. 58 da Lei nº 10.233, revogado pela Lei nº 14.301 de 2022¹⁵, estabelecia como causa de impedimento ao exercício do cargo de direção na agência o membro de conselho ou diretoria de associação representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela autarquia, como é o caso da CNT. Ocorre que o indicado era empregado (chefe de gabinete da Presidência) e não integrante do conselho e da diretoria da entidade de classe.

Foi o que procurou demonstrar a Advocacia do Senado Federal¹⁶, em resposta aos questionamentos, acrescentando que “todas as demais exigências da Lei nº 9.986/2000 no que diz respeito à comprovação do notório conhecimento no campo da especialidade dos indicados para o cargo de diretor de agência reguladora” restaram atendidas.

Por mais essa razão, qual seja, a plena regularidade do procedimento legislativo da Mensagem SF nº 31/2021, não estão presentes as situações que ensejam a expedição de recomendações, nos termos da Resolução nº 164/2017 do CNMP, que disciplina o assunto; nem existe margem para a celebração de compromisso de ajustamento de conduta nos termos do art. 14 da Resolução nº 23/2007 do CNMP. Pelo mesmo motivo, ficam evidenciadas a falta de justa causa para o Inquérito Civil nº 1.16.000.001821/2021-81 e a ausência de elementos que justifiquem a proposição de uma ação civil pública, devendo-se promover o arquivamento do inquérito, como determina o art. 10 da Resolução nº 23/2007 do CNMP. Nas palavras de Bernardo Strobel:“(…) o autor coletivo não pode propor ação porque quer, mas sim porque dispõe de elementos que demonstrem que essa medida é adequada e atenderá os interesses subjacentes à atribuição em seu favor de uma prerrogativa pública”. *In casu*, não há margem de discricionariedade.

Em complemento à argumentação em defesa da legalidade da indicação e aprovação do diretor da ANTT, a advocacia do Senado acrescenta que não se poderia considerar haver violação do inciso III, do art. 8^aA, inciso III, da Lei nº 9.986

¹⁵ Lei de Estímulo à Cabotagem, também conhecida como “BR do Mar”.

¹⁶ Informação nº 033/2022 do Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos da Advocacia do Senado Federal.

de 2000, eis que a nomeação se deu na vigência de norma especial anterior e que, à luz da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹⁷, havendo antinomia entre lei geral e lei especial, prevalece o critério da especialidade sobre o cronológico. Assim, no caso em tela, a prevalência seria do art. 58 da Lei 10.233/2021, em detrimento do inciso III do art. 8ºA introduzido pela Lei Geral das Agências Reguladoras. Alude, ainda, ao seguinte:

Em complementação à argumentação anterior, em caráter meramente eventual e sucessivo, ainda tendo em vista a remota hipótese de que se considere ter sido violado o art. 8º-A, inciso III, da, incluído pela Lei nº 13.838/2019, no caso em tela – o que se rejeita, como já indicado anteriormente –, mesmo assim o caso seria de um vício meramente formal, absolutamente sanável, de modo que o ato é passível de convalidação, a qual já ocorreu no caso concreto, na medida em que o indicado não mais exerce cargo em organização sindical, podendo-se afirmar seu atual status de regularidade

Em relação à questão da convalidação, a advocacia do Senado recorre ao art. 21 da LINDB, para salientar que deve haver, por parte da administração pública, racionalidade no que toca processos “invalidadores”, como forma de proteger outros valores importantes para o ordenamento jurídico, entre eles a segurança jurídica, a boa-fé, a proteção da confiança legítima, com o intuito de inibir “o exercício irresponsável de competências anuladoras”. O referido artigo da LINDB estabelece o seguinte:

A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Enfatizou a Advocacia do Senado que a invalidação do indicado por alegado vício formal, plenamente sanável, na eventualidade de ter de fato ocorrido,

¹⁷ Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB), reformada pela Lei nº 12.376/2010, dispõe em seu art. 2º que “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”; e, no, parágrafo 2º do art. 2º, que: “A Lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das existentes, não revoga ou modifica a lei anterior”.

implicaria consequências graves para o sistema regulatório setorial, para além do âmbito meramente jurídico.

Entre as consequências cita a possível paralisa decisória da ANTT e, com ela, “efeitos políticos e econômicos, com impacto na execução de políticas públicas”. Menciona ainda a possibilidade de uma onda de judicialização que adviria por força da anulação dos atos praticados por diretor cuja nomeação foi invalidada, além do comprometimento de importantes projetos em infraestrutura, que requerem estabilidade de regras e segurança jurídica em função dos significativos valores envolvidos pelos investimentos planejados. Acrescentamos que estaria, portanto, também, na contramão da eficiência, princípio que deve orientar a administração pública.¹⁸

O questionamento em torno da indicação para a ANTT deve ser assim visto como um processo democrático salutar. A exemplo do caso anterior, ensejou a oportunidade de o próprio Legislativo, através do Senado, confirmar a adequação da nomeação, delineando e comprovando o atendimento aos parâmetros legais exigíveis.

Como se viu, portanto, do questionamento se depreendeu uma discussão sobre a legalidade da indicação em linha com a referida contribuição para o fortalecimento do modelo regulatório – o que também se percebe na exclusão da Emenda Aditiva 54 da versão final da MP nº 1.154/2023. É razoável admitir que uma das duas correntes de resistência mencionadas na Introdução do artigo tenha atuado em ambos os casos. No primeiro, essa possível associação seria mais evidente: o autor da emenda ter-se-ia guiado pelo ímpeto de ampliar a interferência do Executivo nas agências, reduzindo a sua autonomia, ou, ainda, se movido por interesses corporativistas não declináveis.

No segundo, seria mais difícil o diagnóstico quanto à motivação, pois a alegada razão para a representação movida pelos servidores da ANTT, de que a indicação e posterior aprovação incorreram em ilegalidade, estaria em prol da blindagem da agência contra ingerências indevidas e, portanto, do fortalecimento do modelo¹⁹. Na hipótese de a iniciativa de questionamento ter atendido a impulsos escusos, ou seja, de fato corporativistas ou vinculados a disputas partidárias por quinhões de poder dentro da máquina administrativa, a atuação do Senado revelou-se igualmente saneadora.

¹⁸ E Emenda Constitucional 19/1998 de inseriu no art. 37 da CF a eficiência no rol dos princípios norteadores da administração pública.

¹⁹ Oportuno ressaltar que outras motivações, neste caso e em casos semelhantes, podem se esconder sob o manto da defesa da legalidade, entre as quais podemos citar as disputas de caráter partidário em torno dos cargos nas agências.

Contudo, como salientado de início, o artigo não investiga as motivações presentes nos dois casos, mas, sim procura demonstrar que os dois episódios se inserem em um regular debate envolvendo a esfera legislativa, com possíveis inferências judiciais, que acabam acentuando – por que não dizê-lo? – o caráter legítimo do modelo regulatório.

2. A AÇÃO POLÍTICA NA “ARENA” REGULATÓRIA: CAPTURA E CRISE?

Quais seriam exatamente os grupos de interesse²⁰ no Congresso Nacional, de que forma se articulam e por que podemos adotar o termo “arenas”, conforme a visão Lowi²¹, para designar os embates que cercam questões regulatórias são questões que não devem ser desprezadas. Muito se fala em “captura” das agências pelos próprios regulados, em especial o que tange a regulação de atividades econômicas, em que grupos empresariais tentariam obter regras mais vantajosas ou facilidades para a consecução de seus negócios, em detrimento dos interesses compartilhados de forma mais ampla pela sociedade – principal razão de ser da regulação.

Quando se estuda sistema político, adverte Lowi²², depara-se com a presença do Estado em todas as “avenidas” da vida, havendo, portanto, uma estreita relação entre a prática política e a administração pública. A essência da expressão cidadania talvez devesse nos conduzir a políticas públicas sendo auto-executadas de forma quase automática, como expressão direta do desejo da sociedade – da maioria democrática – mas, na prática, essa dinâmica impõe um ambiente em que determinadas práticas e técnicas de controle estão implícitas, e tal contexto não poderia deixar à margem tudo que gravita em torno das políticas regulatórias, notadamente o que se propõe, se discute e se aprova no âmbito do Legislativo. Sucintamente, sem debate não há democracia, ou fora da democracia não existe debate.

O foco no regulado muitas vezes nos faz subestimar a possibilidade de a “captura”²³ ser operada pelos detentores do poder político, aqueles agentes que atuam diretamente sobre os processos tanto na esfera legislativa, sancionando normas, quanto na esfera administrativa, concebendo e implementando as políticas públicas. São os operadores das práticas e das técnicas a que se refere Lowi.

²⁰ CESÁRIO, Pablo Silva. *Redes de influências no Congresso Nacional: como se articulam os principais grupos de interesse*. Revista de Sociologia e Política, v.24, n. 59.

²¹ LOWI, Theodore J. *Arenas of power*. New York: Routledge, 2016.

²² LOWI, Theodore J, obra cit., pág.7.

²³ O vocábulo aqui empregado no sentido de ter as agências e suas decisões reféns de grupos de interesse, as distanciado do interesse coletivo mais amplo.

Posner²⁴ assinala que há várias teorias para o fenômeno da captura, nenhuma delas totalmente satisfatória. Para os marxistas, segundo o autor, a captura ocorre porque a regulação, na verdade, não é de forma alguma algo voltado para o interesse público, mas, sim um processo pelo qual determinados grupos tentam satisfazer seus interesses privados. Atêm-se a um falso silogismo, segundo o qual, grandes negócios controlam as instituições em nossa sociedade; entre essas instituições está a regulação. Donde se concluiria, de forma muito rudimentar, que os capitalistas controlam a regulação.

Já os cientistas políticos, ainda segundo Posner, se voltam para o estudo dos grupos de interesse que operam junto aos sistemas regulatórios, enfatizam a importância desses grupos e de seus diferentes métodos, mas, contudo, não são capazes em conjunto de elaborar uma – ou mais de uma – teoria coerente sobre a captura. E assim, conclui o seguinte:

Não se apresenta qualquer motivo para caracterizar a interação entre a agência regulatória e as empresas reguladas através da metáfora da conquista e, com certeza, o processo regulatório é mais bem concebido como resultado de negociações implícitas (por vezes explícitas) entre as agências e as empresas reguladas. Não se sugere qualquer razão que explique porque o mercado regulado deveria ser o único grupo de interesse capaz de influenciar uma agência.²⁵

Com efeito, Posner não está dizendo que não exista captura. O que está tentando explicar é que não se deve achar que o fenômeno sempre e necessariamente ocorre com o regulador sendo capturado por grupos empresariais. Nos dois casos objeto do presente artigo, a tentativa de captura não é evidente, tampouco está claro se, tendo ocorrido, visava a atender interesses diretos da classe política ou se estava atrelada a interesses externos dos regulados, sendo os atores políticos (“meramente”) o instrumento para alcançá-los.

Incontornável também salientar que, nos casos abordados, o interesse do regulado pode ter sido alcançado pela própria manutenção da higidez do sistema regulatório, na medida em que a preservação da autonomia das agências, por meio da rejeição à Emenda 54, bem como pela confirmação da legalidade de uma indicação, convergem no sentido de fortalecer o ambiente regulador, trazendo mais segurança aos investimentos programados pelos agentes econômicos.

²⁴ POSNER, Richard. *Teorias da Regulação Econômica*. In Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

²⁵ POSNER, Richard, obra cit., pág. 66.

Se as decisões, em ambos os casos, fortaleceram o sistema, não há de se falar em “captura” – ao menos não na acepção negativa do termo –, embora sempre possa haver segmentos que, se posicionando dogmaticamente contra o modelo regulador do Estado contemporâneo (conforme delineamos de início), entenda que isso equivale à própria “rendição” do Estado ao setor privado, às regras de mercado capitalista (entre os quais estariam os marxistas citados por Posner), o que estaria na contramão dos interesses difusos da sociedade. Neste ponto, está claro que não é esta a visão que compartilhamos.

Não é tarefa fácil mapear os grupos de influências que atuam no Congresso Nacional, nem delinear seus métodos e associá-los a grupos específicos, de forma a poder identificar toda e qualquer iniciativa que gire em torno das agências como uma tentativa de captura, seja por parte dos regulados, seja diretamente pela classe política, e pelas mencionadas motivações corporativistas ou patrimonialistas. Dedicando-se ao tema, Cesário²⁶ diz o seguinte:

Grupos de interesse possuem relação de cooperação e competição entre si. Formam uma rede ampla que liga desde movimentos locais até organizações nacionais que funcionam como ponta de lança de interlocução com autoridades políticas, ou mesmo órgãos internacionais.

As conclusões da investigação de Cesário, em linha com Posner, reforçam nossa percepção de que a classe política e os funcionários públicos são agentes que exercem um papel destacado nesses movimentos de pressão sobre o sistema regulatório. Os resultados de seu trabalho demonstraram que há assimetrias entre os diferentes grupos que tentam exercer influência sobre as votações de deliberações no Congresso Nacional, contudo, sem que nenhum grupo esteja perto de exercer uma hegemonia, “dada a baixa centralização da rede e da variância dos graus de influência”. Vejamos:

Ao contrário, os resultados mostram uma diversidade e uma disputa relevante desses grupos de interesse. Os resultados, portanto, servem para rejeitar a hipótese de predominância de grupos de interesses de negócios, mas faz-se ressaltar a importância de grupos de interesses de funcionários públicos que tem sido em larga escala ignorado²⁷.

Grupos organizados pressionando por seus interesses não devem ser necessariamente vistos como um fenômeno ilegítimo, eis que é traço inerente

²⁶ CESÁRIO, Pablo Silva. Obra cit., pág. 109.

²⁷ CESÁRIO, Pablo Silva, pág. 125.

a uma sociedade policêntrica, conforme conceitua Binbenbojn²⁸, da qual emerge e na qual se lastreia o Estado regulador contemporâneo. Ademais, disputas e debates são expressões do próprio Estado de direito, em contraste com a uniformidade de posições característica das autocracias, onde não existe a menor necessidade de busca de consenso por meio do debate de ideias e proposições.

Tentativas de captura seriam um sinal de desestruturação do sistema? Reich²⁹ discorre sobre a possível crise regulatória, indagando se ela de fato existe e, existindo, se pode ser resolvida. Lembra que o tema se tornou um paradigma recorrente “nos dois lados do Atlântico”. Para os economistas, o problema diz respeito às ineficiências das ferramentas (no sentido de instrumentos, procedimentos e medidas próprios da regulação) voltadas para solucionar problemas tais como as falhas de mercado. Já para a ciência política, há problemas quanto à implementação do modelo em uma sociedade democrática, enquanto que os juristas reclamariam da sobrecarga do sistema judiciário, decorrente do aumento da judicialização em torno de normas reguladoras.

Afirma Reich que essa possível crise pode ser definida em termos de redução da legitimidade do Estado social no que toca a manutenção de mercados que funcionem de forma saudável. Adverte que quanto maior for a percepção das pessoas quanto a este questionamento, maior será também a tendência de transformação da crise, de uma ideia (“ideologia”) para uma realidade. Lembra, contudo, que as crises econômicas das sociedades capitalistas, ao invés de enfraquecer, fortaleceram a crença nos mecanismos de mercado – e com ele o próprio modelo de Estado regulador.

Acrescenta que a tradicional “captura” dos governos por agentes econômicos e os laços próximos entre empresas e Estado estão, no momento³⁰, num estágio de legitimidade decrescente³¹. Conclui que a ideia de crise encontra respaldo num “reducionismo”, e partir daí afirma que as possíveis falhas de regulação

²⁸ O autor lembra que “através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios”, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção se opera de modo indireto. BINENBOJN, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar: 2014, pág. 267.

²⁹ REICH, Norbert. *A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação da regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Europeia*. In *Regulação Econômica e democracia – o debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, 2006, pág. 17.

³⁰ O texto é uma análise dos anos 1980, período em que ocorreu a emergência do Estado regulador como resposta ao fracasso do Estado social em prover serviços públicos de qualidade, atendendo às crescentes demandas de sociedades mais organizadas e exigentes.

³¹ RICH, Norbert. Obra cit., pág. 19.

– sobretudo as decorrentes da contraposição de interesses sociais ao sistema econômico – podem ser equacionadas com o emprego cada vez maior de mecanismos de incentivo e autor-regulação³².

Reich nos induz assim a questionar se as possíveis crises de regulação não seriam, na verdade, crise do sistema político na medida em que não teria sido capaz de criar mecanismos que reforcem e preservem a legitimidade do modelo regulador, aspecto em que o Direito (a ciência jurídica e o regular processo de formulação de leis) exerceria um papel preponderante: “(...) devem pelo menos existir mecanismos jurídicos de controle que sejam acionados pela ainda existente ‘racionalidade formal’ do Direito considerado em si mesmo”³³.

Entendemos, consoante a Reich, que o debate jurídico fortalece o modelo regulador, e os dois casos apresentados no presente artigo, com questionamentos travados no âmbito do Congresso, apontam, a nosso ver, nesta direção. Neste aspecto, devemos procurar compreender de que forma se dá a interlocução entre o Poder Legislativo e agências reguladoras, e em que medida leis votadas e aprovadas nas casas legislativas reforçam ou enfraquecem modelo regulador.

Os impulsos oriundos do Congresso visando a ampliar o grau de intervenção não estão eliminados, em que pese se admita um gradual aprofundamento do que poderíamos chamar de “cultura regulatória” no país. Esses impulsos teriam direta correspondência com as mencionadas motivações de atores políticos ou de grupos organizados por reconquista e manutenção de parcelas de poder dentro máquina administrativa, bem como com disputas partidárias de idêntico intuito, ou ainda, por fatores atinentes à orientação programática de segmentos políticos, ou a combinação de tudo isso.

Salinas³⁴ afirma que em diferentes situações a autonomia das agências reguladoras revela-se como algo mais formal do que material. Lembra que a questão orçamentária é um fator que contribui para um déficit real de autonomia, uma vez que as agências não têm plena liberdade para utilizar os recursos financeiros que arrecadam e que parcelas substantivas desses recursos acabam contingenciadas para cumprir metas de superávit primário.

³² RICH, Norbert. *Obra cit.*, pág. 46.

³³ REICH, Norbert. *Obra cit.*, pág. 48

³⁴ SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *A intervenção do Congresso Nacional na autonomia das agências reguladoras*. REI – Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 2, págs. 586-614, 2019.

Mas a autora vai além, afirmando que, a par da questão orçamentária, “o Poder Legislativo, insatisfeito com o arranjo institucional vigente, age estrategicamente para afastar as agências reguladoras da ingerência do Poder Executivo”³⁵. Em seu estudo qualitativo, demonstra que as cinco dimensões das agências reguladoras são alvo de impulsos intervencionistas do Congresso, sendo as seguintes as dimensões: orçamentária, gerência de pessoal, organizacional, decisória (processual) e funcional (competências).

Salientando que é preciso se tomar cuidado para não sobrevalorizar a autonomia formal em relação à prática dos agentes políticos, atentando para aspectos factuais, assevera que seu estudo aponta para “uma tendência do Poder do Poder Legislativo de propor soluções legais que lhe permita exercer maior influência sobre as agências e, em contrapartida, afastando-as da ingerência do Poder Executivo”³⁶.

Sobre a questão orçamentária, ressalta que, ao mesmo tempo em que os parlamentares apontam que há pouca autonomia dada a discricionariedade do Executivo para disponibilizar os recursos, buscam vincular parte das receitas arrecadadas pelas agências para programas mais amplos não relacionados a elas, as submetendo, dessa forma, a políticas públicas formuladas pelo Legislativo.

Tais conclusões podem aparentar contraste com os dois casos estudados no presente artigo. Se considerarmos que no caso da Emenda 54 à MP 1.154 houve uma tentativa de se ampliar a interferência do Executivo, não do Legislativo, esse contraste de fato existira. Contudo, há de se considerar que os impulsos voltados para a mitigação da autonomia também se manifestam de forma articulada entre Congresso e Executivo. Tal possibilidade – e esta seria uma hipótese não perseguida e, portanto, não confirmada – ganha força pelo fato de o autor da proposta pertencer à base governista.

3. A LEGITIMIDADE REGULATÓRIA – SEM CONTROLE?

No caso da Emenda 54, a resistência à independência das agências manifestar-se-ia de forma difusa entre os atores políticos, transpassando os Poderes Legislativo e Executivo e envolvendo a articulação de interesses e objetivos comuns. Por sua vez, o caso da indicação para a ANTT evidenciaria Legislativo e

³⁵ SALINAS, Natasha Schmitt Caccia, obra cit., pág. 588.

³⁶ SALINAS, Natasha Schmitt Caccia, obra cit., pág. 604.

Executivo agindo no mesmo sentido. O primeiro respalda e defende uma decisão do segundo de implicação direta para uma agência, sem que desse movimento, contudo, se possa inferir uma convergência no sentido de “captura” do indicado por grupos de interesses compartilhados entre as duas esferas.

O que nos parece relevante destacar é que o Legislativo não atuou contrariamente à independência das agências nos dois casos relatados, embora essa postura tenha ficado mais evidente na rejeição à Emenda 54 da MP 1.154. Da mesma forma, o Congresso parecer ter trabalhado no sentido de aprimorar e fortalecer o modelo de agências reguladoras ao votar e aprovar, em 2019, a Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848), um diploma que fortalece o sistema vigente, ao padronizar regras e promover a transparência.

Procedendo a breve exame da Lei nº 13.848, podemos destacar o artigo 42, que altera uma série de dispositivos da Lei nº 9.986³⁷ estabelecendo os mandatos fixos de cinco anos (vedada a recondução) e não coincidentes para os colegiados da agência (diretoria ou conselho), a composição desses colegiados, com quatro integrantes e um presidente, além de regras mais rígidas para a indicação dos ocupantes desses cargos.

Entre essas regras está a vedação de indicação de dirigente estatutário de partido político, de pessoa que tenha mandato no Poder Legislativo de quaisquer das esferas, ou que tenha participado nos últimos 36 meses de estrutura decisória de partido político em campanhas eleitorais, bem como pessoas que participem como sócio de empresa regulada ou que tenha matéria sob a apreciação de uma agência reguladora.

A nova lei define ainda de forma clara quais devem ser as atribuições dos colegiados e como deve ser a representação das agências. Determina que elas devam realizar audiências públicas (definindo seus procedimentos), ter uma ouvidoria e se articular com os órgãos reguladores do Distrito Federal, estados e municípios. Considerando esses aspectos, podemos dizer que o diploma contribui para a autonomia das agências, para a transparência de sua atuação e, consequentemente, para o fortalecimento e legitimação do modelo regulador.

Migueis³⁸ mostrar-se-ia cautelosa quanto a este fortalecimento, uma vez

³⁷ A Lei nº 9.986 de 18 de julho de 2000 dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras.

³⁸ MIGUEIS, Ana Carolina. *O Estado administrativo no Brasil: um transplante jurídico imperfeito*. Revista Eletrônica da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n.2, páginas 1 a 27.

que enxerga um “transplante jurídico imperfeito” do Estado administrativo contemporâneo para o Brasil. Entende que, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, onde o direito administrativo – e o seu estudo – tem como objetivo principal restringir os poderes da administração (governo central), aqui ainda estaríamos envolvidos na luta para superar as contradições de um direito administrativo originado na tradição francesa, hierarquizado, portanto, e pautado pelo binômio “autoridade-liberdade”.

Não seria, assim, conforme deduzimos de suas lições, um direito administrativo plenamente amadurecido para compreender e absorver uma sociedade policêntrica, como conceituada mais acima, em que diferentes atores e grupos de atores atuam de forma legítima na arena política, influenciando as práticas públicas. O fato, contudo, é que a cultura regulatória sedimenta-se e legitima-se. Normas como a Lei Geral das Agências Reguladoras e, ao mesmo tempo, decisões que contribuam para a higidez do sistema – no que se inserem, a nosso ver, os casos objetos deste artigo – seriam indicativos dessa tendência.

Importa ressaltar que quando se fala em fortalecimento do modelo regulador e de uma “cultura” política a ele associada não se está reconhecendo uma preponderância do papel das agências em relação a outras esferas da administração pública. O poder das agências não é nem deve ser ilimitado. Conforme lecionam Guerra e Salinas³⁹, as leis que regem as agências reguladoras refletem a extensão deste poder. Lembram os autores “que, a depender do arranjo institucional adotado nas leis que disciplinam as competências administrativas das agências reguladoras, este poderá ser mais ou menos extenso”.

Sistematizando a matéria, advertem que em todo movimento de delegação de poderes, os atores políticos, no caso, parlamentares e o chefe do Executivo, transmitem a decisão de questões essenciais para a sociedade a outras esferas, incluindo as agências reguladoras – e aí reside parte da legitimação das agências, sendo que o fato de serem criadas e disciplinadas por leis regularmente deliberadas preenche a outra parcela de sua legitimidade democrática.

Trata-se, portanto, de um movimento discricionário, que não está, mesmo depois de realizado, livre de controle pelos próprios poderes constituídos. Isso significa que os agentes políticos podem se valer de diferentes ferramentas e

³⁹ GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schimitt Caccia. *Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil*. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, vol. 9, n. 3, páginas 402-430, set/dez de 2018.

estratégias para exercer um legítimo controle sobre as agências. Dessa forma, restringem-se os riscos de abusos e arbitrariedade em meio ao processo de produção de normas reguladoras. Em outras palavras, legítimas, as agências não estão livres de um controle igualmente legítimo. Dizem os autores:

Os agentes políticos podem definir nas leis que editam os processos (e.g. análise de impacto regulatório e audiências públicas) que devem ser observados pelos órgãos reguladores no exercício da atividade de produção normativa. Estima-se que estes processos sejam eficazes em garantir que órgãos reguladores ajam em conformidade com os interesses desses agentes políticos. Além disso, aos agentes políticos é reservado o poder de modificar ou restringir supervenientemente o escopo de atuação normativa da Administração Pública. É reservado, ainda, o poder de sustar atos normativos editados pela Administração Pública no passado. Por fim, os agentes políticos possuem poder para conter possíveis ações arbitrárias da Administração Pública, ao monitorarem, fiscalizarem e intervirem diretamente na estrutura e no funcionamento dos órgãos reguladores. Em resumo, os riscos da outorga de poderes à administração pública seriam mitigados por uma série de mecanismos *ex ante* (e. g. procedimentos administrativos) e *ex post*. (e. g. poder de sustar atos normativos).⁴⁰

Com todo este conjunto de mecanismos e ferramentas disponíveis, nos dois casos trazidos à tela no presente artigo, não parece ter havido, por parte dos agentes políticos, interferência indevida na autonomia das agências ou, em particular, na ANTT, ao contrário, sobrevém a percepção de que o Legislativo, em ambos os episódios, agiu em consonância com essa autonomia, algo que fica ainda mais evidenciado na rejeição à Emenda 54.

Quando analisamos a legitimidade das agências e o papel do Legislativo face à sua autonomia, devemos ter em mente ainda o que leciona Nascimento: “O princípio majoritário é o único método que efetivamente respeita o pluralismo político, e por isso é o que deve conduzir o processo democrático”⁴¹. Complementarmente, devemos estar cientes de que os direitos das minorias devem ser respeitados, contudo, não devem se sobrepor desproporcionalmente aos da maioria – o risco seria o de anular a própria democracia –, no que sobrevém a advertência de Hirschl, de que quando grupos minoritários buscam o Poder

⁴⁰ GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schimitt Caccia, obra cit., pág. 425.

⁴¹ NASCIMENTO, Roberta Simões. *Devido processo legislativo e qualidade da deliberação legislativa*. Revista da Advocacia do Poder Legislativo, v. 2, jan/dez 2021, pág. 153.

Judiciário e, além da mudança da arena do debate, conseguem impor sua visão a todos os parlamentares, deixa-se de estar diante de uma democracia e passa-se a viver o que podemos chamar de “*juristocracia*”⁴².

CONCLUSÕES

O presente artigo procurou discorrer sobre a autonomia das agências reguladoras e, por extensão, sobre o fortalecimento do modelo de Estado regulador no Brasil, examinando dois casos recentes em que a higidez e a independência desse sistema foram testados junto ao Poder Legislativo.

A fim de contextualizar a matéria, discorreu-se sobre os grupos de interesses que podem se colocar na contramão desse processo de fortalecimento, mencionando as suas possíveis correntes e motivações. Procurou-se mostrar que esses grupos não são homogêneos nem aliados no espectro político-partidário, porém, podem atuar de forma alinhada na prática política.

Analisou-se, assim, a rejeição à Emenda Aditiva 54 à Medida Provisória nº 1.154/2023 e a confirmação da indicação de diretor da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), considerando que, em ambos os casos, as decisões tomadas, no âmbito do Congresso, convergiram para a consolidação do papel autônomo das agências. Acessoriamente, teceram-se comentários sobre a nova Lei Geral das Agências Reguladoras, concluindo que o diploma também tem caráter consolidador, em prol do modelo vigente.

No capítulo 1, procedeu-se à análise dos aspectos da referida emenda, e de sua rejeição, bem como das peculiaridades normativas envolvendo o debate em torno da indicação do diretor da ANTT, reconhecendo a sua legalidade.

No capítulo 2, foi feito um exame da ação dos grupos de interesse na “arena” política e de que forma o debate em torno da autonomia das agências pode se desenvolver, discorrendo-se sobre o conceito de captura e rejeitando a ideia de que os embates por si só representariam uma crise regulatória. Enfatizou-se que a captura nem sempre é operada pelos grupos regulados, com interesses negociais, mas por atores da própria esfera pública.

⁴² HIRSCHL, Ran. *Rumo à autonomia, origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina, EDA, 2020.

No capítulo 3, discorreu-se sobre a legitimidade regulatória e sua interação com o regular processo legislativo, salientando que autonomia não implica regulação livre de legítimo controle. Acentuou-se, neste sentido, a relevância do debate democrático e dos processos deliberativos, respeitando a vontade da maioria.

Partindo-se da hipótese de que o modelo autônomo teria saído fortalecido dos dois episódios objeto do artigo, procurou-se demonstrar, a partir das considerações feitas ao longo do texto, que essa hipótese se confirma.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- CESÁRIO, Pablo Silva. *Redes de influência no Congresso Nacional: como se articulam os principais grupos de interesse*.
- FAORO, Raymundo. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 2001.
- GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schimitt Caccia. *Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil*. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, vol. 9, n. 3, páginas 402-430, set/dez de 2018.
- GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil – uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
- HIRSCHL, Ran. *Rumo à autonomia, origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina, EDA, 2020
- LOWI, Theodore J. *Arenas of power*. New York: Routledge, 2016.
- MAJONE, Giandomênico. *Do Estado positivo ao Estado regulador*. In *Regulação Econômica e Democracia – O debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, 2006.
- MIGUEIS, Ana Carolina. *O Estado administrativo no Brasil: um transplante jurídico imperfeito*. *Revista Eletrônica da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro*, v. 5, n.2, páginas 1 a 27.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. *Devido processo legislativo e qualidade da deliberação legislativa*. *Revista da Advocacia do Poder Legislativo*, v. 2, jan/dez 2021, páag. 153.
- POSNER, Richard. *Teorias da Regulação Econômica*. In *Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.
- REICH, Norbert. *A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação da regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Européia*. In São Paulo: Editora Singular, 2006.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A intervenção do Congresso Nacional na autonomia das agências reguladoras. *REI – Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, págs. 586-614, 2019.

STIGLER, George. *A teoria da regulação econômica. In Regulação Econômica e democracia – o debate norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COMENTÁRIOS À LEI DE DIREITOS AUTORAIS (9.610/98): SANÇÕES POR CONTRAFAÇÃO DE DIREITOS

Pedro Marcos Nunes Barbosa¹

Resumo: O presente artigo coteja a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do cálculo de danos por violações aos direitos autorais, cotejando os dispositivos dos artigos 101 a 110 da Lei 9.610/98.

Palavras-Chave: Direito Autoral, Violações, Quantificação de Danos.

Abstract: The present paper analyses the case law of the Superior Court of Justice relating to the damage's quantification concerning copyright infringement, studying the rules of articles 101 to 110 of Brazilian Federal Law number 9.610/98.

KeyWords: Copyrights, Infringement, Damages Calculation.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe ao exercício de uma análise subsuntiva e suprassuntiva dos artigos 101 a 110 da Lei 9.610/98, levando em consideração julgados pertinentes do Superior Tribunal de Justiça.

¹ Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados. Professor de Direito Civil, Direito Comercial e Propriedade Intelectual da PUC-Rio. Doutor em Direito Comercial com Estágio Pós-Doutoral em Direito Civil (USP), Mestre em Direito Civil (UERJ) e Especialista em Propriedade Intelectual (PUC-Rio). pedromarcos@puc-rio.br

2. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 101 DA LDA:

“As sanções civis de que trata este Capítulo aplicam-se sem prejuízo das penas cabíveis”.

O Título sétimo da Lei de Direitos Autorais congloba as sanções de qualificação civil *ope legis*, razão pela qual não importa em qualquer colisão com a legislação criminal, ou circunscreve as repercussões privadas de índole contratual.

Este dispositivo do art. 101, da LDA, explicita a *relativa* autonomia das searas do Direito, premissa da qual se originam dois corolários importantes. O primeiro deles é a de que um fato (ou ato jurídico) pode engendrar consequências em campos diversos, sem que tal constitua *bis in idem*. Deste modo, tal como um atleta profissional que faça uso de (ou forneça a terceiros) entorpecentes ilícitos que maximizem seu desempenho, uma vez flagrado, pode ser suscetível à (i) *respostas jurígenas* no campo penal (seja pela iniciativa policial ou do *parquet*), (ii) *consequências cíveis* (imagine-se um rival prejudicado pelo vilipêndio à ‘paridade de armas’, que acabou perdendo a oportunidade de figurar num pódio olímpico) de índole reparatória, (iii) *repercussões trabalhistas* (contemple-se a hipótese de um atleta numa competição de cunho coletivo que leve sua equipe, inteira, à desclassificação) que importem em demissão com justa causa, (iv) *punições administrativas* (Tribunais Desportivos) que resultem em sua suspensão, além de, claro, (v) *responder simbólica/reputacional/social/antropologicamente* com a cassação de *prêmios, medalhas* ou insígnias recebidas pelo seu êxito de antes da constatação da ilicitude.

No ambiente dos Direitos Autorais é fácil transplantar o exemplo anterior para uma hipótese de uma criação intelectual fruto de usurpação (quicá sorrateira) da obra de terceiros, e que (i) tenha levado o seu “autor” a vencer uma premiação importante (um Nobel, um Jabuti, um Pulitzer), (ii) resulte em uma promoção laboral privada (como sói acontecer por critérios republicanos de promoção na carreira), (iii) engendre o ingresso num concurso público de docência junto a uma Universidade prestigiada (inclusive por critérios de desempate em virtude da produção acadêmica), além de (iv) poder atrair a incidência do art. 184 do Código Penal (com ou sem as qualificadoras) pela violação ao direito objetivo.

A *parcia* autonomia das searas traduz uma miríade de distinções no ambiente adjetivo (tipos de processo e procedimento aplicáveis a cada seara), mas também no tocante ao tipo e à qualidade de prova (TARUFFO, 2014, p. 295) necessária

para resultar numa punição. Como não se desconhece, para o núcleo penal (e sua exigência de dolo) o rigor probatório e o nexos com a tipicidade legiferante são sempre maiores do que em outros campos, tendo em vista que a liberdade – uma das esferas jurídicas mais fundamentais da humanidade – estará em xeque, e tal demanda enorme segurança jurídica. Por outro lado, no campo cível, será o patrimônio o alvo da reparação incidente, podendo a polpa probatória ser menos contundente e, ainda assim, haver a condenação. Assim, é possível ventilar que o tipo acaba por manietar qualquer tipo de exagero na *importação* de soluções ou arquiteturas de outros ramos do direito, passíveis de aplicação via analogia (BOBBIO, 1999, p. 151).

Com relação ao segundo corolário advindo desta regra, acaba-se por direcionar o interprete a ser cauteloso com a aplicação analógica de condicionantes e determinantes de outro campo jurídico, no momento de qualificar e interpretar a sanção de índole civil.

Aliás, por vezes os precedentes dos Tribunais Superiores rejeitam, também, a aplicação dos Direitos Autorais como material subsidiário à Propriedade Industrial e vice versa: “Na hipótese, a violação em questão é da marca da recorrente e a legislação que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial (Lei 9.279/96) traz em seu bojo os critérios específicos que devem ser adotados para a quantificação do dano material (art. 210), não se fazendo necessária ou mesmo pertinente a adoção da analogia para interpretação das suas disposições. Inaplicabilidade da Lei 9.610/98 à hipótese” (STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1372136/SP, DJ 21.11.2013). No mesmo sentido, ainda, “A existência de previsão específica na Lei de Propriedade Industrial acerca dos critérios a serem adotados para quantificação do montante devido a título de reparação pelos danos decorrentes de violação a direito marcário - assim como a ausência de semelhança relevante entre o substrato fático sobre o qual deve incidir a regra do parágrafo único do art. 103 dessa Lei e a hipótese dos autos - é condição suficiente para afastar a necessidade do uso da analogia” (STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1658045/SP, DJ 02.05.2017).

Tal elemento é fundamental visto que a depender do contexto e da faceta, poder-se-á tratar de Direitos Autorais sob a lente do Direito Comercial (e.g. contratos de licença e distribuição dos direitos patrimoniais – sua imbricada conexão com a economia – BULGARELLI, 2000, p. 13), do Direito Civil (sucessório, dos valores da personalidade que orbitam a autoria e à integridade da obra), ou

do Direito Administrativo (em especial nos setores regulados como a ANCINE, ou da arquitetura – via Lei 12.378/2010).

Portanto, é possível que um agente econômico demandado por violações aos direitos autorais de terceiros, simultaneamente, em uma ação penal, cível, laboral e administrativa seja sancionado em uma parcela das esferas, mas não o seja nas demais ainda que analisem o mesmo conteúdo probatório.

3. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 102 DA LDA:

“O titular [a] cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada [b], poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação [c], sem prejuízo da indenização cabível [d]”.

[a] Comentários

O protagonista deste tipo é o “titular”, sujeito de direito (ativo) cujo liame com o bem imaterial poderá ser de cunho exclusivamente econômico (ou derivado, a exemplo do cessionário, e quiçá sucessor) ou de nexos existencial (originário, como o criador). Entretanto, tendo em vista que um excerto da regra suscita hipóteses que extrapolam a mera utência não autorizada (“qualquer forma utilizada”), é possível que o terceiro esteja a empregar a *oeuvre* de modo a deturpar a criação *per se*, no que poderá atingir o rol dos direitos descritos no artigo 24, IV e V, da LDA ou 6, *bis*, 1, da CUB.

Nestas hipóteses, ainda que o autor não seja mais o titular (e.g. tenha havido a cessão da parcela patrimonial de sua criação), também a ele é facultado exercer a pretensão *reivindicatória* e *compensatória* contra o terceiro infrator.

[b] Comentários

Um grande comercialista enunciava que “*Solerte é a fraude. Mais, ainda, ativa e engenhosa, tanto quanto audazes os que a praticam*” (FERREIRA, 1962, p. 602). No âmbito da responsabilidade civil aplicada aos direitos autorais o significante ‘*fraudulentamente*’ não é munido do restrito significado do Capítulo VI (artigos 171-179), do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40). Aqui, o núcleo da ‘*fraude*’ pode ser aplicado a qualquer tipo de ‘*reprodução*’, ‘*divulgação*’ ou ‘*utência*’ feita (i) sem o consentimento do autor e/ou titular, desde que (ii) não constitua

elemento tipicamente descrito (exemplificativamente) nos artigos 46-48 da LDA, (iii) trate-se de forma expressiva que se aparte do contexto do art. 1º, '2' do Acordo TRIPs, (iv) fora do comando enunciativo do art. 9º, 2, da CUB, ou (v) de outro direito geral de liberdade que advenha de situações análogas.

É merecedor de crítica o empenho da expressão '*fraudulentamente*' para tratar do corriqueiro uso não autorizado, visto que há uma pecha ideológica-proprietária de equivaler o *violador* ao *ladrão*, tal como no uso retórico exagerado de que tratava um dos maiores juristas de todos os tempos (JHERING, 2009, p. 28 e JHERING, 1972, p. 54). Não houve qualquer *neutralidade* na escolha do texto, mas o uso de um processo intencional de mitificação (GROSSI, 2007, p. 14) de um tipo de *propriedade* adornada por crivos morais. Ao invés de se erigir sobre a solidez de um *bom* fundamento de tutela (e muitos existem), faz-se uso de linguagem exagerada para, num argumento *ad hominem*, macular a ótica sobre o terceiro utente.

É preciso frisar, entretanto, que não será qualquer uso desautorizado que constituirá a habilitação para a tutela buscada, mas apenas aquela de natureza ilícita ou abusiva, distante das *limitações* da juridicidade constitucional.

[c] Comentários

Neste excerto a regra não pecou pelo excesso de linguagem ou pela imprecisão conceitual, visto que laborou tanto com a *fattispecie* da utência desautorizada e ilícita/abusiva ter sido operada através de (i) um *exemplar físico*, quanto na hipótese da *obra* (sempre imaterial) ter sido usada (ii) num contexto virtual.

Na primeira hipótese a pretensão reivindicatória poderá ser satisfeita *adjetivamente* na forma do art. 536, §1º, do CPC/2015, visando instrumentalizar a obrigação de não fazer vilipendiada pelo acusado. Não sendo a hipótese de constituir o suposto ofensor como *fiel depositário* dos bens apreendidos e inventariados, tais bens ficarão circunscritos ao depósito judicial para ulterior perícia que respeite o contraditório e a ampla defesa.

Com relação à suspensão de divulgação – pleito essencial às exteriorizações disponíveis na internet, como um *livro digital* ou um *programa de computador* –, tal pretensão poderá se dar *liminarmente* como consequência do poder geral de cautela do Juízo, ou, confirmada a decisão por um *decisum* exauriente de mérito. Nesta hipótese, como é comum que um terceiro – distinto do ofensor – sirva

de provedor, corriqueiramente se usa das técnicas dissuassórias econômicas (astreintes) ou, se tal não solucionar, pela suspensão do sítio cibernético (através de ofício ao Nic.br, por exemplo).

[d] Comentários

Novamente o legislador pecou pela atecnicidade quando elegeu o signo *indenização* (MORAES, 2003, p. 145) para caracterizar a pretensão *compensatória*, visto que o bem jurídico é, simultaneamente, suscetível de tutela via valores da personalidade e via direito real (sobre um bem imaterial). Apenas as coisas (bens materiais) de cunho fungível podem ser precipuamente suscetíveis de *indenização*, ou seja, passíveis de genuíno retorno ao *status quo ante*.

Entretanto, a práxis judicial *banalizou* a expressão ‘indenização’ como gênero de toda forma *compensatória* (seja de índole existencial ou patrimonial), fazendo com a má-redação não engendre problemas pragmáticos de implementação.

Observe-se que a pretensão *compensatória* não é colidente com as demais faculdades enumeradas pelo tipo (*suspensão* ou *reivindicação*), sendo, entretanto, apenas atribuída com o mérito dirimido pelo juízo.

4. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 103 DA LDA:

“Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular [a], perderá para este os exemplares que se apreenderem [b] e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido [c]. Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta [d], pagará o transgressor [e] o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos [f]”.

[a] Comentários

Diferentemente do artigo anterior que regula a faculdade do titular lesado em sua esfera jurídica, o texto legal dirige o seu comando *punitivo* aquele que editar conteúdo alheio sem o seu consentimento. Reitere-se que único sujeito que atrairá a incidência do tipo é o *editor*, e não o mero utente sem licenças *v.g.* Nesta toada bem decidiu o “Tribunal da Cidadania”: a “norma tida como violada, porém, refere-se apenas aos casos nos quais foi verificada a edição fraudulenta da obra, não configurada na hipótese em exame. A recorrida não editava e

comercializava os programas de titularidade da recorrente; somente utilizava-os sem a devida licença” (STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1016087/RS, DJ 06.04.2010).

Novamente, o parâmetro de juridicidade é atribuída por norma *símile* àquela extraída do artigo 29 da LDA, ou seja, a carência de *autorização prévia e expressa* atrairá a incidência do artigo 103 da LDA. Portanto, pela opção política legiferante, o protagonismo é o da autonomia privada do proprietário que terá a faculdade de eleger se ou para quem *permitirá* a edição, enquanto a ascensão ao domínio público não ocorre (vide artigos 33, 45 e 112 da LDA, e artigo 99, I, do Código Civil, e artigo 215 da CRFB).

[b] Comentários

O excerto do artigo elucida uma hipótese de adjudicação compulsória gratuita em favor do titular do direito, numa situação *símile* àquela do Código de Processo Penal em seu artigo 530-G. Por tal razão, apenas após sentença de mérito é que tal *sanção* poderá ser aplicada, prestigiando-se, sempre que possível o trânsito em julgado antes da ‘sub-rogação’ de titularidade. Ou seja, o ideal é que o Juízo dê preferência ao depósito judicial – qualquer forma de acautelamento – dos bens, antes de dirimir definitivamente o feito.

Hipótese interessante é o da obra sincrética que reúne conteúdos diversos e, entre eles, a obra editorada sem a autorização do titular. Ou seja, o caso em que há diversas obras distintas em uma coletânea (todas regulares e adequadas à legalidade constitucional), em uma universalidade, e entre tantas aquela que consta de forma ‘irregular’. Nestas hipóteses, a depender do coeficiente que represente o teor ilícito perante a polpa acorde ao ordenamento, a subsunção do artigo 103 da LDA poderá vilipendiar o postulado da *proporcionalidade*, além de violar o direito de propriedade do *sancionado*.

Neste sentido, dois importantes julgados do STJ dirimiram: “Cabe ao julgador, fazendo uso de seu prudente árbitro, interpretar casuisticamente os comandos dos arts. 102 e 103 da Lei nº 9.610/98, definindo a composição e os limites da condenação, utilizando os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, alerta para o fato de que os valores arbitrados não deverão conduzir ao enriquecimento indevido da vítima. 3. Tendo em vista as peculiaridades presentes na espécie, de que: (i) as fotografias do recorrente

compõem pequena parte do todo da obra; (ii) os novos exemplares serão acompanhados de errata, atribuindo a correta autoria para as fotos; e (iii) não se identifica na conduta das recorridas a tentativa de utilização do trabalho do recorrente para incrementar - pelo menos não de forma substancial - a vendagem da obra; a condenação imposta pelas instâncias ordinárias se mostra satisfatória, isto é, ata a desempenhar o duplo papel de indenizar a vítima pelos prejuízos suportados, bem como de desestimular a prática ilícita” (STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1367021/RS, DJ 12.09.2013); e “É preciso deixar abastança claro que o art. 103 da Lei 9610/98, diversamente do que ocorre quando da falsificação de produto cuja exclusividade de uso pertence a apenas um único criador (ou a quem detenha sobre ele os respectivos direitos), não pode ser aplicado quando os lucros obtidos com a venda do CD decorrem, também, da obra de terceiros, titulares de faixas que ali são interpretadas. O autor é titular de direito apenas sobre uma das faixas que compõem o já nominado disco compacto, revelando-se, mesmo, equivocada a sentença ao atribuir-lhe, na rubrica atinente aos danos materiais, o valor integral do CD multiplicado pela quantidade de cópias que teriam sido produzidas sem que o seu nome fosse atribuído a uma das faixas e sem que os seus direitos de autor fossem devidamente remunerados, pois violadora do art. 944 do CCB. A manutenção da condenação constante na sentença, na forma como concebida, representaria a apropriação, pelo demandante, de valores que seriam pertencentes aos réus em face de negócios por eles travados com os demais” (STJ, 3ª Turma, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, REsp 1635646/RJ, DJ 18.12.2017).

Entretanto, tal não significa a oblação da tutela jurígena do titular visto que a este ainda restará a pretensão compensatória do artigo 102 da LDA que, *in casu* será a mais adequada para evitar um dano injusto.

[c] Comentários

Para os exemplares que não estiverem mais sob o *controle do apenado* o tipo estabeleceu a severa sanção de compensação *integral* do valor objeto da alienação. É preciso, contudo, ser cauteloso com a qualificação da hipótese jurídica visto que, os valores percebidos e destinados ao adimplemento tributário retido na fonte (ou seja, aquilo que não for da *fattispecie* do art. 150, VI, 'd' e 'e' da CRFB) não poderão ser objeto compensatório ao titular. Aqui o *non olet* em favor do Ente Tributário não poderá ser objeto de *privatização* do titular de direito autoral por ausência de legitimação democrática para tanto.

Deste modo é possível propor uma hermenêutica acorde à constituição fazendo com que o valor compensatório sujeito à compensação seja aquele *líquido*, excluídos os custos (tais como os tributários) e a proporção daquilo que não for atinente à violação.

O STJ já teve a oportunidade de afastar a incidência do tipo nas ocasiões em que a alienação de exemplares se deu a título gratuito, ou seja, em que não houve venda (STJ, 3ª Turma, Min. Massami Uyeda, REsp 1158390/RJ, DJ 07.02.2012) - a genuína exploração econômica do bem STJ, (3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1016087/RS, DJ 06.04.2010).

[d] Comentários

O dispositivo aplica uma presunção *ius tantum* contra aquele que terá o ônus da prova de demonstrar o *quantum debeat* do teor contrafeito, apenas se assim não o proceder. Ou seja, apenas na ignorância (STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1016087/RS, DJ 06.04.2010) do elemento quantitativo da contrafação ou sendo a prova do fato pelo acusado do ato ilícito insuficiente, atrair-se-á uma presunção sancionatória.

O *geist* do texto é evitar que a precariedade da contabilidade do agir de quem supostamente praticou o ato ilícito pudesse ser usado ao seu favor para reduzir ou eliminar a pretensão reparatória de quem sofreu o dano injusto.

[e] Comentários

Neste parágrafo único, tal como antecipado no *caput*, é evidenciado que apenas o *editor ilegal* e não eventuais terceiros que, de boa-fé, com ele tiverem negociado a aquisição dos exemplares, será sancionado. Trata-se do direito que democraticamente *personaliza* a sanção evitando a pulverização de penas contra aqueles que não protagonizaram o fato típico.

[f] Comentários

Aqui o tipo revela seu enviesamento ideológico estipulando, *arbitrariamente*, um número exponencial de três mil exemplares, sem qualquer tipo de fundamento quantitativo para tanto. Tal é um exemplo categórico de que o ordenamento jurídico nacional comportou uma forma de sanção civil de severa índole, dentro da doutrina (COSTA NETTO, 2015, p. 23) cognominada de

danos punitivos (STJ, 3ª Turma, Min. João Otávio Noronha, REsp 1317861/PR, DJ 11.05.2016).

O cenário que realça a *tiranía numérica* dos três mil exemplares junte-se na hipótese em que a totalidade dos exemplares foi já apreendida, visto que o sufixo do tipo comina a presunção milenar com a apreensão dos bens disponíveis. Ou seja, novamente é ônus do contrafator demonstrar que nenhum dos bens editorados chegou a ser comercializado para evitar a incidência da presunção.

5. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 104 DA LDA:

“Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude [a], com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem [b], será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior [c]”.

[a] Comentários

O cerne do tipo é a sanção cível – logo distinta da proposta do art. 184 do Código Penal – dos verbos descritos na regra, mas cujo *leitmotiv* é a fraude. Ou seja, se a obra ou fonograma tiverem sido reproduzidos, *verbi gratia*, por engano ou via boa-fé *subjetiva*, não será a hipótese de sanção. Imagine-se a hipótese de um *hard disk* de uma CPU que contenha obras fonográficas para uso pessoal seja objeto de reprodução em um *backup* completo. Tal exemplo demonstra que a incidência do tipo depende de um *animus* de fraudar que seja específico.

De um modo ou de outro, fato é que o ônus probatório de demonstração da fraude será do autor da pretensão compensatória, na forma do art. 373, I, do CPC/2015, uma vez que – tal como a má-fé – não se pode presumir tal práxis.

[b] Comentários

Diferentemente de outros excertos da LDA (e.g. art. 68, §2º) em que o critério remuneratório é desimportante para a consequência jurídica, o benefício patrimonial positivo ao destinatário da sanção é condição *sine qua non*. Repita-se, o sujeito de direito que *duplica* um arquivo cujo conteúdo é uma obra, mas não o faz mediante fraude, certamente – também – estará distante do critério do *lucro* utilizado no tipo.

Não obstante, visando impedir que eventuais *fraudadores* utilizassem o argumento de que eventual benefício seria de terceiros – a reprodução estaria sendo feita, por exemplo, por motivos de caridade – alocou-se a hipótese do benefício de pessoa interposta como igual condição proibitiva.

[c] Comentários

Neste excerto do tipo o legislador fez uso do instituto da *solidariedade passiva* como forma de maximizar as chances de adimplemento compensatório após a violação da esfera jurídica do titular. Trata-se do fenômeno do *transsubjetivismo*, jamais presumido (art. 265 do CC/2012), e que cuida de uma arquitetura poderosa de maximização da responsabilidade civil que não será pautada em *culpa ou causa* do ofensor, mas sim voltada para a tutela da vítima.

Uma outra particularidade do sufixo do tipo é a tentativa de extraterritorialidade (BARBOSA, 2010, p. 35) da sanção para os importadores e distribuidores *alhures*, que estiverem praticando o ato fraudulento com intuito lucrativo no exterior. Cuida-se, outrossim, de uma exceção à regra do artigo 8º, da LINDB.

6. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 105 DA LDA:

“A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo [a], e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares [b], deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente [c], sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis [d]; caso se comprove [e] que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro [f]”.

[a] Comentários

O objetivo do tipo foi o de contemplar qualquer tipo de interlocução (pacote de dados, *streaming, download*) realizada, seja ao vivo ou não, com uma forma redacional aberta a tecnologias inexistentes em 1998 (por isso o uso do conteúdo *qualquer meio ou processo*). O cerne deste excerto foi o da interlocução mediante o uso tecnológico como *locus* comunicacional.

[b] Comentários

Nesta segunda parte do tipo abriu-se a incidência, ainda, para a interlocução feita sem o uso de uma tecnologia (a exemplo de uma comunicação verbal simples, como de alguém em uma ágora pública fazendo uso de um microfone ou megafone), desde que o sujeito emissor tenha disponibilizado a obra a algum terceiro. É importante destacar que a *comunicação ao público* não significa que o destinatário tenha compreendido, apreciado ou apreendido o conteúdo, mas que a interlocução tenha sido feita. Entre tais modos de comunicação ao público está a execução pública.

Outro elemento do tipo é que a interlocução seja realizada mediante *violação aos direitos*, excluindo, portanto, hipóteses de comunicação a terceiros realizada mediante autorizações prévias e expressas do titular (art. 29 LDA), feitas após o domínio público (art. 41 LDA), ou entre o rol exemplificativo das limitações (art. 46 LDA).

[c] Comentários

Nesta parte do tipo o intuito foi o de ponderar o dever de mitigar os danos, mediante uma tutela inibitória que acautele o titular de continuar sofrendo com a violação jurídica, diante da natural incerteza havida em sede não exauriente da produção probatória. Em outras palavras, o comando legal é dirigido ao Poder Judiciário que pode coactar o violador, e terceiros envolvidos (a exemplo do provedor de conteúdo), de modo a *estancar* a continuidade do dano injusto.

De outro lado, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal atribuiu à liberdade de expressão posição preferencial no Ordenamento Jurídico diante da faceta existencial da privacidade no famoso julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815.

Ou seja, se diante de um valor constitucional tão caro como a privacidade uma *autorização expressa e prévia* (*mutatis mutandi* vide o artigo 20 do Código Civil) foi tida como um empecilho ilegítimo à liberdade de expressão, o mesmo fundamento pode ser transplantado diante da redação do artigo 29 da LDA que é o cerne da presente aplicação.

Portanto, afora situações de latente contrafação (FRAGOSO, 2009, p. 294), é prudente que o Juízo leia o comando com a moldura hermenêutica dando predileção à suspensão da exibição do conteúdo controverso após a defesa do suposto contrafator, se tal for suficiente para desmistificar a *fattispecie* litigiosa.

De outro lado, há quem na doutrina defenda o *dever* (no sentido forte da palavra) do Poder Judiciário outorgar tutela *protetiva* imediata para a cessação da lesão (DELGADO, 2015, p. 11).

[d] Comentários

O legislador fez questão de, nesta parte do enunciado normativo, elucidar as ferramentas que o Juízo dispõe – ao lado da tutela inibitória – para maximizar a coerção do direito subjetivo dirimido. Assim, para além das astreintes (instrumento processual clássico), será possível cumular a tutela compensatória (ao final da lide) e as proteções ao proprietário/demandante através das garantias de índole penal (seja do crime atinente peculiar ao artigo 184 do CP, ou da desobediência judicial na forma do artigo 330 do mesmo Decreto-Lei 2.848/40).

[e] Comentários

O ônus probatório segue à regra de um regime democrático: diante de uma situação de simetria de forças (distinto, portanto, de uma relação consumerista por exemplo) caberá ao Demandante trazer os elementos de convencimento do Juízo. Não se presumirá ou haverá inversão do ônus da prova contra o Demandado, tal como se dá em uma situação típica da propriedade industrial de suposta contrafação de uma patente de processo (Lei 9.279/96, art. 42, §2º), *v.g.*

[f] Comentários

Tendo em vista que o comando não versa, neste ponto, sobre Direito Penal, a ideia de reincidência do suposto ofensor não dependerá do trânsito em julgado de sentença condenatória (artigo 5º, LVII, CRFB). Deste modo, até mesmo condenações precedentes de índole civil-reparatória podem ser levadas em conta na dosimetria/proporção da penalidade econômica a ser aplicada no caso em concreto.

7. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 106 DA LDA:

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

[a] Comentários

A destruição do teor contrafeito é algo já previsto na legislação penal adjetiva (artigos 530-F e 530-G), em redação acrescida no ano de 2003, ou seja, em hiato temporal ulterior à LDA. Lá a pretensão processual é de índole criminal, aqui, se estende a provisão para o âmbito civil comportando uma noção mais ampla do *jus abutendi*.

Com relação à inutilização destrutiva dos elementos que, em si, não comportam violação aos direitos autorais, o sufixo do tipo suscitará uma importante ponderação ao Juízo.

[b] Comentários

O instituto do perdimento é praxis cotidiana no Processo Penal (vide artigos 122 e 124 do Decreto-Lei 3.689/41) e visa atender a sanção dissuasória dos instrumentos utilizados na prática criminosa. Diferentemente da destruição, no perdimento há a adjudicação compulsória da propriedade de um bem em favor de um terceiro que não era *ativo* na relação jurídica complexa que constituía o direito de exclusividade.

Revela-se saída mais condigna à função social da propriedade – face à hipótese da destruição da *res delitiva* – que, doravante, será exercida por outrem.

[c] Comentários

O sufixo do tipo traz salutar disposição que conduz o interprete a seguir a seguinte ordem de providências: (a) distinção entre o conteúdo da violação em si, e o instrumental utilizado na violação; (b) averiguação se os acessórios gozam de serventia suficiente para permanecerem na titularidade do acusado, e em plena funcionalidade por não constituírem, per se, um ato ilícito; (c) a sanção de perdimento do(s) bem(ns); (d) a destruição do bem que constitua, em si, a violação aos direitos autorais; e, subsidiariamente, (e) a destruição dos bens e de tudo que tiver havido contato com a violação jurídica.

8. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 107 DA LDA:

“Art. 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que

resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único [a], quem: I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia [b]; II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia [c]; III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos [d]; IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização [e]”.

[a] Comentários

A incidência do tipo regula a pretensão compensatória cumulada à perda ou a destruição dos bens, tomando como parâmetro o *quantum debeatur* mínimo aplicado àqueles que fizerem uso contrafeito dos direitos patrimoniais de uma obra. Contudo, a mesma cautela havida na aplicação da presunção relativa dos ‘três mil exemplares’, aqui, deve ser cotejada para circunscrever a hipótese de enriquecimento sem causa do suposto credor/proprietário.

De outro lado, interpretar a expressão “*nunca inferiores*” como ‘sempre superiores’ também importará em uma tautologia pro-titular que será incompatível com o ordenamento jurídico que busca a *sanção* proporcional. Não se consegue entender como os sujeitos que estiverem sujeitos ao artigo 107 da LDA possam ter incidido em reprimenda mais gravosa do que os contrafatores de que trata o art. 103, de modo a merecerem *castigo* mais severo.

[b] Comentários

Este primeiro inciso cuida de um reforço jurídico ao resguardo tecnológico corriqueiramente chamado de DRM (*digital rights management*). Ou seja, até mesmo se o terceiro não autorizado for técnico o suficiente para perpassar a *redundância* tecnológica de proteção, tal, *per se*, importará em ato ilícito.

Entretanto, há de se ter em mente que certos DRM são utilizados para atravancar o rol exemplificativo de liberdades dos artigos 46, 47 e 48 da LDA, ou da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais (à exemplo do art. 215

da CRFB) nas relações interprivadas. Nestas hipóteses, o tipo não pode servir à tutela daquele que sem lícitude busca constranger os usos livres.

[c] Comentários

Nesta parte do excerto, o destinatário do enunciado normativo é aquele que através de aparatos tecnológicos consegue acessar o conteúdo material do direito conexo, em geral, da transmissão de que trata o artigo 95 da LDA.

Como hipótese imagine-se o agente econômico que contrata determinada prestação consumerista de uma “televisão à cabo”. Entretanto, ao invés de almejar uma assinatura mais onerosa pecuniariamente, realiza-se outra em patamar mais acessível, mas, faz-se uso de *gambiarras* no decodificador para que acesse conteúdo restrito para qual não houver remuneração.

[d] Comentários

O enfoque do tipo é punir o agente econômico *endógeno* ou *interrelacionado* às Associações de Gestão de Direitos Coletivos que *sonega* ou *adultera* dados sensíveis à percepção do crédito de terceiros. Este tipo deve ser lido em conexão ideológica com o texto do art. 109-A.

O dispositivo, no entanto, está mal redigido quando trata de consentimento, visto que até mesmo o aceite de alguém sobre a supressão dos dados poderá impactar no interesse legítimo de terceiros partícipes da relação jurídica complexa da titularidade de uma obra. Desta forma, a priori, não se deve ter como legítima qualquer modificação sobre os dados atinentes à gestão coletiva.

[e] Comentários

O último inciso do artigo 107 é uma variação do penúltimo inciso (mas também aplicável aos demais incisos desta regra), alocando o ônus da prova quanto à sapiência para o acusador, autor da pretensão compensatória, inibitória. Não se poderá presumir o conhecimento da adulteração/supressão feita por um terceiro para efeitos da execução pública. Na prática trata-se de prova diabólica.

9. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 108 DA LDA:

“Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome,

pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma [a]: I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos [b]; II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor [c]; III - tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior [d]”.

[a] Comentários

Este tipo faz remissão implícita aos artigos 12 e 24, II da LDA, tratando das consequências jurídicas do vilipêndio aos deveres jurídicos atinentes à autoria. Novamente, aqui há a explicitação da sanção havida para quem venha a ignorar os liames existenciais do perpétuo vínculo entre criador e criatura (ABRÃO, 2014, p. 139).

Nota-se, portanto, um comando com uma dicotomia de obrigações ao sujeito de direito que tiver causado dano injusto: a compensação aos vilipêndios à esfera psicofísica/liberdade/igualdade/solidariedade da vítima somada à reparação específica de sanar a supressão da informação acerca da autoria.

Ventile-se que a reparação específica é uma das tendências mais importantes da responsabilidade civil, como é o exemplo concreto do Direito de Resposta (art. 5º, V, da CRFB) e do Desagravo ao Causídico (art. 7º, XVII, da Lei 8.906/94). Tal forma regulatória supera a limitação às respostas puramente capitalistas como o lenitivo pecuniário, e servem para estancar a continuidade do dano injusto.

O dispositivo, de outro lado, não ignora a existência de setores em que o curto hiato temporal da obra possa importar numa exposição diminuta do labor estético, a exemplo das obras publicitárias. Contudo, tal não é razão para dar efetividade às cláusulas contratuais nos pactos de adesão nos quais o(s) autor(es) aceitam a omissão quanto a autoria, visto que tal importaria em violação à ordem pública, aos valores da personalidade, e aos direitos fundamentais sensíveis (art. 5º, XXVII e XXVIII da CRFB).

No ambiente dos serviços de streaming musical, a omissão à autoria não é de todo incomum, ainda que o seja de todo ilegal.

[b] Comentários

O inciso primeiro do art. 108 incide na hipótese da omissão do autor ou da atribuição da autoria incorreta em obra exposta ou descrita na radiodifusão, com a interessante característica da multiplicidade em três vezes a retificação informacional. Se de um lado o legislador foi feliz ao delimitar a obrigação de fazer ao mesmo horário, acabou sendo silente sobre o foco/local no qual a retificação deve ser feita, nem, tampouco, estipulou um prazo mínimo para fazer o comunicado.

Explica-se, o violador condenado à reparação específica poderá vilipendiar o *lex geist* ao buscar hermenêutica que lhe permita transmitir a retificação informacional em um outro canal/radio frequência (menos prestigiado) do grupo econômico, ou fazê-lo por tempo muito menor do que o destaque errôneo originalmente formulado.

Desta forma, é mister a interpretação teleológica do tipo com a atribuição correta da autoria na exata mesma origem da transmissão da informação original, durante os três dias, no mesmo horário, e pelo mesmo tempo dedicado à interlocução equivocada.

[c] Comentários

Nas hipóteses de omissão ou atribuição errônea da autoria em material impresso, a perpetuação no tempo do dano existencial atinge a vítima de forma mais brusca do que aquela praticada sem um objeto de fixação. Desta forma, aglutinada à obrigação da comunicação ao público pelas mesmas três vezes que no primeiro inciso, às obras que ainda não saíram do controle do emissor da equivocada/incompleta informação dever-se-á fazer um aditamento, um opúsculo, com a locução adequada.

Note-se que apenas à mesma edição é que se estará circunscrito à simples errata, mas em uma nova edição ou reimpressão do material, a informação sobre a correta autoria deve estar completamente inserta, sob pena de nova violação à esfera jurídica do autor.

[d] Comentários

No último inciso do artigo 108 o Legislador apenas teve o cuidado de redigir modalidade de vilipêndio existencial mais abrangente possível, funcionando, quase, como uma cláusula subsidiária de pretensão.

10. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 109 DA LDA:

“Art. 109. A execução pública feita em desacordo com os arts. 68, 97, 98 e 99 desta Lei [a] sujeitará os responsáveis[b] a multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago[c]”.

[a] Comentários

Recentemente um precedente do STJ (depois reiterado em outras *fattispecie* símiles – 2ª Seção, Min. Ricardo Villas Boas Cueva, REsp 1.559.264, e REsp 1.567.780) fixou um entendimento bastante ‘generoso’ sobre o que se interpreta como execução pública para efeitos do *streaming*. Ou seja, ao lado do vetusto entendimento consolidado na doutrina (FRANCISCO & VALENTE, 2016, p. 315) sobre o que seria execução pública, até mesmo a *disponibilidade abstrata* pela internet também assim restou equiparado (vide o artigo “O STJ e o Streaming”, no site JOTA, de autoria de Pedro Marcos Nunes Barbosa).

Neste sentido, há uma alteração arquitetural ao ampliar o campo do que seja execução pública em comparação, v.g., com o que trata da simples distribuição: o protagonismo do ECAD.

Com relação a este excerto do artigo há a remissão às cláusulas de controle dos artigos 68, 97, 98 e 99 da LDA, ou seja, (i) o cerne de que uma autorização prévia e expressa seja emanada do titular (seja ele autor ou não) e (ii) o poder atribuído às associações de titulares. Tal tipo de redação da cláusula remete ao desidério de atribuição de controle da obra em favor do titular, formulado por parte do legislador.

[b] Comentários

A redação sobre o sujeito de direito da oração denota o caráter de pluralidade dos responsáveis. Entretanto, a redação do dispositivo não expressa a solidariedade passiva, tal como foi feito no artigo 104 e 110 da mesma LDA. Destarte, tomando-se a regência do art. 265 do CC, nota-se que inexistente solidariedade e sim corresponsabilidade nos limites da contribuição para o dano ou, no máximo, a subsidiariedade dos agentes da cadeia econômica que se beneficiou da contrafação.

[c] Comentários

Na prescrição de sanção em vinte vezes o preço que seria pago na hipótese de autorização prévia e expressa do titular, há inconstitucionalidade flagrante,

tendo em conta o postulado da proporcionalidade. A hipertrofia legislativa em favor do proprietário, aqui, ultrapassou qualquer limite aceitável, incidindo em uma punição próxima ao confisco.

Não é à toa, portanto, que o STJ claramente interpreta o castigo de 20x com enorme prudência, destacando que a *“elevada multa prevista no art. 109 da novel Lei n. 9.610, equivalente a vinte vezes o valor devido originariamente, não é de ser aplicada a qualquer situação indistintamente, porquanto objetiva, por seu caráter punitivo e severa consequência, não propriamente penalizar atraso ou omissão do usuário, mas, sim, a ação de má-fé, ilícita, de usurpação do direito autora (...) Temperamento que se põe na aplicação da lei, sob pena de se inviabilizar a própria atividade econômica desenvolvida pelo usuário, com prejuízo geral”* (STJ, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho Junior, REsp 439.441/MG, DJ 10.03.2003). Em outros feitos, o “Tribunal da Cidadania” tomou como parâmetro para aplicação da “generosa” multa o grau de má-fé do acusado: pois *“sanção de multa do art. 109 da Lei n. 9.610/98, não se aplica à espécie, posto inexistir procedimento doloso que a justificasse e amparasse”* (4ª Turma, Min. Honildo Amaral de Mello Castro, REsp 704.459/RJ, DJ 08.03.2010); e a *“aplicação da elevada multa prevista no artigo 109 da Lei n. 9.610/1998 demanda a existência de má-fé e intenção ilícita de usurpar os direitos autorais”* (3ª Turma, Min. Sidnei Beneti, ArRg AREsp 233.232/SC, DJ 04.02.2013)

Aqui pode se repetir a influência do Direito Civil perante a cláusula penal que, no texto do artigo 412 do CC, precata o interessado de receber prestação maior do que o da obrigação principal. Tal se dá pela lógica que o Direito Privado denota de manietar que o credor prefira o inadimplemento à prestação integral da obrigação. Ou seja, a se afastar o vilipêndio ao postulado da proporcionalidade – e, ainda, à tutela excessiva do bem jurídico –, ter-se-ia a situação em que o titular do direito do autor torça para que alguém – executando a obra em um contexto de execução pública – use a *oeuvre* sem seu consentimento do que negocie uma licença.

11. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 109-A DA LDA:

“Art. 109-A. A falta de prestação ou a prestação de informações falsas no cumprimento do disposto no § 6º do art. 68 e no § 9º do art. 98 sujeitará os responsáveis, por determinação da autoridade competente e nos termos do regulamento desta Lei, a multa de 10 (dez) a 30%

(trinta por cento) do valor que deveria ser originariamente pago, sem prejuízo das perdas e danos [a] Parágrafo único. Aplicam-se as regras da legislação civil quanto ao inadimplemento das obrigações no caso de descumprimento, pelos usuários, dos seus deveres legais e contratuais junto às associações referidas neste Título [b]”

[a] Comentários

Se o direito privado foi sujeito a profundas transformações através da expansão da boa-fé objetiva em sua faceta do *dever de informar*, o mesmo pode ser aplicado neste tipo que equivale à omissão ou à imprecisão informacional. A inclusão do artigo 109-A à LDA adveio de um ano particularmente turbulento no contexto da execução pública e do vínculo jurídico com o ECAD. Como não se desconhece, o ano de 2013 foi caracterizado por uma severa sanção pela agência reguladora do setor da concorrência (CADE), além de um movimento social e cultural que pugnava por maior sindicabilidade e transparência nos critérios da associação arrecadadora.

Nesta senda adveio a Lei 12.853/2013 que enfocou no princípio republicano que tem na *exposição dos dados* um de seus esteios. A se subsumir ao critério legal, em primeiro lugar o agente econômico interessado em executar a obra de terceiro deve buscar a autorização prévia e expressa do seu titular, mas seus deveres jurídicos não param por aí. Note-se que com o advento do art. 109-A houve uma aproximação do regime jurídico dos Direitos Autorais com aquilo que se pratica no Direito Tributário: além de pagar o tributo, há uma obrigação acessória consistida na declaração sobre que operações econômicas foram providenciadas, sua origem e destinatário.

Ressalte-se que o percentual fixado a título de violação de deveres anexos se mostra compatível com o postulado da proporcionalidade, diferentemente de sanções homéricas e ‘cruéis’ como a do art. 109 da mesma LDA. Tal não é, sublinhe-se, uma coincidência. Diferentemente da redação original desta Lei promulgada em 1998 que predominantemente levou em conta o núcleo de interesse dos autores e proprietários, a inclusão de 2013 tomou a cautela de cotejar todos os sujeitos da relação jurídica poliédrica que constitui da titularidade de direito autoral (seja como bem de produção ou como bem cultural – SOUZA, 2012, p. 67). Destarte, ao estabelecer a cláusula penal à violação da obrigação de informar (corretamente), precatou-se de sancionar de maneira iníqua o violador.

O Legislador foi feliz, novamente, ao estabelecer que a sanção advirá da “autoridade competente” que realizará a jurisdição do *quantum debeatur*, seja ela – e corriqueiramente o será – o Órgão Judiciário Estatal, ou, no que é possível a partir da cláusula compromissória, a arbitragem.

De outro lado, a Autoridade Competente também pode ser o Ministério da Cultura, na forma e na medida em que o teor foi regulado pelo Decreto 8.469/2015.

[b] Comentários

O parágrafo único do art. 109-A serve para influenciar aquilo que já é praticado pela Doutrina e pela Jurisprudência: a remissão e a aplicação subsidiária das regras jurídicas advindas do Direito Civil.

Não obstante também é possível realizar hermenêutica ampliativa da regra jurídica para cotejar as hipóteses em que o vínculo principal (um contrato de licença de direitos autorais entre duas sociedades empresárias) se dê em um contexto de Direito Comercial. *Mutatis mutandi*, a expressão “legislação civil” poderá ser interpretada como oposição às regras de cunho penal, e, também abarcar o ambiente do direito empresarial evitando tratamentos paternalistas aos sujeitos de direito hipersuficientes.

No tocante à violação da obrigação atinente ao dever de informar, duas consequências exurgem: a sanção econômica, mas, ainda, a obrigação de retificar a informação errada ou de prestar o dado adequado quanto àquilo que foi executado.

12. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 110 DA LDA:

“Art. 110. Pela violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas, realizados nos locais ou estabelecimentos a que alude o art. 68 [a], seus proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos [b]”.

[a] Comentários

Tomando-se como premissa de que fora do rol exemplificativo do art. 46-48 da LDA, da incidência constitucional sobre os direitos culturais, e longe daquilo

que é autorizado pela Convenção União de Berna, carente a autorização prévia e expressa do titular, o uso da obra seria tida como *violadora*.

Levando-se em conta as legítimas críticas da convivência da redação literal do art. 68 da LDA com as normas prolatada pelo STF com relação à primazia da liberdade de expressão na hipótese das biografias (ADI 4815, Rel. Min. Carmen Lucia), e no tocante as paródias perante as campanhas políticas (ADI 4451, Prof. Dr., Rel. Min. Ayres Britto), é de se questionar se o texto do referido artigo permanece compatível com a ordem constitucional.

No tocante à remissão sobre o contexto do que seja *estabelecimento* para efeitos da presente regra, leve-se em conta que o estabelecimento pode ser físico-tradicional ou virtual (vide nossa obra “E-stabelecimento”, publicada pela Quartier Latin, 2018), como ocorre com a radiodifusão e com a internet. Tal entendimento quanto à execução pública na internet foi confirmada pelo STJ no famoso julgado do caso ECAD vs. Oi acerca do uso do *streaming* (REsp 1559264, Min. Villas Boas Cueva).

[b] Comentários

Está-se diante de uma expressa previsão de solidariedade passiva, visando maximizar as chances da obtenção da tutela compensatória por parte do credor, qual seja o titular dos direitos autorais violados. Consigne-se que o dispositivo é abstrato quanto ao tipo de violação que se terá (se restrita ao campo existencial, ao campo patrimonial ou em ambos os casos), mas, pelo *geist* do texto percebe-se que o intuito é o de precatar o uso não autorizado do qual careça a remuneração ao proprietário.

A solidariedade é uma eficiente arquitetura utilizada em outras leis, como ocorre no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), na tutela do hipossuficiente, em geral visando superar a discussão sobre *causa* direta e imediata dos danos (ao menos no tocante à pertinência subjetiva).

13. CONCLUSÃO

Diante da subsunção e da suprassunção proposta diante da legalidade constitucional, além dos precedentes do STJ, pertinente à Lei 9.610/98, o que a doutrina tradicional não se propôs a resolver é a possibilidade do *bem jurídico* tutelado quando, simultaneamente, uma violação aos direitos autorais puder

ter consequências concorrenciais (BARBOSA, 2022). Coteje-se a hipótese de dois cinemas (“A” vs. “B”) organizados por sociedades empresárias concorrentes que estejam exibindo um mesmo teor audiovisual de outrem (“C”). Se a sociedade “B” não está pagando pelos direitos de exibição de “C”, além de atentar contra seus direitos de exclusividade que incidem sobre a criação estética, também poderá competir contra “A” com um custo fixo menor. Assim, é de se questionar se o único bem jurídico tutelado pela Ordenação seja aquele protegido pela Lei 9.610/98 em favor de “C”, excluindo-se a tutela pelas obrigações de não fazer cabíveis em favor de “A”, pela proteção contra os atos de concorrência desleal de “B” (Lei 9.279/9).

Não obstante, nota-se que a legalidade constitucional já oferece proteção suficiente nos conflitos hipotéticos de agentes como “C” e “A”, sendo a crise de tutela dos direitos autorais mais pertinentes ao campo da eficácia, do que o do amparo normativo das fontes formais.

14. BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor*. 2ª Edição, São Paulo: Migalhas, 2014.
- BARBOSA, Denis Borges. *Questões Fundamentais de Direito de Autor*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Curso de Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *O STJ e o Streaming* São Paulo: JOTA, 2017.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 4ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2000.
- COSTA NETTO, José Carlos. *Estudos e Pareceres de Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2015.
- DELGADO, Luciano Oliveira. *A efetividade da Tutela art. 105 da Lei n. 9.610/1998*. In Org. MATTES, Anita & PONTES, Leonardo Machado & COSTA NETTO, José Carlos & EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle & CARASSO, Larissa Andréa. *Direito Autoral Atual*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico/Elsevier, 2015.

- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial. O Estatuto do Estabelecimento e a Empresa Mercantil - Sexto Volume*. São Paulo: Saraiva, 1962.
- FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral. Da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- FRANCISCO, Pedro Augusto P. & VALENTE, Mariana Giorgetti. *Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2016.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- JHERING, Rudolf Von. *Teoria Simplificada da Posse*. Campinas: Editora Russell, 2009.
- JHERING, Caspar Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- TARUFFO, Michele. *A Prova*. Traduzido por João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- SOUZA, Allan Rocha. *Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

NORMAS ANTINÔMICAS: CRITÉRIOS SOLUCIONADORES

Reis Friede¹

Resumo: o ordenamento jurídico constituiu-se em um sistema de normas jurídicas, do que se infere que as normas em questão não se encontram dispostas isoladamente, mas se relacionam umas com as outras, formando um *sistema* provido dos *atributos* da *unidade*, *coerência* e *completude*. Em virtude da *coerência* que deve caracterizar o ordenamento, a existência de duas normas antinômicas “não consegue garantir nem a *certeza*, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a *justiça*, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria” (BOBBIO). Destarte, o presente artigo discorre sobre o problema decorrente das antinomias e respectivos critérios solucionadores.

Palavras-chave: ordenamento jurídico; unidade; coerência; completude; antinomia.

Abstract: the legal order has constituted itself as a system of legal standards, which makes us infer that these standards are not singly arranged, but relating to each other, forging a *system* provided with the *attributes* of *unity*, *coherence* and *completeness*. Due to the *coherence* that must characterize the legal order, the existence of two rules in antinomy “cannot guarantee the *certainty*, understood as the possibility that the citizen has to predict with exactitude the legal consequences of his own behavior, nor even the *justice*, understood as the equal treatment for people of the same category” (BOBBIO). Therefore, the current article discourses about the problem brought by the antinomies and their respective solving criteria.

Keywords: legal order; unity; coherence; completeness; antinomy.

¹ Desembargador Federal, Diretor-Geral da Escola de Magistratura Federal da 2ª Região (biênio 2023/25), ex-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/> . E-mail: reisfriede@hotmail.com .

1. INTRODUÇÃO

Em uma definição preliminar, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico constituiu-se em um complexo sistema de normas jurídicas (regras e princípios), significação que denota, desde logo, que as normas em questão não se encontram dispostas isoladamente, mas, ao contrário, relacionam-se umas com as outras, formando um genuíno *sistema* provido de determinados *atributos* (*unidade, coerência e completude*), conforme será abordado no presente texto.

2. ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico, caracterizado por sua complexidade intrínseca, pode ser traduzido, em linhas gerais, como um *conjunto de normas jurídicas*. Não obstante a simplicidade de tal definição, trata-se de expressão que abrange muito mais elementos, independente das diversas naturezas e classificações que se lhe possam atribuir (FERRAZ JR., 2015, p. 139-140).

No preâmbulo do capítulo I da obra intitulada *Teoria do Ordenamento Jurídico*, BOBBIO (1999, p. 19) menciona uma frase cuja essência sintetiza boa parte do conteúdo teórico a ser desenvolvido no presente texto: “as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”. A presente citação evidencia, em primeiro lugar, que “as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade”, isto é, formam um *ordenamento jurídico*, não obstante a existência de normas das mais variadas naturezas temáticas (constitucionais, processuais, penais, civis, administrativas, eleitorais, tributárias, ambientais, etc). Da mesma forma, a referida elocução põe em relevo a importância não apenas do estudo da norma jurídica individualmente considerada (assunto a ser abordado no âmbito da *Teoria da Norma*), mas, também, de sua inter-relação com outras normas integrantes de um dado *sistema*, vocábulo que, segundo argumenta SOARES (2013, p. 111), pode ser *semanticamente* definido como “toda ordenação racional de elementos naturais ou sociais, a qual pode ser decomposta analiticamente em duas dimensões”, quais sejam, o *repertório* (elementos que integram o sistema) e a *estrutura* (padrão de organização dos referidos elementos sistêmicos).

BOBBIO, reconhecendo que a norma jurídica era tradicionalmente a única perspectiva através da qual se estudava o Direito, posto que não se concebia

o ordenamento jurídico como um objeto *autônomo* de estudo, propõe, na aludida obra, uma teoria destinada a analisá-lo, separada e particularmente. Assim, diante da verificação de que as normas jurídicas *não existem*, mas, sim, *coexistem*, é possível afirmar que a *Teoria do Ordenamento Jurídico* constitui-se em uma das mais relevantes contribuições de BOBBIO para a compreensão do fenômeno jurídico no seu aspecto *global*. Afinal, conforme afirma o autor italiano, o ordenamento jurídico, “além de regular o comportamento das pessoas, *regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras*”. Igualmente considerando o caráter sistêmico inerente ao ordenamento jurídico, KELSEN (1987, p. 207), na célebre *Teoria Pura do Direito*, assevera que “todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma *norma fundamental* formam um *sistema de normas*, uma *ordem normativa*”. Nota-se, portanto, que KELSEN e BOBBIO, nas mencionadas obras, procuram demonstrar que o fenômeno jurídico não é representado apenas pela norma particularmente concebida, mas também por um autêntico sistema normativo.

A doutrina nacional também alude a tal caráter sistêmico do ordenamento jurídico, atributo assinalado, por exemplo, por SILVA (2015, p. 35), mormente quando afirma que o Direito é um “fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido”, consistindo, portanto, em um “sistema normativo”, fenômeno que se operou ao longo do tempo, conforme explica (LAFER, 1988, p. 39).

3. ATRIBUTOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO

BOBBIO, em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*, discorre sobre os atributos da *unidade*, *coerência* e *completude* do ordenamento jurídico, refletindo a respeito das seguintes questões: *a) As normas jurídicas que integram um determinado ordenamento constituem uma unidade? b) O ordenamento jurídico pode ser entendido como um sistema coerente? c) E, da mesma forma, pode ser considerado completo? As respostas para tais questões serão expostas a seguir.*

É cediço que as normas jurídicas que integram o ordenamento jurídico não se encontram isoladas, mas interligadas e entrelaçadas, constituindo um todo harmônico. As normas, como as pessoas, não vivem isoladas, mas em conjunto e, como consequência, formam o que se denomina ordenamento jurídico.

De acordo com KELSEN, um dado conjunto de normas jurídicas, para que possa efetivamente formar um ordenamento jurídico, precisa ser dotado, entre outros predicados, de *unidade*. Assim, segundo tal qualidade, as normas que integram determinado sistema normativo podem ser reconduzidas a uma única norma, aquela que KELSEN (1987, p. 220) denominou de *norma fundamental*, caracterizando o Direito como uma unidade institucional.

O texto acima transcrito permite inferir que KELSEN considera válida uma norma jurídica quando se fundamenta em outra norma que lhe é *hierarquicamente superior*, ou seja, a norma inferior decorre de uma *derivação* daquela que lhe é superior, concepção da qual se extrai uma visão *hierarquizada e escalonada* do sistema, representado por uma *pirâmide normativa*. Diante de tal pensamento kelseniano, e conforme referido por SOARES (2013, p. 113), “uma norma jurídica não vale somente porque tem determinado conteúdo”, vale dizer, “porque seu conteúdo pode ser deduzido *materialmente* pela via de um raciocínio lógico de um preceito normativo superior, mas porque ela é criada de uma *forma* determinada pela normatividade jurídica superior”.

Significa afirmar, pois, que a validade de uma norma jurídica deve ser analisada sob os prismas *material* (o conteúdo da norma inferior deve ser compatível com o que prescreve a norma superior) e *formal* (a norma inferior deve ser produzida de acordo com a forma prescrita pela norma superior, ou seja, pelo órgão competente para elaborá-la, e em conformidade com o procedimento previsto para tal mister). Por exemplo, assevera o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição de 1988 que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Posteriormente, prevê o art. 22, inciso I, da Lei Maior que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal, do que se infere que a validade formal de uma lei penal (norma inferior) exige que sua produção obedeça ao disposto no Texto Magno. Assim, somente ao Congresso Nacional (Senado Federal e Câmara dos Deputados) cabe elaborar uma lei de natureza penal, a ser sancionada pelo Presidente da República, em fiel subordinação ao processo legislativo (conjunto de fases pertinentes à elaboração de textos legais) fixado pela norma superior (a Constituição Federal).

BOBBIO, para quem a dita norma fundamental configura um “termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico”, acolhe, nitidamente, a *Teoria Escalonada* proposta por KELSEN:

“Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por KELSEN. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu

núcleo é que *as normas de um ordenamento jurídico não estão todas num mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. É essa a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado ‘ordenamento.’ (BOBBIO, 1999, p. 49)

Observa-se, portanto, que a noção de *norma fundamental* (*Grundnorm*), categoria extraída da profícua reflexão de KELSEN, configura, para BOBBIO, um dos pontos cardeais, mormente quando o professor italiano afirma que tal *norma fundamental* cumpre justamente o papel de conferir *unidade* às demais normas jurídicas integrantes do sistema, funcionando, deste modo, como um autêntico *ponto de unidade*, sem o qual as normas se constituiriam tão somente em um emaranhado normativo, jamais em um ordenamento. Ademais, consoante explica BOBBIO, as “normas de um ordenamento são dispostas em *ordem hierárquica*”, o que resta evidente diante da constatação de que existem normas *superiores e inferiores*.

Em síntese, de acordo com tal princípio, as normas fundam-se em (ou derivam de) outras normas, constituindo uma linha de descendentes sucessivos a partir de um ascendente comum (a *norma fundamental*), em relação à qual as demais normas (as *normas fundadas*) buscam as respectivas validades.

Uma vez constatado que o ordenamento jurídico configura uma *unidade*, o ilustre autor italiano passa a conjecturar a respeito de sua *sistematicidade*, o que significa perquirir se as normas jurídicas que integram um dado sistema são *coerentes* entre si. Para BOBBIO (1999, p. 71) o termo *sistema* pode ser definido como “uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”. Por conseguinte, o Direito, enquanto autêntico *sistema normativo*, não condiz com a noção de *antinomia*, ou seja, não admite a existência de normas (pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade) incompatíveis entre si.

“Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.” (BOBBIO, 1999, p. 86)

Cabe salientar que o próprio BOBBIO (1999, p. 87) reconhece que a definição supra não está completa, razão pela qual adverte que o fenômeno da *antinomia*, para que possa ocorrer no plano fático, requer duas condições, a saber: em primeiro lugar, “as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento”; e, ainda, ambas as “normas devem ter o mesmo âmbito de validade”. A respeito de tal característica e respectiva importância, afirma BOBBIO:

“A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.” (BOBBIO, 1999, p. 113)

Com efeito, *unidade* e *coerência* são reconhecidamente dois atributos que devem necessariamente assinalar um dado Ordenamento Jurídico, conforme já decidiu, inclusive, o Supremo Tribunal Federal.

“Os postulados que informam a teoria do Ordenamento Jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma *unidade institucional*, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um *vínculo de essencial coerência*. O Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexistem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância

compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado.”

(STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário nº 160.486/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 11.10.1994)

Por *completude*, segundo a lição de BOBBIO, “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”. Diante de tal definição preambular, e considerando que a ausência de uma norma é tradicionalmente denominada de *lacuna*, reveladora de uma imperfeição do sistema, o termo *completude*, por conseguinte, traduz exatamente a falta de lacuna.

“Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.” (BOBBIO, 1999, p. 115)

BOBBIO (1999, p. 116) identifica a existência de um nexo entre os atributos da *coerência* e da *completude*. Para o autor italiano, a noção de *coerência* exprime a “exclusão de toda situação a qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem”, ao passo que a *completude* significa a eliminação “de toda situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem”. Deste modo, *incoerente* é o “sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite”, enquanto que *incompleto* é o “sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite”.

Ao analisar historicamente o atributo da *completude*, BOBBIO (1999, p. 119-120) comenta que tal dogma, isto é, “o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade”, é considerado, por alguns autores, “como um dos aspectos relevantes do Positivismo Jurídico”, sendo fruto, provavelmente, da “tradição românica medieval, dos tempos em que o Direito romano vai sendo, aos poucos, considerado como o Direito por excelência, de uma vez por todas enunciado no *Corpus Iuris*”, dotado de “regras que dão ao bom intérprete condições de resolver todos os problemas jurídicos apresentados ou por apresentar”. Tal dogma, segundo afirma BOBBIO, é objurgado, pela primeira vez, pela designada *Escola do Direito Livre*.

“Se quisermos criticar o fetichismo legislativo dos juristas, precisaremos em primeiro lugar abolir a crença de que o Direito estatal é completo.

A batalha da Escola do Direito Livre contra as várias escolas da exegese é uma batalha pelas lacunas. Os comentadores do Direito constituído acreditavam que o Direito não tivesse lacunas e que o dever do intérprete fosse somente o de tornar explícito aquilo que já estava implícito na mente do legislador. Os sustentadores da nova escola [a Escola do Direito Livre] afirmam que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais suscitam, além e fora de toda a regra pré-constituída.” (BOBBIO, 1999, p. 123)

Não obstante a crítica acima, os defensores do dogma da completude lançaram mão de uma série de argumentos para combatê-la, sendo o primeiro deles o que BOBBIO convencionou chamar de *espaço jurídico vazio*, assim explicado:

“Um caso ou está regulado pelo Direito, e então é um caso jurídico ou juridicamente relevante, ou não está regulado pelo Direito, e então pertence àquela esfera de livre desenvolvimento da atividade humana, que é a esfera do *juridicamente irrelevante*. Não há lugar para a lacuna do Direito. [...]. Até onde o Direito alcança com as suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio e, portanto, não há lacuna no Direito, mas a atividade indiferente ao Direito.” (BOBBIO, 1999, p. 129)

Em síntese, a teoria em questão apregoa que o ordenamento jurídico não possui *lacunas*, notadamente “porque, onde falta o ordenamento jurídico, falta o próprio Direito e, portanto, deve-se falar mais propriamente em *limites* do ordenamento jurídico do que de lacunas” (BOBBIO, 1999, p. 132). O ponto fraco de tal argumento, diz BOBBIO (1999, p. 130), reside no fato de que a teoria do *espaço jurídico vazio* “nasce da falsa identificação do jurídico com o obrigatório”, o que levou o mencionado autor a formular a seguinte indagação: “aquilo que não é obrigatório, e, portanto, representa a esfera do permitido e do lícito, deve ser considerado juridicamente irrelevante ou indiferente? Aqui está o erro”.

Tendo em vista o insucesso da teoria anterior (que alude à existência de um *espaço jurídico vazio*), os adeptos da ideia de *completude* desenvolveram uma nova proposição, sustentando, da mesma forma, não haver lacunas, “mas pela razão inversa, isto é, pelo fato de que o Direito nunca falta”.

“Uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as consequências jurídicas que desta

regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo *exclui* daquela regulamentação todos os outros comportamentos. Uma norma que proíbe fumar exclui da proibição, ou seja, permite, todos os outros comportamentos que não sejam fumar. Todos os comportamentos não-compreendidos na *norma particular* são regulados por uma *norma geral exclusiva*, isto é, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela *norma particular*." (BOBBIO, 1999, p. 133)

BOBBIO (1999, p. 135-136), igualmente, refuta o argumento acima e, para tanto, assevera que no ordenamento jurídico não existem apenas "um conjunto de *normas particulares inclusivas* e uma *norma geral exclusiva* que as acompanha", havendo, também, "um terceiro tipo de norma, que é *inclusiva* como a primeira e *geral* como a segunda", chamada por BOBBIO de *norma geral inclusiva*, cuja característica é "regular os casos não-compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, de *maneira idêntica*"; desta feita, diante de um caso não-regulamentado (havendo, portanto, uma lacuna), utiliza-se a *norma geral inclusiva*.

4. O PROBLEMA DAS ANTINOMIAS

Conforme visto anteriormente, a *coerência* é uma das características do ordenamento jurídico. Assim, segundo BOBBIO (1999, p. 113), "onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e, portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a *certeza*, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a *justiça*, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria", fenômeno que demanda uma solução a ser buscada no âmbito do próprio sistema normativo, e que originou uma série de critérios destinados a resolver os quadros antinômicos.

4.1. Classificação das Antinomias

No âmbito de uma abordagem classificatória, DINIZ (2000, p. 470-472) apresenta as antinomias a partir dos seguintes critérios:

a) Quanto à solução: *antinomias aparentes* ("quando os critérios destinados

à solução das antinomias forem normas integrantes do próprio ordenamento jurídico”) e *antinomias reais* (“quando não houver, na ordem jurídica, qualquer critério normativo apto a solucioná-las, razão pela qual a eliminação do problema demanda a edição de uma nova norma”).

b) Quanto ao conteúdo: *antinomias próprias* (“quando uma conduta aparece, ao mesmo tempo, como prescrita e não-prescrita, proibida e não-proibida, prescrita e proibida”) e *antinomias impróprias* (“que decorrem do próprio conteúdo material das normas”). As *antinomias impróprias*, por sua vez, desdobram-se em *antinomias de princípios* (“se houver desarmonia numa ordem jurídica pelo fato de dela fazerem parte diferentes ideias fundamentais”), *antinomias valorativas* (“quando o legislador não se mostra fiel a uma valoração realizada por ele próprio”) e *antinomias teleológicas* (“quando há incompatibilidade entre os fins alvidados por uma norma e os meios previstos por outra para a consecução dos aludidos fins”).

c) Quanto ao âmbito: *antinomias de Direito Interno* (“que ocorrem entre normas de um mesmo ramo do Direito ou mesmo entre aquelas de diferentes ramos jurídicos”), *antinomias de Direito Internacional* (“que aparecem entre convenções internacionais, costumes internacionais, princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas, decisões judiciais, opiniões dos publicistas mais qualificados como meio auxiliar de determinação de normas de Direito, conforme preceitua o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, normas criadas pelas organizações internacionais e atos jurídicos unilaterais”) e *antinomias de Direito Interno-Internacional* (“que surgem entre uma norma de Direito Interno e uma norma de Direito Internacional, e resumem-se no problema das relações entre dois ordenamentos, da prevalência de um sobre o outro na sua coordenação”).

d) Quanto à extensão da contradição: sob tal perspectiva, e segundo categorização proposta por ALF ROSS, citado por DINIZ (2000, p. 471-472), as antinomias podem ser do tipo: *antinomia total-total* (“quando uma das normas não puder ser aplicada, em nenhuma circunstância, sem conflitar com a outra”), *antinomia total-parcial* (“quando uma das normas não puder ser aplicada, em nenhuma hipótese, sem conflitar com a outra, que tem um campo de aplicação conflitante com a anterior apenas em parte”) e *antinomia parcial-parcial* (“quando as duas normas tiverem um campo de aplicação que, em parte, entra em conflito com o da outra e, em parte, não”).

4.2. Critérios Solucionadores das Antinomias

KELSEN, na sua *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)*, adverte que o conflito normativo pressupõe a existência de duas normas jurídicas válidas. Destarte, caso uma delas não seja dotada de tal predicado, o fenômeno da antinomia, por consectário lógico, não restará configurado.

Tendo em vista que as antinomias traduzem um nítido conflito aparente de normas, carecem, pois, de critérios que viabilizem a respectiva solução e, em última análise, a manutenção da aludida coerência ínsita ao sistema. Quanto às antinomias e respectivos critérios solucionadores, BOBBIO (1999, p. 92-93) também as distingue entre *antinomias insolúveis* ou *reais* (quando o ordenamento jurídico não contém regra capaz de resolver o conflito diagnosticado, sendo solucionado, portanto, pela doutrina e jurisprudência a partir de decisões casuisticamente pensadas para cada caso) e *antinomias solúveis* ou *aparentes* (quando o ordenamento jurídico contém regra apta a solucionar o conflito *aparente* de normas, cuja resolução encontra-se nas próprias normas em situação *aparentemente* conflituosa), sendo estas resolvíveis a partir da incidência de um dos seguintes critérios:

a) O *critério cronológico* (*lex posterior derogat priori*; lei posterior derroga lei anterior): de fácil compreensão, o princípio da *lex posterior* é adotado, no Brasil, pelo art. 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), segundo o qual a lei posterior revoga a anterior quando entre elas houver incompatibilidade.

b) O *critério hierárquico* (lei *lex superiori derogat inferiori*; lei superior derroga lei inferior) preconiza que, havendo duas normas incompatíveis, deve prevalecer a hierarquicamente superior, consequência que se extrai justamente do princípio da hierarquia normativa.

“Uma das consequências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.” (BOBBIO, 1999, p. 93)

c) O *critério da especialidade* (*lex specialis derogat generali*, lei especial derroga

lei geral): de acordo com BOBBIO (1999, p. 93), “a lei especial deve prevalecer sobre a lei geral”, posto que “representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento”, de modo que “bloquear a lei especial frente à geral significaria paralisar esse desenvolvimento”.

BOBBIO (1999, p. 97) reconhece que os critérios acima referidos são insuficientes para resolver a denominada *antinomia de segundo grau*, na qual o problema não consiste mais em uma incompatibilidade entre *normas*; no caso em particular, incompatíveis são os próprios *critérios* (cronológico, hierárquico e da especialidade) apontados para a solução da questão antinômica.

“Ao lado do conflito entre as normas, que dá lugar ao problema das antinomias, há o conflito dos critérios para a solução das antinomias, que dá lugar a uma *antinomia de segundo grau*.” (BOBBIO, 1999, p. 107)

Resumindo tal insuficiência, BOBBIO assevera que o “critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial”. No entanto, conforme adverte o referido autor, “pode ocorrer antinomia entre duas normas contemporâneas; do mesmo nível e ambas gerais” (BOBBIO, 1999, p. 97). De fato, a chamada *antinomia de segundo grau* revela, na realidade, uma incompatibilidade entre os próprios critérios aplicáveis para a solução do problema. A doutrina, não obstante a existência de controvérsia sobre o assunto, admite, no confronto entre os mencionados critérios (hierárquico *versus* cronológico, especialidade *versus* cronológico e hierárquico *versus* especialidade), as seguintes propostas solucionadoras:

a) Critério hierárquico *versus* critério cronológico: o primeiro prevalece sobre o segundo, ou seja, incide a *norma superior*, eliminando-se, por conseguinte, a *norma inferior*. Assim, “na hipótese de haver conflito entre o critério *hierárquico* e o *cronológico*, a meta-regra *lex posterior inferiori non derogat priori superiori*, resolveria o problema, isto é, o critério cronológico não seria aplicável quando a lei nova for inferior à que lhe veio antes”, prevalecendo, pois, “o critério hierárquico, por ser mais forte que o cronológico, visto que a competência se apresenta mais sólida do que a sucessão no tempo” (DINIZ, 2000, p. 475).

b) Critério da especialidade *versus* critério cronológico: conforme explica

BOBBIO, tal conflito tem lugar quando uma *norma anterior-especial* é incompatível com uma *norma posterior-geral*. Nesta hipótese, o conflito deve ser resolvido em favor da primeira norma, ou seja, a “*lei geral sucessiva* não tira do caminho a *lei especial precedente*” (BOBBIO, 1999, p. 108). Deste modo, “em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori specialis*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica” (DINIZ, 2000, p. 475). No entanto, conforme adverte a autora, “a meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori specialis* não tem valor absoluto, tendo em vista certas circunstâncias presentes. Não há uma regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério” (DINIZ, 2000, p. 475).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, analisando o conflito existente entre uma *norma anterior-especial* (art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906/94) e uma *norma posterior-geral* (a Lei nº 12.258/01, que alterou o art. 295 do Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689/41), decidiu, para efeito de solução da antinomia, pela incidência do critério da especialidade em detrimento do cronológico.

“O Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), em norma não derogada pela Lei nº 10.258/2001 (que alterou o art. 295 do CPP), garante, ao Advogado, enquanto não transitar em julgado a sentença penal que o condenou, o direito de ‘não ser recolhido preso [...], senão em sala de Estado-Maior [...] e, na sua falta, em prisão domiciliar’ (art. 7º, inciso V). Trata-se de prerrogativa de índole profissional – qualificável como direito público subjetivo do Advogado regularmente inscrito na OAB – que não pode ser desrespeitada pelo Poder Público e por seus agentes, muito embora cesse com o trânsito em julgado da condenação penal. Doutrina. Jurisprudência. Essa prerrogativa profissional, contudo, não poderá ser invocada pelo Advogado, se cancelada a sua inscrição (Lei nº 8.906/94, art. 11) ou, então, se suspenso, preventivamente, o exercício de sua atividade profissional, por órgão disciplinar competente (Lei nº 8.906/94, art. 70, § 3º). A inexistência, na comarca ou nas Seções e Subseções Judiciárias, de estabelecimento adequado ao recolhimento prisional do Advogado confere-lhe, antes de consumado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o direito de beneficiar-se do regime de prisão domiciliar (RTJ 169/271–274 – RTJ 184/640), não lhe sendo aplicável, considerado o princípio da especialidade, a Lei nº 10.258/2001. Existe, entre o art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia (norma anterior especial) e a Lei nº 10.258/2001 (norma

posterior geral), que alterou o art. 295 do CPP, situação reveladora de típica antinomia de segundo grau, eminentemente solúvel, porque superável pela aplicação do critério da especialidade (*'lex posterior generalis non derogat priori specialis'*), cuja incidência, no caso, tem a virtude de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227), permitindo, assim, que coexistam, de modo harmonioso, normas em relação de (aparente) conflito."

(STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 109.213/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 28.08.2012)

No julgado acima, a Corte Suprema deliberou a respeito de um conflito entre os critérios da especialidade (*norma anterior-especial*, art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia) e cronológico (*norma posterior-geral*, Lei nº 10.258/01, que promoveu alteração no art. 295 do CPP), fazendo prevalecer o especial sobre o cronológico, ou seja, na hipótese examinada, a Lei nº 10.258/01 (*norma geral-posterior*) não derogou, ou seja, não revogou parcialmente, o aludido dispositivo do Estatuto da Advocacia (*norma anterior-especial*).

Da mesma forma, em outra ocasião, o Pretório Excelso conferiu primazia ao critério da especialidade.

"Não se ignora que a existência de antinomia de primeiro grau, quando solúvel, poderá ser superada pela utilização de critérios vários, entre os quais o da especialidade (*'lex posterior generalis non derogat priori specialis'*), cuja incidência tem a virtude de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmicas do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227), permitindo, assim, que coexistam, de modo harmonioso, normas em relação de (aparente) conflito. Também não se desconhece que o magistério jurisprudencial dos Tribunais, ao proceder ao exame comparativo entre o art. 1º da Lei nº 8.137/90 e o art. 334 do CP, reconhece a existência de mencionada antinomia, a ser superada mediante utilização do critério da especialidade [...]"

(STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 105.181/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 09.04.2013)

No *decisum* anterior, a Corte Magna, ao verificar um conflito entre os critérios da especialidade (*norma anterior-especial*, art. 334 do CP, Decreto-Lei nº 2.848/40) e cronológico (*norma posterior-geral*, art. 1º da Lei nº 8.137/90), corretamente entendeu pela prevalência daquele em relação a este.

c) Critério hierárquico *versus* critério da especialidade: em tal hipótese, constata-se uma incompatibilidade entre dois *critérios fortes* (o hierárquico e o da especialidade), isto é, uma *norma superior-geral* apresenta-se incompatível em relação a uma *norma inferior-especial*. Na presente hipótese, explica BOBBIO que:

“A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade”.

(BOBBIO, 1999, p. 107)

Segundo leciona DINIZ (2000, p. 475), “no conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma *norma superior-geral* e outra *inferior-especial*, não será possível estabelecer uma meta-regra geral dando prevalência ao critério hierárquico, ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do Direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer predominância”.

5. CONCLUSÃO

Em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, BOBBIO (1999, p. 19) menciona uma frase cuja essência sintetiza boa parte do conteúdo desenvolvido no presente texto: “as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”. A presente citação evidencia, em primeiro lugar, que “as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade”, isto é, formam um *ordenamento jurídico*. Da mesma forma, a referida elocução põe em relevo a importância não apenas do estudo da norma jurídica individualmente considerada, mas, também, de sua inter-relação com outras normas integrantes de um dado *sistema*.

BOBBIO, na mesma obra, discorre sobre os atributos da *unidade*, *coerência* e *completude*. Uma vez constatado que o ordenamento jurídico configura uma *unidade*, o ilustre autor italiano passa a conjecturar a respeito de sua *sistematicidade*, o que significa perquirir se as normas jurídicas que integram

um dado sistema são *coerentes* entre si. Por conseguinte, o Direito, enquanto autêntico *sistema normativo*, não condiz com a noção de *antinomia*, ou seja, não admite a existência de normas (pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade) incompatíveis entre si.

Destarte, a *coerência* consiste em uma característica fundamental do ordenamento jurídico. Segundo argumenta BOBBIO (1999, p. 113), “onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e, portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a *certeza*, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a *justiça*, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria”, fenômeno que demanda uma solução a ser buscada no âmbito do próprio sistema normativo, e que originou uma série de critérios destinados a resolver os quadros antinômicos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BRASIL. STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário nº 160.486/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11.10.1994.
- _____. STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 109.213/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28.08.2012.
- _____. Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 105.181/SC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 09.04.2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1987.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de HANNAH ARENDT*, São Paulo, Companhia das letras, 1988.
- SOARES, Ricardo M. F. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015.

CORRUPÇÃO PRIVADA, FUTEBOL E A LEI GERAL DO ESPORTE: O PRENUNCIADO FRACASSO NA PROMOÇÃO DO FAIR PLAY GERENCIAL-DESPORTIVO NA PÁTRIA DE CHUTEIRAS

Vlamiir Costa Magalhães¹

Resumo: O artigo discorre sobre o crime de corrupção privada no esporte, que foi previsto pela Lei n. 14.597, de 14 de junho de 2023 (Lei Geral do Esporte). A partir de dados sociológicos e econômicos, o estudo fundamenta a afirmação do futebol brasileiro como bem jurídico imaterial integrante do patrimônio cultural do povo ante sua figuração histórica como locus de combate à discriminação sociorracial. Ao fim, é apresentada a análise crítica da Lei Geral do Esporte no que diz respeito à proteção penal do fair play (honestidade e transparência) na governança desportivo-empresarial.

Palavras-chave: Corrupção privada – governança desportivo-empresarial – Lei Geral do Esporte – criminalidade econômica.

PRIVATE CORRUPTION, FOOTBALL AND THE GENERAL SPORTS LAW: THE PREDICTED FAILURE IN PROMOTING MANAGERIAL-SPORTING FAIR PLAY IN THE HOMETOWN OF FOOTBALL BOOTS

Abstract: This paper analyzes the crime of private corruption in sports, which was provided for by Law n. 14.597, of June 14, 2023 (General Sports Law). Based on sociological and economic data, the study substantiates the affirmation of Brazilian football as an intangible legal asset that is part of the people's cultural heritage given its historical

¹ Pós-doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Doutor e mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal. Autor do livro “Corrupção privada e futebol: um estudo à luz do direito comparado sobre o caso Fifagate e a proteção penal do *Fair Play* na governança desportivo-empresarial”.

role as a locus of combat against socio-racial discrimination. Finally, a critical analysis of the General Sports Law is presented with regard to the criminal protection of fair play (honesty and transparency) in sports-business governance.

Keywords: Private corruption – sports-business governance – General Sports Law – economic crime.

1. INTRODUÇÃO

A corrupção deixou de ser um problema local para se tornar um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, o que torna a cooperação internacional essencial para preveni-la e combatê-la. Esta declaração não nega a existência e perniciosa de casos de corrupção nos âmbitos local e nacional, germe e caldo de cultivo da grande corrupção, mas enfatiza que em um mundo com mobilidade crescente, com uso – e abuso – de meios tecnológicos e com a eliminação progressiva de controles – *não apenas físicos, como barreiras* fronteiriças –, existem alguns desafios que devem ser enfrentados globalmente, entre eles, a prevenção – em primeiro lugar – e a repressão à corrupção pública e privada.

Nicolás Rodríguez-García²

No dia 14 de junho de 2023, entrou em vigor a Lei n. 14.597, autointitulada como Lei Geral do Esporte. Após anos de debates e reviravoltas nas diversas propostas formuladas sobre o tema, enfim veio ao mundo o diploma legal que, segundo a expectativa generalizada, estabeleceria diretrizes e punições aptas a controlar o longo histórico de irregularidades que marca a gestão desportiva no Brasil, principalmente no tocante ao futebol profissional.

Sendo assim, por se tratar da modalidade esportiva mais lucrativa do planeta e mais admirada pelo povo brasileiro, a relação entre futebol e corrupção privada (também chamada de corrupção entre particulares), bem como a aptidão da Lei Geral do Esporte para impor uma proteção efetiva ao *fair play* na administração desportivo-empresarial, são os objetos específicos do presente estudo.

² Em tradução livre do trecho constante, em idioma espanhol, na seguinte obra: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. El progresivo diseño de espacios judiciales penales comunes para enfrentar la impunidad de la corrupción. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 89. São Paulo: RT, mar.-abr./2011, p. 243.

2. O FUTEBOL COMO BEM INTEGRANTE DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL DO POVO BRASILEIRO

Em que pese a existência de diversos outros ludopédios (jogos com chutes na bola) ao longo dos séculos³, no formato em que hoje é conhecido mundialmente, o futebol foi primeiramente regulamentado na Inglaterra, a partir da famosa reunião realizada, no dia 26 de outubro de 1863, em Londres, na *Freemanson's Tavern*. Nessa ocasião, os representantes de onze escolas públicas uniformizaram as regras do esporte, sancionaram práticas desleais (ex.: o *hacking* ou chute na canela) e fundaram a *Football Association*.⁴

Quanto ao Brasil, Mário Filho⁵ divide o processo de introdução do futebol em três fases: (1) do final do século XIX até 1910, quando se tratava de um jogo de elite praticado em escolas e clubes sob a influência britânica; (2) entre 1910 e 1930, quando houve a popularização do esporte e (3) a partir dos anos 1930, quando se admitiu oficialmente a profissionalização de atletas.

Os dados históricos não deixam dúvidas de que a discriminação racial e a aporofobia foram traços marcantes da infância do futebol no Brasil. À época, a miscigenação foi fortemente combatida por uma parte influente da sociedade brasileira e muito se fez para tentar impedir que as cores e classes econômicas dos futebolistas se mesclassem nos gramados.⁶ O autêntico *apartheid* sociorracial que

³ No Japão, em 2600 a. C, praticava-se o *kemary* (“ke” significa jogo, “mary” significa pés), que é, provavelmente, o antecedente mais remoto do futebol e consistia na demonstração da habilidade acrobática de controlar a bola. Posteriormente, na China, durante o governo da dinastia Han (de 202 a.C. a 226 d.C), jogava-se o *tsu tsu* ou *tsutchu*, expressão que significa o golpe na bola com o pé. Tratava-se de um ritual de guerra no qual, após os combates, a tribo vencedora jogava com a cabeça do chefe inimigo ou com as cabeças dos combatentes mais valentes da aldeia derrotada. A crença era a de que haveria assimilação e aproveitamento das valências depositadas nas almas dos guerreiros decapitados, tais como a inteligência e a liderança. Outra manifestação que precedeu o futebol foi o chamado *calcio* (coice ou chute, no idioma italiano), evento que ocorria, anualmente, no dia de São João, na região de Florença, durante a Idade Média. O objetivo deste jogo era conduzir a bola até a baliza adversária, sendo considerado válido, nesse trajeto, o uso de todas as formas possíveis de violência física. Verifica-se, portanto, que as características comuns a quase todas as modalidades do futebol primitivo foram a violência, a desorganização e a vinculação à religião. Sobre o tema: SANTOS, Joel Rufino dos. *História política do futebol brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 11; GIULIANOTTI, Richard. *Sociologia do futebol: dimensões históricas e socioculturais do esporte das multidões*. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant e Marcelo de Oliveira Nunes. São Paulo: Nova Alexandria, 2002, p. 86 e PRONI, Marcelo Weishaupt. *A metamorfose do futebol*. São Paulo: Unicamp, 2000, p. 19.

⁴ AQUINO, Rubim Santos Leão de. *Futebol, uma paixão nacional*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 18.

⁵ FILHO, Mário. *O negro no futebol brasileiro*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Mauad, 2003, p. 120.

⁶ Sobre esse aspecto, a história do Clube de Regatas do Flamengo é emblemática. A agremiação foi fundada, em 1895, por praticantes de remo, que eram integrantes da elite carioca. No entanto, a equipe de futebol do Flamengo somente foi formada em 1911, a partir da saída de jogadores dissidentes do Fluminense Football Club. Nessa época, o futebol era visto como um esporte violento e demasiadamente “miscigenado” para

vigorou nos primórdios do futebol brasileiro era caracterizado pela inadmissão da participação de indivíduos considerados indignos do nobre esporte bretão, tais como negros, analfabetos e pessoas desprovidas de elevado status econômico.⁷ Aliás, a discriminação no meio esportivo não estava restrita ao Rio de Janeiro, então capital do país. A aceitação de atletas negros sofreu dura resistência em praticamente todas as frentes do nascente futebol nacional, como relata João Saldanha⁸:

“Em São Paulo, o Palmeiras resistia. O Paulistano, clube do Jardim Paulista, preferiu fechar sua seção de futebol a ter de aceitar preto em seu time. No Rio Grande do Sul, o Grêmio Porto-Alegrense também era intransigente. No Paraná, o Atlético e o Coritiba não aceitavam negros. Em Minas, Atlético e América; na Bahia, o Baiano tênis procedeu como

um clube tão refinado e seletivo. Por essa razão, os novos futebolistas do Flamengo foram impedidos de usar a mesma indumentária dos remadores, que era listrada em vermelho e preto, sendo também proibidos de treinar e jogar nas dependências do clube “de regatas”. Assim, a recém-formada equipe de futebol teve que usar inicialmente um uniforme quadriculado, que foi apelidado de “papagaio de vintém”, termo alusivo ao formato dos papagaios (chamados atualmente de caifas ou pipas), que eram vendidos, à época, por um vintém. A sede principal do Flamengo era inteiramente destinada às atividades sociais e ao remo, portanto, os jogadores eram obrigados a percorrer, devidamente uniformizados, o trajeto entre o clube, situado na imponente rua Paissandu, e o campo de futebol, situado na democrática Praia do Russel, o que passou a atrair a atenção dos transeuntes de todas as cores, raças e status. Do mesmo modo que ocorreu com os blocos de carnaval no Rio de Janeiro do início do século passado, a proximidade com o povo fez com que o Flamengo fosse arrastando multidões pelas ruas, inclusive escravos recém-libertos, trabalhadores pobres e analfabetos que, por suas precárias vestimentas, eram apelidados de “mulambos” (termo de origem angolana que significa um pano velho e sujo). Foi assim que, por ironia do destino, o preconceito elitista acabou impulsionando a formação e a transformação do time de futebol mais querido do Brasil e das Américas. Segundo a mais recente pesquisa de opinião, o Clube de Regatas do Flamengo é o time predileto de 21% da população brasileira, o que corresponde a mais de 40 milhões de pessoas, contingente maior que o total de habitantes de quase todos os países da Europa. Sobre o tema: MAGALHÃES, Vlamir Costa. *Corrupção privada e futebol: um estudo à luz do direito comparado sobre a proteção penal do Fair Play na governança desportivo-empresarial*. São Paulo: LiberArs, 2023, p. 137/138.

⁷ O Vasco da Gama foi o primeiro clube a contrariar a segregação sociorracial no futebol brasileiro e a razão é de fácil compreensão. O clube cruzmaltino representava os imigrantes portugueses atuantes no comércio de “secos e molhados” e, portanto, não fazia sentido barrar pobres e negros, pois isso importaria em ruptura com os fregueses e consequente ruína dos negócios. Em 1923, o clube ascendeu à primeira divisão do futebol carioca e, logo em seu primeiro ano na elite, sagrou-se campeão, vencendo todos os clubes aristocráticos (Fluminense, Flamengo, América e Botafogo) com um time formado por jogadores como: Nelson Conceição (motorista de táxi), Ceci (pintor de paredes), Nicolino (estivador) e Bolão (motorista de caminhão), todos negros, além de quatro atletas brancos analfabetos. A reação foi imediata e, em 01/03/1924, todos os grandes clubes abandonaram a Liga Metropolitana de Desportos Terrestres e fundaram a AMEA – Associação Metropolitana de Esportes Atlético. O Vasco da Gama não foi sequer convidado para integrá-la, mas a manobra foi inútil. A alta qualidade do miscigenado plantel vascaíno fez com que o clube ganhasse popularidade e lotasse os estádios em seus jogos pela entidade dissidente (a Liga Suburbana de *Foot-Ball*), o que fez com que a AMEA decidisse formular o convite para ingresso do Vasco da Gama no campeonato do ano de 1925. Sobre o tema: FILHO, Mário. *O negro no futebol brasileiro... op. cit.*, p. 61 e FRANZINI, Fábio. *Corações na ponta da chuteira: capítulos iniciais da história do futebol brasileiro (1919-1938)*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 11/12.

⁸ SALDANHA, João. *Os subterrâneos do futebol*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1963, p. 117.

o Paulistano: fechava, mas não transigia. Em Pernambuco, o Náutico; no Ceará, o Maguari; no Pará, o Remo, e assim por diante: em cada Estado da Federação havia clubes aristocráticos que não deixavam os pretos jogarem.”

Várias foram as tentativas de manter o futebol como um esporte privativo da elite branca e rica do Brasil, como por exemplo, a exigência de que somente os próprios atletas preenchessem e assinassem a súmula antes dos jogos, o que objetivava a exclusão de analfabetos. Também era proibido o pagamento de qualquer remuneração aos jogadores e, ante a inviabilidade de conciliação da exaustiva jornada laboral com os treinos e jogos, tal medida impedia que trabalhadores pobres deixassem seus empregos.⁹

Sendo assim, somente com a oficialização do profissionalismo, o futebol se tornou, enfim, um caminho para que cidadãos de todas as classes **e raças** pudessem quebrar, simbolicamente, a hierarquia que se encontrava consolidada no Brasil do início do século XX. No dia 23 de janeiro de 1933, ocorreu a reunião que criou a Liga Carioca de Futebol, no seio da qual foi admitido, formalmente, o pagamento de remuneração aos atletas. A partir de então, por meio de um paulatino processo de assimilação e recriação cultural, o futebol foi incorporado pela sociedade e, por ela, transformado em esporte-rei do Brasil, um símbolo da arte popular.

Os meios de comunicação de massa, como os jornais, as emissoras de rádio e o cinema, tiveram um papel fundamental na massificação do futebol. Na partida final da Copa do Mundo de 1950, realizada no estádio do Maracanã, esse movimento expansionista veio a ser reforçado, ainda que sob a forma de comoção ante a indelével derrota da seleção brasileira para a equipe uruguaia.¹⁰ A coesão nacional em torno do futebol atingiu o seu ápice na Copa do Mundo de 1970, realizada no México, que foi também o *turning point* financeiro do esporte, haja vista que o início das transmissões televisivas das partidas – ao vivo e em cores, com o auxílio da tecnologia via satélite – elevou a indústria do *marketing* esportivo ao topo da economia mundial.¹¹

⁹ Até a admissão do profissionalismo no futebol, vigorava o chamado “amadorismo marrom” ou “amadorismo de tapeação”, por meio do qual, apesar da proibição formal, eram feitos pagamentos clandestinos aos jogadores. Tais prêmios eram chamados de “bichos”, em alusão ao popular jogo do bicho, que havia sido criado pelo Barão de Drummond, em 1890. Nesse contexto, os jogadores de futebol passaram a receber um cachorro (5 mil réis), um coelho (10 mil réis), um peru (20 mil réis) e assim por diante. Sobre o tema: MURAD, Mauricio. *Dos pés à cabeça*: elementos básicos de sociologia do futebol. Rio de Janeiro: Irradiação Cultural, 1996, p. 124.

¹⁰ FRANZINI, Fábio. *Corações na ponta da chuteira... op. cit.*, p. 119.

¹¹ Sobre o tema: BENSINGER, Ken. *Cartão vermelho*: como os dirigentes da FIFA criaram o maior escândalo da história do esporte. Tradução de Cátia Pietro. Rio de Janeiro: Globolivros, 2019, p. 46 e HERRA, Sergio.

No caso específico do Brasil, o fato de o futebol ter sido uma significativa ferramenta na luta contra a desigualdade social e o preconceito racial dotou esse esporte de relevância singular junto à população. O futebol propiciou espaços permissíveis a experiências comunitárias inigualáveis na história do país, no seio das quais foi construída a noção sociológica de “brasilidade”, um laço de identificação que une milhares de indivíduos – de todas as cores, raças, sotaques e etnias – espalhados num território de dimensões continentais. Como fenômeno inerente ao folclore popular, o futebol consolidou-se por ser uma expressão especial dos dilemas e ambiguidades do Brasil.

Assim sendo, a peculiar evolução do futebol no Brasil fundamenta, com base no artigo 216 da CR/88¹², a afirmação do *fair play* (honestidade e transparência) em sua gestão como um bem jurídico imaterial integrante do patrimônio histórico-cultural do povo¹³, razão pela qual a governança do futebol brasileiro e de sua imagem deve ser submetida à fiscalização do Ministério Público Federal, nos termos do artigo 5º, III, ‘c’ da Lei Complementar n. 75/93¹⁴.

No país do futebol, como o Brasil é mundialmente conhecido, ou na “pátria de chuteiras”¹⁵, como preferia Nelson Rodrigues, também não resta dúvida de que o *fair play* na governança desportivo-empresarial ostenta dignidade penal

La criminalidad económica, factores de riesgo y compliance en al ámbito deportivo profesional. In: *Revista Española de la Transparencia*. N. 5. Segundo semestre, 2017, p. 150.

¹² Nos termos do artigo 216, I a III, da CR/88, o patrimônio cultural brasileiro é também composto por bens de natureza imaterial que tenham referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, abrangendo, inclusive, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, bem como as criações artísticas. O legislador constituinte determinou, ainda, que os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei (artigo 216, par. 4º, CR/88).

¹³ A palavra “patrimônio” advém de *pater*, que significa “pai” em latim. A ideia está relacionada com aquilo que se herda do pai, ou seja, o legado recebido de ancestrais. Com o passar do tempo, a noção de patrimônio alcançou a conotação de transmissão operada entre as gerações de um povo. Assim sendo, com base na relação de identidade e pertencimento grupal, o século XIX registrou a significativa intensificação da criação de patrimônios nacionais, juntamente com o fortalecimento da ideia de nação. Trata-se de um movimento unificador dos costumes nacionais em torno de interesses e tradições comuns. A seu turno, o termo “cultura” tem origem ligada ao verbo latino *colere*, que era utilizado para designar as atividades de cultivo da terra, o cuidado com a plantação. Analogicamente, o termo passou a ser utilizado para outros tipos de cuidados, como, por exemplo, com os deuses (culto religioso). Portanto, a noção de cultura tem fundamento na conservação da memória e transmissão de conhecimentos sobre cuidados essenciais à autopreservação de um povo. Sobre o tema: CORÁ, Maria Amelia Jundurian. *Do material ao imaterial: patrimônios culturais do Brasil*. São Paulo: EDUC, 2014, p. 79 e FIGUEIREDO, Betânia Gonçalves. Patrimônio histórico material e imaterial e a invenção da história. In: REIS, Alcenir Soares dos; FIGUEIREDO, Betânia Gonçalves. *Patrimônio imaterial em perspectiva*. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 14..

¹⁴ Eis o respectivo teor: “Art. 5º. São funções institucionais do Ministério Público da União: [...] III - a defesa dos seguintes bens e interesses: [...] c) o patrimônio cultural brasileiro;”.

¹⁵ RODRIGUES, Nelson. *A pátria em chuteiras: novas crônicas de futebol*. Companhia das Letras: São Paulo, 1994, p. 179.

apta a demandar, com força imperativa e não sugestiva, a tipificação adequada do crime de corrupção privada, o que não se verifica nos termos da vigente Lei Geral do Esporte, consoante será exposto oportunamente.

3. A REALIDADE ATUAL DA GOVERNANÇA FUTEBOLÍSTICA NO BRASIL

No comando gerencial exercido sobre o bem público “futebol brasileiro”, a CBF – Confederação Brasileira de Futebol tem obtido rendimentos impressionantes e superiores aos de muitas empresas nacionais e multinacionais, conforme se verifica a seguir:



Fonte: sítio eletrônico da Confederação Brasileira de Futebol¹⁶

No artigo 1º de seu estatuto, a Confederação Brasileira de Futebol declara ter a natureza jurídica de associação de direito privado. Em **síntese**, tal entidade lucra anualmente mais de um bilhão de reais mediante uso dos poderes monopolísticos de administrar o futebol profissional em todo o território brasileiro e de representar esportivamente o país no cenário internacional, conforme previsto no artigo 1º, parágrafos 1º e 2º, do Estatuto da Confederação Brasileira de Futebol.

Nesse mister, a CBF se apodera ostensivamente do nome do país e de outros símbolos da República Federativa do Brasil, tais como as cores da bandeira e o

¹⁶ Dados disponíveis em: <<https://www.cbf.com.br/a-cbf/informes/index/cbf-tem-recorde-de-investimento-no-futebol-e-dobra-lucro-no-1o-ano-de-gestao-de-ednaldo-rodrigues>>. Acesso em: 02/05/2023.

hino nacional. Ainda assim, o artigo 6º do mencionado Estatuto estabelece que a Confederação Brasileira de Futebol goza de “peculiar autonomia” quanto à sua organização e funcionamento, “não estando sujeita a ingerência ou interferência estatal ou privada”.

Como se percebe, a Confederação Brasileira de Futebol e seus dirigentes estão convictos de que as mais relevantes decisões sobre a gestão do bem público “futebol brasileiro” podem ser tomadas discricionariamente por um pequeno grupo de particulares, sem qualquer controle da sociedade, dos torcedores na condição de consumidores ou mesmo das autoridades estatais.

4. O CASO FIFAGATE

Os resultados deletérios do monopólio desregulado que tem dominado a gestão do futebol brasileiro se tornaram publicamente conhecidos a partir do caso Fifagate.

No dia 27 de maio de 2015, emergiram, ao conhecimento público, os detalhes do maior escândalo de corrupção já ocorrido no desporto internacional. Nessa data, foi deflagrada por autoridades estrangeiras a assim chamada operação Fifagate, que resultou na prisão de empresários e dirigentes da cúpula do futebol mundial reunidos no hotel cinco estrelas *Baur au Lac*, em Zurique. Entre os detidos, estava o então presidente da Confederação Brasileira de Futebol.¹⁷

As provas decorrentes dessa investigação criminal movida na Corte do Brooklyn, nos EUA (*Indictment 15 CR 0252 – RJD*¹⁸) revelaram que, ao longo de 24 anos, houve sucessivos pagamentos de subornos a dirigentes esportivos, em valores superiores a 150 milhões de dólares. Portanto, longe de caracterizar mera cortesia ou hospitalidade corporativa¹⁹, o arraigado esquema clandestino logrou

¹⁷ URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. La corrupción en el deporte en el derecho penal español: ¿Un legislador torpe, immoral o estratégico? In: GÓMEZ MARTÍN, Victor; PABLO MONTIEL, Juan; SATZGER, Helmut (Eds.). *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 133/134.

¹⁸ Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/file/450211/download>>. Acesso em: 24/10/2020.

¹⁹ Acerca da distinção entre o suborno (pagamento considerado ilícito por ser derivado de corrupção) e o brinde (dáviva considerada lícita e impunível por ser decorrente de mera cortesia corporativa ou hospitalidade comercial), a jurisprudência do Tribunal Federal da Alemanha fixou o entendimento de que a intenção de influenciar ilícitamente o exercício da função ou profissão deve ser analisada a partir dos seguintes indícios: (1) plausibilidade de uma finalidade alternativa ao objetivo que tornaria o ato ilícito (ex.: tratar-se de mero ato publicitário); (2) vinculação da posição e das tarefas do agente favorecido com o eventual interesse do ofertante (competência ou nexa de idoneidade lesiva); (3) circunstâncias da oferta ou entrega da vantagem

fraudar, por mais de duas décadas, a livre concorrência comercial e privilegiar determinadas empresas em contratos de *marketing*, de vendas de ingressos e de concessão dos direitos de transmissão televisiva dos jogos de futebol. Vale acrescentar que, em suas respectivas defesas no caso Fifagate, vários acusados apresentaram o argumento de que a corrupção e o pagamento de subornos fazem parte da cultura brasileira.²⁰

Tendo em vista que estas e outras irregularidades (vide os resultados da CPI do Futebol, que analisou o contrato CBF-Nike²¹) foram descobertas no contexto dos contratos de exploração da imagem do futebol brasileiro, resta indagar: quais são as regras do processo de contratação dos patrocinadores da Confederação Brasileira de Futebol (repita-se: na condição de exploradora exclusiva de um bem público)? Quais são as regras que disciplinam a escolha das empresas às quais é cedido o direito de transmissão das partidas da seleção “brasileira” de futebol? Os dirigentes da Confederação Brasileira de Futebol recebem participação financeira nos lucros ou contratos da entidade? Qual a remuneração efetiva dos cargos diretivos da Confederação Brasileira de Futebol? Por quem e com que critérios tais verbas são estabelecidas? Há verificação da evolução do patrimônio pessoal de dirigentes da Confederação Brasileira de Futebol durante suas respectivas gestões à frente da entidade?

Essas e muitas outras perguntas permanecem sem respostas claras ou seguem sendo respondidas com a repetição do mantra segundo o qual a Confederação Brasileira de Futebol é uma entidade privada e, por isso, não deve satisfazer nem à opinião pública, nem às autoridades estatais.

(ex.: clandestino ou sigiloso) e (4) tipo, valor e frequência da oferta. Sobre o tema: MENDES, Paulo de Sousa. *Patrocínios, escândalos e factos puníveis*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 26. Em tom convergente, a doutrina sustenta que, para escapar da incidência da lei penal, o valor do bem entregue no contexto da hospitalidade corporativa deve ser módico em comparação com a transação principal firmada ou pretendida pelas partes. Também é exigível que o ato de presentear não seja frequente e nem guarde relação de proximidade temporal com decisões relevantes a serem tomadas no contexto da relação contratual. Nesse sentido: NIETO MARTÍN, Adán. Delitos de corrupción en los negocios. In: DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier; GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Org.). *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykison, 2018, p. 433/434. Em última análise, Artur de Brito Gueiros Souza destaca que, em caso de dúvida ou ausência de regra expressa, o dirigente ou empregado deve empreender consulta formal prévia ao setor de *compliance* da instituição para que este se manifeste sobre a adequação do recebimento ou da oferta de brindes, bem como sobre a conveniência da realização ou aceitação de convites para comparecimento a eventos ou reuniões de negócios em restaurantes ou locais similares. Sobre o tema: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Brindes, dádivas e o compliance*. Disponível em: <<http://www.cpbm.uerj.br>>. Acesso em: 03/09/2021.

²⁰ RIBEIRO JR., Amaury; CIPOLINI, Leandro; AZENHA, Luiz Carlos; CHASTINET, Tony. *O lado sujo do futebol: a trama de propinas, negociatas e traições que abalou o esporte mais popular do mundo*. São Paulo: Planeta, 2014, p. 279.

²¹ REBELO, Aldo; TORRES, Silvio. *CBF-NIKE*. São Paulo: Casa Amarela, 2001, p. 106 e seguintes.

Por outro lado, não pode ser esquecido o fato de que três ex-presidentes da Confederação Brasileira de Futebol foram punidos, pelo Comitê de Ética da FIFA, com a pena de banimento vitalício do esporte em razão do recebimento de vantagens financeiras indevidas mediante abuso do cargo.²² Além disso, um deles está atualmente cumprindo condenação criminal nos EUA por tal conduta e diversos crimes conexos (ex.: conspiração, lavagem de ativos e fraude no uso dos meios postais e de telecomunicação²³). Por fim, é digno de registro que dois outros ex-presidentes da Confederação Brasileira de Futebol nunca mais ousaram sair do território brasileiro após a deflagração da operação Fifagate. Sobre esse aspecto, vale lembrar que o Brasil não pode extraditar seus cidadãos natos, por força de vedação constitucional (artigo 5º, LI, CR/88).

Mesmo ante de tais circunstâncias nefastas, tamanhas evidências não foram capazes de sensibilizar o legislador com vistas ao resguardo efetivo do *fair play* na gestão desportiva, como será exposto a seguir.

5. O CRIME DE CORRUPÇÃO PRIVADA E AS DISPOSIÇÕES PENAIS DA LEI GERAL DO ESPORTE

Após gerar grande esperança de mudanças positivas, a Lei Geral do Esporte (Lei n. 14.597) foi publicada no dia 14 de junho de 2023 e dedicou o Título II à disciplina da Ordem Econômica Esportiva. Especificamente no capítulo VI, tratou-se dos Crimes contra a Ordem Econômica Esportiva, sendo previstas as modalidades ativa e passiva do crime de corrupção privada no esporte. A

²² As respectivas sanções disciplinares citadas foram aplicadas com base no artigo 27 do Código de Ética da Fifa, que assim dispõe (tradução livre feita a partir da versão em idioma espanhol): “27 *Suborno*. 1. As pessoas sujeitas a este código não devem aceitar, conceder, oferecer, prometer, receber, pedir ou solicitar benefícios pessoais ou econômicos indevidos ou outras vantagens, a fim de alcançar ou manter um negócio ou qualquer outro benefício desonesto em benefício ou por meio de qualquer pessoa dentro ou fora da FIFA. Esses atos são proibidos, independentemente de serem realizados direta ou indiretamente por meio de intermediários ou em colaboração com terceiros. Em particular, as pessoas sujeitas a este código não devem solicitar, garantir, aceitar, oferecer, prometer ou conceder benefícios pessoais ou econômicos indevidos ou outras vantagens pela execução ou omissão de ato relacionado às suas atividades oficiais e que dê origem a uma violação das suas obrigações ou sobre as quais têm poder de decisão. 2. As pessoas sujeitas a este código devem abster-se de qualquer atividade ou comportamento que possa dar a impressão ou levantar suspeitas de violação deste artigo. 3. O descumprimento do disposto neste artigo será sancionado com a multa correspondente, cujo valor mínimo será de CHF 100.000, bem como com a proibição do exercício da atividade futebolística por um período mínimo de cinco anos. Qualquer valor recebido indevidamente será incluído no cálculo da multa. Essa sanção pode ser aumentada proporcionalmente se o titular ocupar cargo de destaque no futebol, bem como dependendo da relevância e do valor da vantagem recebida.” Disponível em: <<https://resources.fifa.com>>. Acesso em: 05/09/2020.

²³ ENCINAR DEL POZO, Miguel *Ángel*. *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*. Pamplona: Arazandi, 2016, p. 236.

respectiva pena foi fixada entre 2 e 4 anos de reclusão, além de multa (art. 165 e p. único da Lei Geral do Esporte), conforme a redação típica abaixo transcrita:

“Art. 165. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de organização esportiva privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou de omitir ato inerente às suas atribuições:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da organização esportiva privada, vantagem indevida.”

Em que pese a expectativa gerada, parece-nos que agiu mal o legislador.

O assim chamado Estatuto do Torcedor (Lei n. 10.671/2003), ora revogado por força do artigo 217, III, da Lei Geral do Esporte, tipificava criminalmente, nos arts. 41-C e 41-D, as condutas consistentes em solicitar, aceitar, dar ou prometer vantagem, patrimonial ou não patrimonial, com o fim de alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva ou evento a ela associada. A pena fixada era de 2 a 6 anos de reclusão, além de multa.

A Lei Geral do Esporte regulamentou os “Crimes contra a Incerteza do Resultado Esportivo” e, nos artigos 198 a 200, manteve a punição **às** condutas consistentes na solicitação, aceitação, pagamento ou promessa de vantagem com o fim de alterar, falsear ou fraudar o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado, fixando o mesmo patamar punitivo do revogado Estatuto do Torcedor, ou seja, a pena de 2 a 6 anos de reclusão, além de multa.

Curiosamente, o crime de corrupção privada no esporte, cujo fim específico consiste na usurpação das funções inerentes à representação de organização esportiva, recebeu do legislador um tratamento sancionatório mais suave. Destarte, a pretexto de tentar finalmente estabelecer um combate efetivo à corrupção privada na gestão esportiva, o legislador optou por fixar, de maneira injustificada e inexplicável, um patamar sancionatório comparativamente mitigado, enfraquecendo, assim, a força inibitória da vedação à corrupção no comando administrativo do desporto nacional.

A desproporcionalidade do novo sistema punitivo salta aos olhos. Por exemplo, a corrupção destinada ao direcionamento do resultado de uma partida da quarta

divisão do campeonato brasileiro de futebol é punível de forma bem mais rigorosa – com pena de até 6 anos de reclusão – do que a corrupção destinada à obtenção de vantagens milionárias por meio de burla à livre concorrência nos vultosos contratos de exploração da imagem da seleção brasileira de futebol, conduta para a qual a pena não pode ultrapassar 4 anos de reclusão.²⁴

Diante desse panorama, resta debilitada a eficácia dissuasiva da norma penal, que é tipicamente incidente no contexto da racionalidade que marca o perfil da delinquência do colarinho branco ou criminalidade econômico-empresarial.²⁵ Reforça essa constatação o fato de que a pena privativa de liberdade raramente será empregada, de fato, aos casos concretos de corrupção na gestão esportiva, haja vista que o teto temporal fixado pelo legislador permite a incidência de diversas benesses, tais como, por exemplo, a substituição por penas meramente restritivas de direitos (cf. artigo 44 do CP).

Na ponderação dos custos e benefícios da atividade criminosa, a contraditória estratégia punitiva adotada pela Lei Geral do Esporte preserva a alta atratividade da corrupção privada na cúpula administrativa do desporto nacional e, principalmente, do futebol brasileiro, mormente em se considerando o histórico de irregularidades e o expressivo volume financeiro dos negócios firmados nesse setor nos últimos anos.

Não bastasse isso, o legislador brasileiro segue se omitindo em relação à disciplina da responsabilização penal de pessoas jurídicas pela prática do crime de corrupção privada, desprezando, destarte, os mais modernos aportes do direito comparado a respeito tema. Sobre esse ponto, deve ser destacado que as ferramentas pertinentes ao compliance criminal – que pode ser definido como a estruturação interna de pessoas jurídicas para fins de prevenção e repressão a delitos no curso das atividades institucionais – poderiam não somente facilitar a investigação de episódios criminosos, como também evitá-los em grande medida, desde que implantadas medidas como, por exemplo, o estímulo às denúncias

²⁴ MAGALHÃES, Vlamir Costa. *Corrupção privada e futebol... op. cit.*, p. 229.

²⁵ Na clássica conceituação criminológica tecida por Edwin Sutherland, a criminalidade do colarinho branco abrange os ilícitos cometidos, por pessoas dotadas de respeitabilidade e elevado status social, no exercício de suas respectivas ocupações profissionais. Modernamente, esse conceito é desdobrado em duas partes: a criminalidade empresarial ou corporativa (*corporate crimes*), que abrange os delitos praticados por empresas e seus membros em benefício institucional, e a criminalidade ocupacional (*occupational crimes*), que abrange os crimes praticados por indivíduos no desempenho de suas profissões. Por conseguinte, é correto afirmar que a criminalidade econômico-empresarial é, em termos criminológicos, a face moderna ou atual da clássica criminalidade do colarinho branco. Sobre o tema: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A criminologia empresarial: why good people do dirty work. In: CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOIRO, José Maria (Org.). *Criminalidade econômica e empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 161/162.

anônimas de irregularidades (*whistleblowing*), a adoção da política de estímulos e castigos (*carrot & stick strategy*), a exigência da manutenção de relacionamentos negociais apenas com parceiros idôneos e que também observem práticas anticorrupção (diligência devida ou *due diligence*), o comprometimento direto da cúpula institucional no monitoramento dos riscos de ilegalidades, entre outras.

Outro ponto a ser criticado nas disposições penais da Lei Geral do Esporte é o condicionamento da ação penal pública à representação da entidade “titular dos direitos violados” nos casos dos delitos previstos na Seção III (Crimes contra a Propriedade Intelectual das Organizações Esportivas), exceção feita pelo legislador apenas em relação ao delito previsto no artigo 169.

É preciso esclarecer que, no caso da Confederação Brasileira de Futebol, por exemplo, os eventuais direitos de propriedade intelectual **são meramente** administrados por essa entidade, mas **não lhe pertencem, eis que**, na verdade, dizem respeito à imagem de um bem público (futebol brasileiro), conforme já demonstrado. Logo, os eventuais danos decorrentes de delitos praticados “contra a CBF” – ou, melhor dizendo, contra os direitos por ela geridos – não atingem a esfera jurídica privada, individual ou particular, mas sim o interesse **público** e o patrimônio histórico-cultural do povo brasileiro.

Aliás, os termos do art. 5º, III, ‘c’ da Lei Complementar n. 75/93 **são** extremamente claros ao atribuírem ao Ministério Público Federal a função institucional de defesa do patrimônio cultural brasileiro. Logo, tratando-se de conduta criminosa causadora de dano ao bem público “futebol brasileiro”, que é dotado de “alto interesse social”, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, da Lei Geral do Esporte, a respectiva ação penal não deve ter natureza privada ou condicionada, mas, por questão de coerência normativa, deve ostentar natureza pública e incondicionada, sendo promovida sob a titularidade do Ministério Público Federal.

Por conseguinte, também por força da Lei Complementar n. 75/93 e da atribuição funcional do *parquet* federal, a competência para julgamento das ações penais que investiguem delitos praticados em face do bem público “futebol brasileiro” deve recair sobre a Justiça Federal à luz do art. 109, V, CR/88.²⁶

²⁶ Cite-se, em adendo, o consolidado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, à luz do preconizado no art. 109, V, da CR/88, a competência para processamento e julgamento de crime será da Justiça Federal quando preenchidos três requisitos essenciais e cumulativos, quais sejam: a) a previsão do fato como crime no Brasil e no estrangeiro; b) o Brasil deve ser signatário de convenção ou tratado internacional por meio do qual assumiu o compromisso de reprimir criminalmente aquela espécie delitiva; e c) a conduta deve ter ao menos se iniciado no Brasil e o resultado deve ter ocorrido, ou deveria ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente (Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Especial n. 628624. Rel. Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão Min. Edson Fachin. Publicado no DJ

Por todo o exposto, verifica-se que o artigo 172 da Lei Geral do Esporte padece de gritante e incompreensível incoerência, seja no aspecto intrínseco (vide o art. 2º, parágrafo único, do referido diploma legal), seja no aspecto extrínseco (vide o disposto no artigo 5, III, 'c' da Lei Complementar n. 75/2003). Tais incongruências e omissões configuram vícios graves que permitem constatar que a pretensa inovação legislativa já nasceu obsoleta, deficiente e descontextualizada.²⁷

6. CONCLUSÃO

Em meio milênio de história, partindo de uma constelação de feitorias, de populações indígenas desgarradas, de escravos transplantados de outro continente, de aventureiros europeus e asiáticos em busca de um destino melhor, chegamos a um povo de extraordinária polivalência cultural, um país sem paralelo pela vastidão territorial [...] Mas nos falta a experiência de provas cruciais, como as que conheceram outros povos cuja sobrevivência chegou a estar ameaçada. E nos falta também um verdadeiro conhecimento de nossas possibilidades, e principalmente de nossas debilidades [...] não ignoramos que o tempo histórico se acelera e que a contagem desse tempo se faz contra nós. Trata de saber se temos um futuro como nação que conta na construção do devenir humano. Ou se prevalecerão as forças que se empenham em interromper o nosso processo histórico de formação de um Estado-nação.

Sérgio Habib²⁸

Em seu vigente teor, a Lei Geral do Esporte (Lei n. 14.597/2023) não protege penalmente, de maneira suficiente e adequada, a higidez administrativa do desporto nacional, contrariando, assim, os termos do próprio diploma legal, que

de 06/4/2016). Vale lembrar que o Brasil é signatário da Convenção da ONU contra a Corrupção (Decreto n. 5.687/2006) e o crime de corrupção no setor privado encontra-se atualmente previsto no artigo 165 da Lei Geral do Esporte, que veio a implementar o compromisso reflexivo assumido por força do artigo 21 do aludido tratado internacional.

²⁷ Alhures (MAGALHÃES, Vlamir Costa. *Corrupção privada e futebol... op. cit.*, p. 229/230), tecemos crítica às disposições penais da Lei Geral do Esporte e sustentamos, equivocadamente, que o referido diploma legal estabeleceu, para o crime de corrupção privada no esporte, o regime da ação penal pública condicionada à representação. Em verdade, o artigo 172 do referido diploma legal submete apenas os delitos previstos na Seção III (Dos Crimes contra a Propriedade Intelectual das Organizações Esportivas) do Capítulo VI (Dos Crimes contra Ordem Econômica Esportiva) à necessidade de representação da organização esportiva titular dos direitos violados para fins de procedibilidade investigativa. O crime de corrupção privada no esporte (artigo 165 da LGE) encontra-se disposto na Seção I e, portanto, segue a regra geral da ação penal pública incondicionada, nos termos do artigo 100, parágrafo 1º, do CP. As demais críticas às disposições penais da Lei Geral do Esporte são mantidas.

²⁸ HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção. Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. V.

dispõe que o esporte é assunto de “alto interesse social” e sua gestão está sujeita aos princípios da transparência, da moralidade e da responsabilidade (art. 2º, p. único, da Lei Geral do Esporte).

O legislador brasileiro preservou, ainda que indiretamente, as bases que sustentam um sistema gerencial complacente, que oportuniza favorecimentos pessoais, desvios funcionais, enriquecimentos sem causa lícita e corrupção, fatores que tanto mal têm causado ao desporto nacional e, principalmente, ao futebol brasileiro.

A mitigação do potencial inibitório da punição criminal aplicável à corrupção na representação de organizações esportivas e o desprezo a medidas que vêm sendo, maciça e exitosamente, adotadas na experiência jurídica estrangeira sobre esse tema permitem, por exemplo, que a Confederação Brasileira de Futebol continue explorando – de modo parasitário, lucrativo, exclusivo e sem qualquer controle socioestatal efetivo – o mais valioso bem público imaterial integrante do patrimônio histórico-cultural do povo, qual seja o futebol brasileiro.

Após a eclosão do escândalo Fifagate, o Brasil demorou quase uma década para agir em relação ao controle da corrupção privada na administração do desporto nacional, contudo, as brandas, lacunosas e confusas disposições penais da nova Lei Geral do Esporte mantêm o país no que se pode chamar de “vanguarda do retrocesso”, eis que seguimos na contramão do caminho que, há muito tempo, já é trilhado por diversos países democráticos.

Conclui-se, portanto, que, diante da persistente situação normativo-institucional, o Brasil figura como um pária no cenário internacional, dispondo-se a continuar sendo um porto seguro e vantajoso para corruptos, além de deixar perigosamente abertas as portas que viabilizam novos escândalos de corrupção privada, quiçá mais ruinosos e vexatórios.

Os termos da vigente Lei Geral do Esporte nos conduzem inexoravelmente à lembrança da frase cunhada pelo genial Millôr Fernandes, eis que o Brasil denuncia ter, de fato, “um enorme passado pela frente”, ao menos no que diz respeito ao enfrentamento da corrupção no seio da governança desportivo-empresarial.

7. BIBLIOGRAFIA

- AQUINO, Rubim Santos Leão de. *Futebol, uma paixão nacional*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- BENSINGER, Ken. *Cartão vermelho: como os dirigentes da FIFA criaram o maior escândalo da história do esporte*. Tradução de Cátia Pietro. Rio de Janeiro: Globolivros, 2019.
- CORÁ, Maria Amelia Jundurian. *Do material ao imaterial: patrimônios culturais do Brasil*. São Paulo: EDUC, 2014.
- ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*. Pamplona: Arazandi, 2016.
- FIGUEIREDO, Betânia Gonçalves. Patrimônio histórico material e imaterial e a invenção da história. In: REIS, Alcenir Soares dos; FIGUEIREDO, Betânia Gonçalves. *Patrimônio imaterial em perspectiva*. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 25/49.
- FILHO, Mário. *O negro no futebol brasileiro*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.
- FRANZINI, Fábio. *Corações na ponta da chuteira: capítulos iniciais da história do futebol brasileiro (1919-1938)*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- GIULIANOTTI, Richard. *Sociologia do futebol: dimensões históricas e socioculturais do esporte das multidões*. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant e Marcelo de Oliveira Nunes. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.
- HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.
- HERRA, Sergio. La criminalidad económica, factores de riesgo y compliance en al ámbito deportivo profesional. In: *Revista Española de la Transparencia*. N. 5. Segundo semestre/2017, p. 148/154.
- MAGALHÃES, Vlamir Costa. *Corrupção privada e futebol: um estudo à luz do direito comparado sobre a proteção penal do Fair Play na governança desportivo-empresarial*. São Paulo: LiberArs, 2023.
- MENDES, Paulo de Sousa. *Patrocínios, escândalos e factos puníveis*. Coimbra: Almedina, 2020.
- MURAD, Mauricio. *Dos pés à cabeça: elementos básicos de sociologia do futebol*. Rio de Janeiro: Irradiação Cultural, 1996.
- NIETO MARTÍN, Adán. Delitos de corrupción en los negocios. In: DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier; GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Org.). *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykison, 2018, p. 415/466.
- PRONI, Marcelo Weishaupt. *A metamorfose do futebol*. São Paulo: Unicamp, 2000.
- REBELO, Aldo; TORRES, Silvio. *CBF-NIKE*. São Paulo: Casa Amarela, 2001.
- RIBEIRO JR., Amaury; CIPOLINI, Leandro; AZENHA, Luiz Carlos; CHASTINET, Tony. *O lado sujo*

do futebol: a trama de propinas, negociatas e traições que abalou o esporte mais popular do mundo. São Paulo: Planeta, 2014.

RODRIGUES, Nelson. *A pátria em chuteiras: novas crônicas de futebol.* Companhia das Letras: São Paulo, 1994.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. El progresivo diseño de espacios judiciales penales comunes para enfrentar la impunidad de la corrupción. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 89. São Paulo: RT, mar.-abr./2011, p. 239/254.

SALDANHA, João. *Os subterrâneos do futebol.* 2ª Edição. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1963.

SANTOS, Joel Rufino dos. *História política do futebol brasileiro.* São Paulo: Brasiliense, 1981.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance.* São Paulo: LiberArs, 2021.

_____. *Brindes, dádivas e o compliance.* Disponível em: <<http://www.cpjm.uerj.br/blog-texto-brindes-dadivas-e-o-compliance/>>. Acesso em: 03/09/2021.

_____. A criminologia empresarial: why good people do dirty work. In: CHOERI, Cecília; KRUEGER, Guilherme; PANOIRO, José Maria (Org.). *Criminalidade econômica e empresarial: escritos em homenagem ao professor Artur Gueiros.* São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 158/186.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Recurso Especial n. 628624. Rel. Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão Min. Edson Fachin. Publicado no DJ de 06/4/2016.

URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. La corrupción en el deporte em el derecho penal español: ¿Un legislador torpe, inmoral o estratégico? In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor; PABLO MONTIEL, Juan; SATZGER, Helmut (Eds.). *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción.* Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 133/154.



<https://emarf.trf2.jus.br/site/index.php>

Av. Rio Branco, 243 - Anexo I - 14º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 3218-8648 ♦ 3218-8646 ♦ 3218-8645
<http://emarf.trf2.jus.br/site/>



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 2ª Região