

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 13

Nº 1 - Maio de 2010

Batalha do Riachuelo



Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região



*Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região*

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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 13
Maio de 2010

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 2010 - volume 13, n. 1

Irregular.

ISSN 1518-918X

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

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretora-Geral

Desembargadora Federal Maria Helena Cisne

Diretor de Publicações

Desembargador Federal André Fontes

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Guilherme Couto

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargadora Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Guilherme Calmon

EQUIPE DA EMARF

Jaderson Correa dos Passos - Assessor Executivo

Andréa Corrêa Nascimento

Carlos José dos Santos Delgado

Diana Cordeiro Franco

Edith Alinda Balderrama Pinto

Élmiton Nobre Santos

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria de Fátima Esteves Bandeira de Mello

Maria Suely Nunes do Nascimento

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Vice-Presidente:

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Membros:

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA
Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS
Desembargador Federal CARREIRA ALVIM
Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE
Desembargador Federal CASTRO AGUIAR
Desembargador Federal FERNANDO MARQUES
Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA
Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal ANDRÉ FONTES
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargadora Federal LILIANE RORIZ
Desembargadora Federal LANA REGUEIRA
Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ
Desembargador Federal GUILHERME COUTO
Desembargador Federal GUILHERME CALMON

SUMÁRIO

DEMOCRACIA E REGIME DEMOCRÁTICO	9
<i>Reis Friede</i>	
QUESTÕES RELEVANTES SOBRE O AUXÍLIO-RECLUSÃO	17
<i>Tatiana Sada Jordão</i>	
ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO AOS BENEFÍCIOS DA SEGURIDADE SOCIAL	25
<i>Carlos Côrtes Vieira Lopes</i>	
CANDIDATO FICHA-SUJA1: O DIREITO ELEITORAL PRO REO	39
<i>Cesar Caldeira</i>	
CONTROLE ANTITRUSTE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL A SERVIÇO DO DESENVOLVIMENTO	73
<i>João Marcelo de Lima Assafim</i>	
DIREITO DE AUTOR – UM ENSAIO HISTÓRICO	101
<i>Karin Grau-Kuntz</i>	
ALGUNS COMENTÁRIOS SOBRE A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT	145
<i>Debora Lacs Sichel</i>	
LICENÇA COMPULSÓRIA DE PATENTES	151
<i>Ricardo Luiz Sichel</i>	
DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: O (DES)ASSISTIDO PELA CONSTITUIÇÃO.	165
<i>Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo</i>	
PREMISSAS HISTÓRICAS E TEÓRICAS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	205
<i>Danilo Nascimento Cruz</i>	

SISTEMA JURÍDICO NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL: ESTUDO ACERCA DAS AMBIGÜIDADES NOS PRECATÓRIOS E EM FACE DA EQUIVOCAÇÃO NA DÚPLICE RENÚNCIA ANTE O EXCEDENTE QUE ULTRAPASSA O LIMITE DE ALÇADA RELATIVAMENTE À PESSOA IDOSA	225
<i>Adgerson Ribeiro de Carvalho Sousa</i>	
A REPÚBLICA E A REESTRUTURAÇÃO DA JUSTIÇA	283
<i>André R. C. Fontes</i>	

DEMOCRACIA E REGIME DEMOCRÁTICO

Reis Friede - Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª
Região (RJ-ES)*

Recentemente, alguns autores têm manifestado a idéia de que a democracia e o chamado regime democrático, - em sua tradução material (derivada, por seu turno, da necessária associação entre os Estados de legitimidade e de legalidade) -, constituem-se, na qualidade de conceitos elementares da Ciência Política, muito mais em uma resultante estrutural dialética, relativamente a um processo histórico-factual de uma Sociedade, de nítida feição político-ideológica, do que propriamente em um modelo concepcional de regime político que poderia, em tese, ser implantado, aleatoriamente, conforme desejo formal, de algum modo, manifestado por um povo ou, - o que é mais comum -, por uma classe ou grupo governante.

Assim, a liberdade individual, na qualidade de um dos pilares do regime democrático, por exemplo, estaria, neste diapasão analítico, muito mais associada ao grau de maturidade sócio-política (nível de conscientização popular) de uma coletividade organizada e, portanto, do patamar de civilização obtido por uma sociedade em seu desenvolvimento histórico-político, do que condicionado a simples vontade manifestada por qualquer meio formal, de índole político-jurídica (v.g. assembléia nacional constituinte), de implantação (artificial) de uma democracia.

Em outras palavras, segundo esta nova orientação doutrinária, simplesmente não seria viável a implantação (por simples vontade manifesta) do denominado (e almejado) regime democrático, com todas as suas inerentes conseqüências, em Estados cujos cidadãos ainda não

* Reis Friede; Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público; Mestre e Doutor em Direito; Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Autor, dentre outras obras, do Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado: Teoria Constitucional e Relações Internacionais, 4ª ed., Ed. Forense Universitária, 2009.

atingiram as condições mínimas de convivência ética e moral, até porque, comprovadamente, não é possível ultrapassar, por simples manifestação unilateral de vontade, estágios naturais de desenvolvimento e, igualmente, suprimir pressupostos básicos de amadurecimento social que, necessariamente, envolvem não somente um processo educacional complexo e verdadeiramente eficiente, mas também fatores históricos genuinamente revolucionários em sua acepção mais ampla.

(Neste sentido, TOM DWYER, conhecido sociólogo neozelandês radicado no Brasil (Globo, 4 de setembro de 2005, p. 39), salienta, com mérito propriedade, que a pobreza ou mesmo as desigualdades sociais não são, por si só, suficientes para explicar o fenômeno da violência e da desordem urbana em situações de momentânea ausência (ou impotência) do Estado, citando, exemplificativamente, por um lado, o comportamento exemplar dos cidadãos norte-americanos residentes em Nova York durante o apagão de 1965, ou dos países asiáticos atingidos pela tsunami de 2004, em contraposição crítica, por outro, à situação caótica no Iraque (supostamente democratizado) de 2005, ou o permanente clima de pré-guerra civil existente no Rio de Janeiro, notadamente nos últimos dois anos, ou mesmo a degradação social observada nos três estados mais atrasados dos EUA (Mississippi, Louisiana e Alabama) durante a devastação do furacão Katrina em 2005, buscando, por fim, demonstrar onde efetivamente se encontra a parte civilizada da população mundial.)

Destarte, é forçoso concluir, - no estrito contexto desta linha de pensamento -, que todos os países que, hoje, podem ser inequivocamente reputados Estados democráticos de direito, - realizando todos os atributos e características inerentes às democracias materiais (substantivas), bem como usufruindo a plenitude do Estado constitucional, associativo dos paradigmas da legitimidade e da legalidade -, passaram, em algum momento histórico, por algum processo político estrutural de grande envergadura (revolucionário, em alguma medida) que permitiu, em última instância, a institucionalização da verdadeira democracia e do correspondente regime democrático material.

Sob este prisma analítico, a Inglaterra (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte) e a França (em função, respectivamente, da revolução gloriosa (1666/1689) e da revolução francesa (1789/1799) que transformaram, em última análise, a concepção estrutural da soberania

originariamente teocrática em democrática) seriam, hoje, democracias consolidadas, da mesma forma que os EUA (em decorrência da guerra civil americana (1861/1865)), a Alemanha e Itália (em função do nazismo (1933-1945) e do fascismo (1919/1943)), e a Espanha e Portugal (respectivamente, por consequência dos períodos Franquista (1939/1975) e de Salazar (1932/1974)).

(É oportuno registrar que a plenitude do regime democrático alemão atual, a exemplo de todos os demais casos citados, não foi imediatamente instaurado, após o fim do regime nazista em 1945 (muito embora tenha sido consequência direta do nível de conscientização popular auferido através do reconhecimento das barbáries praticadas, direta ou indiretamente, pelo povo alemão).

Ao contrário, a democracia foi lentamente conquistada e, especialmente, consolidada, nos anos posteriores ao pós-guerra, até atingir a situação de relativa plenitude nos anos 70.)

Nos chamados países periféricos e em todos os demais Estados que, por razões políticas e históricas, não experimentaram processo semelhante (limitando-se apenas a copiar, - por vontade própria ou por imposição estrangeira -, modelos democráticos estabelecidos), ao reverso, a democracia e o regime democrático têm se traduzido, destarte, em uma forma de organização política fundada restritivamente não só em aparentes liberdades (situação em que a normatividade jurídica não possui plena efetividade), mas, especialmente, em verdadeiros “feudos” da era contemporânea, em que o populismo assistencial (e o correspondente “controle indireto das massas”) é a principal tônica governamental (caracterizando o que se convencionou designar por “democracias formais ou aparentes”).

(É o caso de praticamente todos os países da América Latina na atualidade, com ênfase no emblemático exemplo da Venezuela de HUGO CHAVEZ. Segundo longa e detalhada análise realizada por DIOGO SCHELP (Veja, 14 de dezembro de 2005, ps. 156 e seqs.), antes da era CHAVEZ, o país era controlado por dois partidos da elite venezuelana que por décadas se restringiram a criar uma estrutura estatal perdulária, ineficiente e, sobretudo, corrupta. Em 1999, eleito através de regras reputadas democráticas, CHAVEZ assumiu a presidência da República, alterou a Constituição e, com o vertiginoso aumento dos preços internacionais do petróleo, transformou a PDVSA

(e os lucros com a venda do petróleo) em uma máquina de comprar apoio político interno (retirando US\$ 3,7 bilhões / ano para programas sociais, por exemplo) e internacional (vendendo a preços subsidiados óleo para diversos países latino-americanos), além de estruturar uma milícia armada com aproximadamente 100.000 homens. Não obstante as estatísticas de 2005: a classe média encolheu 57%, o número de pobres aumentou 25%, o desemprego cresceu de 11% para 16%, metade das indústrias fechou, os empregos informais aumentaram 45%, a inflação subiu de 11% para 17% ao ano, o investimento estrangeiro caiu pela metade e a dívida pública dobrou; CHAVEZ, neste mesmo ano, contava ter o incontestado apoio de metade dos venezuelanos (a parcela mais pobre, cativada através de políticas assistencialistas), além de ter consolidado o seu poder por meio de plebiscitos em que obteve ampla maioria. Nas eleições legislativas de 2005, obteve vitória esmagadora (graças ao boicote das oposições) e, paradoxalmente, apesar de defender a democracia participativa em detrimento da democracia representativa, não preocupou-se em explicar a pífia participação de apenas 25% do eleitorado neste pleito. Descobriu-se, também, que CHAVEZ, através do emprego de máquinas de identificação digital, conseguiu catalogar a orientação político-eleitoral de 12 milhões de eleitores durante o referendo de 2004, criando uma listagem batizada de “Maisanta” com informações que privilegiam os aliados em detrimento dos adversários em todos os níveis (obtenção de empregos públicos, emissão de passaportes, acesso a auxílios sociais, etc.). Além de tudo isto, há um quase controle absoluto do Estado venezuelano pelo governo (formalmente) democrático de CHAVEZ: o Ministério Público é encarregado de processar os adversários sob acusação de “traição à pátria”; 80% dos magistrados têm contratos temporários (muitos de apenas três meses) que não são renovados caso julguem de forma contrária aos interesses governamentais; os nomes de mais de 20.000 trabalhadores da PDVSA (a estatal petrolífera venezuelana), demitidos depois de uma greve contra CHAVEZ, estão registrados em uma “lista negra”, proibidos de trabalhar em qualquer órgão público ou na iniciativa privada (sob pena de represálias fiscais do governo); empresários que se envolvam em atividades políticas de oposição são submetidos a uma devassa fiscal; entre outras incontáveis e semelhantes iniciativas.

O uso da pseudodemocracia para destruir a denominada democracia formal, resta assinalar, neste contexto, não é original, como bem salienta DIOGO SCHELP. ADOLF HITLER era líder de uma bancada parlamentar eleita com 33% dos votos quando foi democraticamente escolhido chanceler da Alemanha. Um ano depois, ele acumulou o

posto de presidente, deixado vago pela morte do marechal HINDENBURG, obtendo para isso a comprovada e incontestada aprovação dos alemães em plebiscito. Nos anos seguintes, fechou sindicatos, suprimiu a liberdade de imprensa e gradativamente eliminou os demais partidos.

Tanto na Venezuela dos dias atuais, como na Alemanha do passado, tudo isto somente é ou foi possível em função das frágeis estruturas institucionais e do baixo grau de maturidade política inerentes à chamada democracia formal ou aparente lá existentes. Tanto é verdade, que o país mais estável da América Latina atual, ou seja, o Chile (onde é impensável uma aventura política chavista), louva-se, curiosamente, de também ter experimentado a ditadura mais longa e rígida do continente (ou seja, o governo PINOCHET (ou sua interferência direta) de 1973 a 1997), criando, em alguma medida (ao menos comparativa), parte das pré-condições para o estabelecimento de uma democracia -, relativamente mais substantiva que suas congêneres latino-americanas.

Também, cumpre assinalar, em necessária adição conclusiva, que, paradoxalmente, alguns governantes democraticamente eleitos, no âmbito destes regimes meramente formalistas, foram, durante o transcurso político de suas respectivas existências, afastados por movimentos populares, durante a plena vigência de seus mandatos eletivos, sem qualquer respeito à normatividade constitucional e aos procedimentos legais expressamente previstos no âmbito de seus correspondentes constitucionalismos (v.g. os governos DE LA RUA / Argentina – 1999/2001 e GUTIÉRREZ / Equador – 2002/2005)

Oportuno acrescentar que, por razões ideológicas, também resta impossível (ou, ao menos, improvável) a instauração de autênticos Estados democráticos de direito (democracias materiais plenas) em países cuja concepção estrutural de soberania não seja de efetiva orientação democrática (“todo poder mana do povo e em seu nome é exercido”) e sim teocrática (“todo poder emana de Deus e em seu nome é exercido”) como é o caso típico dos diversos Estados que abrigam Nações muçulmanas das mais variadas e diferentes orientações (xiitas, sunitas, etc.).

(Exatamente por isto a veemente crítica à ingênua (e fracassada) tentativa estadunidense de impor ao secular Iraque (curdo, xiita e sunita), em um tempo extremamente reduzido e sem qualquer fato revolucionário ou de natureza assemelhada, um regime democrático

fundado em uma concepção estrutural de soberania completamente diversa (e ininteligível para a cultura milenar iraquiana) da enraizada ideologia teocrática inerente ao mundo muçulmano.

Aliás, lição, lamentavelmente, não aprendida mesmo após o desastrososo episódio concernente à anterior tentativa de democratização do Irã (Pérsia) em 1979, realizada através da igualmente desastrosa “política de direitos humanos”, empreendida pelo governo JIMMY CARTER (1976-1980), que acabou por permitir, de forma descontrolada, a derrubada do regime do Xá REZA PAHLEVI (1953/1979) e sua indesejável (porém, previsível à época) substituição pela teocracia totalitária islâmica dos Aiatolás Khomeini (1979/1989) e Khamenei (a partir de 1989).

Não é por outro motivo que, historicamente (especialmente no período pós-guerra), a política norte-americana para o Sul da Ásia e para o Oriente Médio tem se pautado não só pela implantação, mas, sobretudo, pela manutenção (através de sólido apoio político, econômico e militar) de regimes de força pró-ocidentais que permitam não só evitar os riscos inerentes à implantação descontrolada e generalizada do totalitarismo islâmico, mas igualmente manter um relativo controle sobre uma região extremamente importante sob o ponto de vista geopolítico.

Ainda assim, é fonte de permanente preocupação, por parte dos principais estrategistas da comunidade político-militar estadunidense, as constantes bravatas declaradas, particularmente pelo governo GEORGE W. BUSH, quanto à existência de projetos (ou, no mínimo, instruções) para a implantação de regimes democráticos em países que gozam de relativa estabilidade política, como o Egito, a Arábia Saudita e o Paquistão (este último, inclusive, detentor de armas nucleares).)

Finalmente, resta consignar, em necessária síntese conclusiva, que por motivos não propriamente ideológicos (uma vez que a concepção estrutural de soberania, na hipótese vertente, também é, a exemplo dos regimes ocidentais, de índole democrática somada ao fato também relevante de que os ideais comunistas já foram há muito sepultados), mas, ao reverso, de natureza essencialmente pragmático-conjuntural, a implantação (pelo menos a curto e médio prazos) de genuínos Estados democráticos de direito em países centrais, ex-protagonistas do período histórico conhecido por guerra fria, - como a Rússia (antiga URSS) e a

China -, igualmente se apresenta pouco provável, sendo muito mais plausível, em virtual contraposição, que os mesmos venham a desenvolver inexoráveis formas peculiares de democracia formal, intenção esta, - vale frisar -, já incisivamente manifesta por VLADIMIR PUTIN quando expressamente pontuou, em discurso para a Comunidade Internacional, por ocasião do atentado terrorista em Beslam (2004), que a Rússia “não se curvará à pressão internacional para copiar modelos democráticos estrangeiros (não adaptáveis à realidade russa), até porque desenvolve solução democrática própria”.

(Nestes países, cumpre assinalar, - não obstante o longo período de totalitarismo radical experimentado -, o regime anterior não foi propriamente “derrubado” (de forma diversa do nazismo na Alemanha, do fascismo na Itália, do franquismo na Espanha, etc.), não permitindo forjar a mesma experiência estruturante e, conseqüentemente, conquistar os mesmos resultados viabilizados, em última análise, no que concerne à instauração do (supostamente almejado) regime democrático material.)

QUESTÕES RELEVANTES SOBRE O AUXÍLIO-RECLUSÃO

*Tatiana Sada Jordão - Procuradora Federal. Pós-graduanda em
Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/UNESA.*

1. INTRODUÇÃO.

O auxílio-reclusão é um benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão, por qualquer motivo, sob o regime fechado ou semi-aberto (art. 201 da CR, na redação dada pela EC 20/98). O benefício somente será pago se o segurado não estiver recebendo salário da empresa, auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço (benefício extinto).

Verifica-se, portanto, que o pressuposto para a concessão do mencionado benefício aos dependentes é a cessação da fonte de sua subsistência. Se o segurado preso permanecer recebendo valores com os quais pode, em princípio, prover o sustento de sua família torna-se desnecessária a proteção previdenciária.

Na hipótese de prisão processual civil, os dependentes do segurado não têm direito ao auxílio-reclusão, já que essa modalidade de prisão tem caráter coercitivo, razão pela qual manter o pagamento do benefício poderia, em determinadas situações, servir de incentivo ao descumprimento da obrigação.

No que concerne ao tempo mínimo de contribuição para que os dependentes do segurado tenham direito ao benefício de auxílio-reclusão, o art. 26 da Lei 8.213/91 não exige carência para a concessão desse benefício previdenciário. A legislação dispensa a carência, sendo, no entanto, imprescindível a comprovação da qualidade de segurado do preso.

Para a concessão do auxílio-reclusão, os dependentes devem além de comprovar a qualidade de dependente, apresentar certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada por autoridade competente, sendo certo que trimestralmente é necessário comprovar que o segurado continua preso.

O auxílio-reclusão será devido a contar da data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias desta, ou da data do requerimento administrativo, se posterior a esse prazo.

2. AS CLASSES DE DEPENDENTES. CONSIDERAÇÕES SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.

O art. 16 da Lei 8.213/91 elenca três classes de dependentes. A 1ª classe é composta do cônjuge, do companheiro(a) e do filho não emancipado menor de 21 anos ou inválido de qualquer idade. A 2ª classe é composta dos pais. A 3ª classe, por sua vez, é composta do irmão não emancipado menor de 21 anos ou inválido.

Os enteados e os menores de 21 anos que estejam sob tutela do segurado possuem os mesmos direitos dos filhos, desde que não possuam bens para garantir seu sustento e sua educação, isto é, exige-se a comprovação da dependência econômica (art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91).

A distribuição do benefício de auxílio-reclusão segue três cláusulas, senão vejamos.

A cláusula da exclusão (art. 16, § 1º, da Lei 8.213/91) estabelece que em havendo dependentes de uma classe, os dependentes das classes seguintes não têm direito ao benefício. A cláusula da concorrência (art. 77, *caput*, da Lei 8.213/91) determina que na hipótese de haver mais de um dependente da mesma classe, o benefício será rateado entre todos, em igualdade de condições, de modo que o auxílio-reclusão será distribuído em cotas iguais. Por fim, a cláusula da reversão (art. 77, § 1º, da Lei 8.213/91) estipula que será revertida em favor dos demais a cota parte daquele cujo direito ao benefício cessar por algum motivo.

A dependência econômica dos dependentes da 1ª classe é presumida,

por expressa disposição legal (art. 16, § 4º, da Lei 8.213/91). Os demais dependentes devem comprovar a dependência econômica.

Situação que merece atenção é a união estável homoafetiva. Cabe indagar se a união entre pessoas do mesmo sexo pode ser qualificada como entidade familiar, a fim de justificar a concessão do auxílio-reclusão ao companheiro(a) homossexual do segurado.

Numa concepção moderna, o conceito de entidade familiar deve comportar interpretação que, de um lado, se coadune com os ditames da Constituição, que outorgou especial proteção à família, e, do outro lado, acompanhe a evolução da sociedade. Assim, dentro dessa linha de pensamento, a entidade familiar abrange o casamento, a família monoparental e a união estável, sendo certo que a união estável é gênero que comporta duas espécies, quais sejam, união estável entre homem e mulher e união estável homoafetiva.

Dessa forma, quando comprovada a convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas estabelecida com o objetivo de constituição de família, independentemente do sexo dos parceiros, o dependente terá direito ao benefício de auxílio-reclusão. Não é aceitável o indeferimento do benefício tão-somente em razão da orientação sexual.

Nesse sentido, apropriada as lições do Des. Federal João Batista Pinto Silveira (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310), quando trata do tema:

“(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é

um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.”

3. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*.

O art. 80 da Lei 8.213/91 preceitua que “*o auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, (...)*”.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já firmou entendimento, em homenagem ao princípio *tempus regit actum*, no sentido de que “*na concessão de benefício previdenciário, a lei a ser observada é a vigente ao tempo do fato que lhe determinou a incidência, da qual decorreu a sua juridicização e conseqüente produção do direito subjetivo à percepção do benefício*” (RESP nº 466646, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ 10/03/2003), sendo que “*o fato gerador para a concessão da pensão por morte é o óbito do segurado*” (ERESP nº 190193, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 07/08/2000).

Nessa ordem de idéias, à luz do princípio do *tempus regit actum*, a concessão do benefício de auxílio-reclusão deve obedecer a legislação em vigor à época da prisão do segurado.

A propósito, veja-se a esclarecedora ementa do acórdão proferido pelo STJ:

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. CONCESSÃO AOS DEPENDENTES DO SEGURADO DE BAIXA RENDA. DETERMINAÇÃO

CONSTITUCIONAL. ARTIGO 80 DA LEI 8.213/91. REQUISITOS DA PENSÃO POR MORTE. APLICABILIDADE. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. INCIDÊNCIA. RECOLHIMENTO À PRISÃO. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA. OBEDIÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - A EC 20/98 determinou que o benefício auxílio-reclusão seja devido unicamente aos segurados de baixa renda.

II - Nos termos do artigo 80 da Lei 8.213/91, o auxílio-reclusão é devido nas mesmas condições da pensão por morte aos dependentes do segurado recolhido à prisão, desde que não receba remuneração da empresa nem auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço.

III - A expressão “nas mesmas condições da pensão por morte” quer significar que se aplicam as regras gerais da pensão por morte quanto à forma de cálculo, beneficiários e cessação dos benefícios. Em outros termos, as regras da pensão por morte são em tudo aplicáveis ao auxílio-reclusão, desde que haja compatibilidade e não exista disposição em sentido diverso.

IV - A jurisprudência da Eg. Terceira Seção entende que a concessão da pensão por morte deve observar os requisitos previstos na legislação vigente ao tempo do evento morte, em obediência ao princípio tempus regit actum.

V - Quando foi o segurado recolhido à prisão, não era considerado de baixa renda, não fazendo jus seus dependentes ao benefício auxílio-reclusão, em razão de Portaria posterior mais benéfica. Incide, à espécie, o princípio tempus regit actum.

VI - A concessão do benefício auxílio-reclusão deve observar os requisitos previstos na legislação vigente ao tempo do evento recolhimento à prisão, porquanto devem ser seguidas as regras da pensão por morte, consoante os termos do artigo 80 da Lei 8.213/91.

VII - Recurso conhecido e provido.” (REsp 760767/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJ 24/10/2005)

4. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RENDA BRUTA DO SEGURADO PRESO.

Mister se faz ressaltar que, de acordo com o Pretório Excelso, para a concessão do auxílio-reclusão, a renda a ser considerada é a do segurado

preso e não a de seus dependentes. A decisão proferida pelo STF reconheceu a repercussão geral sobre o tema, de modo que deve ser aplicada pelas demais instâncias do Poder Judiciário e alcança uma população carcerária de aproximadamente 450 mil presos.

O STF deu provimento a dois recursos extraordinários interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para reformar acórdãos proferidos por Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, que aplicaram o Enunciado da Súmula 5 da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais (*“para fins de concessão do auxílio-reclusão, o conceito de renda bruta mensal se refere à renda auferida pelos dependentes e não à do segurado recluso”*) e declarar a inconstitucionalidade do art. 116 do Regulamento da Previdência Social - Decreto 3.048/99 (*“Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais)”*), que regulamentou o art. 80 da Lei 8.213/91.

O art. 201, inciso IV da CR preceitua que a Previdência Social concederá *“(...) auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.”* O STF firmou o entendimento no sentido de que, numa interpretação literal desse dispositivo, a Constituição limita a concessão do benefício previdenciário de auxílio-reclusão às pessoas que estejam presas, possuam dependentes, seja seguradas da Previdência Social e tenham baixa renda. O auxílio-reclusão surgiu com a edição da EC 20/98, sendo certo que o requisito “baixa renda”, desde a edição do art. 201 da CR, estava ligado aos segurados e não aos dependentes. De outro lado, numa interpretação teleológica, forçoso reconhecer que se o constituinte derivado tivesse pretendido escolher a renda dos dependentes do segurado para a concessão do benefício de auxílio-reclusão, não teria inserido no texto a expressão “baixa renda” como adjetivo para qualificar os “segurados”, mas para caracterizar os dependentes.

Corroborando com esse entendimento, tem-se na Exposição de Motivos da EC 20/98 que um dos objetivos dessa emenda seria o de restringir o acesso do auxílio-reclusão, tendo em vista que, nos termos do art. 194, II

da CR, o constituinte derivado se pautou no critério da seletividade para identificar aqueles que efetivamente necessitam do mencionado benefício previdenciário. Assim, esse objetivo somente poderia ser alcançado se o auxílio-reclusão tivesse como base de cálculo a renda do segurado. Interpretação em sentido contrário, que levasse em consideração a renda dos dependentes, acarretaria distorções injustificáveis, já que teria de obrigatoriamente incluir no rol de dependentes os menores de 14 anos - impedidos de trabalhar por força do art. 227. §3º, I da CR - , sendo certo que qualquer segurado preso que possuísse filhos menores de 14 anos, independentemente de sua condição financeira, geraria auxílio-reclusão.

Por fim, o Tribunal consignou que o art. 13 da EC 20/98 instituiu norma transitória para a concessão do auxílio-reclusão e que, para os fins desse dispositivo, a Portaria Interministerial MPS/MF 77/2008 estabeleceu o salário de contribuição equivalente a R\$ 710,08 **(a partir de 1º de fevereiro de 2009 esse valor passou a ser de R\$ 752,12)** para efeito de aferir-se a baixa renda do segurado, sendo que esse valor superaria bastante o salário-mínimo hoje em vigor. Dessa forma, esse seria mais um dado a demonstrar não ser razoável admitir como dependente econômico do segurado preso aquele que auferir rendimentos até aquele salário de contribuição.

5. CONCLUSÃO.

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se concluir que o auxílio-reclusão é um benefício previdenciário concedido aos dependentes do segurado de baixa renda. Esses dependentes estão elencados no art. 16 da Lei 8.213/91, sendo certo que numa concepção moderna, a união estável homoafetiva deve ser qualificada como entidade familiar a fim de justificar a concessão do auxílio-reclusão ao companheiro(a) homossexual do segurado. Na concessão do benefício de auxílio-reclusão, à luz do princípio do *tempus regit actum*, deve ser observada a legislação em vigor à época da prisão do segurado.

O STF firmou orientação no sentido de que, para a concessão do auxílio-reclusão, deve ser considerada a renda do segurado preso, de

modo que o benefício previdenciário somente pode ser concedido aos dependentes do segurado que ganhe até o teto previsto legalmente. Essa matéria foi discutida através de dois Recursos Extraordinários (RE 587365 e 486413) interpostos pelo INSS. O STF reconheceu a repercussão geral, razão pela qual a decisão obrigatoriamente tem que ser aplicada pelas demais instâncias do Poder Judiciário.

ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO AOS BENEFÍCIOS DA SEGURIDADE SOCIAL

Carlos Côrtes Vieira Lopes - Procurador Federal

Resumo: Trata-se de trabalho a respeito da atuação do Poder Judiciário em relação ao controle dos atos da Administração Pública, onde é feita uma análise crítica das decisões que extrapolam este poder de controle, bem como deixam de aplicar teses favoráveis ao INSS que, pelo Direito, seriam inquestionáveis. Aborda uma série de casos concretos onde se demonstra que a atuação judicial está se equiparando a de um administrador de assistencialismo, o que afronta uma série de princípios constitucionais e poderá gerar a ruptura do sistema previdenciário no futuro.

Abstract: It is working on the role of the judiciary in relation to the control of acts of government, which is a critical analysis of the decisions that go beyond the power of control and no longer apply theories that support the INSS, by law, would be unquestionable. It addresses a number of cases where it shows that judicial action is treated as a trustee of welfarism, which humiliated a number of constitutional principles and could lead to rupture of the pension system in the future.

1) INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo levar a análise dos intérpretes do Direito uma questão que gera preocupação para quem lida com a Previdência Social. Trata-se do numeroso quantitativo de decisões do Poder Judiciário que ampliam o espectro da lei, aumentando seus limites, através de interpretações extensivas no que tange aos benefícios previstos na CRFB/88 e nas leis para seguridade social.

Essas decisões são das mais variadas instâncias do Poder Judiciário, de Juízes Federais, de Juízes Estaduais, de Turmas Recursais de Juizados Especiais Federais, de Tribunais Regionais Federais, do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), da Turma Nacional de Uniformização (TNU), dentre outros. Em razão da grande maioria das ações da seguridade social encontrar-se no âmbito dos Juizados Especiais Federais, as principais questões deste trabalho serão verificadas em relação às decisões da TNU.

Esclareço, ainda, de início, que o presente estudo não tem por objetivo desqualificar o Poder Judiciário, que a meu ver é a instituição mais séria e uma das mais relevantes, assim como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

2) BREVES NOÇÕES ACERCA DA SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social dividi-se em três âmbitos distintos: Assistência Social, Saúde e Previdência Social (art. 194, da CRFB/88). Este último é o único âmbito em que se exige uma contrapartida do cidadão, ou seja, somente fazem jus aos benefícios previdenciários os cidadãos que contribuam para o RGPS, adquirindo e mantendo a qualidade de segurado ou seus dependentes. A saúde¹ é um direito de todos e dever do Estado (art. 196, da CRFB/88). E, por fim, mas não menos importante, a assistência social é um benefício concedido aos idosos e portadores de deficiência que tenham renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo, independente de qualquer tipo de contribuição. O financiamento da seguridade social será feito por toda sociedade, de forma direta ou indireta, na forma que dispões o art. 195, da CRFB/88.

A assistência social é benefício custeado com recursos da União Federal, mas com gestão realizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal responsável pela sua concessão e pagamento ao beneficiário. Tem como fundamento legal a lei 8.742/93 e o artigos 33/36, da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)

¹ Para maiores detalhes sobre Direito à saúde, ver artigo de minha autoria, tendo como co-autor o advogado Marcelo Dealtry Turra. TURRA, Marcelo Dealtry; LOPES, Carlos Côrtes Vieira. Direito à saúde como direito de cidadania. Alguns aspectos práticos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 881, 1 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7648>>.

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é de responsabilidade integral do INSS, tendo caráter contributivo e filiação obrigatória, observando-se os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 201, da CRFB/1988). Atualmente regula-se pelas leis 8.212/91 e 8.213/91, bem como pelo Dec. 3.048/99.

O art. 195, §5º, da CRFB/1988, por sua vez, deixa claro que a interpretação acerca dos benefícios concedidos pela Seguridade Social deverá ser estrita, não podendo ser extensiva: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Ocorre que este dispositivo não está sendo observado pelo Poder Judiciário, passando este a atuar como legislador positivo nessa matéria, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, conforme será analisado a seguir.

3) A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DE PODER (ART. 2º, DA CRFB/1988)

O artigo 2º da nossa Carta Magna disciplina o “princípio da separação dos Poderes”², tendo a seguinte redação: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Através dessa separação, cada Poder é investido de uma série de competências constitucionais determinantes, sendo vedada a utilização por outro dessas competências, a fim de lhes garantir autonomia. A função primordial do Poder Judiciário, por exemplo, é a de julgar, não de elaborar leis (função legislativa) ou administrar (função executiva).

De acordo com o sistema democrático, a fim de evitar abusos, a Constituição Federal apesar de declarar que os Poderes são independentes e harmônicos, previu a possibilidade de intervenção de um Poder sobre

² Há doutrinadores que entendem equivocada a expressão, por entenderem que o Poder é uno, o que se divide são as funções desse poder. Utilizam para fundamentar esta posição dos ensinamentos de Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”. A meu ver esta posição está equivocada, tendo em vista que o ordenamento pátrio tem por base a sua lei maior, a Constituição da República, promulgada pelo Poder Constituinte Originário, sendo este iniciador e desvinculado de qualquer doutrina anterior. Ora, não é a Constituição que deve se adequar à doutrina, mas sim a doutrina que deve fazer uma leitura adequada da Constituição. Trata-se do mesmo erro que incidem diversos penalistas ao afirmarem que a pessoa jurídica não pode responder por crime, querendo se utilizar de teorias trazidas do exterior que não se adéquam à Constituição Federal.

o outro, como forma de controle de freios e contrapesos (“Checks and Balances”), com a utilização das funções que não lhes são determinantes.

No presente trabalho, a forma de controle que interessa é tão somente aquela exercida pelo Poder Judiciário sobre o Poder Executivo. Controle, segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “é um processo de redução do poder, entendida essa expressão no sentido da vontade e do interesse de um sujeito sobre outrem”³.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a Administração Pública é um mero controle de legalidade, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir na atividade de decisão de mérito do ato administrativo, por entender que uma medida seria mais adequada que outra. Mérito do ato administrativo, segundo o eminente administrativista supra mencionado:

“é núcleo de natureza decisória, produzido por uma escolha de vontade pessoal do agente estatal em virtude de uma autorização legislativa. A fiscalização poderá examinar os requisitos externos de regularidade da atuação discricionária, o que significa verificar se todos os requisitos legais procedimentais foram respeitados e se a autoridade administrativa atuou visando à realização dos direitos fundamentais, com observância dos valores democráticos.

Não se admite que o Juízo de conveniência e oportunidade, inerente à atividade administrativa, seja revisado pelo órgão de fiscalização.

(...)

O Judiciário desempenha atividade de fiscalização propriamente jurídica, na acepção de que se trata de verificar a compatibilidade dos atos administrativos com as normas jurídicas de hierarquia mais elevada (...).”⁴

MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO, por sua vez, deixa claro os limites deste controle:

“O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou

³ FILHO, MARÇAL JUSTEN. Curso de Direito Administrativo. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 879.

⁴ FILHO, MARÇAL JUSTEN. Curso de Direito Administrativo. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 894/895.

bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (art.5º, inciso LXXIII, e 37).”⁵

Por estes ensinamentos, constata-se que o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a Administração Pública refere-se apenas ao controle de legalidade, devendo o magistrado se colocar na posição de servidor público e nessa posição ter o seguinte pensamento: de acordo com a lei o benefício deveria ser concedido? Essa a razão pela qual o processo em que não haja comprovação de requerimento administrativo deve ser extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, na modalidade necessidade (enunciado 77 do FONAJEF). Se não há ilegalidade, não há controle judicial a ser exercido. Não bastasse isso, quando o órgão colegiado for afastar a incidência de uma norma legal, faz-se imprescindível a reserva de plenário (art. 97, da CRFB/88), conforme determina a Súmula Vinculante de nº 11 do STF.

Ora, a Administração Pública, por forma dos preceitos do *caput* do art. 37, da CRFB/88, se atém ao princípio da legalidade e, por força do art. 195, §5º, do mesmo diploma legal, não pode conceder, majorar ou estender benefício da seguridade social sem previsão da fonte de custeio. Ressalta-se, aqui, que a interpretação extensiva ou a analogia não podem ser utilizadas quando a lei traz um silêncio eloqüente.

Dessa forma, se o controle do Poder Judiciário é restrito ao exame de legalidade ou não do ato administrativo, não se pode admitir decisões judiciais que burlem esta forma de controle, e concedam benefícios da seguridade social quando o INSS observou a lei.

Em relação à definição de princípio da legalidade, trago lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“Esse princípio, juntamente com o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isso porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 640. Ressalto aqui meu entendimento de que o ato imoral é aquele que tem desvio de finalidade e, assim, seria de plano ilegal, por vício em um dos seus requisitos de validade, qual seja a finalidade de interesse público.

limites de atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

É aqui que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. (...)

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.⁶ (MEU GRIFO)

Complementando esse pensamento, trago lições de ODETE MEDAUAR:

*“O sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal. Este deve ser combinado com o primeiro significado, com o sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento. A Administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento.”*⁷

Estas decisões, não apenas afrontam os dois dispositivos constitucionais acima, como também geram desigualdade na prestação da seguridade social e desequilíbrio atuarial do sistema, o que gera ao Poder Executivo e a toda sociedade uma sensação de insegurança jurídica.

A desigualdade é gerada em razão da falta de critérios objetivos para concessão do benefício, cada juiz entende de uma forma diferente se a norma previdenciária deve ser estendida ou não. O pior é explicar ao cidadão porque que, em cidade com mais de um Juízo, o benefício assistencial de seu vizinho que, tendo as mesmas condições econômicas e o mesmo número de familiares, foi concedido por um Juízo e o seu, que teria caído em Juízo diverso, foi indeferido. Trata-se de flagrante AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – art. 5º, *caput*, da CRFB/88. ALEXANDRE DE MORAES aborta o assunto de maneira clarividente:

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 67/68.

⁷ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2008. p. 124

“A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

(...)

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – limitação ao legislador, ao intérprete/ autoridade pública e ao particular.

(...)

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial, o Poder Judiciário no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.”⁸ (MEU GRIFO)

Em relação ao desequilíbrio atuarial do sistema de previdência social, isto ocorre em razão da atuária ser uma ciência que estuda riscos econômicos e financeiros, baseado em manipulação de dados estatísticos. Estes dados são formados com base apenas no que consta na lei e na CRFB/88, tomando por base o orçamento, o gasto com pagamento de benefícios e etc. A questão é analisada de forma didática por Fábio ZAMBITE IBRAHIM:

“A atuária, ciência do seguro, irá cotejar o risco protegido e os recursos disponíveis para sua cobertura, vislumbrando sua viabilidade em diversos cenários, especialmente dentro das expectativas futuras em relação ao envelhecimento da população e às tendências da natalidade populacional.

Por meio dessas análises, é possível aos administradores do regime previdenciário a adoção de medidas eficazes, em tempo hábil, para correção de desvios, de modo a preservar a segurança e a confiabilidade do sistema e evitar a sua falência, o que iria excluir a proteção de milhões de segurados.”⁹

⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p.32.

⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007. p.38.

Portanto, decisões judiciais inesperadas, que trazem interpretações extensivas, vedadas pelo ordenamento jurídico, alteram um dos coeficientes do cálculo atuarial previdenciário, causando prejuízo ao erário público, tanto diretamente, quanto em relação à perspectiva de seus cálculos futuros. Em razão disso, para manter o sistema previdenciário equilibrado e evitar sua ruptura, o Governo Federal não tem como aumentar de forma significativa o teto máximo dos benefícios do RGPS.

4) ANÁLISES DE CASOS CONCRETOS

Quando verificamos os tipos de decisões que vem sendo proferidas em casos concretos, podemos ter certeza de que o controle exercido pelo Poder Judiciário em relação à Administração Pública extrapola a sua função, passando a atuação judicial a ser exercida, de forma inconstitucional, na posição de legislador positivo, ferindo todos os dispositivos já mencionados, principalmente o princípio da legalidade (art. 37, caput, da CRFB/88) e o princípio da vedação à extensão de benefício previdenciário sem que haja prévia dotação orçamentária (art. 195, §5º, da CRFB/88).

Na maioria das vezes o órgão julgador afasta a referida norma sem afetar a matéria a plenário, ofendendo assim o princípio da reserva de plenário (art. 97 da CRFB/88) e a Súmula Vinculante n. 10, emitida pelo STF.

Isso ocorre em diversos casos, como nos seguintes, que não chegam nem perto de serem exaustivos:

- Quando concedem pensão por morte, com prova documental precária, dando um valor muito grande à prova testemunhal, mesmo quando contraditória, o que afronta a norma que exige ao menos três documentos contemporâneos ao óbito que comprovem a dependência econômica (art. 22, §3º, do Dec. 3.048/99).

- Quando ultrapassa norma prevista no art. 70 do Dec. 3.048/99, que limita a conversão de tempo de atividade especial em comum apenas até a data de 28 de maio de 1995;

- Quando ultrapassa a norma prevista no art. 15, §2º, da L. 8.213/91, a

fim de permitir a comprovação do desemprego por qualquer meio ou, em alguns casos, nem sequer exigir tais provas (Enunciado 25 da Súmula da TNU);

- Quando permite a contagem de tempo pelo trabalhador rural com menos de 14 anos, contrariando norma constitucional que veda o trabalho dos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (Enunciado 5 da Súmula da TNU). Vale ressaltar que não existe direito adquirido a regramento jurídico anterior à norma elaborada pelo Poder Constituinte derivado, até mesmo porque as normas que forem materialmente contrárias à Constituição não são recepcionadas, são consideradas nulas;

- Quando estende o conceito de incapacidade para concessão de Benefício de Prestação Continuada – LOAS para menores de 16 anos e nos casos em que se equiparam à invalidez exigida para aposentadoria por invalidez (Enunciado 29 da Súmula da TNU). Ora, o BPC-LOAS, em redação dada pelo art. 20, §2º, da L. 8.213/91, seria devido para aqueles que tenham incapacidade para a vida independente e para o trabalho. Se o menor de 16 anos não pode trabalhar, não faria jus ao referido benefício. Em relação à incapacidade, esta não deveria se equiparar àquela necessária para concessão da aposentadoria por invalidez, isso porque para este benefício exige-se apenas a incapacidade total e permanente PARA O TRABALHO, enquanto para concessão de BPC-LOAS exige-se a incapacidade não apenas para o trabalho, como também para a VIDA INDEPENDENTE;

- Quando passa a entender que mesmo que o trabalhador utilize de Equipamento de Proteção Individual (EPI) eficaz, o período de tempo de contribuição deve ser contado como se fosse de atividade especial (Enunciado 9 da Súmula da TNU). É preciso ter em mente que o tempo exercido em atividade especial é aquele considerado com exposição permanente e habitual aos agentes nocivos previstos nos regulamentos da Previdência Social, pois isso poderia causar prejuízos à saúde e/ou integridade física do segurado. Contudo, a partir do momento em que o trabalhador é obrigado pela empresa a utilizar EPI e este é eficiente e eficaz cessa a exposição ao agente nocivo, eis que o segurado está devidamente protegido, não havendo mais qualquer risco à sua saúde e/ou integridade física (art. 57, §4º, da L. 8.213/91);

- Quando permite a aplicação da Tabela de Santa Catarina para revisão de benefícios previdenciários pela ORTN/OTN (Enunciado 38 da Súmula da TNU). Nesses casos, a revisão refere-se a benefícios concedidos, em regra, há mais de 20 anos e, como se sabe, o INSS tem a obrigação de guarda dos processos administrativos por determinado período de tempo, em regra de 5 anos. Ora, aqui, não apresentando o autor a relação dos salários de contribuição que foram utilizados no cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) de seu benefício, a ação judicial deveria ser julgada improcedente, eis que, pelo art. 333, I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito cabe, exclusivamente, ao autor. Não é possível aceitar a utilização de um índice, criado com base em coincidências, SEM PREVISÃO LEGAL, a fim de garantir uma revisão de benefício que, muitas das vezes, seria de valor inferior ao que foi concedido judicialmente, causando prejuízo ao erário público;

- E, o mais absurdo de todos os casos, quando aplica de forma extensiva o art. 34, parágrafo único da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Pelo art. 34, parágrafo único, da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o benefício de prestação continuada – LOAS – concedido a outro idoso que seja membro da família, será excluído do computo da renda *per capita* para concessão de benefício da mesma espécie, pelo requerente idoso. O controle do Poder Judiciário sobre o ato do INSS nesse caso acaba não sendo de legalidade, mas sim de ilegalidade. Tratam-se de benefícios distintos, advindo de recursos diversos (o benefício assistencial tem recursos advindo do erário da União Federal e não paga gratificação natalina; o benefício previdenciário advém de erário do INSS e paga gratificação natalina). Como já foi dito, o Controle do Poder Judiciário sobre a Administração Pública deve ser apenas de legalidade. Diante disso surge a seguinte indagação: Se o magistrado fosse funcionário do INSS e tivesse que indeferir ou deferir o benefício, nessa hipótese, observando-se o princípio da legalidade, o que ele faria? Certamente a resposta seria pelo indeferimento. O servidor público tem que obedecer ao que está na lei e esta não estendeu a hipótese do art. 34, parágrafo único, da L. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), para todo e qualquer benefício previdenciário de valor equivalente a um salário mínimo. Trata-se de hipótese que sequer poderia haver interpretação extensiva, eis que não houve omissão do legislador, mas sim silêncio eloqüente.

5) TESES NOVAS FAVORÁVEIS AO INSS E POUCO ACOLHIDAS

Outro fator de desequilíbrio do sistema atuarial decorre de decisões judiciais que não acolhem teses que são favoráveis ao INSS.

Como exemplo disso, trago à baila, a tese da decadência da revisão de benefícios previdenciários concedidos antes de 28 de junho de 1997, em ações ajuizadas posteriormente a 28 de junho de 2007, sob a alegação infundada de que a decadência não poderia retroagir para prejudicar benefícios concedidos antes de sua criação legal. Ocorre que, nesse caso, não estamos falando de aplicação retroativa da lei que criou o prazo decadencial, mas sim de aplicação imediata da norma jurídica, conforme ensinamentos de Paul Roubier¹⁰. Entendimento correto sobre a matéria foi sumulado pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado do Rio de Janeiro, através do enunciado nº 63¹¹, cuja redação é a seguinte:

“Em 01.08.2007 operou-se a decadência das ações que visem à revisão de ato concessório de benefício previdenciário instituído anteriormente a 28.06.1997, data da edição da MP 1.523-9, que deu nova redação ao art. 103 da L. 8.213/91.”¹²

O Rio de Janeiro é, por enquanto, o único estado em que esta tese teve uma excelente receptividade. Preferindo o Poder Judiciário de outros estados continuarem a proferir decisões que representam uma sangria de dinheiro público, criando benefícios em que para o segurado não existiria prazo decadencial de revisão, mas para a Administração Pública sim. Ora, como é possível explicar que a Administração pode ser compelida a observar um prazo decadencial, contado a partir da vigência da lei de sua criação, e o segurado não, podendo optar por rever seu benefício a qualquer tempo?

Outra questão que merece análise mais aprofundada diz respeito à aplicação das teorias do *venire contra factum proprium* e da *supressio*

¹⁰ ROUBIER, Paul. Les Conflits de Lois Dans Le Temps, Paris, 1929

¹¹ Para maiores detalhes sobre o assunto recomendo a leitura de artigo de minha autoria, denominado **“Decadência do Direito à revisão de benefício previdenciário (uma análise de Direito Intertemporal)”**, publicado na Revista Direito e Política, n. 16 (IBAP); Revista de Direito do Trabalho, n. 8 (CONSULEX); Revista da EMERJ, n. 43; Revista da EMARF, n. 1, vol. 11; Revista Virtual da AGU, n. 77; Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24.

¹² O Superior Tribunal de Justiça tende a adotar este entendimento, reformando a jurisprudência sedimentada da corte, conforme decisões no RESP 110.526 e no RESP 110.836.

em favor da Administração Pública. Tratam-se de instituto de Direito Privado que pode ser facilmente aplicado ao Direito Público, eis que referem-se a dois comportamentos de uma mesma pessoa para com outrem, com base no princípio da boa-fé objetiva, que vedam o comportamento contraditório.

O *venire contra factum proprium* refere-se a situação em que uma determinada pessoa, durante determinado lapso temporal, comporta-se de tal maneira que a outra pessoa cria uma legítima expectativa de que seu comportamento não se alterará, quebrando a boa-fé objetiva. São, portanto, quatro os seus elementos: comportamento, geração de expectativa, investimento na expectativa gerada e comportamento contraditório.

A *supressio*, por sua vez, consiste “em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para sua configuração, exige-se (I) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais será exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes Cordeiro” (TJRS, Apelação Cível Nº 70001911684, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 04/12/2000).

Exemplificando, trago um caso concreto onde atuei. O segurado, em 1998, requereu e teve concedido benefício de auxílio-doença por um mês, com Data de Cessação de Benefício (DCB) previamente fixada na Carta de Concessão, tendo este cessado em novembro de 1998. No final de 2007, o segurado, agora autor, ajuíza ação pretendendo o restabelecimento do referido benefício, cessado há quase 10 anos atrás, alegando que o INSS agiu de forma ilegal ao cessá-lo sem que o mesmo tivesse readquirido condições de trabalho. A defesa do INSS em Juízo, nesse tipo de ação, acaba por ser prejudicada eis que, em se tratando de concessão muito antiga, por vezes a Autarquia Previdenciária não encontra o processo administrativo de concessão, até mesmo porque o seu dever de guarda desses processos, em regra, é de 5 anos. Assim, não é possível verificar se o autor pleiteou ou não o restabelecimento do benefício ou não. Ora, será que nesse caso é justo que o INSS seja obrigado a pagar todo o período em que o segurado esteve sem receber benefício, mesmo

sabendo que o grande culpado é o próprio autor, que demorou quase 10 anos para ajuizar uma ação judicial, sem nem mesmo ter requerido novamente o benefício? A solução para este caso está na aplicação das teorias do *venire contra factum proprium* e *supsessio*, teorias que já são bem aceitas em nossa jurisprudência pátria¹³, eis que o INSS tinha a legítima expectativa de não esperar que uma pessoa que ficou anos sem receber o benefício de auxílio-doença e somente havia recebido prestação equivalente a um mês de benefício, venha agora a pleitear quase 10 anos de benefício.

6) CONCLUSÃO

Conforme se verificou no presente trabalho, as decisões do Poder Judiciário, por vezes (e muitas vezes), extrapolam o seu poder de Controle sobre a Administração Pública, afrontando a diversos princípios constitucionais, como o princípio da independência e harmonias entre os poderes, o princípio atuarial do sistema da Seguridade Social, o princípio da legalidade, o princípio da vedação à extensão de benefícios da seguridade social sem prévia dotação orçamentária, princípio da reserva de plenário, dentre outros.

Assume, assim, as funções similares a de um administrador assistencial, concedendo benefícios e permitindo revisões que, por nosso ordenamento jurídico, não seriam admitidos. Frise-se que o Poder Judiciário não apenas está estendendo, de forma exacerbada, as normas da seguridade social, como tem deixado de aplicar teses, com fundamentos incontestáveis, que são favoráveis à Administração Pública, como a da decadência do direito à revisão de benefício previdenciário, do *venire contra factum proprium* e da *supsessio*.

Isso faz com que haja um prejuízo incalculável ao erário público, gerando prejuízo ao cálculo atuarial de todo o sistema de Seguridade Social e causando insegurança jurídica à Administração no que tange às ações de política pública. O assistencialismo que está sendo feito pelo

¹³ No Superior Tribunal de Justiça (STJ) há diversas decisões: AI 1.130.131, AI 1.113.634, AI 1.085.209, RESP 207.509, RESP 214.680, AI 921.308.

Poder Judiciário agora, nas ações referentes aos benefícios da seguridade social, irá gerar prejuízos para as futuras gerações de segurados, inclusive com a possibilidade de ruptura econômica da Previdência Social, gerando sua “quebra”, sua “falência”.

Portanto, faz-se necessária uma reflexão aos operadores do Direito que atuam nessa área, a fim de questionar qual o país que esperamos no futuro.

BIBLIOGRAFIA

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

FILHO, MARÇAL JUSTEN. Curso de Direito Administrativo. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

CANDIDATO FICHA-SUJA¹: O DIREITO ELEITORAL PRO REO

Cesar Caldeira² - Professor Adjunto da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Para Marcos Ramayana
"O mais difícil da luta é escolher
o lado em que lutar".
Millôr Fernandes

O Direito Eleitoral³ adequado a um Estado *Democrático* de Direito precisa ser orientado pelos princípios constitucionais da moralidade eleitoral⁴ e da lisura das eleições⁵. A finalidade das normas e procedimentos eleitorais é assegurar o exercício da cidadania e a construção e manutenção de uma sociedade democrática. O desafio político está em legislar, interpretar e aplicar este direito *ex parte populi* (do ponto de vista do governado). É também importante não subestimar as dificuldades que serão encontradas. As regras das disputas pelo poder condicionam os resultados, e por isso, os interesses em manipulá-las a favor dos governantes é permanente.

¹ Candidato ficha-suja é aquele que responde por processos criminais, eleitorais ou relativos à improbidade administrativa.

² Professor Adjunto da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Mestre em Direito pela Yale Law School. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

³ "O Direito Eleitoral, precisamente, dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa equação entre a vontade do povo e a atividade governamental". RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 12.

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil (CF) de 1988, art. 14 § 9º.

⁵ A base constitucional deste princípio está presente nos artigos relacionados à soberania popular e sua expressão política: art. 1º, parágrafo único, art. 5º, LXXIII, art. 14, art. 27, art. 29, I a IV, art. 45, art. 46, art. 60 §4º, II e art. 61§2º.

A luta por eleições limpas marca as eleições municipais de 2008 no Rio. Em 21 de agosto⁶ foi feito o pedido oficial para que forças federais venham garantir a *campanha eleitoral* contra a coação de traficantes de drogas e milicianos, que parecem apoiar candidatos fichas-sujas e outros parceiros⁷.

Com o objetivo de apresentar um quadro mais amplo e complexo das mudanças político-institucionais e legais ocorridas, três conjunturas eleitorais serão analisadas. Primeiro, o chamado “escândalo da Proconsult” – a suposta tentativa de fraude eleitoral - ocorrida nas eleições de 1982. Depois, o primeiro turno da eleição anulada de 1994, ocorrida logo antes da Operação Rio. Por fim, a situação pré-eleitoral de 2008, na qual se discutiu a questão dos fichas-sujas dentro de uma campanha por eleições limpas.

Neste período, houve uma opção pela progressiva informatização das eleições. O Tribunal Regional Eleitoral (TRE) do Rio vem afirmando, em 2008, que o sistema de urna eletrônica é seguro e inviolável. Mas já existem denúncias de que os traficantes e milicianos exigiriam que os eleitores fotografassem as urnas para comprovar seus votos.⁸ E, por outro lado, há uma sugestão de que o eleitor seja mais esperto que o coator: “Afinal, ele pode fotografar o visor e depois, em vez de confirmar o voto, basta apertar o botão de corrigir e refazer o voto”.⁹

Enquanto análise crítica realizada *ex parte populi*, há um foco, primeiro, na ausência de regulamentação pelo Congresso Nacional do art. 14, § 9º,

⁶ O presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ministro Carlos Ayres Britto, concluiu o processo de requisição formal de forças federais para o Rio de Janeiro e que assinou o ofício de requisição que será agora enviado ao presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva.

Ayres Britto reuniu-se com o ministro da Defesa, Nelson Jobim, a quem caberá quantificar o contingente que atuará na cidade. Do presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, Roberto Wider, Ayres Britto recebeu o primeiro mapeamento das áreas na região metropolitana do Rio de Janeiro que necessitam do reforço de segurança. Inicialmente serão vinte comunidades, onde vive cerca de um milhão de habitantes. Ayres Britto lembrou que o governador Sérgio Cabral pediu o envio das tropas “o quanto antes”. *Presidente do TSE formaliza requisição de tropas federais para eleição no Rio*. Fonte: TSE, 21 de agosto de 2008. Disponível em 22/08/2008, ver: <http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1088483>

⁷ “Traficantes e milicianos estabeleceram tabelas de pedágio para candidatos às eleições de outubro fazerem campanha nas favelas que controlam. O preço varia de R\$ 10 mil (para pequenas comunidades) a R\$ 30 mil (locais de médio porte)”. GOMIDE, Rafael. *Tráfico cobra até R\$ 30 mil de candidatos*. Folha de São Paulo, caderno Brasil, 11/09/2008, p. A13.

⁸ Ler: TRE: *tráfico exige foto para comprovar voto*, O Globo, 16/08/2008, p. 1.

⁹ A sugestão é do coordenador estadual de fiscalização da Propaganda Eleitoral, juiz Luiz Márcio Pereira. Cf. BORGES, Waleska e BOTTARI, Elenilce. *TRE deve vetar celular na urna*, O Globo, 16/06/2008, p. 3.

conforme a redação dada pela Emenda de Revisão nº 4 de 1994. Depois, a dinâmica das relações entre as associações dos Magistrados e do Ministério Público e os Tribunais Superiores (Tribunal Superior Eleitoral) e STF (Supremo Tribunal Federal) na campanha para negar registro de candidatura aos fichas-sujas. Entender essa trajetória ajuda a perceber o impacto da Constituição Federal, que faz 20 anos em outubro de 2008, e novos ativismos em nome do interesse público, especialmente de magistrados e membros do Ministério Público¹⁰ fluminense. Por último, ficará uma recomendação sobre como prosseguir com a campanha pela regulamentação legal dessa inelegibilidade.¹¹

1 O “CASO PROCONSULT”

As eleições de 1982 foram gerais e diretas para governadores, senadores, deputados federais e estaduais, prefeitos e vereadores. Do ponto de vista do governo federal era preciso garantir, pelo menos, o controle sobre o Senado e as assembleias estaduais para garantir a maioria nas eleições indiretas, via Colégio Eleitoral, que faria o sucessor do presidente General Figueiredo. Vigorava a fidelidade partidária. O pacote eleitoral de 1981 proibia coalizão de partidos, estabelecia o chamado “voto vinculado”¹² e vedava que qualquer candidato renunciasse a sua candidatura, somente podendo fazê-lo caso seu partido se retirasse das eleições. Estas regras favoreciam o PDS que tinha mais penetração nos municípios e que seria favorecido com a dispersão de votos entre os partidos de oposição.

No Rio de Janeiro, o candidato a governador Leonel Brizola fez uma campanha bem sucedida. As possibilidades de fraude eram conhecidas. O voto era dado em cédulas de papel, a apuração se dava nas mesas coletoras de votos. A fraude ocorria através de cédulas em branco eram

¹⁰ Estão incluídos nesta expressão os membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (promotores de justiça e procuradores de justiça) e da União (procuradores da República e procurador regional federal) que atuam nas eleições.

¹¹ Desde logo, é preciso reconhecer que as mudanças propostas são controvertidas e que existem precedentes antigos no TSE que afirmam que a condenação criminal sem trânsito em julgado não é apta a ensejar inelegibilidade. Ver: Acórdão. n 18.047, rel. Min. Fernando Neves, de 29.09.2000 e Acórdão. n° 14.204, rel. Min. Ilmar Galvão, de 20.11.96.

¹² O eleitor deveria votar somente em candidatos do mesmo partido, caso contrário o voto seria anulado.

depois preenchidas. Nos boletins que reuniam as totalizações dessas urnas, havia outra possível adulteração. A novidade foi a fraude na totalização da geral dos votos feita por uma empresa (Proconsult)¹³ criada para habilitar-se à licitação do Tribunal Regional Eleitoral (TRE).¹⁴ A suspeita de fraude surgiu devido à discrepância entre os números divulgados por duas empresas jornalísticas – a TV Globo e a rádio Jornal do Brasil – que faziam a cobertura dos resultados. Uma reportagem do JB demonstrou que o software da Proconsult tinha um ‘fator Delta’, que convertia votos de Brizola em votos brancos, numa proporção pré-determinada.¹⁵ Nova contagem de voto realizada pelo TRE comprovou a vitória de Brizola no dia 13 de dezembro de 1982.

Até hoje existem polêmicas sobre esta tentativa de fraude eleitoral. O relato do jornalista Ali Kamel, diretor executivo da TV Globo, indica que: O TRE pediu abertura de inquérito na Polícia Federal. Uma auditoria técnica do Serpro foi feita na Proconsult. O relatório do Serpro apontou inúmeros erros de procedimento da Proconsult e mostrou que a totalização de votos tinha sido mal planejada. No dia 16 de dezembro o Serpro divulgou seu relatório.¹⁶

Ali Kamel resume, em sua carta¹⁷, o desfecho das providências tomadas:

No mesmo dia, o promotor Celso Fernando de Barros requisitou ao TRE nova perícia na Proconsult para determinar por que a Proconsult

¹³ Segundo Miro Teixeira, que naquela eleição foi candidato a governador pelo PMDB: “Era uma subsidiária da Racimec – empresa esta que no regime militar ganhou o monopólio das máquinas de jogos da Caixa Econômica Federal. E hoje essa empresa é Gtech, a mesma envolvida no escândalo Waldomiro Diniz. A Racimec, a rigor, já há muitos anos tinha participação societária da Gtech.” TEIXEIRA, Miro. *A Globo e a Proconsult*. Entrevista a Luiz Egypto, em 06/07/2004. Disponível em 05/08/2008 em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=284MEM001>

¹⁴ Ver: Lei 6.996 de 7 de junho de 1982, que dispõe sobre a utilização de processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais e dá outras providências.

¹⁵ Cf. AMORIM, Paulo Henrique. Brizola na Globo, Observatório da Imprensa, 29/06/2004. Disponível em 05/08/2008, em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=283ASP004>

¹⁶ “É de se admitir que, se forem mantidas as condições de trabalho hoje observadas, isso é, for assegurado o mesmo grau de confiabilidade dos programas ora verificado, for mantida a integridade dos arquivos e consistência dos dados, e forem adotadas as recomendações acima, os serviços de totalização das eleições de 15 de novembro de 1982 no Estado do Rio de Janeiro poderão ser levados a bom termo. Este é o nosso parecer”. Disponível em 05/08/2008, em <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=283JDB007>

¹⁷ KAMEL, Ali. *Globo sobre o caso Proconsult*, Observatório da Imprensa, 29/06/2004. Disponível em 05/08/2008 em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=283JDB007>

errara tanto. O tribunal, por unanimidade, recusou o pedido. Na ocasião, o desembargador Jalmir Gonçalves da Fonte, coordenador da comissão de apuração, declarou: “Nada disso evidencia que os erros foram intencionais. Foram erros humanos atribuídos ao açodamento dos serviços e à exaustão das pessoas, a ponto de ser necessário afastar os técnicos, não por suspeita, mas por entender que já estavam cansados. Foram todos erros naturais, erros humanos e que já tinham sido corrigidos quando começou a auditoria”.

No dia 7 de janeiro de 1983, a Polícia Federal divulgou suas conclusões sobre o inquérito da Proconsult. No relatório, está dito que “a Proconsult não praticou fraudes na computação dos votos”, cometendo apenas “pequenas falhas”.

O caso Proconsult deixou um rastro de desconfiança sobre a lisura na apuração de eleições informatizadas em setores do eleitorado fluminense. Ficou ainda a percepção de que a Rede Globo era a principal inimiga do projeto político do brizolismo, e o associava à crescente violência de traficantes de drogas no Rio.¹⁸

2. Eleições anuladas no Rio em 1994

“É preciso acreditar no futuro para sair do presente que nos assusta e envergonha a todos” (1993)

Betinho (Herbert José de Souza)

Dezesseis anos atrás, em agosto de 1992 se organizava o “Movimento pela Ética na Política (MEP)”¹⁹ que contribuiu na campanha pelo *impeachment* do então presidente Fernando Collor de Mello. Betinho

¹⁸ “A Globo nunca o perdoou e preparou-se para dar troco. Durante todo primeiro governo Brizola (1983/86), os noticiários da emissora sistematicamente divulgavam os números da violência no Rio, responsabilizando o governador por um crescente fenômeno social que hoje é a maior preocupação da sociedade brasileira. Mas não importava, o negócio era responsabilizar o governador do Estado. Os leitores mais velhos devem lembrar do velho Cid Moreira, com sua poderosa voz, anunciando diariamente em manchete no Jornal Nacional: ‘A violência no Rio’. Sem contar que, muitas vezes editoriais do jornal O Globo contra o governador eram lidos na íntegra na TV. Um verdadeiro massacre que daria frutos em futuras eleições.” Cf. ARAUJO, Eliakim. *Brizola na Globo*. Observatório da Imprensa, 29/06/2004. Disponível em 05/08/2008 em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=283ASP005>

¹⁹ Em 7 de julho de 1992, no Rio de Janeiro, representantes de mais de 200 entidades da sociedade civil leram, à luz de velas, 12 artigos da Constituição que lembram os princípios fundamentais da ética na política, dos direitos sociais, da democracia e das responsabilidades do presidente da República. Foi o estopim para o “Movimento Democrático pelo Fim da Impunidade”, posteriormente rebatizado de “Movimento pela Ética na Política” (MEP).

escrevia: “O governo Collor ganhou as eleições e começou a governar pretendendo ser o novo na política. Um presidente novo, um partido novo, um programa novo, um Brasil novo”.²⁰ Collor prometia um governo que combateria a corrupção e a superação das desigualdades sociais.

Em maio de 1992, as acusações de Pedro Collor, irmão do presidente, de que PC Farias seria o testa de ferro de Fernando em transações escusas²¹ deu oportunidade a mobilização por uma CPI para verificar a veracidade desses fatos. Com base no relatório da CPI foi pedido o impedimento do presidente. No dia 29 de setembro de 1992, a Câmara votou a favor do afastamento do presidente para que o processo de julgamento no Senado ocorresse. Sob enorme tensão política, o processo institucional prosseguiu até a condenação do presidente no Senado. Durante um curto período de tempo, o legítimo processo institucional prevaleceu.

A agenda dos movimentos no Rio foi se modificando. Do MEP, que buscava a restauração dos princípios éticos na prática política brasileira e o fim da corrupção e da impunidade, avançou-se para a *Ação da Cidadania contra a Miséria pela Vida* que visava promover ações de intervenção transformadora sobre uma realidade econômica e política que produz e reproduz a fome a miséria e a exclusão social. Em setembro de 1993 surgia uma articulação para promover discussões e oferecer propostas para o combate à violência: era o *Viva Rio*.

A cidade tinha se tornado cenário de arrastões em praias²² O mais famoso “arrastão” de praia ocorreu no dia 18 de outubro de 1992, em Ipanema e Copacabana, no início efetivo do verão e final de uma campanha eleitoral para a Prefeitura do Rio. Ver, Folha de São Paulo, caderno 3, 19/10/94, p. 3. e túneis, chacinas de grande repercussão como a de Acari, da Candelária e em Vigário Geral, denúncias de envolvimento de policiais, e outras autoridades com o jogo do bicho e

²⁰ SOUZA, Herbet José. “O novo está na rua”, *o Estado de São Paulo*, 29/10/1993. Disponível em 23 de junho de 2008 in: http://www.ibase.br/betinho_especial/com_a_palavra/o_novo_esta_nas_ruas.htm

²¹ Ainda no mês de maio foi apreendido o microcomputador de PC Farias contendo informações sobre o esquema de corrupção e do possível envolvimento do presidente.

²² O mais famoso “arrastão” de praia ocorreu no dia 18 de outubro de 1992, em Ipanema e Copacabana, no início efetivo do verão e final de uma campanha eleitoral para a Prefeitura do Rio. Ver, Folha de São Paulo, caderno 3, 19/10/94, p. 3.

tráfico de entorpecentes - o caso da “Lista do Castor”²³, além de 64 seqüestros somente em 1993²⁴, para citar apenas eventos que tiveram divulgação nacional. A revista *Veja*, de 23 de novembro de 1994, no artigo “A centrífuga do medo na cidade”²⁵, elenca uma série de dados que evidenciam o quadro de violência no início da Operação Rio. Entre outros fatos merecem destaque:

- * Quatro seqüestros por semana no Rio de Janeiro;
- * Procissão de Nossa Senhora da Penha cancelada devido a boatos de intervenção de traficantes;
- * Traficantes negociam 1 300 quilos de cocaína por semana em 450 favelas do Rio de Janeiro;
- * Dossiê revela que 70% da Polícia Civil e 20% da Polícia Militar são corrompidas;
- * Homicídios no Rio aumentam 22,6% em dois anos;
- * 1 080 crianças de zero a 17 anos assassinadas no Rio entre janeiro de 1991 e julho de 1993;
- * O Rio tem 65,4 assassinatos por 100 000 habitantes. São Paulo tem 37,9.

Face a esta situação, demandas sociais por uma efetiva política de segurança pública emergiram durante 1994. Movimentos como o *Viva Rio* demandavam a mobilização das Forças Armadas no combate à

²³ Ver entrevista de Antônio Carlos Biscaia: *Polícia não merece confiança*, *Jornal do Brasil*, 3/4/94, p. 15; *Bicho tem conexão andina*, *Jornal do Brasil*, 4/4/94, p. 1; *Biscaia diz que confia em apenas 40 policiais*, *Jornal do Brasil*, 31/8/94, p.16. Ver ainda: *Rio é recordista em assassinatos no Brasil*, *Jornal do Brasil*, 27/9/94, p.20. “Pesquisa do instituto Databrasil revela que, hoje, 55% dos cariocas têm medo de morar no Rio, 85% consideram a cidade “perigosa” e 58% colocam no mesmo saco bandidos e policiais. A população identifica no governo (72%) e na polícia (47%) os principais responsáveis pelo crime e aponta a bala perdida como um dos seus mais fortes temores (28%). Mesmo os cariocas ainda não atingidos diretamente pela violência acostumaram-se a mudar de hábitos: 25% da população deixaram de sair à noite e preferem lazer caseiro. A pesquisa encontra eco em dados oficiais. De acordo com o Instituto Médico-Legal 20 pessoas morrem em média por dia no Rio, vítimas de assaltos ou tiroteios.” Ver, *Carioca tem medo de morar no Rio*, *Jornal do Brasil*, 30/10/94, p.1.

²⁴ Observe-se que o número de seqüestros, em 1994 aumentou para 90 casos, segundo estatísticas da Secretaria de Polícia Civil do estado do Rio de Janeiro.

²⁵ Cf. revista *Veja*, 23/11/94, p. 80.

violência²⁶, especialmente para aumentar o controle das divisas do estado do Rio de Janeiro, por onde passam armas e drogas contrabandeadas pelo crime organizado. A *Ação da Cidadania contra a Violência* também se manifestava organizadamente exigindo segurança já ²⁷.

O debate político eleitoral, principalmente na campanha para governador do estado do Rio de Janeiro em 1994, enfatizou a questão do combate à criminalidade, sendo que o candidato Gen. Newton Cruz - que chegou em terceiro lugar no primeiro turno ²⁸ da eleição - fez do tema uma prioridade. Durante o mês de outubro de 1994, se debateu a necessidade e a oportunidade de uma *intervenção federal* ou da decretação de *um estado de defesa* no Rio, tendo havido inclusive uma manifestação, em votação unânime, do Conselho da Seccional da OAB-RJ favorável ao *estado de defesa* ²⁹. No dia 4 de novembro um parecer do Procurador Regional da República³⁰ deu encaminhamento ao Procurador Geral da República de uma solicitação de decretação de *estado de defesa*.

Nem a intervenção federal nem o estado de defesa, mecanismos *constitucionalmente previstos* ao lado do estado de sítio, foram decretados. Optou-se por um convênio assinado em 31 de outubro de 1994 entre o governo federal e do Estado do Rio que deu origem ao que ficou conhecida como *Operação Rio*.

²⁶ Ver, *Plano antiviolaência depende de Itamar*, Jornal do Brasil, 10/8/94, p. 17. Nesta matéria encontra-se uma declaração do comandante do 1º Distrito Naval, vice-almirante Waldemar Canellas Jr. que ressalta que há restrições legais à participação militar na repressão à violência urbana. “É importante não criar qualquer precedente perigoso”, afirmou o comandante, em uma alusão aos riscos políticos de uma intervenção militar na vida pública do país.

Sobre a atuação do *Viva Rio*, ler ainda: FERNANDES, Rubens Cesar. *Dois minutos pelo Rio*, Jornal do Brasil, 11/12/93, p. 11; VELHO, Gilberto, *Viva Rio e cidadania*, Jornal do Brasil, 16/12/93, p. 11; *Rio Bickers faz passeio de branco*, Jornal do Brasil, 14/12/93, p. 18.

Herbert de Souza, o Betinho, coordenador da *Ação da Cidadania contra a Miséria e pela Vida* é outra personalidade notável que chegou a escrever a favor da atuação das Forças Armadas no Rio. No dia seguinte à chacina de Vigário Geral, portanto, um ano antes da iniciativa do *Viva Rio*, escreveu que “o governador Brizola não tem outro caminho pela frente senão o de apelar para a cooperação imediata das Forças Armadas para dissolver a Polícia Militar e começar sua reorganização”. Cf. ISTOÉ, nº 1249, 8/9/93 p. 35.

²⁷ Ver: *Manifesto pede segurança já*, Jornal do Brasil, 10/8/94, p. 17.

²⁸ O ex-candidato a governador do Rio, Gen. Newton Cruz em artigo publicado após o início da Operação Rio, a trata como uma “Intervenção branca”, e pronuncia-se desfavoravelmente à decretação do estado de defesa. Cf. *A intervenção branca*, O Dia, 20/11/94, p. 4.

²⁹ Ler: *OAB apoia estado de defesa*, O Fluminense, 28/10/94, p. 7; *OAB aprova estado de defesa*, Jornal do Comércio, 28/10/94, p. 20; *OAB-RJ aprova estado de defesa*, O Globo, 28/10/94, p. 9.

³⁰ Ler: *Procurador pede estado de defesa*, O Globo, 8/11/94, p. 15. Ver ainda, Jornal do Brasil, 8/11/94, p. 16.

É nesta conjuntura que ocorre a anulação devido à fraude na votação proporcional das eleições casadas de 3 de outubro do Rio de Janeiro. A Justiça Eleitoral chegou à conclusão que havia cerca de 66 % de votos com indícios de manipulação da vontade do eleitor nas eleições proporcionais.³¹

O depoimento do Juiz Paulo Cesar Salomão, corregedor geral do Tribunal Regional Eleitoral naquela eleição, destaca a relação entre *fraude e impunidade*:

Os órgãos de investigação e repressão do Estado nos frustraram em mais de um sentido. As primeiras denúncias contra a “Grega” fraudadora já famosa em eleições passadas no Rio de Janeiro, não foram investigadas pela Polícia Federal.³² Como as denúncias continuassem e se tornassem mais graves, resolvemos apelar para a PM-2. A partir daí as investigações tomaram vulto e estratégias organizadas pela própria Corregedoria foram colocadas em prática. Finalmente, o “quartel general” da “Grega” foi identificado e, em uma batida policial no local, houve a prisão em flagrante de 15 pessoas (entre elas cerca de cinco políticos). Infelizmente, para minha surpresa, o delegado responsável acabou liberando 13 das 15 pessoas que haviam recebido ordem de prisão. Essas 13 pessoas foram liberadas sem sequer fornecerem seus nomes e endereços para investigações futuras...³³

3. A INELEGIBILIDADE DO PRÉ-CANDIDATO EM RAZÃO DA VIDA PREGRESSA

A chamada Comissão Afonso Arinos³⁴ mencionava a “vida pregressa dos candidatos” como um aspecto constitucional de importância fundamental quando dispôs no seu anteprojeto nos termos seguintes:

Art. 64. Lei complementar definirá os casos e os prazos de inelegibilidade, visando a preservar, considerada a vida pregressa dos candidatos:

³¹ SALOMÃO, Paulo Cesar. “Processo eleitoral, fraude e cidadania”, *Revista Archè Interdisciplinar*, nº 9, 1994, p.133.

³² “A rigor, questões eleitorais são de competência da Polícia Federal, já que a Justiça eleitoral é uma Justiça federal”, escreve Paulo Cesar Salomão. *Idem*. P. 134.

³³ *Idem*, p. 134.

³⁴ Produziu o “Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, cuja contribuição positiva para o debate da Constituinte deveria ser mais freqüentemente lembrada. Ler: *Anteprojeto Constitucional*, Revista de Ciência Política, vol. 30, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan.mar. 1987, p. 9-101.

I- o regime democrático;

II – a probidade administrativa;

III- a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função , cargo ou emprego público da administração direta ou indireta, ou do poder econômico;

IV- a moralidade para o exercício do mandato.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos lembra que este modelo de regulamentação legal de casos de inelegibilidades é inaugurado em 1965, no período dos governos militares.

Até a Emenda constitucional n. 14, de 3 de junho de 1965, à Constituição de 1946, somente o próprio texto constitucional estabelecia inelegibilidades. A matéria, pois, era considerada de tal relevância que apenas o legislador constituinte podia regular. O art. 2º da referida Emenda veio, todavia, permitir que lei especial criasse casos de inelegibilidade, além dos enunciados na Constituição, a fim de resguardar objetivos e valores que enumerava.

Esta solução prevaleceu na Constituição anterior e na vigente. Nestas, porém, a especificação dos casos de ineligibilidade depende de lei complementar, aprovada, portanto, nos termos do art. 69 da Constituição.³⁵

Do ponto de vista constitucional formal, a Constituição Federal de 1988 acolheu a definição de casos de inelegibilidade regulamentados através de lei formal. Porém, não acolheu inicialmente a dimensão da “vida pregressa dos candidatos” como um critério expresso.³⁶ A Emenda Constitucional de Revisão nº 4 de 7 de junho de 1994 vem, porém, acrescentar ao §9º do art.14 da Constituição as expressões “a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e”, após a expressão “a fim de proteger”, passando o dispositivo a vigorar com a seguinte redação:

³⁵ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol 1, Saraiva: São Paulo, 1990, p. 131.

³⁶ O texto *original* da Constituição Federal de 1988 afirma no art. 14 § 9º: Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidades e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Esta mudança formal no § 9º do art. 14 da Constituição não foi acompanhada de sua regulamentação por lei complementar até a presente data.

3.1 Eleições Municipais no Rio em 2004: a questão dos “fichas-sujas” chega à mídia, ao TRE-RJ e ao Congresso Nacional

O jornal O GLOBO publicou em 05/09/2004, uma matéria informando que 20% dos candidatos às eleições municipais do Rio de Janeiro (40% na Baixada Fluminense) respondiam a processos, alguns por crimes graves, como homicídio e tráfico de drogas. O Presidente do TRE-RJ, Desembargador Marcus Faver, alegando que a Constituição estabelecia o princípio da moralidade como requisito à candidatura, anunciou que impugnaria todos os candidatos que estivessem respondendo a processos criminais e que divulgaria a lista com os seus nomes.

Não se produziu unanimidade nem consenso entre os juízes do TRE-RJ sobre a tese defendida pelo seu Presidente. Por outro lado, ministros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) também levantaram objeções à anunciada iniciativa do Desembargador Faver, o que provocou um recuo. Uma lista com três candidatos impugnados devido à processos criminais foi divulgada. Os partidos políticos foram responsabilizados pelo lançamento de candidatos processados criminalmente. O Legislativo foi exortado a estabelecer as novas e necessárias vedações através de lei complementar.

Os deputados federais Antonio Carlos Biscaia e Chico Alencar³⁷ apresentaram um projeto de lei complementar no dia 15 de setembro de 2004 para regulamentar a alínea “e”, do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar nº 64/1990. A redação proposta era a seguinte:

“os que estiverem respondendo a processo judicial pela prática de crime descrito no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, ou na Lei nº

³⁷ Naquela época ambos deputados eram do Partido dos Trabalhadores.

8072, de 25 de julho de 1990, e os que tenham sido condenados em primeira instância pela Justiça Estadual, Distrital, Federal ou Militar pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, por crimes eleitorais, pela exploração sexual de crianças e adolescentes e utilização de mão-de-obra escrava, ampliando-se a inelegibilidade pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento de pena.”

É importante notar que os promotores eleitorais do Rio de Janeiro nas eleições municipais de 2004 já deram início às impugnações dos registros de candidaturas com base no princípio da moralidade eleitoral. Rogério Gomes Avelato, à época Subcoordenador das Promotorias Eleitorais no Estado do Rio de Janeiro, elaborou um texto que era usado como base para impugnações de pré-candidatos que tinham anotações criminais.

3.2 Eleições de 2006: caso Eurico Miranda

“Não é crível, por exemplo, conceber-se que um conhecido chefe de quadrilha ou bando, só porque não recebeu sentença transitada em julgado condenatória, possa ser candidato ao exercício de qualquer cargo público”

Ministro José Delgado, finalizando seu voto.

Em 2006, o TRE do Rio de Janeiro indeferiu, *por votação unânime*, o registro da candidatura à deputado federal, pelo Partido Progressista, de Eurico Miranda.³⁸ O Tribunal considerou que o pré-candidato “(...) demonstra um perfil incompatível com o exercício do mandato (...)” fls. 52. Ele era alvo de oito ações penais e uma ação civil pública por improbidade administrativa. Mas não havia nenhum julgado, apenas uma sentença, com recurso então pendente.³⁹

³⁸ Em 2006, o TRE-RJ impugnou o registro de candidatos que respondiam a processos na Justiça. Pelo menos cinco deles — Eurico Miranda, Paulo Baltazar, Reinaldo Gripp, Elaine Costa e Fernando Gonçalves — recorreram ao TSE, recuperaram o direito de se candidatar, mas não conseguiram se reeleger.

³⁹ A situação do recorrente era a seguinte:

1) 2003.51.01.505442-0 :: Crime de Falsificação de Documento Público, 8ª Vara Federal Criminal do RJ :: Há condenação sem trânsito, pendência de Recurso ao TRF 2ª Região;

2) 96.0067579-1 :: Crime Contra o Sistema Financeiro Nacional, Evasão de Divisas, 5ª Vara Federal Criminal do RJ :: Sem condenação

O voto da juíza Jacqueline Lima Montenegro afirmava a tese da auto-aplicabilidade do § 9º do art. 14 da CF, alterado em 1994.⁴⁰ Eis o argumento:

Afinal, se este dispositivo constitucional traz o valor superior da moralidade para o exercício do mandato, deve incidir imediatamente no cenário jurídico e impõe-se seja integrado pelo intérprete, porquanto não há nenhum sentindo em que se espere a edição da lei complementar nele aludida, relegando ao âmbito da imoralidade, em alguns casos, o deferimento do registro de candidatura, quando a norma constitucional é tão clara e efetiva quanto aquilo que, desde 1994, pretende como diretriz para o nosso sistema eleitoral.

Ressalte-se, ademais, que o sentido de moralidade para os fins aqui colimados não depende de nenhuma tarefa mais complexa para a sua integração, sobretudo quando é alcançada com facilidade a compreensão sobre o que seja uma vida pregressa imaculada. Este conceito não depende, por óbvio, de definição em lei infraconstitucional, não obstante poder vir ser por ela tratado.

Confira-se a respeito a lição de JOSE AFONSO DA SILVA sobre o tema:

“As inelegibilidades têm por objeto proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (art. 14, p.9º). Entenda-se que a cláusula “contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função...” só se refere à normalidade e à legitimidade das eleições. Isso quer dizer que a “probidade administrativa” e a “moralidade para o exercício do

3) 2003.51.01.505658-1 :: Crime Tributário, Ausência de Recolhimento de Contribuição Previdenciária :: Sem condenação

4) 2004.51.01.530476-3 :: Crime Tributário, Ausência de Recolhimento de Contribuição Previdenciária :: Sem condenação

5) 2006.001.055165-7 :: 31ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP :: Crime de Furto (artigo 155, caput, CP).

6) 1999.001.026858-4 :: 38ª Vara Criminal Injúria e Difamação (artigo 139 e 147 do CP).

7) 2004.800.050044-5 :: 8º JECRIM.

8) 2005.700.059525-4 :: 1ª Turma Recursal Criminal :: Lesão Corporal :: Condenação em 24.3.2006. 6 meses de detenção. Substituição por prestação pecuniária em favor da vítima.

9) 2004.34.00.048357-0 :: Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa :: 13ª Vara Federal da Justiça Federal de Brasília.

⁴⁰ Esta discussão teve seu início no TRE-RJ. Ver, por exemplo, o Acórdão nº 31.258, de 23/08/2006 sobre o “caso dos Sanguessugas” (REspe 26.663/TSE.).

mandato” são valores autônomos em relação àquela cláusula, não são protegidos contra a influência do poder econômico ou abuso de função etc., mas como valores em si mesmos dignos de proteção, porque a improbidade e a imoralidade, aí, conspurcam só por si a lisura do processo eleitoral. (*In: Curso de Direito Constitucional Positivo – 24ª edição – Malheiros*)

Assim, na base principiológica constitucional convivem as hipóteses em que, por óbvio, a condenação com trânsito em julgado resulta em inelegibilidade, e aquelas em que a existência de vida pregressa, pautada por envolvimento do indivíduo em fatos que estão sendo apurados em outras esferas, operam contra a necessária moralidade exigida para o deferimento do registro de candidatura.

A moralidade para o exercício do mandato lançando raízes na vida pregressa do candidato é finalidade constitucional trazida pelo legislador constituinte a partir de 1994 e que deve revestir as condições daqueles que se pretendem fazer representantes da população e dos estados para administrar, legislar, governar e, enfim, dirigir o futuro do país e o destino de seu povo.

Ademais, o momento histórico-social em que vivemos não se coaduna com interpretações restritivas dos comandos principiológicos auto-aplicáveis contidos na Constituição. Vivemos momentos em que se assanham rumores de envolvimento de agentes públicos com toda sorte de infrações penais, alguns deles com fortes indícios de realidade, de modo que não me parece que o legislador constituinte tenha querido ficar adstrito à idéia de tornar inelegíveis apenas aqueles que já contam com sentença penal condenatória.⁴¹

Eurico Miranda recorreu⁴² ao TSE e obteve o deferimento do seu registro de candidatura. A votação favorável foi por maioria. Foram vencidos os ministros Carlos Ayres Britto, Cesar Asfor Rocha e José Delgado.

⁴¹ TRE-RJ Registro de Candidatura nº 2401 Classe 25

Requerente: Partido Progressista – PP Candidato a Deputado Federal

Candidato: Eurico Ângelo de Oliveira Miranda

⁴² Recurso Ordinário nº 1069 – Classe 27ª - Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro.

Recorrente: Eurico Ângelo de Oliveira Miranda.

Ementa: Eleições 2006. Registro de Candidato. Deputado federal. Idoneidade moral. Art. 14 § 9º da Constituição Federal.

1. O art. 14, § 9º não é auto-aplicável (Súmula nº 13 do Tribunal Superior Eleitoral).

2. Na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade, não pode o julgador, sem se substituir ao legislador, defini-los.

Recurso provido para deferir o registro.

Na interposição do recurso ordinário o recorrente alegou que o acórdão do TRE do Rio de Janeiro havia afrontado o art. 5º, XXXIX, LIV e LVII, da Constituição Federal e o art. 1º, I, e, da Lei Complementar nº 64/90, posto não haver contra ele sentença penal com trânsito em julgado.

A maioria dos ministros afirmou que o art. 9º, § 9º não é auto-aplicável, reafirmando a Súmula 13 do TSE.⁴³ O Ministro Marco Aurélio em seu voto ressaltou que mesmo face à atual omissão do Congresso Nacional em alterar a LC nº 64 não caberia ao STF intervir.⁴⁴

O ministro Ayres de Brito em seu voto vencido defendeu uma tese de que a decisão do TRE-RJ apontava para uma *condição de elegibilidade implícita*. Portanto não deveria ser discutida a partir da perspectiva das inelegibilidades (aplicando-se conseqüentemente a Lei Complementar nº 64/90).

Quanto ao mérito, permito-me lembrar que ele bem cabe na seguinte pergunta: pode um Tribunal Regional Eleitoral negar registro de candidatura a cargo político-eletivo, sob o fundamento de estar o candidato a responder por um número tal de processos criminais que, de parilha com certos fatos públicos e notórios, caracteriza toda uma crônica de vida sinuosa, ao invés de retilínea? Todo um histórico de condutas profissionais, políticas e sociais de permanente submissão a questionamentos morais e jurídicos? Um modo pessoal de ser e de agir aferrado à sempre condenável idéia de que “os fins justificam os meios”?

Em diferentes palavras: a decisão ensejadora do presente recurso ordinário podia inferir como efetivamente inferiu que o grande número de ações criminais a que responde o recorrente faz parte de uma trajetória de vida que se marca por um deliberado dar às costas aos valores mais objetivamente prestigiados pelo Direito e pela população brasileira em geral? Um se manter notoriamente à distância do que a sociedade tem, objetivamente, por “bons costumes”? Tudo a compor um quadro existencial ou vida pregressa não-rimada com a responsabilidade, autenticidade e moralidade que a mais elementar razão exige para o exercício dos cargos de representação político-eletiva?

Se afirmativa a resposta, isso já não significaria que o Tribunal Regional

⁴³ Súmula 13 do TSE – Não é auto-aplicável o § 9º do art. 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão 4/90.

⁴⁴ É o que contempla a ementa do Recurso Ordinário nº 1069 no seu número 2.

Eleitoral do Rio de Janeiro estaria a assentar hipótese de inelegibilidade nem prevista na Constituição nem na Lei Complementar nº 64/90? Ou, perguntando por outro viés: tal inferência não corresponderia a instituir condição de elegibilidade não-cogitada pelo dispositivo constitucional especificamente versante do tema, que é, precisamente, o §3º do art. 14? Nem pelo § 1º do art. 11 da Lei Federal nº 9.504/97, também cognominada de “lei das eleições”?

O argumento jurídico-constitucional do Min. Ayres de Brito ganha a seguir os ares mais rarefeitos das discussões sobre teoria da Constituição⁴⁵ e as polêmicas do chamado neo-constitucionalismo.⁴⁶ O Ministro opta pelo método sistemático (ou contextual) de interpretação constitucional⁴⁷ e postula uma contraposição entre as exigências interpretativas dos direitos individuais e coletivos, dos sociais e dos políticos.⁴⁸ A força normativa

⁴⁵ O Ministro é autor de dois livros importantes sobre a matéria. Com Celso Ribeiro Bastos escreveu o livro *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, publicado pela editora Saraiva em 1982. Em 2003, publicou *Teoria da Constituição* pela editora Forense. Trechos de seu voto são detectados em passagens dessa última obra, como por exemplo, a explanação sobre o método sistemático ou contextual de interpretação constitucional na página 154.

⁴⁶ Para uma introdução ao tema, ler: BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*, in *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Cláudio de Souza PEREIRA NETO, Cláudio de Souza e SARMENTO, Daniel (Orgs.) Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 203- 249.

⁴⁷ “Bem, tais perquirições acerca de condições de elegibilidade e fatores de inelegibilidade estão a desafiar, penso, um ancoradouro normativo a que somente se pode chegar pela via do método de interpretação que toma o conhecido nome de “sistemático”. Método “sistemático” ou “contextual”, cuja função eidética é procurar o sentido peninsular da norma jurídica; isto é, o significado desse ou daquele texto normativo, não enquanto ilha, porém enquanto península ou parte que se atrela ao corpo de dispositivos do diploma em que ele, texto normativo, se ache engastado. Equivale a dizer: por esse método de compreensão das figuras de Direito o que importa para o intérprete é ler nas linhas e entrelinhas, não só desse ou daquele dispositivo em particular, como também de toda a lei ou de todo o código de que faça parte o dispositivo interpretado. Logo, o que verdadeiramente importa é fazer uma interpretação casada do texto-alvo ou do dispositivo-objeto, e não apenas uma exegese solteira.”

⁴⁸ “Os temas da elegibilidade e da inelegibilidade, agitados nos autos deste recurso ordinário, são o próprio conteúdo semântico de dispositivos constitucionais que se enfeixam no capítulo que outro nome não podia ter senão “Dos Direitos Políticos” (capítulo V do título de nº II). Direitos Políticos traduzidos, basicamente, nos atos de participação em processo de eleição geral dos candidatos a cargo de representação política. Ora titularizados pela figura do eleitor, ora pelo candidato mesmo. E que, pela sua extrema relevância, são direitos subjetivos que fazem parte do rol dos “Direitos e Garantias Fundamentais” (título II da Constituição).

Está-se a lidar, portanto, com uma categoria de direitos subjetivos que se integram na lista dos direitos e garantias fundamentais. Porém ressalve-se, gozando de perfil normativo próprio. Regime jurídico inconfundível com a silhueta normativa dos outros direitos e garantias também rotulados como fundamentais, de que servem de amostra os direitos individuais e coletivos e os direitos sociais. O que já antecipa que o particularizado regime jurídico de cada bloco ou categoria de direitos e garantias fundamentais obedece a uma lógica diferenciada. Tem a sua peculiarizada ontologia e razão de ser.”

dos princípios constitucionais alinhados em diferentes subsistemas⁴⁹ será, por último, usada para afastar uma tese de garantista individualista – a absolutização do princípio da presunção de inocência- que se intromete na questão constitucional das condições exigidas para se tornar candidato num Estado Democrático de Direito. O Ministro Ayres Britto sustenta que os temas da elegibilidade e da inelegibilidade compõem um bloco específico: o dos direitos políticos. Neste bloco predominam os princípios da soberania popular e da democracia representativa. Em contraste, o bloco dos direitos e deveres individuais e coletivos – onde se encontra o princípio da presunção da inocência – predomina o princípio da dignidade humana. E, por último, no bloco dos direitos sociais prevalece o princípio dos valores sociais do trabalho.

Está aqui a razão pela qual a Magna Carta brasileira faz do direito ao voto uma simultânea obrigação (§ 1º do art. 14). Assim como as leis eleitorais substantivas tanto punem o eleitor mercenário como o candidato comprador de votos. Mais ainda, esta a razão por que a

⁴⁹ “Com efeito, os direitos e garantias fundamentais se alinham em blocos ou subconjuntos diversificados pela clara razão de que eles não mantêm vínculo funcional imediato com os mesmos princípios constitucionais estruturantes. É como dizer: trata-se de direitos e garantias que, operacionalmente, se vinculam mais a uns proto-princípios constitucionais do que a outros. Mais que isso, cada bloco desses direitos e garantias fundamentais tem a sua própria história de vida ou o seu inconfundível perfil político-filosófico. Um perfil político-filosófico, atente-se, que é a própria justificativa do vínculo funcional mais direto com determinados princípios constitucionais do que com outros.

Nessa vertente de idéias, veja-se que o segmento dos “direitos e deveres individuais e coletivos” (capítulo I do título II da Constituição Federal) está centralmente direcionado para a concretização do princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º). A reverenciar por modo exponencial, então, o indivíduo e seus particularizados grupamentos. A proteger mais enfaticamente os bens de “personalidade individual” e de “personalidade corporativa”, em frontal oponibilidade à pessoa jurídica do Estado. Tudo de acordo com o modelo político-liberal de estruturação do Poder Público e da sociedade civil, definitivo legado do iluminismo enciclopedista que desembocou na Revolução Francesa de 1789.

Já o subsistema dos direitos sociais (arts. 6º e 7º da Magno Texto), volta-se ele para a centrada concretização do princípio fundamental que atende pelo nome de “valores sociais do trabalho” (inciso IV do art. 1º da CF). Especialmente o trabalho que se passa no âmbito das chamadas relações de emprego, na pré-compreensão de que os proprietários tão-só de sua mão-de-obra carecem bem mais de tutela jurídica do que os proprietários de terra, capital, equipamentos, tecnologia, patentes e marcas empresariais. Pré-compreensão, essa, que corresponde ao perene legado das doutrinas que pugnavam, desde os anos 40 do século XIX aos anos 30 do século XX, por um Estado Social de Direito. Estado também designado por “Estado do Bem-estar Social”, “Estado-providência” ou “Welfare State”.

E o bloco dos direitos políticos? Bem, esse é o que se define por um vínculo funcional mais próximo desses dois geminados proto-princípios constitucionais: o princípio da soberania popular e o princípio da democracia representativa ou indireta (inciso I do art. 1º, combinadamente com o parágrafo único do art. 1º e o “caput” do art. 14, todos da Constituição de 1988). Dois geminados princípios que

nossa Constituição forceja por fazer do processo eleitoral um exercício da mais depurada ética e da mais firme autenticidade democrática. Deixando clarissimamente posto, pelo § 9º do seu art. 14, que todo seu empenho é garantir a pureza do regime representativo, traduzida na idéia de “normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso de exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. Isso de parelha com a proteção da “proibição administrativa e a moralidade para o exercício do cargo, considerada a vida pregressa do candidato”.

Ainda com esse propósito saneador de costumes é que a Constituição-cidadã, a Constituição-coragem de Ulysses Guimarães prossegue a descrever hipóteses de inelegibilidade (§ 4º e § 7º do art. 14) e de irreelegibilidade (§§ 5º e 6º do mesmo art. 14), não sem antes dispor sobre as próprias condições de elegibilidade de todo e qualquer candidato (§ 3º, ainda uma vez, do mesmo art. 14). E como se fosse pouco, faz-se de matriz da ação de impugnação do mandato já conquistado (§§ 10 e 11 do mesmíssimo art. 14) e empreende um verdadeiro cerco ético-político-penal a deputados, senadores e presidente da República, sob a explícita possibilidade de cominação de perda de mandato (arts. 54 e 55 e mais os arts. 52, parágrafo único, e 85).

Impossível, portanto, deixar de reconhecer que os direitos políticos de eleger e de ser eleito se caracterizam por um desaiguado impessoal ou coletivo. Estão umbilicalmente vinculados a valores, e não a pessoas, sob o prisma da benfazeja imediatidade do seu exercício. A exigir o reconhecimento de uma ontologia e operacionalidade próprias, bem distanciadas daquelas que timbram os outros dois paradigmáticos modelos de direitos e garantias fundamentais.

O voto vencido do Min. José Delgado, após argumentar a necessidade de uma interpretação do Direito Eleitoral a partir de princípios constitucionais, conclui:

também deitam suas raízes no Estado liberal, porém com esta marcante diferença: não são as pessoas que se servem imediatamente deles, princípios da soberania popular e da democracia representativa, mas eles é que são imediatamente servidos pelas pessoas. Quero dizer: os titulares dos direitos políticos não exercem tais direitos para favorecer imediatamente a si mesmos, diferentemente, pois, do que sucede com os titulares de direitos e garantias individuais e os titulares dos direitos sociais. Veja-se que, enquanto os detentores dos direitos sociais e dos direitos individuais e coletivos são imediatamente servidos com o respectivo exercício, e só por defluência ou arrastamento é que resultam servidos os princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, o contrário se dá com o desfrute dos direitos políticos. Aqui, o exercício de direitos não é para servir imediatamente a ninguém, mas para servir imediatamente a valores: os valores que se consubstanciam, justamente, nos proto-princípios da soberania popular e da democracia representativa.”

Nessa linha de pensar, ousou posicionar-me no sentido de que o art. 14 §9º, da CF/88, deve ser interpretado como contendo eficácia de auto-execução auto-aplicável, com o propósito de que seja protegida a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerando-se a vida pregressa do candidato. ...

Em assim entendendo, tenho que a regra posta no art. 1º, inciso I, letras e e g, da LC nº 64/90, não merece interpretação literal, de modo a ser aplicada sem vinculação aos propósitos da proteção à probidade administrativa e à moralidade pública.

A autorização constitucional para que a Lei Complementar estabelecesse outros casos de inelegibilidade impõe uma condição de natureza absoluta: a de que fosse considerada a vida pregressa do candidato. Isto posto, determinou expressamente, que o candidato que tenha vida pregressa maculada não pode concorrer às eleições, independentemente de ter contra si sentença transitada em julgado ou não.

Os três Ministros que pronunciaram votos vencidos afastaram a aplicação do princípio da presunção da inocência em matéria eleitoral. O Ministro Cesar Asfor Rocha escreve em seu voto:

...É preciso pôr em destaque que, no procedimento de habilitação dos candidatos aos postos eletivos, a atenção da Justiça Eleitoral não deve se focar só, unicamente e apenas na identificação dos cidadãos eventualmente condenados por decisões criminais irrecorríveis, eis que esses, com certeza jurídica suficiente, estão, sem dúvida alguma, alcançado pela norma constitucional excludente de sua capacidade de disputar o pleito, como resulta de sua simples leitura. (Itálicos no original)

O art. 23 da LC 64/90 é explícito quanto ao procedimento de apreciação jurisdicional dos pedidos de registro de candidatos, apontando para o seu longo alcance.

Art. 23 – O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

O Ministro Cesar Asfor Rocha opina que a Justiça Eleitoral a função de aplicar princípios constitucionais eleitorais.

A meu ver, é da mais avultada importância se deixar definitivamente assentado que a apreciação pela Justiça eleitoral, de pedido de registro

de candidatura a cargo eletivo, se desenvolve em ambiente processual de dilargada liberdade judicial de pesquisa e ponderação dos elementos que acompanham e definem a reputação do pretendente. Se assim não fosse, seria a Justiça Eleitoral totalmente acrílica e infensa aos valores que busca justamente proteger, quais sejam, a probidade e a moralidade do futuro desempenho do ungido pelas urnas. (Negrito no original.)

3.3 As eleições de 2008 no Rio

*“Se hoje o Fernandinho Beira-Mar quisesse ser candidato e procurasse um partido, poderia ser, porque ele não foi efetivamente condenado”
Cláudio Santos, presidente do Colegiado de TREs⁵⁰*

3.3.1 Atuação dos promotores e juízes eleitorais

A mobilização de promotores de justiça e magistrados para barrar os pré-candidatos fichas-sujas foi intensa. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro⁵¹ fez um levantamento preliminar para verificar entre os ocupantes de cargos de vereadores e prefeitos quais eram os seus antecedentes criminais.⁵² O objetivo era identificar os casos mais graves, como pré-candidatos multiprocessados por homicídio. Numa segunda fase, os novos requerentes de registro de candidatura também seriam avaliados a partir da documentação que apresentassem. Os promotores eleitorais fariam a impugnação do registro da candidatura.⁵³

Os partidos ou coligações tinham até o dia 5 de julho às 19 horas para fazerem os pedido de registro de seus respectivos candidatos de acordo

⁵⁰ MENEZES, Maia e VASCONCELLOS, Fábio. *TREs se unem contra ficha-suja*. O Globo, 20/06/2008, p. 3.

⁵¹ O MP estadual atua nas eleições municipais através de promotores eleitorais. Nas eleições estaduais e federais atua o MP da União através do procurador regional eleitoral.

⁵² Foi feito através das FACs– folha de antecedentes criminais. Esse material foi enviado para os promotores eleitorais.

⁵³ A orientação dada no Rio foi que para que os promotores eleitorais fizessem a impugnação no RRC devido à rapidez e simplicidade do procedimento. Mas o promotor eleitoral poderia usar a ação autônoma: ação de impugnação ao pedido de registro de candidatura. A recomendação dada aos promotores eleitorais é que usem esta ação nos casos que se exija oitiva de testemunhas.

com a Lei 9504/97, art. 11. Se caso não o fizessem os próprios candidatos tinham mais 48 horas para apresentar a documentação.⁵⁴ Esta documentação inclui o chamado Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários⁵⁵ (ata da Convenção, documento indicando se houve coligação e de que tipo, etc) e o Requerimento de Registro de Candidato (certidões negativas, comprovante de filiação partidária etc). É no RRC que o promotor impugna o registro. O juiz eleitoral sentencia de ofício no RRC acolhendo, ou não a impugnação, até o dia 16 de agosto de 2008.

O ônus do esclarecimento da situação é do pré-candidato. A novidade está em que com a mobilização para barrar os fichas-sujas a fiscalização da documentação tornou-se efetivamente rigorosa. Suponhamos que o candidato apresente uma FAC com quarenta anotações, mas afirme que algumas são de um homônimo. Nesta eleição de 2008 o candidato terá um prazo de 72 horas para esclarecer o que é de fato a sua folha penal. Terá que buscar nos cartórios novas certidões indicando que são de um homônimo. Aquelas anotações que se referem ao requerente terão que ser detalhadas no RRC. O candidato terá que esclarecer o andamento dos processos e trazer aos autos cópias desses procedimentos. É provável que, como consequência dos prazos exíguos, pré-candidatos tenham sido afastados devido a documentação incompleta.

Em 10 de junho de 2008 uma nova decisão do TSE⁵⁶ reafirmou, por maioria de votos⁵⁷, o entendimento de que permite a candidatura de políticos que respondam a processos judiciais, desde que não haja condenação definitiva. O Ministro Ayres Britto explicou que a decisão funciona como uma espécie de “diretriz” para futuros julgamentos, não

⁵⁴ Lei 9504/97, art. 11, §4.

⁵⁵ Está previsto em resolução temporária para as eleições de 2008: resolução 22717 do TSE.

⁵⁶ Trata-se da Consulta nº 1.621/PB. Esta foi provocada pelo processo administrativo (PA19919), originado de ofício enviado pelo Tribunal Regional da Paraíba. O Tribunal questionava sobre a possibilidade de se incluir na Resolução 22.717 do TSE, que estabelece as condições para concessão de registro de candidaturas, a obrigatoriedade de apresentação de documentos que dêem conhecimento à Justiça eleitoral sobre as ações judiciais em que pretensos candidatos sejam réus.

Para o TRE da Paraíba, a justiça Eleitoral deveria criar mecanismos para impedir o registro de candidaturas espúrias. Entre os pré-requisitos sugeridos estava a apresentação de diversos documentos que poderiam comprovar a integridade da conduta do futuro candidato.

⁵⁷ Outra vez, como no caso Eurico Miranda, o resultado foi quatro a três. Votaram pela tese vencedora

vinculando os juizes eleitorais, e que pode ser rediscutida desde que haja fatos que levem o TSE a “repensar” seu posicionamento.⁵⁸

No dia 20 de junho de 2008 foi lançada a Carta do Rio que traz um resumo dos consensos entre os 26 presidentes dos TREs que participaram do XLI Encontro dos Tribunais Regionais Eleitorais do Brasil. A Carta reafirma a necessidade de a Justiça Eleitoral considerar a vida pregressa dos candidatos a cargos eletivos e orienta que os juizes facilitem o acesso aos documentos que instruem o processo de registro de candidatura.⁵⁹

3.3.2 A situação dos fichas-sujas antes da decisão do STF

No Rio os juizes eleitorais impugnaram registros de candidatura de vários candidatos. Há possibilidade de recurso inominado no prazo de três dias ao TRE, porque se trata de eleição municipal.⁶⁰ Já se sabia que, em princípio, a impugnação do registro seria mantida no TRE do Rio. Mas se o recurso chegasse ao TSE seu registro de candidatura seria assegurado, pois prevaleceria o entendimento da Súmula 13 do TSE.

Há um detalhe importante. Na hipótese de registro de candidato existe uma exceção ao art. 257 do Código Eleitoral.⁶¹ O art. 15 da Lei 64/90⁶² afirma que o recurso terá efeito suspensivo, pois os efeitos da decisão só ocorrerão se houver trânsito em julgado. Portanto, o ficha-suja que teve seu registro negado pelo juiz eleitoral, e continuar a recorrer da sentença, poderá fazer campanha eleitoral e ter seu nome lançado na urna eletrônica por sua conta e risco.⁶³ Porém se esse registro do candidato for negado *antes da eleição*,

⁵⁸ Ler: Revista Consultor Jurídico, 18 de junho de 2008. Disponível em 20/08/2008 em: <http://www.conjur.com.br/static/text/67320,1>

⁵⁹ <http://www.ter-rj.gov.br/noticias/2008/junho/carta.pdf>

⁶⁰ Nas eleições de 2010, que são eleições estaduais e federais a análise do registro dos candidatos é feita pelo TRE e os recursos serão diretamente para o TSE.

⁶¹ Código Eleitoral, art. 257 – Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo. Parágrafo único. A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou em casos especiais, a critério do presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão.

⁶² LC 64/90, art. 15 – Transitada em julgado a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado o registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

⁶³ Resolução 22717 do TSE, art. 43 - Art. 43. O candidato que tiver seu registro indeferido poderá recorrer da decisão por sua conta e risco e, enquanto estiver *sub judice*, prosseguir em sua campanha e ter seu nome mantido na urna eletrônica, ficando a validade de seus votos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

por decisão transitada em julgado, os votos não serão computados como válidos para o partido, diminuindo o seu quociente partidário.⁶⁴

A estratégia usada até aqui visava, primeiro, a despertar a atenção da opinião pública para a necessidade de se aplicar o princípio da moralidade eleitoral ao registro de candidaturas de pessoas que tivessem graves e múltiplos crimes registrados. Segundo, visava mudar a orientação interpretativa do TSE que estava com a votação de quatro a três desfavorável à esta tese desde a decisão no caso Eurico Miranda.

3.3.3 A decisão do STF na ADPF nº 144

O Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) divulgou uma carta no dia 4 de agosto, de 2008 em que pedia ao STF que impedisse a candidatura de políticos que respondem a processos na Justiça. A carta foi subscrita por diversas entidades, entre elas: a Associação dos Juizes Federais (Ajufe); Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR); Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); Associação Brasileira de Organizações não Governamentais (Abong); Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj); e Central Única dos Trabalhadores (CUT).

*Carta em defesa das instituições públicas brasileiras*⁶⁵

O Supremo Tribunal Federal decidirá, no dia de 06 de agosto, sobre o pedido de liminar formulado na Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 144, em que a Associação dos Magistrados Brasileiros pretende amoldar os termos da Lei das Inelegibilidades ao atual texto do § 9º do art. 14 da Constituição Federal: está em discussão a aplicação do princípio da precaução no direito eleitoral.

O Direito Eleitoral é regido pelo princípio da precaução, expressamente enunciado no art. 14, § 9º, da CF. Nossa sociedade tem o direito de

⁶⁴ “Quociente partidário: é o número de lugares cabível a cada partido, que se obtém dividindo-se o número de votos obtidos pela legenda (incluindo os conferidos aos candidatos por ela registrados) pelo quociente eleitoral, desprezada a fração.” SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, p. 373.

⁶⁵ Disponível em 24/08/2008 no site de *Congresso em Foco*: <http://congressoemfoco.ig.com.br/Ultimas.aspx?id=23584>

definir que pessoas com condenação em primeiro grau não sejam candidatas, o que nada tem a ver com antecipar-lhes a culpa em matéria penal. É por essa mesma lógica que hoje são vedadas candidaturas em razão de parentesco com mandatários: não se indaga se são de fato beneficiadas pelo desvio do poder político; mesmo assim são afastadas do pleito em caráter preventivo.

Agora - justamente quando a sociedade se mobiliza para ver aplicado esse entendimento também em matéria eleitoral - corre-se o risco de o STF ignorar sua própria jurisprudência e malferir o referido princípio da precaução.

A vida pregressa dos candidatos possui relevância constitucional. Incumbe ao Supremo Tribunal Federal interpretar a Constituição para dar plena aplicação ao princípio da precaução, que é claramente distinto do princípio da presunção da inocência, nos termos do que sempre decidiu pacificamente o STF (Vide RE 459320, RE 210363, RE 368830, RE 156400).

Eventual exigência do trânsito em julgado de sentença penal condenatória certamente afetará todas as outras carreiras públicas. Polícias, Ministério Público, Auditorias, Controladorias e Magistratura, tudo estará permeável a portadores de múltiplas condenações criminais, desde que delas ainda caiba recurso.

Por essas razões, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral manifesta seu apoio à ADPF ajuizada pela AMB e vem externar ao Supremo Tribunal sua preocupação para o risco que se apresenta.

No dia 6 de agosto de 2008, o STF julgou improcedente, por maioria de nove votos a dois, a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF-144) da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) em que questionava a validade constitucional das interpretações emanadas do TSE em tema de inelegibilidade fundada na vida pregressa dos candidatos. Sustentava a argüente por incompatibilidade com a redação dada ao §9º do 14 da CF, na redação da EC de revisão 4/94, a não-recepção de certos textos normativos inscritos na LC 64/90, alíneas “d”, “e”, “g” e “h” do inciso I do artigo 1º e art. 15. Argumentava, ainda, que a investigação social de candidatos ⁶⁶ a cargos públicos, como nas carreiras da

⁶⁶ A investigação social se destina “a avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante do cargo público” (STJ, 5ª Turma, RMS n. 22.089/MS, Rel. Min. Feliz Fisher, DJ 13/08/07).

magistratura, policial civil ou federal, advocacia da União, ou de notário e registrador, era inteiramente constitucional. E, por isso, questionava o art. 29,II da Resolução nº 717/2008.

A Advocacia-Geral da União (AGU) sustentou que o pedido da AMB deveria ser julgado, no mérito, improcedente *pelas razões seguintes*: 1) o art. 14, § 9º da CF, após a alteração trazida pela ECR nº4/94 exige a presença de lei complementar para tratar de outros casos de inelegibilidades, além daqueles já existentes na própria Constituição Federal. Trata-se de dispositivo constitucional que depende de regulamentação, não sendo auto-aplicável. AGU destaca dois votos de Ministros do TSE, respectivamente no caso Eurico Miranda⁶⁷ e na Consulta nº 1.621/PB⁶⁸.

2) a antiga LC nº 5/70, que trazia expressamente a previsão de inelegibilidade de quem estivesse respondendo a ação penal ou nela fosse condenado pelos crimes na aludida norma, havia sido revogada pela LC 64/90. Esta exige, ao contrário, que a inelegibilidade resulte de sentença transitada em julgado.⁶⁹

3) a LC 64/90 respeita o “o tão caro princípio da presunção da inocência” ao exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em virtude dos crimes elencados na legislação em debate. Nos dias atuais, segundo a AGU, o princípio da presunção de inocência é visto como regra de decisão, servindo para auxiliar juízes e tribunais na atividade jurisdicional, através da aplicação do *in dubio pro reo*.⁷⁰

⁶⁷ Voto do relator Ministro Marcelo Ribeiro na RO nº 1.069/RJ: “Além de haver súmula deste Tribunal assentando não ser auto-aplicável este artigo (Súmula TSE nº 13), o referido dispositivo expressamente começa assentando que ‘lei complementar estabelecerá’. Não tenho a menor dúvida de que um artigo que diz que ‘a lei estabelecerá’ não é auto-aplicável.” (Destacou-se no Memorial da AGU) Publicado na sessão de 20/09/2006.

⁶⁸ Voto do Ministro Caputo Bastos: “O Tribunal Superior Eleitoral não se furtará de prover a regulamentação necessária à realização de qualquer eleição, *mas também não estará confortável de substituir o legislador naquilo que é de sua competência*” (Destacou-se no Memorial da AGU.)

⁶⁹ Em apoio são citados os votos dos Ministros Cezar Caputo e Marco Aurélio no caso Eurico Miranda.

⁷⁰ Em apoio à importância dessa garantia, a AGU citou o seguinte trecho do voto do Ministro Eros Grau, na Consulta nº1.621/PB: “04. A suposição de que o Poder Judiciário possa, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade *importaria a substituição da ‘presunção de não culpabilidade’ consagrada no art. 5º, LVII da Constituição* ([n]inguém será será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) por uma *‘presunção de culpabilidade’ contemplada em lugar nenhum da Constituição* (qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória)”. (Destacou-se no Memorial da AGU.)

4) a exigência de certidões criminais feita pela Resolução nº 22.717/2008 do TSE em seu art.29, II servirá apenas para aferir a existência ou não de trânsito em julgado de sentença proferida em desfavor do possível candidato, não podendo ser utilizada de forma desordenada e arbitrária pelos juízes, para impedir o registro de candidatura dos interessados.

5) o princípio do devido processo legal seria violado, já que se impediria o pleno exercício das garantias da ampla defesa e do contraditório pelos candidatos que tivessem uma sentença *recorrível* proferida em seu desfavor. Haveria o risco, portanto, de o candidato ter o seu registro de candidatura indeferido e, posteriormente, ser absolvido em grau de recurso no processo criminal. Isto ensejaria a perda de direitos e garantias fundamentais indisponíveis.

6) o princípio da tipicidade, que em regra se aplica a matéria penal, também deve ser respeitado no âmbito eleitoral.

7) o direito não pode ser confundido com a moral.⁷¹

8) a ECR nº4 jamais poderia ter revogado parte da LC nº 64/90, tendo em vista que não seria capaz de suprimir o princípio da presunção da inocência, inserido genuinamente, na Constituição Federal de 1988, como cláusula pétrea, sendo, portanto, uma garantia irrevogável do indivíduo.

9) o pedido da AMB se julgado procedente resultaria em incerteza jurídica⁷².

O Procurador Geral da República, em seu parecer, foi pela procedência dos pedidos da AMB e frizou a absoluta ineficácia do modelo atualmente vigente, a pertinência de sua atualização pela EC de revisão 4/94 e a auto-aplicabilidade do princípio da moralidade eleitoral.

⁷¹ Em apoio à tese a AGU cita o voto do Ministro Eros Grau na Consulta nº 1.521/PB: “Não podemos, contudo, tornar de modo a colocar em risco a substância do sistema de direito. O fato de o princípio da moralidade ter sido consagrado no art. 37 da Constituição *não significa abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais*”. (Destacou-se no Memorial da AGU.)

⁷² Mais uma vez citando o voto do Min. Eros Grau na consulta nº 1621/PB: “16. A exigência de comprovação de idoneidade moral do cidadão como requisito de elegibilidade sob a égide da ‘presunção de culpabilidade’ contemplada em lugar nenhum da Constituição (‘qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória’) instala a incerteza (...) *substitui a objetividade da lei [rectius da Constituição] pelo arbítrio dos que o possam, por fundamentos de força, ainda que no desempenho de alguma competência formal bem justificada exercer*”. (Destacou-se no Memorial da AGU.)

A peça inicial é sagaz ao destacar que o modelo organizado pela LC64 é absolutamente ineficaz. Está ele coordenado de maneira a resultar em todas as frentes que se abram, num desfecho de pouca relevância para o status dos virtuais candidatos. A estreita previsão, em regra, de apenas três anos de impedimento à candidatura, somada à exigência de trânsito em julgado das decisões judiciais que venham a condenar o candidato em feitos criminais, eleitorais e ações civis públicas por ato de improbidade, constituem ambiente propício à manipulação do curso do processo judicial.

O sistema judiciário, por inúmeras razões, não tem condição de dar equacionamento tempestivo às pretensões deduzidas em juízo. Não havendo prestação jurisdicional célere, todo o organograma cede. Eleições e mais eleições são realizadas e candidatos com condenações severas se perpetuam em nichos políticos pouco permeáveis a implicações dessa ordem. A intercorrência da inelegibilidade, se tanto se chega, com o curso do mandato, em regra de quatro anos, torna as regras da Lei Complementar 64 absolutamente inócuas.

Esse quadro, quando não diretamente das disposições da Lei Complementar, mas da sua confluência com os dados da realidade, evidenciava estado de defasagem do modelo que, por alteração constitucional, pretendeu-se alcançar um padrão mais elaborado, dentro do qual o sistema gánhasse mais rigor, em detrimento da opção individual de se pretender um mandato eletivo, que não cede, mas se torna mais controlada.

Probidade e moralidade, a serem verificadas pelo modo de vida que o candidato escolheu, são elementos que integram o modelo. Foram explicitados, e, com isso, resolvem, imediatamente, a ordem legal infraconstitucional que precedia a alteração. Em boa, medida, a ineficiência do sistema foi a razão da emenda, não havendo justificativa alguma que legitime a idéia de exigência de alteração constitucional para que tais valores sejam a ele incorporados.

Sobre os limites do princípio da presunção da inocência, o PGR afirmou:

Não se exige condenação definitiva para fim de negar registro de candidatura por inelegibilidade. Aliás, e em repulsa à invocação de violação ao princípio da presunção de inocência tão facilmente formulada em contrário à tese da eficácia de decisão judicial, ainda que pendente recurso, sobre a capacidade eleitoral passiva, é de se ver que não há imediata relação entre condenação definitiva e inelegibilidade, tantos são os casos fora dessa hipótese tratados pela ordem jurídica.

O voto do Ministro-relator Celso Mello rejeitou o pedido da AMB e acolheu as razões de improcedência da AGU. O fundamento principal da decisão foi que:

... o postulado consagrador da garantia de inocência irradia os seus efeitos para além dos limites do processos penais de natureza condenatória, impedindo, desse modo, que situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado provoquem, em decorrência das exigências de probidade administrativa e da moralidade a que se refere o § 9º do art. 14 de probidade administrativa e de moralidade, na redação dada pela ECR 4/94, a inelegibilidade dos cidadãos ou obstem candidaturas para mandatos eletivos.⁷³

Confirmou-se que a norma contida no §9º do art. 14 da CF, na redação que lhe deu a ECR 4/94 não é auto-aplicável (Enunciado 13 da Súmula do TSE). Fixou-se que o Judiciário não pode, sem ofensa ao princípio da divisão funcional do poder, substituir-se ao legislador para, na ausência de lei complementar exigida por esse preceito constitucional, definir, por critérios próprios, os casos em que a vida progressa do candidato implicará inelegibilidade.

O Ministro Ayres Britto inovou em sua argumentação anterior ao referir-se à necessidade de auto-aplicabilidade do princípio da precaução – previsto no § 9 do art. 14 da Constituição Federal –, sem ir, no entanto, de encontro ao princípio da presunção de inocência. Segundo ele, no que se refere aos representantes da coletividade, a presunção de inocência deve ser tratada de forma diferente e, neste caso, o princípio da precaução deve ser “no mínimo, de eficácia plena”. “Porque não se pode desconsiderar a vida progressa do candidato. É história de vida”, destacou.

⁷³ Afastou-se, também, a alegação de que a ressalva contida na alínea g do aludido inciso I do art. 1º da LC 64/90 estaria em confronto com o que disposto na ECR 4/94 porque descaracterizaria a hipótese de inelegibilidade referida no preceito legal em questão. No ponto, registrou-se que o TSE, em decorrência de várias decisões por ele proferidas, estabelecera diretriz jurisprudencial consolidada no Enunciado 1 da sua Súmula [“Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade (Lei Complementar 64/90, art. 1º, I, g)”], mas, posteriormente, reformulara essa orientação, com o declarado propósito de conferir maior intensidade à proteção e defesa da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo. Além disso, reputou-se insustentável a suposta transgressão a preceitos fundamentais pelo fato de determinada regra legal ressalvar, para efeito de superação da cláusula de inelegibilidade, o acesso ao Poder Judiciário, em ordem a neutralizar eventual deliberação arbitrária que haja rejeitado, de modo abusivo, as contas do administrador. Cf. Informativo STF nº 514, Brasília, 1º a 8 de agosto de 2008. Disponível em 20/08/2008 em: <http://www.stf.gov.Br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm>

O Ministro presidente do TSE fez, ainda, uma diferenciação entre a proibição de candidaturas e a perda de direitos políticos. De acordo com ele, a impugnação de uma candidatura não significa a perda de direitos políticos, e, sendo assim, “por que há a necessidade do trânsito em julgado?”. “Quando o cidadão perde seus direitos políticos, isso gera uma seqüência de fatos impeditivos, e por isso se exige o trânsito em julgado. Mas quando se fala da inelegibilidade, os direitos políticos permanecem. É somente um ato de cautela”, afirmou o ministro.⁷⁴

O ministro Joaquim Barbosa votou pela procedência parcial da ADPF n° 144. Ele considerou uma sentença condenatória em segunda instância suficiente para tornar um cidadão inelegível. Afirmou que, no caso de representantes da sociedade, o princípio da precaução deve prevalecer sobre o princípio da presunção de inocência. “O Poder Judiciário não pode dar de ombros ao que está acontecendo no nosso País e jogar tudo nos ombros do legislador. Dependendo da forma que for aplicada, a presunção da inocência torna letra morta o dispositivo constitucional”, advertiu.⁷⁵

4. DE VOLTA AO RIO

*“Na eleição passada, encontramos candidato com 25 homicídios na folha corrida. Ele não poderia ser gari no Rio, mas prefeito sim”.
Roberto Wider, presidente do TRE do Rio⁷⁶*

A partir do dia 10 de junho de 2008 até o dia 30 era permitida a realização de convenções partidárias destinadas a deliberar sobre coligações e escolher candidatas a prefeito, a vice-prefeito e a vereador⁷⁷. Alguns acontecimentos marcaram esse período e condicionaram aspectos da eleição no Rio.

⁷⁴ Cf. Ayres Britto e Barbosa apóiam a AMB. Disponível em 22/08/2008 em: www.amaerj.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2494&Itemid=640 - 15k -

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ MENEZES, Maia e VASCONCELLOS, Fábio. *TREs se unem contra ficha-suja*. O Globo, 20/06/2008, p. 3.

⁷⁷ Ver: Lei n° 9.504 /97, art. 8°, caput.

Em junho repercutia na imprensa a captura de uma equipe do jornal *O Dia* que havia sido capturada por milicianos na favela do Batan, em Realengo.⁷⁸ Investigações foram realizadas e revelaram que os milicianos estariam negociando a venda dos votos de moradores com candidatos a vereador. Para estipular o valor a ser pago pelos “currais eleitorais”, os milicianos organizaram até um censo comunitário na favela.⁷⁹ A CPI das Milícias foi aprovada na ALERJ no dia 10 de junho, tendo desde então mantido um foco na relação entre políticos e milicianos. Em depoimento, o delegado da 32ª DP (Jacarepaguá) afirmou que seis políticos estariam ligados às milícias.⁸⁰ Dois desses políticos acusados de chefiar a milícia Liga da Justiça estão presos em Bangú 8, de onde mandam ordens para a campanha eleitoral.⁸¹ Por isso, uma das prioridades do Ministério Público Eleitoral foi impugnar o registro da candidatura de milicianos⁸² e seus associados.⁸³

O impacto do controle territorial de traficantes de drogas sobre a campanha eleitoral⁸⁴ e o suposto apoio a determinados candidatos com antecedentes criminais, ou não⁸⁵, foi uma das principais considerações

⁷⁸ Este fato ocorreu no dia 14 de maio de 2008. Em sete horas e meia de terror, o grupo foi submetido a socos, pontapés, choques elétricos e sufocamento com saco plástico.

⁷⁹ *MP-RJ prepara lista de candidatos com “ficha suja”*, *O Dia Online*, 29/07/2008. Disponível em 15 de agosto de 2008, em: <http://noticias.terra.com.br/eleicoes/2008/interna/0,,OI3035851-EI11874,00-MPRJ+prepara+lista+de+candidatos+com+ficha+suja.html>

⁸⁰ PRADO, Thiago. *Delegado depõe e acusa 6 políticos*. *O Dia*, caderno País, 15/08/2008, p. 28; Araújo, Vera. *Delegado diz que candidatos integram milícias*, *O Globo*, caderno Rio, 15/08/2008, p. 22.

⁸¹ BOTTARI, Elenilce e BORGES, Waleska. *Da cadeia, a ordem para o voto; Presos Natalino e Jerominho mandam milicianos armados distribuir carta pela eleição de Carminha.*, *O Globo*, caderno Rio, 27/07/2008, p.3.

⁸² Os milicianos teriam um plano, segundo o serviço de inteligência da Polícia Civil, para executar os delegados da 35ª DP (Campo Grande) e da Delegacia de Repressão às Ações do Crime Organizado (DRACO). Teriam oferecido R\$ 1 milhão pelo assassinato deles. COSTA, Célia e ARAÚJO, Vera. *Delegados com cabeça a prêmio*. *O Globo*, caderno Rio, 13/06/2008, p. 15.

⁸³ O MPE impugnou, por exemplo, a candidatura à reeleição do vereador Nadinho de Rio das Pedras (DEM), que está sendo processado pelo assassinato do inspetor de polícia Félix Tostes. Ler: BOTTARI, Elenilce. *MP pede rejeição de Nadinho de Rio das Pedras*. *O Globo*, caderno O País, 1/08/2008, p. 5.

⁸⁴ No dia 27 de julho, jornalistas de ‘O Dia’ e ‘O Globo’ foram impedidos por traficantes de fotografar uma caminhada do candidato à Prefeitura Marcelo Crivella, em ruas da Vila Cruzeiro, na Penha. VASCONCELLOS, Fábio e TABAK, Flávio. *Tráfico proíbe imagens e intimida candidatos. Molon e Chico Alencar são obrigados a interromper filmagens na Maré; Gabeira é ameaçado em Vila Cruzeiro*. *O Globo*. 2ª ed. Caderno O País, 3/08/2008, p.8-9.

⁸⁵ *Rocinha: candidato do tráfico já responde a 14 ações penais*. *O Globo*, 26/07/2008, p. 1; GALDO, Rafael. *Favela do Acari também tem curral com ‘candidato único’ a vereador*, *O Globo*, caderno O País, 26/07/2008, p. 4.

que levou ao pedido de tropas federais durante a campanha eleitoral.⁸⁶ O presidente da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara Federal, deputado Raul Jungmann afirmou que: “Na ALERJ, aproximadamente 30% dos parlamentares teria ligação direta ou indireta com o tráfico e milícias. Você pode pensar num número quase similar na Câmara dos Vereadores”⁸⁷.

A impugnação de registros de candidaturas a prefeito em importantes municípios do estado do Rio de Janeiro foi outro aspecto importante. Núbia Cozzolino, que disputa a reeleição em Magé, tem vinte e sete ações por improbidade administrativa. É acusada de nepotismo, promoção pessoal, desvio de dinheiro, fraudes em licitações e falha na prestação de serviços essenciais.⁸⁸ Rosinha Garotinho, candidata a Prefeita de Campos, teve o registro de candidatura impugnado porque responde a ações civis públicas, duas delas por contratos de terceirização entre 2003 e 2006.⁸⁹ Horas antes da decisão do STF que liberou a candidatura de fichas-sujas a juíza eleitoral de Campos aceitara o pedido de impugnação do registro da candidatura de Rosinha Garotinho.⁹⁰

5. CONCLUSÕES

“Pelo menos, por ora, a magistratura está de mãos atadas. Os magistrados devem se submeter à hierarquia jurisdicional. Mas podemos continuar a ter, à frente das prefeituras e nas câmaras municipais, bandidos de notória visibilidade, o que é uma anomalia jurídica”.
Cláudio Santos, presidente do Colegiado de TRES⁹¹.

⁸⁶ BRIGIDO, Carolina. *Tropas contra currais do crime*. O Globo, caderno O País, 15/08/2008, p. 3. As tropas iniciaram ocupações no dia 11 de setembro de 2008. *Tropas ocupam 5 favelas no início da ocupação eleitoral*. O Globo, 12/09/2008, p. 1.

⁸⁷ ROPE, Ananda. *Raul Jungmann: ‘30% dos políticos ligados ao crime’*, O Dia, 2ª ed., caderno Geral, 29/07/2008, p. 4.

⁸⁸ Núbia Cozzolino teve seu registro de candidatura rejeitado pela juíza eleitoral de Magé no dia 1 de agosto de 2008. OTÁVIO, Chico e BOTTARI, Elenilce. *Barrados pela Justiça*. O Globo, caderno O País, 2/08/2008, p. 3.

⁸⁹ OTÁVIO, Chico. *MP começa a atacar fichas-sujas*. O Globo, caderno O País, 15/07/2008, p. 3.

⁹⁰ *Horas antes, rosinha tinha sido barrada*. O Globo, caderno O País, 7/08/2008, p. 3.

⁹¹ BRAGA, Isabel, *TRES: poderemos ter bandidos nas prefeituras*. O Globo, caderno O País, 8/08/2008, p.5.

Vimos ao longo desse estudo que ocorreram mudanças significativas no desempenho do TRE do Rio de Janeiro de 1982 a 2008. A informatização do processo eleitoral trouxe maior controle contra fraudes desde a introdução da urna eletrônica. Os membros do MP e os juizes eleitorais, além do próprio TRE, voltaram-se para um engajamento maior na defesa da lisura nas eleições, notadamente a partir de 1994. O que se descreveu em 2006 – com o caso Eurico Miranda – e em 2008 constitui uma mobilização para aplicar o princípio da moralidade eleitoral através da interpretação judicial. Isto só foi possível devido às inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, que possibilitaram uma rediscussão do papel dos princípios constitucionais e sua aplicação direta pelo Judiciário.

Outro aspecto que foi ressaltado ao longo do período foi a crescente importância do crime organizado nos processos eleitorais – bicheiros, traficantes de drogas e milicianos pesadamente armados. É no contexto dessas tendências que é preciso entender os efeitos da deliberação ocorrida no dia 6 de agosto de 2008.

A decisão do STF na ADPF nº 144 é imediatamente auto-aplicável, determinando o presidente da Corte o seu imediato cumprimento, lavrando-se o acórdão posteriormente. A decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.⁹² O debate jurídico debate jurídico está encerrado no Poder Judiciário⁹³. Restaram os protestos feitos por defensores da tese vencida.⁹⁴ O primeiro parecer do procurador regional do Rio, Rogério Nascimento, afirma que a decisão do STF “foi precipitada, demonstrou certa desconfiança da Corte Suprema sobre a capacidade das Cortes inferiores, e negou ao país a oportunidade de experimentar um novo princípio jurídico”⁹⁵.

Lamentavelmente, o que ocorreu foi um erro de cálculo político da AMB em provocar o STF através de uma ADPF, onde se faz um controle

⁹² Lei nº 9.882, art. 10.

⁹³ Lei nº 9.882, art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecurável, não podendo ser objeto de ação rescisória.

⁹⁴ A relatora do primeiro caso julgado após a decisão do STF, desembargadora federal Maria Helena Cisne, afirmou: “O entendimento de que a vida pregressa do candidato – por mais alentada que seja sua folha penal – não possa ser usada para impedir sua candidatura confronta com diversas normas constitucionais, e afronta, inquestionavelmente, o bom senso e o sentimento do povo brasileiro”. Ler: MENEZES, Maia. *Ficha-suja vira candidato sob protestos. TRE cumpre decisão do STF e devolve registro a acusado de homicídios*. O Globo, caderno O País, 15/08/2008, p. 3.

⁹⁵ BOTTARI, Elenilce. *Procurador eleitoral critica decisão do STF sobre ficha-suja*. O Globo, caderno O País, 9/08/2008, p.13.

abstrato – sem a existência de um caso concreto, como no Recurso Ordinário nº 1069, do Eurico Miranda. Mais prudente teria sido deixar os pré-candidatos que tiveram negado registro de candidatura recorrerem, em todo o País, até o TSE. A análise de casos graves talvez mudasse a interpretação dos ministros do TSE, onde a votação estava por maioria de quatro a três contra a tese vencida.⁹⁶

O maior problema criado com a decisão na ADPF 144 está na absolutização do princípio da presunção da inocência. Está se ampliando, por esta via, a *impunibilidade* no direito eleitoral. Um direito eleitoral *pro reo* que torna inócua qualquer análise da vida pregressa do pré-candidato. *É preciso insistir que este princípio não é absoluto no ordenamento jurídico brasileiro.* Caso contrário, a necessária regulamentação através de lei complementar do § 9 do art. 14 da CF poderá ser inclusive objeto de controle de constitucionalidade no STF, com efeitos político-institucionais desastrosos.

Barrar candidatos com antecedentes criminais é uma tese que sensibiliza a opinião pública. De acordo com pesquisa encomendada pela AMB ao instituto Vox Populi para saber a opinião da sociedade em relação à candidatura de políticos que respondem a processos criminais: 88% dos entrevistados apoiaram a proibição de candidaturas de pessoas condenadas por algum crime, mesmo que ainda possam recorrer da decisão.⁹⁷

A recomendação *ex parte populi* é aumentar a *pressão política* sobre o Congresso Nacional pois foi essa omissão legislativa de quatorze anos que deu origem ao problema do candidato ficha-suja. O cidadão pode participar de uma iniciativa legislativa popular. O Movimento de Combate

⁹⁶ Este parece ser o entendimento do procurador regional do Rio quando escreve: “A decisão proferida pelo STF em controle abstrato, proferida antes que fossem julgados nos tribunais de todo o país os casos concretos que permitiriam um exame completo das múltiplas teses, ângulos, interesses e aspectos práticos envolvidos na grave decisão de tolerar, ou não, o registro de candidatos já condenados pela Justiça, embora ainda não em definitivo, empobreceu a análise do problema”. *Idem*.

⁹⁷ A pesquisa foi realizada de 27 de junho a 6 de julho de 2008, com 1.502 pessoas de todo o território nacional, com idades acima de 16 anos. A margem de erro, para o total do estudo, é de 2,5%. Ver: Notícias no site da AMB, em 6.08.2008 *Ação da AMB representa pensamento de maioria da sociedade*. Disponível em 20/08/2008 em: http://www.amb.com.br/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=14927

à Corrupção Eleitoral (MCCE) já está fazendo uma campanha nacional pela coleta de assinaturas para a apresentação de um projeto de lei complementar que prevê novos casos de inelegibilidade.⁹⁸

A intenção é que um milhão e trezentas mil pessoas de pessoas assinem o documento para levar o projeto à Câmara Federal. Segundo o texto, serão consideradas inelegíveis as pessoas com condenação em primeira instância por crimes graves ou, no caso dos detentores de foro privilegiado, com denúncia recebida por um tribunal e também aquelas que tenham renunciado para fugir de cassações. O crucial está em pressionar politicamente o Congresso Nacional a legislar sobre a matéria para dar efetividade ao princípio da moralidade eleitoral.

Pessoalmente, entendo que *uma condenação em segunda instância* seria um critério mais adequado⁹⁹. O duplo grau de jurisdição seria respeitado. A pendência de recursos na esfera especial ou no âmbito extraordinário não guarda mais relevo para a análise da vida pregressa do candidato. Os tribunais superiores, ao abordarem só o direito, não descem ao fundo fático dos casos concretos. Enfim, a passagem por dois graus ordinários de jurisdição gera a conclusão de que os fatos foram esclarecidos. É a opção mais razoável e respeitosa dos direitos fundamentais.

Concluído no dia 15 de setembro de 2008.

⁹⁸ O texto do projeto de lei complementar está disponível em: http://www.lei9840.org.br/projeto_27_05.pdf

⁹⁹ Este critério está previsto no voto do ministro Joaquim Barbosa na ADPF 144.

CONTROLE ANTITRUSTE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL A SERVIÇO DO DESENVOLVIMENTO

João Marcelo de Lima Assafim¹

RESUMO

Resumo em português contendo no máximo 500 palavras. Este artigo considera o caráter pró-competitivo dos direitos de propriedade intelectual em uma perspectiva dinâmica, não obstante, sem deixar de considerar a que a contundência do seu poder jurídico pode permitir a incidência de abusos com efeitos anti-empresendedores e maléficis a concorrentes e a consumidores, i.e., prejudicial ao mercado. Na hipótese de efeitos anticompetitivos importância da legislação de livre concorrência como disciplinadora da economia de mercado, essencial à sua manutenção e cuja ausência ou deficiência pode levar ao colapso do sistema (mercado) de que se trata. Por último, reúne elementos com o fim de indicar uma perspectiva de revisão da política de concorrência, antevendo-se uma maior atenção às condutas, incluindo cartéis, práticas concertadas e restrições em acordos verticais – com menção às franquias e aos contratos de transferência de tecnologia.

¹ Diretor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes; Professor Adjunto de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela na Área de *Derecho Mercantil* com Revalidação pela Universidade de São Paulo – USP (Dep. Direito Comercial) com financiamento (bolsa) CAPES para Doutorado no Exterior; Beneficiário do Programa conjunto PERT/95, CNPq (MCT) e Itamaraty (MRE); Professor do Curso de Graduação em Direito do Instituto UCAM Ipanema; Diretor de Estudos da Associação Brasileira do Agentes da Propriedade Industrial – ABAPI e Diretor de Estudos da *Licensing Executives Society Brazil (LES-Brazil)*; Advogado Militante no Rio de Janeiro

PALAVRAS CHAVES: CONCORRENCIA, LIBERDADE, EXCLUSIVIDADE, TECNOLOGIA, PROPRIEDADE INTELECTUAL, INVENÇÕES, PATENTENTES, INOVAÇÃO, DESENVOLVIMENTO, LIBERDADE DE EMPRESA, ACORDOS VERTICAIS, LIVRE CONCORRENCIA, ANTITRUSTE, DIREITOS FUNDAMENTAIS

ABSTRACT

This article considers the competition law as a fundamental support of the market economy and the absence or failure of its enforcement conduce the system to a collapse. The author reviews its basis on the economic constitutional law and the fundamental rights to describe the antitrust discipline as the “limitations of the freedom to compete” right. The text introduces a specific analysis of the last legislative and political changes in Brazil with a preliminary discussion about delimitation of the competition law enforcement scope. The author describes new institutions as the Brazilian leniency program to fight cartels and discuss the perspective of announced changes in competition policy, including cartels, concerted practices, vertical agreements and particular mention to franchise and technology transfer contracts.

KEYWORDS: COMPETITION, FREEDOM, EXCLUSIVITY, TECHNOLOGY, INTELLECTUAL PROPERTY, INVENTIONS, PATENTS, INOVATION, DEVELOPMENT, VERTICAL AGREEMENTS, FREE COMPETITION, ANTITRUST, FUNDAMENTAL RIGHTS.

INTRODUÇÃO

A relação entre propriedade intelectual e concorrência esteve presente nas abordagens acadêmicas desde a origem de ambas as disciplinas, não obstante, a promoção da inovação e da concorrência mediante uma política comum é algo recente – pelo menos aparentemente. No Brasil, a concorrência (em caráter geral) tem sido uma preocupação mais constante entre os juristas brasileiros após a catalisação de um certo consenso entre acadêmicos e outros autores, no sentido de que, uma economia de mercado institucionalmente consagrada, a disciplina jurídica das relações de consumo não resolve o problema preço em situações de monopólio² ou em mercados caracterizados por elevados níveis de

² FORGIONI, P., Fundamentos do Antitruste,

concentração estrutural, especialmente se barreiras impedem a entrada de novos concorrentes – o que também pode acontecer mediante o exercício de direitos de propriedade intelectual. Em primeiro lugar, o poder de mercado nasce da capacidade de provocar escassez e, com isso, o monopolista interferir no processo de fixação de preço. Nesse caso, o custo do preço de monopólio é pago pelo consumidor, o que deverá implicar na piora na sua qualidade de vida: seja pela escassez, pelo sobre-preço ou ambos. E se isto é assim, em setores caracterizados pela liberdade de empresa ou de iniciativa (onde tende a haver menos barreiras técnicas), tende a ser um fenômeno mais intenso no âmbito dos, assim denominados, serviços de interesse geral. Principalmente, se neste último caso, em decorrência dos potenciais efeitos das barreiras à entrada que, em um modelo regulatório, se interpretado aquém dos seus fundamentos concorrenciais (quando previstos pelo Legislador), tanto em matéria de estrutura de mercado como de condutas em métodos de negócios, tais características (de maiores níveis de concentração) costumam vigorar por mais tempo do que o socialmente conveniente. O mesmo pode acontecer que as falhas de mercado forem provocadas por barreiras advindas do uso impróprio da PI.

Com já indicado em outros momentos, monopólios e *trusts* sempre foram considerados como um problema político e também econômico³, especialmente porque tendem a subtrair a liberdade de negociar entre partes (*interaction between sellers and buyers*). Isto é, o poder de subjugar a vontade de uma das partes (economicamente dependente) à vontade da outra (dotada de poder de mercado). Os direitos de propriedade intelectual podem criar um ambiente parecido com este, à medida que os direitos exclusivos podem criar barreiras que, dependendo do sucesso comercial do produto ou serviço que materializa a criação intelectual de que se trate, pode servir para dividir mercados, gerar concentrações verticais e diagonais, e, disciplinar a distribuição. A primeira questão seria inferir em que medida tais condutas poderiam constituir ilícitos concorrenciais.

Numa primeira abordagem, a questão surge como hipótese de reação

³ SULLIVAN, E. T., “The Foundations of antitrust”, in: SULLIVAN, E. T., *The Political Economy of Sherman Act – The First One hundred Years*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 3-19, p. 6. “The monopolies and trusts were considered a political as well as an economic problem.”

à uma ação por infração de patente (exercício do direito de exclusão ou *ius prohibendi*) com fundamento em normas antitruste (*affirmative defense*) dependem muito da disciplina em matéria de patente propriamente dita. Neste caso um ato predatório ou anticompetitivo com vistas a uma das situações concorrenciais ilícitas, i.e., *conspiracy* ou restrição do comércio (*restraint of trade*) ou um monopólio, por um “monopolista” (no sentido antitruste, i.e., com participação de mercado igual ou superior a 75%) ou por agente de um intento de monopolização. Neste caso, inicialmente, a doutrina trás três possibilidades violação antitruste a partir de três implicações básicas das limitações intrínsecas da lei de patentes: patente “advogada” mediante fraude (1), patente cujo titular sabia se tratar de título inválido (2), ou, patente não violada no momento do protocolo da ação (3). Como se pode observar, este primeiro aspecto não abrange o exercício abusivo de direito de PI legitimamente obtidos ou exercidos de boa fé.

Tudo isso depende, inicialmente, de como os direitos de PI são utilizados e do poder de mercado (potencial ou efetivo) do seu titular (não que esta análise dependa de análise estática da estrutura e de eventual poder de mercado em um mercado de produto ou serviço – pois existem questões importante da análise dinâmica do mercado de tecnologias). Como já consignamos em outras oportunidades, a disciplina jurídica da concorrência remonta ao final do século XIX, e apresenta traços marcantes da sociedade que demandou tal solução legislativa: falamos, em primeiro lugar, da sociedade americana e da Lei Sherman. Após isso, já no início da segunda metade do século XX, o enfoque europeu de um direito instrumental da concorrência a serviço da integração econômica têm a relevância de representar uma resposta contundente do Direito continental europeu (de raiz romano-germânica) a essa demanda social e aos objetivos da política de integração com fundamento do Tratado Constitutivo das Comunidades Européias⁴. No Brasil, o mercado nacional e resultado de um pacto federativo em uma união política e monetária que reúne 27 estados⁵, e portanto, assume características de ambos os

⁴ Especialmente com a finalidade de alcançar os diversos objetivos enumerados no art. 2o do TCE. Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 6a.Ed., Oxford, Hart, 1997, pp. 10 e ss. Para más informaciones, v. Frignani, Aldo & Waelbroeck, Michel, *Derecho europeo de la competencia*, Vol. 4 del Comentario J. Mégret, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1998.

⁵ Para mais informações, *vide*. <http://www.ibge.gov.br>

sistemas. Não obstante, se a norma brasileira seguiu mais de perto a influencia legislativa européia, por vezes os *policy makers*, parecem tender a seguir a influencia norte-americana.

Há importantes identidades entre os sistemas. Assim, em ambos os casos, ressalvadas as discrepâncias entre os sistemas *comon law* e continental europeu ou romano-germânico⁶, a partir das disposições estatutárias e das experiências administrativa e jurisdicional foram desenvolvidas categorias dogmáticas que, a luz dos precedentes, indicam e agregam determinadas restrições à livre concorrência que, uma vez incidindo no mercado tendem a ter efeitos potencializados em um ambiente caracterizado por determinados níveis de concentração, notadamente, aqueles considerados mais intensos: e neste caso pode haver abusos de direitos não relacionados com fraude na obtenção de direito exclusivos. A tendência dos sistemas nacionais paulatinamente se afastarem de esquemas dotados de uma aproximação *literalistic* e proibições *per se*, deu chance da análise econômica ocupar um espaço de destaque na análise antitruste. Nesse sentido, durante algum tempo, as autoridades empregaram largamente um critério informado por determinadas escolas da análise econômica do direito, designado pela tríade “estrutura – conduta – desempenho” para análise antitruste. Isso não significa que todas as categorias de infração contra ordem econômica (*antitrust violation*) estejam vinculadas à tarefa de “diagnóstico da concentração” estrutural do mercado em uma situação estática num momento específico, i.e., uma “fotografia”. Nem por isso tal critério implica na existência de uma discricionariedade absoluta e irrestrita para o recebimento de representações (*antitrust suits*) ou para as decisões de mérito. Ao contrário, a doutrina apresenta parâmetros para a interpretação do que em nosso sistema parece ser uma aleatória presunção legal.

Não obstante, a fotografia do mercado relevante em um determinado momento (análise estática em modelo de concorrência perfeita) pode não ser o elemento mais relevante para a análise antitruste em determinadas circunstâncias dinâmicas. Ao contrário, existem diversas situações onde uma violação antitruste (ou, no Brasil, infração contra a

⁶ Para uma análise do sistema alemão de proibições e isenções v. Straub, Wolfgang, 15 *GWB als Generalklausel des Rechts gegen vertragliche Wettbewerbs-beschränkungen*, München, Florentz, 1986.

ordem econômica) deriva de uma conduta ou determinadas categorias de condutas que na dinâmica do mercado foram ou são capazes de engendrar uma alteração estrutural no sentido da concentração, i.e., o caminho inverso através do qual a conduta concentra a estrutura. Essa situação é mais evidente nos mercados caracterizados pela inovação, onde tecnologias alternativas ou concorrentes (substitutas) podem ser mais úteis ao direito de escolha do consumidor e à estrutura dinâmica dos mercados do que a existência de produtos homogêneos com base tecnológica comum⁷.

A inovação, por demandar determinados níveis de investimento, implica em um regime de proteção com fundamento em direitos exclusivos, como por exemplo, aquele da patente para as invenções (criações técnicas de fundo com aplicação industrial) e aquele do direito de autor sobre programa de computador para o *software*, e, também, mediante direitos não exclusivos empregados para proteger o investimento, como por exemplo, obrigações contratuais (restrições de comercialização – cláusulas de exclusividade, não concorrência, restrição à exportação, etc.- sigilo e cláusulas penais privadas) e institutos de repressão à concorrência desleal⁸. Setores da doutrina entendem haver interface entre ambos os ramos do direito (propriedade intelectual e antitruste), haja vista o fato de que enquanto uma previsão afasta, a outra defende a concorrência. Defender a concorrência implica na manutenção da situação de plena interação entre fornecedores e adquirentes, de maneira a não falsear o livre jogo do processo de formação de preço. Portanto, há uma série de categorias de acordos que têm sido objeto de análise em matéria *antitrust*, de parte da doutrina, além de decisões administrativas e judiciais dos mais importantes sistemas, e, especialmente, aqueles cujo objeto integra bens imateriais protegidos por direitos exclusivos.

⁷ Em que pese a favor destes o efeito das externalidades de rede. Nesse sentido, um produto que materializa ou incorpora uma tecnologia precedente pode ter mais valor relativo para seus usuários que uma tecnologia mais recente em função do número de usuários. Assim, portanto, um aparelho de fac-símile, por exemplo, é mais útil ao seu usuário a medida que incrementa o número de pessoas tem também o utilizam. Essa mesma tecnologia perderá importância relativa a medida que, após o surgimento de tecnologias alternativas mais avançadas, os usuários da tecnologia de última geração aumentem em número e na medida em que estes venham substituindo o uso da tecnologia precedente em favor daquela.

⁸ V. art. 195 da Lei num. 9279, de 14 de maio 1996.

Entre estas determinadas categorias encontram-se aquelas que nascem a partir exercício dos direitos absolutos (*erga omnes*) concedidos pelo Ordenamento aos titulares de bens imateriais protegidos por propriedade intelectual⁹ (direito de uso exclusivo e direito de exclusão de terceiro), seja pela exploração direta ou indireta (através de licenças a terceiros). No caso de exploração indireta dos direitos de propriedade intelectual, o titular do direito, ao licenciar, costuma a adotar restrições que o protejam do risco de eventual concorrência do adquirente de sua própria tecnologia transmitida com a licença (inicialmente para o mercado de destino) no mercado de origem. De outro lado, o adquirente, costuma lutar por uma gama mais ampla de faculdades que permita a compensação de seu investimento local e assunção de riscos em um novo mercado (riscos comerciais, cambiais, tributários, etc.).

Assim, especificamente, conseqüências anticompetitivas podem ocorrer em determinado mercado se a posição de monopólio for resultado de aquisição de direitos de patente, fraudulenta ou legitimamente mediante: cláusula de comunicabilidade (*grant back*), não uso, consórcio de patente (pool); objeto de licenciamento sujeito a restrições comerciais e de direito. Isso não significa que a obtenção de direitos ou conclusão de acordos *supra* elencados sejam *per se* ilegais.

Notadamente, o exercício de tais direitos¹⁰ e o direito protetor da livre concorrência representam um ponto importante para análise sistemática. Nesse sentido, um autor anglo-saxão indica com Propriedade: *§ 2 of the Sherman Act prohibits monopolization and attempting to monopolize. In contrast, the grant of a patent is a grant of a 17 – year monopoly*¹¹. Não

⁹ A doutrina alemã designa tal regulamento de TechTransGFVO, mediante o qual se estabelece um Regulamento de isenção (da proibição geral do artigo 81.1 do TCE) para determinada categoria de acordos de transferência de tecnologia, na forma do artigo 81.3 do TCE. Neste sentido, Helmut Lutz (*Technologie-, Patent- und Know-how Lizenzverträge im EG-Recht, Recht der Internationales Wirtschaft*, Abril de 1996, págs. 269-272): “Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat nunmehr die lange erwartete Verordnung über die Gruppenfreistellung von Technologietransfer-Vereinbarungen (TechTransGFVO)”. As restrições não isentas individualmente ou em bloco da aplicabilidade do art. 81.1. do TCE são consideradas nulas de pleno direito.

¹⁰ Para obter um importante estudo sobre os limites intrínsecos e extrínsecos dos direitos de autor e industriais veja Oliveira Ascensão, José de, “Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade”, Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002, págs. 49-49.

¹¹Sobel, Gerald, “Antitrust and Technology”, in: Bender, D., Patent Antitrust, New York, Practising Law Institute, 1982, págs. 191–220.

obstante, não consideramos a questão do possível choque entre patente (como outras categorias de propriedade intelectual) e direito de concorrência neste labor, como veremos a seguir, no item III *infra*¹².

Assim, a catalisação dos objetivos do antitruste em determinado sistema é imprescindível para formação de políticas públicas de concorrência, e afetam a dimensão do âmbito de aplicação do direito material de que se trata. Entre tantos outros objetivos do antitruste a enumerar, como por exemplo, o bem estar do consumidor (objetivo social), a eficiência econômica (objetivo econômico), a tutela das liberdades (objetivo político), i.e., ao fim e ao cabo, tutelar o interesse coletivo no somatório patrimonial que integra a ordem público – econômica. Neste ultimo aspecto, devemos destacar um ponto especial: o **desenvolvimento**¹³ e o **empreendedorismo**, necessários ao fim maior de melhora da qualidade de vida dos cidadãos, e as conseqüências da eficiência na distribuição de renda. Contrario senso, a concentração pode provocar escassez artificial e subjugar vontades e liberdades¹⁴. Trata, portanto, o controle social sobre a concorrência de um instrumento de tutela da dignidade humana: fim da ordem econômica e pedra angular da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, dado o interesse coletivo, garante-se a legitimidade da sociedade civil para demandar respostas mais concretas dos poderes públicos¹⁵.

Na eventual inércia de determinadas políticas concretas, o posicionamento de entidades de classe torna-se um fator relevante, seja

¹²Com relação ao amparo constitucional da propriedade intelectual, considerando as liberdades individuais, veja, Barbosa, Denis Borges, “Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual”, Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002, págs. 16-39.

¹³ Para um conceito de desenvolvimento econômico, v. SOUZA, Nali de Jesus, *Desenvolvimento Econômico*, São Paulo, Atlas, 1999, págs. 20 e segs.

¹⁴Para informações sobre os direitos fundamentais como direitos subjetivos expressos mediante a categoria jurídico dogmática das liberdades, vide CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 1997, págs. 1243 e segs.

¹⁵ Neste ponto está a importância do estudo constitucional das competências a luz da limitação dos poderes políticos. Pois se, de um lado, agentes públicos eventualmente excederem os limites constitucionais e legais de suas competências, de outro lado, a atuação aquém dessas competências pode implicar em omissão. No caso de constrição de liberdades, este aspecto conceitual fica tradicionalmente ligado aos direitos de defesa perante o Estado (o direito de defesa seria um *Abwehrrecht*). V. GOMES CANOTILHO, op. cit., págs. 1243 e segs. De outro lado, a omissão pode caber ao Legislador infra-constitucional. Nesse sentido, veja os estudos em matéria de inconstitucionalidade por omissão.

para o desenvolvimento de estudos específicos (a partir da capilaridade da demanda social), ou seja, para cooperação entre sociedade civil e o agente de políticas públicas. Esse é o caso dos acordos verticais, e, notadamente, os acordos cuja transmissão de propriedade intelectual integra seu objeto, que devem atender aos ditames do inciso XXIX do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

A questão abordada com profusão na literatura e políticas públicas em outros sistemas, não tem sido muito prestigiada no Brasil. Em grande medida pelas prioridades políticas em setores considerados mais prementes (como por exemplo, o combate a acordos horizontais, especificamente, cartéis, boicote, etc.), como também um certo receio de setores organizados da sociedade civil em incrementos dos níveis de intervenção estatal.

1. ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS GERAIS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O amparo científico da doutrina econômica e jurídica permite-nos concluir que a inovação representa um importante vetor de desenvolvimento econômico¹⁶. Várias teorias já consagradas, como por exemplo, a nova teoria do desenvolvimento econômico, coloca a inovação ao lado dos demais fatores de produção tradicionais (capital, trabalho e insumo) como relevantes para o ambiente empresarial, bem como os instrumentos empregados direta e indiretamente pelos poderes públicos para incentivar o progresso tecnológico¹⁷.

¹⁶ O simples acúmulo de fatores de produção como capital e trabalho não são suficientes para explicar o crescimento econômico, como por exemplo, aquele ocorrido nos Estados Unidos nos anos 1920. SOLOW, Robert, "Technical Change and the Aggregate Production Function", *Review of Economics and Statistics*, vol. 39, 1957, pp. 312 e ss.

¹⁷ Não obstante, existem estudos econômicos que comprovam que, indistintamente, em todos os setores, a decisão de investir em inovação não seria tomada na hipótese de inexistência de um sistema de patentes. V. LEVIN, R., *Empirical Studies of Innovation and Market Structure*, in: SCHMALENSEE, R., *Handbook of Industrial Organization*, v.2, Elsevier Science, 1989. Merece destaque o estudo do conhecido microeconomista Edwin Mansfield (*A New Look at the Patent System*, *American Economic Review*, v. 76, 1986, pp. 196 e ss.). Para um estudo jurídico, v. SILVA, M. M. *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência*, Almedina, 2003, pp. 55 e ss. V. nosso ASSAFIM, J.M. L., *A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos contratuais e concorrenciais de propriedade intelectual*, Lumen Juris, 2005.

Em primeiro lugar, o progresso tecnológico é incentivado indiretamente nas economias de mercado, mediante a proteção de determinadas inovações (consideradas de maior valor) através institutos específicos que atribuem direitos exclusivos¹⁸ (mediante a outorga de direitos de propriedade intelectual) e não exclusivos (mediante instrumentos de repressão à concorrência desleal); em segundo, através de políticas de fomento em setores específicos (financiamento e linhas de crédito para pesquisas de base e aplicada¹⁹, benefícios fiscais, ou, ainda, isenções antitruste).

Nessa primeira perspectiva, o progresso tecnológico se desenvolve através da divulgação de criações do espírito humano que, introduzidas em empreendimentos ubicados ao longo da escala produtiva (indústria e comércio), permitem diferenciar o produto ou serviço aperfeiçoado dos produtos ou serviços concorrentes ou mesmo tornar mais eficiente os modos de produção. Daí surge uma das vantagens da inovação que determina a sua abordagem como elemento central do fenômeno da concorrência. A diferenciação reduz as possibilidades de substituição.

Não obstante, a concepção de inovação é mais ampla, e abrange, entre outros, determinados aspectos relativos às artes, eventualmente não confinados em si mesmos, e, indo além de sua concepção original, atingindo um funcionamento mais amplo e reverberando para alguma das várias formas de exploração industrial. Entre as criações do espírito humano que integram a noção de inovação estão as obras artísticas (e demais criações a elas equiparadas) e as criações de fundo (invenções e modelos) e de forma (desenhos) com aplicação industrial. De outro lado, os sinais distintivos têm importância mais destacada para o tráfego jurídico em âmbito comercial.

Os direitos de propriedade intelectual outorgam ao seu titular direitos exclusivos quanto ao uso de determinada criação intelectual (e/ou exercício dos consequentes direitos de exclusiva) que afetam as atividades econômicas de maneira impactante, no sentido de que tais exclusivos são instituídos com a finalidade de criar um incentivo especial para o

¹⁸ LEHMAN, Michael, “The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Rights”, IIC, v. 16, 1985, pp. 524 e ss.

¹⁹ Sobre o processo gerador de tecnologia V. ASSAFIM, A Transferência..., cit. p. 17 e ss..

desenvolvimento de inovações que, ao fim e ao cabo, deverão contribuir para o progresso tecnológico da comunidade.

Por esta razão, o inovador, criador do bem imaterial protegido pelas regras do direito da propriedade intelectual (tanto no âmbito da indústria com no das artes) fica resguardado contra a concorrência de copiadores que não se sujeitaram aos custos de pesquisa e desenvolvimento que integram a nova tecnologia (*free riders*) inerente ao processo criativo com aplicação industrial. Os custos de uma linha de pesquisa *ex ante*, tão somente serão suportadas mediante a contrapartida de uma expectativa de resultados *ex post*.

O inventor ou titular fica protegido contra a reprodução de sua concepção inventiva pelos concorrentes, que não tiveram que suportar os custos de pesquisa e desenvolvimento e/ou os riscos de comercialização de novo produto.

Esse **direito subjetivo patrimonial** que nasce da apropriação dos bens imateriais pelos institutos de proteção da propriedade intelectual se aproxima dos **direitos reais** (na concepção romana de propriedade para as coisas – bens materiais corpóreos) à medida que constitui um direito **erga omnes** ou **absoluto**, não obstante, discrepam de tais categorias, pois os exclusivos são integrados, ao mesmo tempo, tanto por **faculdades ainda mais amplas** do que aquelas típicas dos direitos reais sobre bens materiais corpóreos (como, p.ex., intervenção na propriedade de outrem), e, como estão **limitados material e temporalmente**.

Tais características decorrem dos objetivos da propriedade intelectual. Assim, concomitantemente, dois objetivos são perseguidos: fomentar o progresso tecnológico incentivando a realização de inovações; e, salvaguardar o acesso do público às inovações e aumentar o patrimônio de conhecimento disponível à sociedade.

A questão do **exercício dos direitos** de propriedade intelectual na **circulação econômica** abrange o **uso da tecnologia pelo seu próprio titular** ou através da transmissão de determinadas faculdades a terceiros mediante **acordos de licença**. Estes acordos costumam implicar na adoção de **restrições contratuais** ou **unilaterais** com o fim de **proteger os investimentos na criação, fabricação e distribuição** de bens materiais

que **incorporam tecnologia** e, assim, **fomentar a atividade empreendedora**. Provavelmente, sem tais garantias legais e contratuais, o titular não se sentiria incentivado a disponibilizar temporariamente sua tecnologia a um concorrente potencial ou efetivo²⁰, o que implicaria em redução do número de empreendimentos. A titularidade de direitos de propriedade intelectual implica na **outorga de exclusividades** que, no curso da atividade econômica pertinente, deve gerar condições favoráveis à compensação *ex post* do investimento e redução do risco assumido *ex ante* com a pesquisa aplicada e na introdução de novo produto, considerando, ainda, que as eventuais restrições que os exclusivos possam eventualmente introduzir diminuindo o enfretamento entre **produtos** potencialmente concorrentes com objetivo de diminuir os riscos de entrada de novo produto no mercado, não significa que o exercício de tais direitos exclusivos seja prejudicial à concorrência entre tecnologias. Ao contrário, esses direitos criam condições para gerar concorrência dinâmica entre tecnologias diferentes²¹. Não obstante, o exercício de direitos de propriedade intelectual com o objetivo de proteger uma atividade não empreendedora deve ser reprimido.

Essas características da inovação, protegida pela propriedade intelectual, indicam a importância dos fatores tradicionalmente incluídos na análise levada a cabo pelo Direito da concorrência no âmbito dos incentivos à inovação, especialmente, barreiras à entrada, a elasticidade das substituições da oferta e da demanda, o lapso temporal necessário à entrada de novos concorrentes e os níveis de concentração do mercado. Não obstante, estes elementos de análise estática podem não atender às necessidades específicas do controle social próprio da concorrência de tecnologias, caracterizada pela dinâmica que permite “criar” e “destruir” produtos e processos²².

²⁰ O que limita o aproveitamento social da tecnologia, seja pela não divulgação, não exploração empresarial, seja pela sujeição do consumidor a menos uma alternativa de escolha.

²¹ Como ocorre, por exemplo, na indústria de tênis esportivos, com as distintas tecnologias de redução de impacto.

²² Para informações sobre a teoria evolucionária, veja WITT, Ulrich, *How Evolutionary is Schumpeter's Theory of Economic Development?*, Industry and Innovation, Vol. 9, Num. 1/2, April / August 2002, págs. 7-22, pág. 7.

3 NOVO ENFOQUE DA INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E COMPETITIVIDADE PELAS AUTORIDADES ANTITRUSTE

A preocupação da sociedade civil torna oportuna no Brasil a reflexão sobre um tema um tanto esquecido, seja pela doutrina comercial seja pelos agentes de políticas públicas: o impacto da inovação na concorrência. Nesse sentido, merece recuperação a evolução da questão em sistemas mais avançados neste tipo de análise. Desde meados dos anos noventa, amplo debate que congregou a doutrina econômica e jurídica, bem como empresários e autoridades de vários países (principalmente nos Estados Unidos e União Européia), analisou-se a relevância do crescente impacto da inovação na concorrência²³. Durante as audiências públicas nos Estados Unidos, conduzidas pela FTC, procurou-se enquadrar a aplicação do direito *antitruste* diante do fenômeno considerado como um novo tipo de concorrência.

Esse debate refletiu rapidamente nas políticas da União Européia, principalmente com a elaboração do Relatório da Comissão de 1996, e culminou com a aprovação de um novo Regulamento de isenção por categorias de acordos de transferência de tecnologia, que veio substituir seus precedentes em matéria de licença de patente e licença *de know-how*²⁴.

Assim, a inovação sai da posição de aspecto relevante, mas não primordial, para ocupar a posição de questão prioritária, tanto na União Européia como nos Estados Unidos. De igual maneira, reconhece-se o papel primordial da transferência de tecnologia no progresso tecnológico e na competitividade dos empresários em um mercado com tendências de incremento das trocas comerciais globais. Essa mudança de prioridade suscitou uma releitura da maneira como o direito da concorrência deve encarar a inovação. Como reflexo, identificam-se casos como o da Microsoft, que ocupou autoridades norte-americanas, européias e, também, brasileiras, sobre os problemas decorrentes do impacto concorrencial de certas práticas de inovação e difusão de tecnologias. Portanto, um Brasil que tem por meta ser competitivo no mercado mundial não deve ignorar a importância de sua política da concorrência na defesa

²³ v. FTC, FTC – *Staff Report, Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High Tech, Global Market Place*, Vol. I, Washington DC, May 1996

²⁴ Regulamento CE núm. 240 / 1996, de 31 de janeiro. Este regulamento foi substituído pelo Regulamento CE núm. 772/2004.

da inovação²⁵, considerando que está é uma das pedras angulares do crescimento econômico que conduz ao desenvolvimento.

Não obstante esse caráter de agente fomentador da concorrência dinâmica que ostenta a propriedade intelectual, o exercício de tais direitos na circulação econômica dos bens portadores de tecnologia, reconhecidamente, tem especial relevância para estudos em matéria de práticas restritivas e de abuso de posição dominante.

Algumas dessas restrições não implicam em análise antitruste, outras, embora incluídas no âmbito das proibições legislativas antitruste, podem ser autorizadas ou isentas individualmente, ou em grupo, mediante a adoção de procedimentos administrativos sumários, já aplicados para outras categorias, desde que observadas determinadas compensações consideradas “pró-competitivas”, i.e., que representam ganhos de eficiência e benefícios para a concorrência, tanto de produtos como de tecnologias.

Tanto as principais categorias de restrições (e de práticas não restritivas) como também as conseqüentes compensações devem ser objeto de reflexão e opinamento das autoridades antitruste, com o objetivo de (1) garantir a proteção efetiva da concorrência (2) e oferecer as empresas a segurança jurídica adequada²⁶.

O trafego jurídico de tecnologia e de tecnologia incorporada em produtos pode ocorrer mediante atos e acordos horizontais e verticais. Não obstante, a peculiaridade do objeto, ainda deve-se considerar a importância da diferenciação de critérios para análise entre acordos verticais e horizontais, recomenda o tratamento e análise sob a égide de único quadro disciplinador e regulatório, que possa abranger os atos e acordos sobre tecnologia, considerados os objetivos e as peculiaridades da proteção jurídico institucional da inovação mediante propriedade intelectual.

²⁵ Para efeito deste labor, as inovações consideradas são aquelas com aplicação industrial, i.e., a tecnologia industrial, a biotecnologia e as tecnologias da informação e comunicação. Além disso, do ponto de vista do bem-estar social, a inovação isoladamente não é o mais importante, senão a sua difusão, o uso da tecnologia inovadora pelo seus potenciais adquirentes ou consumidores.

²⁶ Para um estudo econômico acerca do papel do Estado a luz da teoria evolucionária, veja BURLAMAQUI, Leonardo, *Evolutionary Economics and the Economic Role of State*, in: BURLAMAQUI, CASTRO e CHANG, *Institutions and the Role of the State*, Cheltenham (UK) / Northampton, MA, Edward Elgar Pub. (USA), 2000, págs. 27-52.

A evolução do quadro regulatório concorrencial, em outros países, tem demonstrado tanto as necessidades de simplificar os critérios de análise como, ao mesmo tempo, promover uma releitura dos critérios tradicionais. Com isso, dedica-se menos ao elenco de cláusulas e acordos sujeitos à proibição, insistindo em maior medida na definição das categorias de acordos que estão autorizados até determinados níveis de poder de mercado. Ainda, procurar-se especificar aquelas cláusulas e acordos que não devem figurar em tais acordos sem uma análise individual. Essa concepção tem se mostrado mais coerente com o enfoque econômico que dá lastro ao labor de avaliar os impactos de tais acordos nos mercados de referência (de produto e de tecnologia).

Nesse mesmo sentido, a distinção entre acordos e atos entre/de competidores e não competidores converge com dito enfoque, dado o fato de que um acordo de transferência de tecnologia entre não competidores tende a ser pró-competitivo e admite níveis de concentrações mais elevados convivendo com determinadas restrições contratuais à concorrência. Fica claro que não há lugar para proibições per se, não obstante, a atitude anti-empresarial deverá ser punida pelo controle social em defesa da livre concorrência, como por exemplo, um investimento em inovação que não tenha justificativa econômica, nos moldes da inovação predatória.

Em grande medida, a circulação econômica de tecnologia ocorre mediante a conclusão de contratos de transferência de tecnologia, não obstante outras determinadas categorias de contratos podem incorporar tecnologia em seu objeto, em caráter principal ou acessório, como por exemplo, os contratos de franquia e de distribuição.

Os contratos de transferência de tecnologia, a seu turno, têm como prestação essencial a concessão de licenças de tecnologia ou de direitos da propriedade industrial. Em caráter geral, este tipo de acordo costuma contribuir para o aperfeiçoamento da eficiência econômica e, por conseguinte, para a concorrência. Entre os aspectos positivos, podem-se agrupar os seguintes: a redução de situações de pesquisa e desenvolvimento duplicados, o reforço dos incentivos para inovação mediante pesquisa e desenvolvimento iniciais, a facilitação da difusão dessas tecnologias e a contribuição para o incremento da concorrência no mercado de produtos.

Assim, a probabilidade de incidência dos efeitos pró-competitivos, i.e., efeito que melhoram a eficiência e são benéficos para a concorrência, é maior, e deve prevalecer sobre aquela hipótese de incidência de efeitos contrários a concorrência devido às restrições contidas em acordos de transferência de tecnologia.

Para que se possa alcançar os objetivos e causa dos contratos de transferência de tecnologia, os benefícios eventualmente proporcionados por aplicação de uma política concreta, deve ter sua aplicação estendida às disposições e acordos contidos nos contratos de transferência de tecnologia que, mesmo não constituindo objeto primário ou prestação essencial de tais acordos, mas que estão diretamente relacionados com a aplicação da tecnologia licenciada.

3. REFORMA POLITICA E ADMINISTRATIVA NO SISTEMA DOS EEUU

Recentemente, uma publicação conjunta do *US Department of Justice* (DJ) e do *Federal Trade Commission* (FTC) publicaram em abril de 2007 um documentos intitulado *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*. Trata-se de um documento integrado de uma introdução, seis capítulos e uma seção de apêndices. O primeiro capítulo trata do *strategic use of licensing: unilateral refusals to license patents*; o segundo aborda *competition concerns when patents are incorporated into collaboratively set standards*; o terceiro capítulo é dedicado ao *antitrust analysis of portfolio cross-licensing agreements and patent pools*; o quarto capítulo, por sua vez, abrange *variations on intellectual property licensing practices*. O quinto capítulo trata de uma questão palpitante que é *antitrust issue in the tying and bundling of intellectual property rights*; e, por fim, o sexto capítulo aborda *competitive issues regarding practices that extend the market power conferred by a patent beyond its satutory term..*

4. EVOLUÇÕES RECENTES NA UNIÃO EUROPÉIA

Na UE a comissão, a parte do Regulamento no 772/2004, divulga consulta pública sobre o setor farmacêutico com fundamento no

regulamento 1/2003. A Comissão das Comunidades Europeias tem atribuição exclusiva para aplicar o parágrafo 3º do artigo 81 do TCE a determinadas categorias de acordos de transferência de tecnologia e às correspondentes práticas concertadas que entrem no âmbito de aplicação do parágrafo 1º do art. 81, nos casos em que tão somente participem duas empresas nos ditos acordos e práticas. Essa faculdade tem fundamento no Regulamento no. 19/65/CEE, de 6 de março de 1965, recentemente alterado pelo Regulamento CE no. 1/2003.

Periodicamente a Comissão publica relatórios de avaliação sobre determinados regulamentos. No caso do já reformado Regulamento CE de isenção dos contratos de transferência de tecnologia no. 240/1996, como também, sobre a aplicação geral dos parágrafos 1º e 3º do artigo 81 do Tratado de Roma (TCE). A resposta dos Estados membros e terceiros ao Relatório de concorrência em matéria destes contratos foi, em geral, favorável a reforma da política comunitária. Em ato contínuo, após a conclusão dos trabalhos de revisão, foi aprovado em 27 de abril de 2004, o Regulamento no. 772.

Não obstante, a Comissão tem poderes de iniciar inquéritos setoriais sempre que houver indícios de rigidez de preços ou de práticas anticompetitivas, com fundamento do artigo 17 do Regulamento 1/2003. Nesse sentido, a Comissão determinou abertura de inquérito setorial determinando a realização de investigações a determinado grupo de empresas farmacêuticas de produtos inovadores e genéricos. O inquérito setorial é uma resposta aos indícios de distorções no funcionamento no mercado de produtos farmacêuticos na UE. Entre estes indícios de distorções de mercado está na possível diminuição do número de novos entrantes inovadores, e na aparente demora para o surgimento de genéricos após a expiração de direitos de PI. O objetivo do inquérito está na investigação sobre os motivos destas distorções, especialmente, analisar se os acordos entre empresas farmacêuticas, como aqueles concluídos em disputas de patentes, podem infringir a proibição sobre práticas restritivas de negócios do art. 81.1. O inquérito setorial investigará se as empresas podem estar criando barreiras artificiais à entrada, seja através da insuficiência de exploração de direitos de patente, litigância vexatória ou outros meios previstos em na proibição de abuso de posição dominante do art. 82 do TCE. A Comissão entende

que a competição neste setor é crítico para o público, tanto como garantidor do acesso a fármacos de domínio público ou no estado das artes, como para a formação dos preços de consumidores individuais, negócios de saúde privado e serviços de saúde pública na EU. O relatório preliminar tem conclusão prevista para outono de 2008, e os resultados finais previstos para a primavera de 2009. O relatório do inquérito permitirá a Comissão e as autoridades nacionais centrar as ações futuras nas restrições mais gravosas e, assim, identificar remédios aptos para resolver problemas concorrenciais específicos nos casos concretos.

4. PERSPECTIVA DE REVISÃO DA POLÍTICA DE DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Parte da expectativa acerca de mudanças criada em 2002 não se concretizou. A mudança de governo em 2002 representou uma natural mudança também na condução da política vigente até então (como também com relação às prioridades do GTI instituído no mandato precedente), não obstante, em 2007 continuam algumas das mesmas preocupações quanto a eficácia da LDC e das recentes modificações legislativas. Identidade que não se constata, por exemplo, no entendimento acerca dos novos rumos a serem tomados pelo “Sistema” - seja quanto a sua possível reforma orgânica, seja quanto à reforma legislativa pretendida (pelo menos na forma até então pretendida) ou mesmo quanto aos critérios de análise e descentralização de análise. O projeto de Lei no 5.877/2005, parece não ir muito mais além da reforma estrutural que transforma o CADE em um conjunto de órgão, englobando um Tribunal de Defesa da Concorrência, importado parte substancial do direito material da LDC, salvo o sistema de isenções pensado pelo Legislador no artigo 54 da LDC.

A atuação conjunta da SDE e da SEAE, desde o primeiro momento, indicou que seria o prenúncio de nova política da concorrência, e por vezes chegou a dar impressão de execução imediata, principalmente mediante atos de regulação compartilhada (como a Portaria Conjunta 849). Não seria, assim, impróprio concluir, tanto pelos sinais exteriores do exercício regular das competências administrativas (execução da função

de administrar)²⁷ como por declarações e pronunciamentos das conseqüentes autoridades, tendem a não abraçar integralmente os entendimentos que fundamentaram a política de concorrência nos governos precedentes.

Em primeiro lugar, a SDE e a SEAE têm sinalizado que propostas como a de criação de uma agência ou mesmo a menos ambiciosa (mas não menos polêmica) criação de uma superintendência instrutória única perdem espaço para o que seria uma atuação administrada com “repartição de competências”, com o fito de evitar o que o Governo entende ser “superposição de competências”²⁸. Nesse sentido é que, provavelmente, o legislador transfere as competências instrutórias da SDE em matéria de concorrência para Superintendência-Geral.

Em linha de conseqüência, esse primeiro aspecto deverá afetar um segundo aspecto, que constitui o ponto nevrálgico do direito da concorrência: a revisão da delimitação do âmbito de aplicação da normativa pela Administração²⁹, na forma do artigo 31 do Projeto, que remete ao artigo 20 da LDC.

Infere-se, então, agora, a partir do Projeto, a possibilidade de confirmação do entendimento de que a SEAE deverá ocupar-se predominantemente (no que tange a análise sócio-econômica) com a

²⁷ Particularmente a atuação da SDE e SEAE no primeiro semestre de 2003, que intensificou o número de decisões em matéria de acordos horizontais e um sensível incremento na instauração de averiguações preliminares e processos administrativos em matéria de condutas. *Vide*, por exemplo, no caso desta última categoria, interessante parecer exarado pela **Secretaria de Acompanhamento Econômico** (SEAE) no âmbito dos Processos Administrativos nº 53500.001821/2002; 53500.001823/2002; e 53500.001824/2002, protocolado no CADE em 18 de setembro de 2003, referentes à denúncia apresentada pela **Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A.** (EMBRATEL) e pela **Intelig Comunicações S.A.** (INTELIG) em face das empresas **Telecomunicações de São Paulo S.A. – Telesp** (TELEFONICA), **Telemar Norte-Leste S.A.** (TELEMAR) e **Brasil Telecom Participações S.A.** (BRASIL TELECOM), no sentido de que estas estariam incorrendo na prática restritiva vertical de elevação dos custos dos rivais através de discriminação de preços do insumo “*interconexão para o acesso local*” ou de subsídios cruzados no segmento de Sistema de Telefonia Fixa Comutada – STFC para Longa Distância – LD.

²⁸ Cabe ressaltar que as competências da SDE estão fixadas em lei, particularmente no artigo 14 da LDC. Entre tais competências fixadas pelo legislador está aquela de *proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica*, a *averiguações preliminares para instauração de processo administrativo*. (v. inc. III do art. 14 da LDC). O exercício da competência é poder-dever da Administração, sendo-lhe defeso exercê-la aquém ou além do determinado pelo legislador, sob pena de configurar abuso ou omissão, conforme o caso.

²⁹ Que, ainda que pautado o processo decisório administrativo, não vincula o poder judiciário.

aplicabilidade da norma sobre os atos de concentração, e, por conseguinte, depreende-se que a Superintendência-geral poderá dispor de mais recursos para dedicar-se à análise de uma categoria um pouco esquecida: as condutas. Nesse sentido é que se infere a mais lúdica e oportuna preocupação da Superintendência-geral, que tem externado a importância da análise das condutas e doravante deverá voltar o foco de atenção da Administração para tais fenômenos (que não estão restritos aos acordos e práticas concertadas horizontais). Como se sabe, as condutas não estão restritas ao cartel. Além deste típico acordo horizontal existem outros acordos que podem prejudicar seriamente o funcionamento dos mercados com a proliferação de restrições potencialmente anticompetitivas mediante, por exemplo, uso de práticas restritivas de negócios (*restrictive business practices*)³⁰ em acordos verticais³¹ – entre outras restrições. As restrições que “surgem” em um determinado negócio (a princípio vertical), se não compensadas por um efeito pró-competitivo concreto³², entre outros efeitos deletérios, têm o potencial de “contaminar” rapidamente todo o mercado e assumir a feição de uma grande conduta uniforme entre competidores – sem um poderoso difusor de ineficiência, em prejuízo final, por óbvio, do consumidor.

Neste ponto, o que chamamos de prenúncio de revisão de política da concorrência, considerando-se que as políticas assumem mundialmente certo protagonismo nas pesquisas acadêmicas em matéria antitruste, e em nosso País não se vislumbra exceções³³ nesse aspecto. Seria oportuno, por conseguinte, tomar conhecimento, então, de relevantes declarações do *policy maker* na aurora do atual Governo. A SDE em mais de uma oportunidade³⁴, anunciou que o até então paradigmático emprego do

³⁰ V. FIKENTSCHER, W., *Wirtschaftsrecht – Weltwirtschaftsrecht und europäisches Wirtschaftsrecht*, C. H. Beck, München, 1983 e, do mesmo autor, “*The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology: A Study in Third World Development*”, IIC Studies, vol. 4, 1980.

³¹ COMISSION EUROPEA, Livro verde sobre las restricciones verticales en la política de la competencia comunitaria, Bruselas, 22.01.1997.

³² Como por exemplo, o acesso a determinada tecnologia (como a que introduz no mercado novo produto ou novo serviço), a qual, sem o emprego da restrição em acordo contratual não estaria disponível no mercado nacional.

³³ WESTON, G. E., “*New Trends in the U.S. Antitrust Law: The Patent-Antitrust Interface as an Example*”, IIC, vol. 15, 3(1984), págs. 269-292.

³⁴ Como por exemplo, em recente palestra do Secretário de Direito Econômico, Daniel Kreppel Goldberg, em simpósio aberto realizado (em 19 de setembro de 2003 – com a presença de palestrantes ilustres como o Vice-Presidente da FIRJAN e o ex-Conselheiro do CADE, Ruy Santa Cruz) no auditório de importante escritório no Rio de Janeiro (Siqueira Castro Advogados).

critério de análise fundado na velha tríade estrutura-conduta-desempenho pode não ser o método inequivocamente mais adequado para análise de condutas. Ou seja, nem toda restrição depende diretamente (de determinados níveis de concentração) da estrutura de dado mercado relevante. Assim a ordem dos fatos, considera-se que, mediante tal assertiva, além de outras coisas, esse dado significa que uma conduta restritiva da livre concorrência, para ser caracterizada como causadora de um desempenho anticompetitivo (e por conseguinte uma infração contra a ordem econômica), não depende, como uma relação de causa e efeito, de uma estrutura concentrada. Nesse sentido, reiteramos que, ao contrário, determinadas restrições em determinadas categorias de contratos e acordos podem contaminar todo o mercado e propiciar uma conduta uniforme em bloco por parte de concorrentes potenciais e/ou efetivos, ou, proporcionar ineficiências na alocação de recursos e impondo prejuízos meta-individuais através divisão de mercados (limitações quantitativas a livre circulação de bens e serviços na Federação)³⁵.

Não exsurge evidente, por ora, a dimensão concreta desta política e se reverberará em uma segunda reforma legislativa mais ou menos intensa³⁶. O que se depreende, isto sim, é que o número de averiguações preliminares e processos administrativos sobre condutas tendem a sofrer um incremento, seguindo a tendência de aumento do número de investigações. Assim demonstradas as coisas, estamos convencidos de que seria oportuno concluir, então, que, ante a preocupação da Administração com as chamadas condutas, a luz da experiência dos sistemas que já se debruçaram mais intensamente sobre a matéria, deverá estar na ordem do dia, a análise das restrições ubicadas em determinadas categorias de contratos específicos, como distribuição exclusiva, de

³⁵ Para mais informações a respeito v. FRIGNANI, A. & WAELBROECK, M., *Derecho europeo de la competencia*, (Vol. 4 del Comentario J. Mégret), Tomos I y II (versión española por I. Sáenz-Cortabarría y M. Morales), Barcelona, Bosch, 1998.

³⁶ Se de um lado, divulgação da questão pelos órgãos oficiais e na imprensa indicam o interesse na reforma legislativa, de outro, não mostra indicadores da abrangência. No Portal do Cidadão (sítio na rede do Ministério da Justiça, v. <http://www.mj.gov.br/>), reproduz o seguinte texto: *O governo pretende ainda alterar a lei 8.884 para tornar mais seletivo os atos de concentração que hoje precisam ser submetidos à aprovação dos órgãos de defesa da concorrência. Pela lei, qualquer fusão ou aquisição que resulte em participação de 20% do mercado ou em que um dos participantes da operação tenha faturamento anual de R\$ 400 milhões precisa ser aprovada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Além disso, a análise dos atos passaria a ser feita antes da operação e não depois, como acontece hoje.*

transferência de tecnologia³⁷ (licença de patentes, licença de marcas, know-how e assistência técnica)³⁸ e franquia. Não obstante, a revogação do artigo 54 significará um retrocesso para a possibilidade de uma política *ex-ante* para análise de contratos.

Neste ponto, mais uma vez, remete-se a questão ao método de descentralização de análise, pois os recursos humanos e financeiros são sabidamente escassos. Caso todos os contratos firmados no País fossem objeto de consultas ou notificação seria o colapso do Sistema. Não obstante, a atrofia injustificada do âmbito de aplicação engendra perdas irreparáveis para o patrimônio coletivo que constitui a ordem econômica. Diante de tais perspectivas, novos estudos e linhas de pesquisa acadêmica poderiam, quem sabe, auxiliar na superação deste novo trajeto, e nesse aspecto o estudo instrumental de outros sistemas pode representar uma contribuição no mínimo relevante para o desenvolvimento de um método de descentralização que não represente desvio da Administração na execução de competências.

Em outra linha de considerações, deverá continuar existindo uma legítima preocupação das empresas quanto à segurança jurídica de contratos e cláusulas. A solução mais conhecida, deste aspecto em particular, estaria na transparência da fixação de critérios e na divulgação sistemática dos precedentes que contribuem para catalisar a cultura antitruste e a visibilidade das interpretações administrativas. As empresas e seus consultores jurídicos ou econômicos, cabe-nos aqui ressaltar, não têm tido, e, pelo que se depreende do Projeto, continuarão não tendo à sua disposição uma base analítica juridicamente segura para o estudo dogmático. São várias as dificuldades (já indicadas por nós em outros momentos), e, entre elas, podemos ressaltar aqui algumas preliminares: 1) quais restrições estariam fora do âmbito da proibição geral; 2) quais restrições estariam dentro deste âmbito de proibição geral; e, neste caso; 2.1) quais restrições à livre concorrência merecem uma autorização ou

³⁷ Não se trataria, por tanto, de incrementar ou diminuir atribuições da inscrição em registro público no INPI, senão, a atenção do Sistema nacional de defesa da concorrência a essas determinadas categorias. V. ASSAFIM, João Marcelo de Lima, *La transferencia de tecnologia en Brasil (aspectos contractuales de propiedad industrial)*, Tesis Doctoral, Universidade de Santiago de Compostela (ESP), 2003, págs. 368 e sigs.

³⁸ LUTZ, H., “*Technologie-, Patent- und Know-how-Lizenzverträge im EG Recht*”, RIW, 4(1996), págs. 269-272.

isenção por seu caráter pró-competitivo; ou, ao contrário, 2.2.) quais restrições à livre concorrência representam uma infração contra a ordem econômica; e, por último, 2.3.) quais restrições merecem uma análise caso a caso. Finalmente, em caso de isenção, como saber se a excepcionalidade seguiria em vigor independentemente do incremento do *market share* da empresa cuja restrição foi isenta ou autorizada, e, caso a decisão não seja perene, outro problema seria inferir quais os riscos da perda de efeito da decisão administrativa. Se, por hipótese, o Sistema preferir simplesmente isentar determinadas restrições, igual o que ocorria na Europa dos anos 1960 e 1970, sem ter que disciplinar de maneira transparente a matéria mediante a análise administrativa de méritos, nenhuma das questões supra indicadas poderá ser respondida se o método (e hermenêutica) contemplar um mínimo de rigor científico.

Pode-se descentralizar a análise sem perda de segurança jurídica ou expor cidadão a uma furtiva ausência de tutela de suas liberdades. Isso depende, naturalmente, do arcabouço institucional e da política que possa dirigir seus destinos. Não obstante, uma análise administrativa transparente e bem catalisada permite a análise em grupos de condutas, cláusulas e contratos, onde a reunião de precedentes individuais permitiria, ainda, não só a redação de diretrizes, como também, se for o caso, de verdadeiras isenções por categorias. Nessa hipótese, poder-se-ia, então introduzir uma verdadeira política de *minimis*³⁹ e não a mera generalização imprópria dos critérios aplicáveis ao abuso de posição dominante para categorias outras.

Em nossas atividades de pesquisa, temos considerado, em outras ocasiões, que a identidade do direito material pátrio com a normativa do TCE permite a realização de um paralelo interessante, a partir do qual é cabível concluir que, a dogmática do sistema europeu não seria incompatível com o nosso sistema pátrio um sistema dessa natureza. Ao contrário, mostra-se inequívoca a inspiração do Legislador pátrio no

³⁹ Isto é, qual o teto de quota de mercado uma empresa pode ocupar para fazer jus ao benefício da isenção automática por categoria, superada a quota teto no mercado relevante, sujeita-se a empresa ao regime geral de isenção individual. Na UE este teto tem sido fixado em 5% para determinadas categorias de acordos verticais. V. Regulamento (CE) 2790/1999. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., “*El Reglamento (CE) 2790/1999, de 22 de septiembre de 1999, sobre limitaciones verticales*”, *Actas de Derecho Industrial* (Instituto de Derecho Industrial da Universidad de Santiago de Compostela), Tomo XX, Madrid – Santiago, Marcial Pons, 1999, págs. 1467-1473.

arcabouço jurídico-institucional Europeu, dada a inequívoca coincidência entre os textos legais. A prescrição legal do inciso I do artigo 20 da LDC (mantida no artigo 31 do Projeto), preliminarmente, tem os seus fundamentos assentados nos mesmos princípios informadores do chamado Direito Continental europeu, e remete, em grande medida, a sua interpretação dogmática àquela do artigo 81.1 do TCE (proibição geral). Com isso, fica assente que o estudo comparado não só procede como tem indubitável utilidade para a Administração e profissionais especializados, ainda que seja do ponto de vista instrumental e guardadas as peculiaridades de cada sistema. Como elemento adicional, a doutrina não refuta a idéia de que o Regulamento (CE) n. 17 evidencia-se como um congênere do artigo 54 da LDC, cujo âmbito de aplicação tornou-se atrofiado em decorrência da interpretação administrativa (e possivelmente, com morte decretada pelo Projeto). Essa impropriedade hermenêutica não contribui para o aperfeiçoamento do Sistema, já que existem mecanismos próprios para descentralização da análise. Em outra linha de considerações, a obrigatoriedade de notificação “ex ante” seria um elemento importante, pois evitaria a “irreversibilidade” de atos consumados.

Mais que isso, a estrutura dogmática e institucional do Sistema nacional não só estaria afeita a um controle mais intenso das condutas em geral, como, até mesmo justificaria a adoção de uma espécie sistema de isenção por categoria de acordos como ferramenta de descentralização de análise antitruste, nos moldes do artigo 81.3 do TCE e do Regulamento 17 da Comissão das CE e, por exemplo, poder-se-ia instituir resoluções como o que ocorre com o advento do Regulamento (CE) 240/96, haja vista a possibilidade de autorizações ou isenções de maneira análoga mediante o emprego combinado do artigo 27 com outras disposições da LDC.

Talvez seja esse um caminho natural a ser considerado para fins de estudos dogmáticos especializados, e possivelmente, um instrumento que contribua para reduzir a banalização de outros instrumentos que, a seu turno, foram usados por profissionais do direito no intento de substituir a “ausência” da disciplina da concorrência para determinadas categorias, até então, entendidas como menos relevantes pela Administração. Este seria o caso, por exemplo, encontrado no Estado do Rio de Janeiro, que

tem usado as disposições do CDC⁴⁰ como instrumento equivalente ao que seria um instituto de disciplina do funcionamento dos mercados (provocando assim um inchamento excepcional do âmbito de aplicação do CDC ao contemplar determinadas relações estritamente inter-profissionais como relações de consumo), o que só tem contribuído para banalizar o instituto e reduzir o caráter pedagógico da multa que, por ora, depreende-se incapaz de coibir parte substancial das infrações contra os direitos básicos do consumidor⁴¹.

5. CONCLUSÃO

Uma reavaliação de rumos na política de concorrência vem sendo esperada desde a estabilização monetária proporcionada pelo plano real, e incrementada a partir de 2002. A grande mudança ainda não se concretizou, em que pese os avanços. Não obstante, o Projeto de Lei num 5.877/2005 indica uma aproximação de mudanças no horizonte. Como em 2001, ainda não existe precisão quanto à dimensão e real teor desta reavaliação política, não obstante, aventa-se uma ostensiva preocupação dos *policy makers* sobre a eficácia da LDC, até então, um tanto restrita aos atos de concentração.

O Projeto prevê uma reorganização institucional do sistema. Perde força o entendimento que levou a constituição do GIT na legislatura precedente, i.e., a instituição de uma eventual agência que arque com as atuais atribuições previstas nas normas de proteção e defesa da concorrência. Prevalecerá, por todo o exposto, o entendimento acerca da conveniência de matizar o que o Governo chama de “superposição de atribuições”. Com isso, a SEAE tenderá a ocupar-se mais da análise sócio-econômica de atos de concentração e setores específicos (como os regulados e neo-regulados), enquanto a SDE, transformada em Superintendência-geral, e como órgão do CADE (e não mais do Ministério da Justiça), tenderá incluir no âmbito de aplicação da interpretação

⁴⁰ Lei n. 8.078/1990.

⁴¹ Art. 6º do CDC.

administrativa as, assim chamadas, condutas e dos atos de concentração. De antemão, pode-se concluir que sob a nomenclatura de “condutas” encontram-se mais elementos do que a paradigmática categoria de acordos horizontais dos cartéis.

Não se sabe, ainda, quais as implicações das normas adjetivas instituídas por medida provisória e já consagradas pela aprovação da Lei n. 10.149/2000 ou daquelas que estão por vir, por ocasião dos resultados futuros que advirão das conclusões dos pensadores da nova política, e, quiçá, da nova Lei. Mas, parece-nos que a perspectiva de não introdução de modificações de grande envergadura no âmbito do direito material vem se consolidando. Existe uma preocupação crescente com acordos verticais e, especialmente, aqueles que permitem a concentração vertical a partir do exercício dos direitos de PI. A investigação sobre acordos verticais tende a acontecer de maneira mais contundente nos consórcios de patentes (*patent pools*). Nesse sentido, as políticas públicas tendem a ter um papel mais importante que a revisão judicial, especialmente, no que diz respeito às competências do Instituto Nacional da Propriedade Industrial em indeferir requerimento de inscrição em registro de contratos de transferência de tecnologia com fundamento na legislação antitruste.

Outrossim, mais uma vez, não ficou previsto, *ab initio*, uma função de administrar que possa orientar o mercado e fomentar a segurança jurídica dos negócios efetuados no Brasil ou que nele produza efeitos, como p. ex., no caso da edição de *Guidelines* ou Diretrizes de Isenção por Categoria. Ainda que tais diretrizes não limitem a análise judicial, contribuem para a formação de uma cultura antitruste e engendram um ambiente seguro para o empresário perante a Administração, mais que isso, constituem ferramenta útil para os profissionais da área e funcionam a serviço do consumidor.

BIBLIOGRAFIA

ASSAFIM, J.M. L., A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos contratuais e concorrenciais de propriedade intelectual, Lumen Juris, 2005.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima, “Aspectos do Direito de Defesa da Livre Concorrência Brasileiro: a Lei no 10.149/2000 e Perspectiva de Nova Política, Revista da ABPI no. 68, jan./fev. de 2004.

- BARBOSA, Denis Borges, "Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual", Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002.
- FRIGNANI, Aldo & Waelbroeck, Michel, Derecho europeo de la competencia, Vol. 4 del Comentario J. Mégret, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1998.
- KORAH, Valentine, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 6a.Ed., Oxford, Hart, 1997, pp. 10 e ss.
- LEHMAN, Michael, "The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Rights", IIC, v. 16, 1985.
- LEVIN, R, Empirical Studies of Innovation and Market Structure, in: CHMALENSEE, R, Handbook of industrial Organization, v.2, Elsevier Science, 1989. Merece destaque o estudo do conhecido microeconomista Edwin Mansfield (A New Look at the Patent System, American Economic Review, v. 76, 1986.
- LUTZ, Helmut. Technologie-, Patent- und Know-how Lizenzvertrage im EG-Recht, Recht der Internationales Wirtschaft, Abril de 1996.
- Oliveira Ascensão, José de, "Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade", Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002, págs. 49-49.
- SILVA, M. M. Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência, Almedina, 2003.
- Sobel, Gerald, "Antitrust and Technology", in: Bender, D., Patent Antitrust, New York, Practising Law Institute, 1982.
- SOLOW, Robert, "Technical Change and the Aggregate Production Function", Review of Economics and Statistics.
- STRAUB, Wolfgang, 15 GWB als Generalklausel des Rechts gegen vertragliche Wettbewerbs-beschränkungen, München, Florentz, 1986.
- SULLIVAN, E. T., "The Foundations of antitrust", in: SULLIVAN, E. T., The Political Economy of Sherman Act – The First One hundred Years, New York / Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 3-19, p. 6. "The monopolies and trusts were considered a political as well as an economic problem."

DIREITO DE AUTOR – UM ENSAIO HISTÓRICO

Karin Grau-Kuntz

I - METODOLOGIA

NORBERT ELIAS¹, criticando o método utilizado nas pesquisas históricas e referindo-se especificamente às suas falhas em relação à análise do processo de feudalização no Ocidente, postulou que *“a tendência a pensar em termos de causas isoladas, a identificar fatores individuais gerando as transformações sociais ou, quando muito, a examinar apenas o aspecto legal das instituições sociais e a buscar os exemplos, de acordo com os quais foram modelados por este ou aquele agente – tudo isso tornou esses processos e instituições tão inacessíveis ao nosso entendimento como eram os processos naturais para os pensadores escolásticos”*. E, citando CALMETTE, seguiu afirmando: *“para sermos exatos, o conhecimento de antecedentes, isto é, de fenômenos análogos anteriores a um dado fenômeno, é interessante e instrutivo para os historiadores e não iremos ignorá-lo. Mas esses ‘antecedentes’ não foram os únicos fatores envolvidos, e talvez nem mesmo os mais importantes. O principal não é saber de onde procede o ‘elemento feudal’, se suas origens devem ser procuradas em Roma ou entre os povos germânicos, mas por que esse elemento assumiu seu caráter ‘feudal’. Se essas fundações se transformaram naquilo que sabemos, devemos isso a uma evolução cujo segredo nem Roma nem os germânicos podem nos revelar (...)”*.²

¹ ELIAS, Norbert. O processo civilizador: Formação do Estado e civilização. Volume II. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., (1993), pág. 36.

² CALMETE, *apud* ELIAS (1993), pág. 37.

A análise a ser procedida neste ensaio não tem por liame metodológico buscar em causas isoladas ou na identificação de fatores sociais individuais (“em fenômenos análogos anteriores a um determinado fenômeno”) o fundamento histórico do direito de autor. Pelo contrário, seguindo o postulado por CALMETTE e o método aplicado no trabalho de ELIAS, a preocupação aqui não estará centrada em “descobrir” na Antiguidade ou na Idade Média as origens do direito de autor, mas antes em desvendar o segredo de uma evolução que culminou na definição do conteúdo que hodiernamente reporta ao instituto do direito de autor.

O direito não é fim em si mesmo, mas antes um instrumento de conformação social, um fenômeno cultural. Logo, quando se pretende compreender a evolução do direito ou, no caso presente, a evolução do direito de autor, deve ser necessariamente levada a cabo uma análise de seu conteúdo instrumental (conformador) e de seu conteúdo cultural.

No que toca àqueles *antecedentes* mencionados por CALMETTE, sabe-se, por exemplo, como será visto mais detalhadamente a seguir, que já na Antiguidade era reconhecido um vínculo entre autor e obra. Ocorre, porém, que o conteúdo instrumental (conformador) e o conteúdo cultural do vínculo pessoal do autor com a obra na Antiguidade não corresponde ao conteúdo instrumental (conformador) e ao conteúdo cultural moderno.³

A verdade é que os conteúdos dos direitos sofrem uma grande variação através dos tempos, o que implica na dificuldade, e às vezes até mesmo na impossibilidade, de buscar descobrir um conteúdo moderno no passado. Os conteúdos só podem ser desvendados dentro da realidade que lhes dá suporte.

Analisar os “*fenômenos análogos anteriores*” ao fenômeno moderno auxilia, sem dúvida, a compreensão *do fenômeno moderno*; sua evolução (*do*

³ Ilustrando: o que hoje é conhecido como direito moral de autor pressupõe o conceito jurídico moderno de personalidade, ou seja, aquela noção de aptidão humana geral para adquirir direitos e deveres. Tal noção é impensável em uma sociedade escravocrata como a do Império Romano. Ou ainda, outro exemplo, quando Martinho Lutero reclamou a falsificação de seus textos, certamente não o fez movido pelas mesmas convicções que levou o grupo Rolling Stones a acusar o grupo inglês The Verve de ter utilizado ilicitamente em seu sucesso “*Bitter Sweet Symphony*” um pequeno trecho da melodia da canção “*The Last Time*”. Enquanto Martinho Lutero vivia em uma sociedade teocêntrica, onde o indivíduo pouco valia frente à grandeza de Deus, os integrantes do grupo Rolling Stones vivem em um mundo onde a natureza é dominada e instrumentalizada pela “grandeza” do indivíduo.

fenômeno moderno), porém, não se deve apenas, ou quando muito, àqueles.⁴

Isto esclarecido, resta evidente que a análise histórica não deve ser procedida como um mero *acessório* ao *objeto* de estudo, mas antes como um *método* para a determinação de fatores que geraram as condições necessárias para que o *fenômeno* moderno pudesse tomar corpo.⁵

Como será visto a seguir, o “*segredo*” da evolução do direito de autor encontra-se nas idéias antropocêntricas, no racionalismo e no liberalismo econômico. Assim sendo, para a análise do fundamento histórico do objeto de estudo deste ensaio bastaria, então, iniciar a pesquisa com o estudo do período do Renascimento.

A importância científica do método de análise histórica centrado no *desenvolvimento do fenômeno* direito de autor, e não, fazendo vezes de “agente investigador”, no exercício de procurar descobri-lo como um *objeto* em tempos passados, pede, porém, a consideração dos períodos históricos da Antiguidade e da Idade Média. É importante insistir no ponto de que essa consideração é necessária não com o fim de eleger aqueles “*antecedentes*” mencionados por CALMETTE e ELIAS como determinantes para o processo de evolução do direito de autor, mas antes para, invertendo a instrumentalidade que vem sendo adotada em trabalhos similares, demonstrar porque o direito de autor não teve espaço para se desenvolver antes do advento da Idade Moderna.⁶

⁴ Se estivéssemos nos referindo a um mesmo conteúdo do direito não falaríamos sobre *fenômenos análogos anteriores ao fenômeno*, mas antes apenas em *fenômeno*.

⁵ O termo fenômeno é aqui empregado no sentido de um processo de abstração colocado em contraposição a um *noumeno*, ou seja, no sentido de *objeto* de uma intuição não sensível.

⁶ Nos anos 60 do século passado, POHLMANN publicou na Alemanha uma série de trabalhos onde defendia a tese de que os privilégios de edição do século XVI já protegiam interesses patrimoniais do autor. Posteriormente, afirmou, esta tendência teria recuado em razão da recepção do direito romano no território de língua alemã. Uma das razões principais que levou POHLMANN a desenvolver tal tese foi a interpretação da expressão “*consensus auctoris*”, que costumava aparecer nos textos dos privilégios e que vinha vinculada a autorização de impressão das obras, como um indicio de reconhecimento de interesse de natureza patrimonial. BAPPERT revidou a tese desenvolvida por POHLMANN com um estudo profundo da matéria, e uma das críticas feitas ao trabalho de POHLMANN foi calcada no fato dele interpretar a expressão latina mencionada partindo de sua conotação moderna. Nas palavras de GIESEKE, Ludwig, Vom Privileg zum Urheberrecht: die Entwicklung des Urheberrechts in Deutschland bis 1845, Göttingen: Schwartz, 1995, pág. 69, “*se colocamos as posições [de POHLMANN E BAPPERT] frente a frente, percebe-se claramente na argumentação de POHLMANN o esforço de já encontrar nos privilégios e nos documentos do século XVI por ele pesquisados elementos do direito patrimonial de autor moderno. Bappert, ao contrário, argumentou de maneira sóbria, com base naquilo que pode ser provado.*”

II - Antiguidade

1. É comum encontrarmos, em representativa parte da literatura sobre direito de autor, a afirmação de que já no período do Império Romano seria possível detectar noções de direitos não patrimoniais do autor.⁷ Tal afirmação deve ser recebida com cuidado. O Direito Romano não reconheceu, em momento algum, proteção jurídica à obra intelectual. Isto quer então dizer, já de plano, que a menção a um *direito de autor não patrimonial* não é tecnicamente adequada.

O fato do sistema jurídico romano não ter reconhecido proteção *jurídica* (*um direito*) ao vínculo ideal do autor em relação a sua obra não significa, porém, que naquele período tal vínculo não tenha sido reconhecido.⁸ Este era sim reconhecido, apenas não como um fenômeno jurídico, mas antes como um fenômeno moral. A moral dos romanos, por sua vez, não era a mesma moral dos dias de hoje. Neste sentido, referir-se a uma proteção (moral) autoral no período do Império Romano pede não só que se esclareça o liame moral da sociedade romana, mas ainda que a expressão *proteção autoral* seja tomada destacada do conteúdo que hoje vinculamos a ela.

Sobriedade é, com certeza, um fator necessário para a valoração dos primeiros privilégios de impressão alemães". A crítica de ELIAS é perfeita em relação ao trabalho de POHLMANN, que se preocupou em analisar o passado por meio de posições modernas ou, em outras palavras, que forçou ao passado um entendimento hodierno. As linhas gerais da tese de POHLMANN, as respostas de BAPPERT e ainda uma réplica de POHLMANN foram publicadas na revista GRUR: BAPPERT. Wider und für den Urheberrechtsgeist des Privilegienzeitalters - 2. Teil - Auseinandersetzung mit dem Versuch einer Revision des Geschichtsbildes, in GRUR 1961, pág. 503; BAPPERT, Wider und für den Urheberrechtsgeist des Privilegienzeitalters - 3. Teil - Auseinandersetzung mit dem Versuch einer Revision des Geschichtsbildes, in GRUR 1961, pág. 553; POHLMANN. Zur notwendigen Revision unseres bisherigen Geschichtsbildes auf dem Gebiet des Urheberrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes - Zugleich: Widerlegung von Bapperts Behauptung einer urheberrechtlichen Unmündigkeit der "Privilegienzeit", in GRUR 1962, pág. 9.

⁷ A título meramente exemplificativo, vide ABREU CHINELLATO Silmara Juny de. Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, pág. 40.

⁸ Sobre a proteção literária na Roma Antiga, recomenda-se a leitura do excelente trabalho de DURANTAYE Katharina de la. Ruhm und Ehre. Der Schutz literarischer Urheberschaft im Rom der klassischen Antike, 2006, publicado no *Forum Historiae Juris*, um periódico digital gratuito publicado pela Universidade Humboldt de Berlin, que pode ser visitado no endereço <http://www.forhistiur.de/zitat/0604deladurantaye.htm>. Os dados históricos utilizados na elaboração deste item foram retirados em parte deste ensaio.

2. A prática da edição de livros já era desenvolvida no período do Império Romano. Por certo, o sentido da expressão *edição*, aqui empregado para descrever o sistema de produção de livros naquela época, não corresponde ao seu sentido moderno; porém, levando em consideração os limites artesanais de produção da Antiguidade, pode-se até mesmo afirmar que a edição de livros era feita em um sistema de escala.⁹

Ainda no que diz respeito à noção que vem vinculada à expressão *livro*, cabe destacar que, até o século I d.C., os romanos escreviam em folhas de papiro. A parte interna do caule daquela planta era cortada em tiras finas que, sobrepostas e cruzadas, formavam uma página. Esta página, então, era colada a outras formando uma tira que, uma vez enrolada, era chamada de *Volumen*, palavra latina derivada do verbo *volvere* que significa desenrolar. O manuseio do *Volumen*, que, como bem expressa a palavra, tinha de ser desenrolado para ser lido, era incômodo. Assim, com a introdução do pergaminho no ocidente, o *Volumen* foi sendo paulatinamente substituído pelo *Codex*, agora um livro no sentido daquilo que se compreende como tal, formado pela encadernação de folhas de couro (pergaminho). Os romanos já conheciam, desde o século I d.C., a edição em forma de *Codex*; sua utilização, porém, foi popularizada apenas a partir do século IV.¹⁰

3. Nos primórdios da República Romana, os poetas costumavam, ao invés de escreverem suas poesias, recitá-las de improviso. Entendia-se que esta aptidão para o improviso poético devia-se à inspiração das musas.¹¹ Esta prática persistiu paralelamente ao desenvolvimento da cultura da escrita até a fase de transição da República para o Império.

Com a crise das instituições republicanas no século I a.C., os textos escritos ganharam uma conotação política. Cícero, por exemplo, valeu-se da palavra escrita para, quando afastado da vida política, continuar a exercer influência social.¹²

Além do potencial político da palavra escrita, o período de crise gerou ainda o enfraquecimento do vínculo entre o homem e o social; ou seja, o

⁹ Vide GIESEKE, , pág. 1.

¹⁰ DURANTAYE, ob. cit., parágrafo 41.

¹¹ DURANTAYE, ob. cit., parágrafo 190 ss.

¹² DURANTAYE, ob. cit., parágrafo 7.

homem, que até então encontrava o seu valor no corpo da sociedade, passou, frente à crise do social, a buscar o seu valor na sua própria individualidade.

A combinação desta tendência de busca de valores na manifestação individual, em paralelo com a perda do prestígio do político, alimentou e aumentou a posição social do poeta. Nesta dinâmica, uma das razões do empenho dos mais abastados em assumirem o papel de mecenas das artes.¹³

Quando aqui afirmamos que os romanos desenvolveram traços individualistas em sua cultura, não se tem em mente aquela noção de cultura individualista moderna. Com a perda da identificação com o social, o poeta romano deixou de ser um mero instrumento das musas para agir em nome próprio, mas não sem perder um vínculo com o sobrenatural. A crença em um vínculo do autor com os deuses, vínculo este que se materializava na obra, dava origem ao padrão moral que levava ao repúdio ao plágio,¹⁴ à mutilação da obra ou a sua edição não autorizada.¹⁵

A idéia do vínculo do poeta com os deuses exprime a convicção de que somente ele seria capaz de saber identificar o momento em que a obra teria tomado, aos olhos dos deuses, sua forma definitiva. Sua edição não autorizada significava, assim, violação da vontade dos deuses. No mesmo sentido, o plagiador, ao fazer passar uma obra alheia como sua, apropriava-se ilegitimamente daquela ligação divina do autor com os deuses. Em uma sociedade religiosa como a romana, estes atos eram repudiados moralmente.

Além da consideração do talento como uma manifestação divina – e não pessoal –, os romanos tinham ainda outra motivação, completamente estranha

¹³ Sem aprofundar o tema, destaca-se que uma outra razão importante ligada ao empenho dos mecenas era o controle da informação.

¹⁴ No que diz respeito ao plágio, nota-se que tal denominação reporta ao conceito do delito romano do *Plagium*, que, por sua vez, não designa um delito literário. Marcial, poeta latino, ao tomar conhecimento que seus versos andavam sendo recitados por um terceiro em próprio nome, acusou-o de forma ilustrativa do delito do *Plagium*, ou seja, de raptor de homens livres com o fim de escravizá-los. O epigrama I, 52, de Martialis está à disposição no endereço www.thelatinlibrary.com/martial/mart1.shtml. DURANTAYE, ob.cit., parágrafo 96, afirma que, ao fazer tal acusação metafórica, Martialis teria se inspirado na acusação do grego Diógenes Laertios que, em razão de um roubo literário, havia acusado o estoicista Zenos de *andrapodistes*, ou seja, de ladrão de escravos.

¹⁵ Apesar do talento e inspiração estarem vinculados aos deuses, o conteúdo da obra em si considerado reportava à pessoa do autor, o que justificava a pena de exílio para o poeta subversivo; vide DURANTAYE, ob.cit., parágrafo 214 ss.

à nossa realidade moderna, para criar: as obras eram consideradas um meio para adquirir fama, o que, por sua vez, faria dos autores figuras imortais.¹⁶

Hoje, quando a ordem jurídica reconhece ao autor um direito de paternidade sobre a obra, ou ainda um direito a sua integridade ou ao inédito, não o faz em razão de um vínculo do autor com os deuses, ou em razão do reconhecimento da fama como um caminho para a imortalidade, mas antes por razões de natureza completamente diversas. O direito de autor, um fenômeno moderno, parte de pressupostos morais e culturais completamente distintos daqueles que permeavam a sociedade romana antiga. Os *antecedentes* que encontramos no período da Antiguidade são, sem dúvida, interessantes e instrutivos, mas nem de longe suficientes para explicar o direito de autor moderno.

4. Apesar do reconhecimento de um vínculo moral-religioso entre autor e obra, a noção de proteção do homem como "*auctor*" não logrou ser incorporada ao sistema jurídico romano. Duas são as teorias que procuram explicar este fenômeno.

A primeira delas destaca o fato de os romanos estarem ainda muito presos à materialidade daquilo que poderia ser objeto de propriedade. O direito de autor, como se sabe, pressupõe uma distinção entre o suporte físico (*corpus mechanicum*) e a criação intelectual (*corpus mysticum*).

De acordo com a segunda teoria, os romanos não teriam incorporado ao seu sistema jurídico regras voltadas a proteger o autor em razão da estrutura econômica escravocrata.

Os romanos diferenciavam as ocupações dignas do cidadão livre, as chamadas *artes liberales*, das outras atividades. Esse sistema elitista só era possível uma vez que se contava com escravos para exercerem todas aquelas atividades indignas do cidadão livre. O exercício das atividades das *artes liberales*, por sua vez, não admitia uma contraprestação financeira, mas apenas e no máximo um presente de gratidão, o chamado *honorarium* (presente de honra). O *honorarium*, assim, não representava uma prestação com um valor equivalente ao serviço prestado, mas antes, no sentido exato da palavra honorário, um agradecimento honroso.

¹⁶ Vide GIESEKE, ob. cit., pág 2.

O fato de não se agregar ao trabalho do autor um valor econômico impossibilitou o desenvolvimento de concepções propícias ao surgimento de noções referentes à proteção de eventuais interesses patrimoniais do autor ou do editor.¹⁷

Neste momento é importante esclarecer que as faculdades patrimoniais do autor, como hoje as conhecemos, não devem sua existência apenas à possibilidade da obra incorporada em um suporte físico poder ser oferecida por um preço determinado ao mercado. Pelo contrário, as faculdades patrimoniais do autor estão intrinsecamente ligadas à *valorização econômica do trabalho*. Neste sentido, o fato de se reconhecer a utilidade econômica da obra literária durante o Império Romano – o *Volumen* e posteriormente o *Codex* eram de fato comercializados – não fornece nenhum indício no sentido do desenvolvimento de noções referentes a uma “*propriedade literária*” em Roma.¹⁸ A mera utilidade econômica do *Volumen* ou do *Codex* no mercado poderia, quando muito, ter levado ao desenvolvimento de noções de um direito de editor. Mas nem disso se tem notícia.

O processo que deu origem às faculdades patrimoniais do autor, como será visto no decorrer desta análise, foi extremamente longo e está intimamente vinculado ao reconhecimento do valor econômico do trabalho.

No mesmo sentido, também o processo que culminou com o reconhecimento de faculdades pessoais do autor foi repleto de dinamismo. Enquanto na Roma Antiga o vínculo ideal do autor com a sua obra era colorido por traços individuais e sobrenaturais, durante a Idade Média, como será visto a seguir, o sobrenatural afastou completamente o individual. Somente com a superação do teocentrismo e com o desenvolvimento das idéias antropocêntricas, bem como com o triunfo do liberalismo como filosofia e prática de liberdade individual, criou-se espaço para que se desenvolvessem as noções necessárias para a instituição de proteção àquilo que hoje se denomina faculdades pessoais do autor.

¹⁷ Em sentido semelhante SEIFERT, Fedor. Über Bücher, Verleger und Autoren – Episoden aus der Geschichte des Urheberrechts, in NJW 1992, (1270-1276), pág. 1272.

¹⁸ Assim ABREU CHINELLATO, ob.cit., pág. 41, em recepção ao proposto por MARIE CLAUDE D’OCK.

III - IDADE MÉDIA

1. NORBERT ELIAS¹⁹ destaca ser importante observar “*que a Idade Média, no sentido mais limitado da palavra, não foi um período estático, a «floresta petrificada», que freqüentemente se julga ter sido*”, mas antes uma fase em contínuo movimento. Aquilo que se denomina hoje de *sistema feudal* foi o resultado de um longo processo que só emergiu com maior clareza no século XII. Este sistema foi inicialmente caracterizado pela falta de uma estrutura estável de poder que se estendesse por toda uma região, o que, por sua vez, gerou desintegração social. Essa desintegração vinha expressa na relação individual de dependência entre vassalo e senhor feudal, ou, em outras palavras, no círculo vicioso de “*distribuição de terra em troca de serviços e da subsequente apropriação da terra pelo vassalo*”.²⁰ Ninguém conservava parcela de poder suficiente que permitisse exercitar qualquer ação efetiva.²¹ A segunda fase, ao contrário, foi marcada pela lenta reversão daquelas forças de desintegração.

Durante o processo de desintegração, coube à Igreja, única instituição organizada em um período marcado por fragmentação social, assumir as tarefas de educação, de produção de livros, de traduções, compilações, comentários de obras etc. Somado a este aspecto o pensamento teocêntrico, que via na vontade divina a razão de todas as coisas, e a estrutura econômica caracterizada pelo capital improdutivo²² em nada foi propiciado o desenvolvimento da noção de um vínculo entre autor e sua obra.

Durante a segunda fase da Idade Média, a lenta reversão do processo de desintegração foi criando condições para o desenvolvimento de uma cultura que espelhava uma nova forma de organização econômico-social. Alguns grandes senhores lograram envolver-se na rede de comércio que

¹⁹ ELIAS, ob. cit., pág. 58.

²⁰ ELIAS, ob. cit. pág. 66.

²¹ ELIAS, ob. cit. pág. 65.

²² A expressão capital improdutivo é aqui empregada no sentido dado a ela por HUBERMAN, Leo. História da riqueza do homem. 21ª edição, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1986: “*No sistema feudal a riqueza da Igreja ou dos nobres não podia ser utilizado para multiplicar suas riquezas, porque não havia saída para ele. O mesmo acontecia à fortuna dos nobres. Se qualquer quantia ia ter às suas mãos, por impostos ou multas, os nobres não podiam investi-la em negócios, por que estes eram poucos. Todo o capital dos padres e dos guerreiros era inativo, estático, imóvel, improdutivo*”.

começava a surgir. A acumulação de riquezas pelo comércio permitiu a eles escaparem daquele círculo vicioso de troca de terras por serviços de vassalo, um sistema que gerava fragmentação. A concentração de poder nas mãos de alguns foi diminuindo as possibilidades de expansão da sociedade, o que, em contrapartida, levou ao crescimento das cortes medievais. Aqueles que agora não podiam mais valer-se do processo de fragmentação para alcançarem uma posição social melhor, ou, em outras palavras, aqueles agora sem chances de adquirir terras em troca de serviços, se davam por satisfeitos em encontrar abrigo, vestuário e alimentos nas cortes dos grandes senhores contraprestando algum serviço.²³ Este processo de concentração social em torno das cortes medievais gerou o desenvolvimento da *cortesia* medieval, termo aqui empregado como padrão de comportamento do homem da corte, e da cultura dos cavaleiros, que, a exemplo dos *Minnesänger*,²⁴ compunham e cantavam a serviço de um grande senhor e sua nobre dama. Apesar desse período ter sido marcado pelo desenvolvimento intelectual na corte e pela transposição do eixo de produção cultural para fora dos muros dos mosteiros, tal fenômeno ainda não foi suficiente para fornecer os elementos necessários que culminariam no desenvolvimento de um direito de autor.

2. PRIMEIRA FASE DA IDADE MÉDIA

2.1. Obras literárias

Com o advento do Cristianismo, os escritos passaram a ser considerados como um mero resultado de inspiração Divina. Para determinar este conteúdo divino, partia-se de um duplo sentido das palavras manifestado, por um lado, no *sensus literalis* ou *historicus* e, por outro lado, no *sensus spiritualis*. O *sensus literalis* representava a manifestação do sinal em si

²³ ELIAS, ob. cit., pág. 67.

²⁴ *Minnesang* chama-se a poesia de amor medieval cantada. O *Minnesänger* era o cavaleiro que recitava cantando versos e servindo, desta forma, à dama da corte. Sobre a relação entre cavaleiro e dama da corte como reflexo das transformações na estrutura econômico-social vide ELIAS, ob. cit., págs. 65-85.

mesmo. O *sensus spiritualis*, por sua vez, manifestava o sentido espiritual onde se encontraria expresso o verdadeiro significado das palavras.²⁵

Partindo daquela premissa, Agostinho de Hipona desenvolveu um esquema hermenêutico básico. Com base na noção de que o mundo real – uma criação divina – conteria sempre uma referência ao sobrenatural, e considerando que a natureza pode ser comparada com um livro que contém os sinais de Deus, Agostinho viu na interpretação da vontade divina expressa nestes sinais a missão da humanidade. Através do exercício de interpretação, os homens estariam em condição de pautar suas ações de acordo com a vontade de Deus.²⁶

As palavras em sua acepção de *signum*, ou seja, em sentido *literalis* ou *historicus*, seriam formadas pelos homens. O verdadeiro sentido delas, a chamada *res* – ou ainda o sentido espiritual –, seria fornecido por Deus.

Com a decadência do Estado antigo, a Igreja restou como a única instituição estruturada e, assim, como a única capaz de fomentar a cultura e o conhecimento. Saber ler e escrever eram faculdades praticamente limitadas aos integrantes do clero. A cultura do livro estava restrita aos espaços dos conventos. E o monopólio da Igreja sobre a cultura ia ainda mais além do que o mero domínio da leitura e da escrita. Fazendo da complexa teoria da interpretação do *sensus spiritualis* das palavras – que de acordo com João Cassiano deveria ser procurado através da interpretação alegórica, da interpretação tropológica (moral) e da interpretação anagógica (sentido escatológico) – a teoria oficial de interpretação da Bíblia, negou-se ao leigo que porventura viesse a aprender a ler e escrever a aptidão de poder compreender as escrituras, a fonte moral e cultural da sociedade medieval altamente espiritualizada. A forma elitista de tratamento do conhecimento significava enorme poder nas mãos da Igreja. Qualquer interpretação das escrituras que porventura viesse a se indispor com tradição, com a doutrina e com os interesses da Igreja era repudiada. O exercício de interpretação do “verdadeiro” sentido

²⁵ CHAMRAD, Evelyn. Der Mythos von verstehen: ein Gang durch die Kunstgeschichte unter dem Aspekt des Verstehens und Nichtverstehens in der Bildinterpretation, 2001. Dissertação publicada no endereço: http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=964354969&dok_var=d1&dok_ext=pdf&filename=964354969.pdf (2001), pág. 64.

²⁶ CHAMRAD, ob. cit., pág. 63.

das palavras surgiu neste período como instrumento de poder de poucos sobre muitos. O monopólio da Igreja em relação à cultura ia, assim, muito além da conhecida tarefa dos monges copista.²⁷

No que toca à literatura pagã, esta foi, até o século XI, fortemente rejeitada pela Igreja Católica.

Tal postura vem retratada, por exemplo, em uma carta de Jerônimo de Strídon (São Jerônimo) dirigida a Julia Eustochium (Santa Julia), filha da viúva Paula (Santa Paula) que, convertida ao cristianismo, acompanhou aquele santo em uma viagem a Belém, na Judéia.²⁸

Tal carta parece ter sido escrita por Jerônimo de Strídon para justificar as acusações lançadas por Rufino da Aquiléia no sentido de que ele teria quebrado um juramento e retornado a se dedicar à leitura de escritos pagãos.

Em tal carta, Jerônimo narra sua experiência como eremita na Síria. Ele conta que a separação de seus parentes e amigos e, pior ainda, da boa comida com a qual estava acostumado havia sido muito dolorida, porém, suportável. Insuportável havia sido separar-se de seus livros e, deste modo, apesar da consciência de estar cometendo uma falta, ele os teria levado consigo para o seu exílio voluntário. A este respeito ele assim se referiu: *“E assim eu, a miserável pessoa que eu era, queria jejuar para então poder ler Cícero”*.²⁹

Em sua narrativa, ele prossegue contando que, consciente do pecado que cometia e depois de noites flageladas pelo remorso, caiu na tentação de ler os escritos de Titus Maccius Plautus e, o pior, após tal leitura o estilo dos apóstolos na Bíblia pareceu-lhe *“cru e repugnante”*.³⁰

²⁷ São Bento de Núrsia reconheceu, em 529, que a atividade do copista de textos religiosos era uma forma de servir a Deus. SEIFER, ob. cit, pág.1272, conta a história de um monge pecador do século XII que logrou salvar sua alma pelo trabalho de copista: cada letra por ele escrita durante o trabalho de cópia de textos religiosos foi contada como absolvição para cada um dos seus pecados. Ao final do trabalho apenas restou uma única letra livre de pecados.

²⁸ Jerônimo de Strídon viveu entre 347 e 419. Se considerarmos o fim do Império Romano ocidental com a derrubada de seu último Imperador em 476, a relação de Jerônimo de Strídon com a literatura pagã deveria ser tratada ainda no item *supra* sobre a Roma Antiga. Porém, sendo ele juntamente com Ambrósio de Milão e Agostinho de Hipona considerado como um dos pais da Igreja pós concílio de Nicéia, toma-se aqui por mais acertado tratar de Jerônimo no item referente à Idade Média.

²⁹ RUSSEL, Bertrand. Philosophie des Abendlandes. 4ª edição, München: Piper, 2007, pág. 355.

³⁰ RUSSEL, ob.cit. pág. 355.

Passado alguns dias, durante um delírio febril, Jerônimo teve a visão de ser questionado por Cristo no Juízo Final, quando lhe foi perguntado quem ele era. Jerônimo respondeu ser um cristão. Cristo retrucou afirmando estar ele mentindo e disse: *“você é um Cicerone, e não um cristão” (Ciceronianus es, non Christianus)*. A Jerônimo foi imposta a pena de autoflagelo e, em delírio, Jerônimo gritou: *“Senhor, se eu vier a possuir livros mundanos e se eu os pegar com as mãos, então eu estarei lhe difamando”*.³¹

Na mesma linha de rejeição, agora à gramática como arte liberal pagã, o Papa Gregório I (São Gregório) assim escreveu ao bispo de Vienne (França), Desiderius: *“Nós tomamos conhecimento – o que nós apenas repetimos cheios de vergonha, que você costuma ensinar gramática a determinadas pessoas. Tal fato nos aborreceu e desagradou de tal forma que nós transformamos aquilo que acabamos de dizer em suspiros e preocupações, uma vez que a mesma boca não pode ao mesmo tempo exaltar Cristo e Júpiter. E exatamente por que é tão repugnável que se diga tal coisa de um padre, deve ser provado de maneira irrefutável, se isto é verdade, ou não”*.³²

É evidente que o solo neste momento histórico apresentava-se extremamente infértil para o desenvolvimento de proteção autoral. Sem o reconhecimento da capacidade intelectual individual – a Igreja e a sua teologia eram as únicas verdades reconhecidas – não há espaço para o desenvolvimento de um direito de autor.

2.2. Obras plásticas

A controvérsia sobre os capitéis retrata de maneira exemplar a forma de tratamento emprestada à criação plástica na Idade Média.

Na arquitetura medieval, os capitéis, colunas que formam as arcadas do claustro, local onde os monges estudam a Bíblia, eram geralmente decorados com motivos fitomórficos, e não religiosos. BERNARDO DE

³¹ Tal postura radical em relação à literatura pagã só não foi adotada na Irlanda, onde os deuses do Olimpo nunca foram adorados e, conseqüentemente, a literatura pagã nunca foi temida pela Igreja. Assim RUSSEL, ob. cit., pág. 356, nota 8.

³² RUSSELL, ob. cit. pág. 397

CLARAVAL, monge cisterniense e abade do mosteiro de Claraval, assim se manifestou a respeito dos capitéis em uma carta de 1125 dirigida ao abade do convento beneditino de Saint-Thierry:

“O que fazem nos corredores, sob os olhos dos irmãos que ali lêem, estas ridículas monstruosidades, estas deformadas formosidades e formosas deformações? Qual é o sentido dos macacos imundos? Dos leões ferozes? Dos centauros monstruosos? Dos semi-homens? Dos tigres listrados? Dos cavaleiros medievais em luta? Dos caçadores soprando em seus chifres? Vê-se muitos corpos com apenas uma cabeça e outra vez muitas cabeças em apenas um corpo. Aqui um cavalo com um rabo de cobra, ali um peixe com uma cabeça de cavalo. Ali a parte da frente de um cavalo arrasta uma meia cabra atrás de si; aqui um animal com chifres arrasta a parte de trás de um cavalo. Por fim, tão grande a diversidade de formas que ficamos tentados a passar o dia inteiro mirando-as ao invés de meditar sobre as leis de Deus. Por Deus! Se não se envergonharem desta tolice, por que eles pelo menos não se arrependem desta perda de tempo?”³³

Neste texto vem bem expresso o pensamento dominante da época: apesar de estéticos, o que os capitéis traziam de positivo para o intelecto (leia-se para sentimento religioso)? Nada, absolutamente nada, posto que, acreditava-se, só serviam para excitar “fantasias individuais e irracionais”,³⁴ o que, conseqüentemente, levava à conclusão de que seriam supérfluos.³⁵

Outro exemplo que merece ser citado envolve a discussão sobre a iconoclastia (destruição de ícones) e a iconofilia (adoração de ícones) durante os séculos VIII e IX. A polêmica aqui girou em torno do debate a respeito da possibilidade de idolatria de ícones, ou seja, de pinturas sacras sobre madeira.

³³ *“Ceterum in claustris, coram legentibus fratibus, quid facit illa ridicula monstruositas, mira quaedam deformis formositas ac formosa deformitas? Quid ibi immundae simiae? Quid feri leones? Quid monstruosi centauri? Quid semihomines? Quid maculosae tigrides? Quid milites pugnantes? Quid venatores tubicinantes? Videas sub uno capite multa corpora, et rursus in uno corpore capita multa. Cernitur hinc in quadrupede cauda serpentis, illini in pisce caput quadrupedis. Ibi bestia praefert equum, capram trahens retro dimidian; hic cornutum animal equum gestat posterius. Tan multa denique, tamque mira diversarum formarum codicibus, totumque diem occupare singula ista mirando, quam in lege Dei meditando. Proh Deo! si non pudet ineptiarium, cur vel non piget expensarum?”* Este trecho vem citado em alemão no trabalho de CHAMRAD, ob. cit., pág. 72. A tradução para o português foi baseada no original em latim acima transcrito e na tradução oferecida por CHAMRAD, da qual se discorda em alguns pontos.

³⁴ CHAMRAD, ob. cit., pág. 73.

³⁵ Bernardo também se queixou da beleza arquitetônica do mosteiro de Claraval, nas palavras de RUSSELL, ob. cit., pág. 423: *“como todas as verdadeiras pessoas sérias da época, que viam em suntuosas construções um sinal de orgulho pecaminoso”*.

Seria possível expressar em uma pintura a essência de Deus? No Segundo Concílio de Nicéia, em 787, decidiu-se por permitir o culto dos ícones, mas não a sua adoração. Ali também foi definida a relação entre pintor e Igreja: o pintor apenas exercia o ofício, a *ars*, enquanto que a inspiração criativa, o *ingenium*, cabia à Igreja.

A ruim tradução em latim dos documentos do Concílio, originariamente redigidos em grego, que chegou às mãos de Carlos Magno deu a entender que aquele Concílio teria permitido a adoração de ícones.³⁶ Em resposta a esta má compreendida decisão, Carlos Magno encomendou a teólogos francos um documento político-religioso que, posteriormente, foi enviado por ele ao Papa, onde se sustentou o valor pedagógico das imagens como meros instrumentos de instrução religiosa.³⁷ Uma vez que estas imagens são produto do emprego de artefatos da arte mundana, argumentou-se, o valor dos ícones deveria ser procurado na preciosidade do material empregado, e não na santidade deles.

A despeito da divergência concernente à adoração dos ícones, iconoclastas e iconófilos tinham em comum ver naquelas pinturas uma função religiosa, seja no sentido de exercício religioso (culto), ou no sentido de instrumento pedagógico voltado à instrução religiosa. Além disso, o fato de ser produto de material mundano em tempos de grande espiritualização degradava as pinturas, que neste período expressavam praticamente apenas motivos religiosos, a uma posição de importância inferior em relação àquela emprestada às palavras.³⁸

Por fim, se a pessoa do pintor é considerada como um mero instrumento de realização da inspiração criativa da Igreja, a intermediária entre Deus e o mundano, onde haveria espaço para um direito que pretende proteger o esforço criativo do artista?

O direito de autor ainda teve de aguardar a superação do teocentrismo pelo antropocentrismo para poder se desenvolver.

³⁶ FAVIER, Jean. *Carlos Magno*. São Paulo: Estação Liberdade, 2004, pág. 360.

³⁷ FAVIER, ob. cit., pág. 366.

³⁸ CHAMRAD, ob. cit., pág. 71.

2.3. Sobre o custo de edição de livros e sobre a “cultura da cópia”

O custo de fabricação de um livro na Idade Média era altíssimo. As folhas dos livros eram feitas de pergaminho, produto de um processo de fabricação extremamente moroso. O couro do animal, matéria prima do pergaminho, era tratado longamente até transformar-se em um material branco, liso, macio e fino. As grandes peças de couro assim tratadas eram então cortadas em formato de folhas e encadenadas, formando o chamado *Codex*, que posteriormente veio a ser substituído pelo livro impresso.

As características naturais do couro influenciavam o resultado do trabalho: o lado do couro que trazia os pêlos dos animais era mais áspero e escuro do que o lado interno da pele e, assim, as pinturas eram feitas preferencialmente neste lado das folhas de pergamento, mais claro e macio, o que permitia a absorção homogênea da tinta.³⁹

O preparo de uma Bíblia, por exemplo, exigia não só um rebanho de ovelhas para fornecer o material necessário para o pergamento, mas ainda fazia necessário o trabalho de diversos copistas, técnicos altamente especializados, e de um grande investimento de tempo.

O preço da manufatura de um *Codex* era tão alto que somente os muito ricos e poderosos poderiam se dar ao luxo do gosto pela literatura.⁴⁰ Somando-se a isto o fato de os escritos estarem em latim, o idioma dos eruditos, e o alto índice de analfabetismo, o que incluía os nobres, percebe-se que o livro era um objeto acessível somente às elites.⁴¹ E as elites, como já visto acima, vinham da Igreja ou eram formadas por ela.

O alto investimento necessário para a fabricação de um livro pode, de acordo com GIESEKE, ser considerado como um elemento adicional, ao lado do arcabouço moral extremamente desfavorável, na explicação da falta de consciência dos autores em relação à exigência de um pagamento por sua obra.⁴²

³⁹ FRUGONI, Chiara, *Das Mittelalter auf der Nase. Brillen, Bücher, Bankgeschäfte und andere Erfindungen des Mittelalters*. 2003, C.H. Beck, München, pág. 40.

⁴⁰ SEIFERT, ob. cit., pág. 1272.

⁴¹ No que toca outros escritos, como as contas, anotações, aulas, sermões etc, utilizavam-se tábuas de ceras. Estas tábuas, que a princípio eram usadas como suportes para aqueles escritos que não tinham necessidade de permanecer fixados por muito tempo, eram algumas vezes empilhadas umas sobre as outras e amarradas entre si, formando assim um livro de madeira. Assim se fazia, por exemplo, com os livros contábeis. Vide neste sentido FRUGONI, ob. cit., pág. 41.

⁴² GIESEKE, ob. cit., pág. 6.

Outro aspecto importante no período da Idade Média é aquilo que aqui denominamos de “*cultura da cópia*”. Naquele período, copiar textos tinha uma conotação nobre, religiosa. A cópia era uma forma de prestar serviços a Deus. Posteriormente, com o desenvolvimento de uma nova postura filosófica centrada na figura do indivíduo, com desenvolvimento do mercado econômico, com a invenção da prensa de tipos móveis e com o surgimento da profissão de gráficos e editores, a valoração moral da atividade de copista ganhou outra conotação. O ato de copiar deixou de ser motivado pela busca de reconhecimento divino e passou a ser exercido com o intuito de lucro e, em contrapartida, o copista perdeu o seu *status* honroso, transformando-se em um usurpador de direito alheio.

Esta mudança radical do valor moral vinculado ao ato de copiar espelha de maneira sintética e exemplar a dimensão das diferenças radicais entre o pensamento antigo e moderno. Aqui resta evidente porque no início deste ensaio insistimos em nos referir sempre a “*fenômenos análogos anteriores a um fenômeno*”. Mesmo que o autor medieval se sentisse pessoalmente vinculado a sua obra, o que aqui não se coloca em dúvida – pelo contrário, este sentimento de vínculo parece ser inerente à natureza humana, o fenômeno moderno (direito de autor) parte de um pressuposto moral e cultural completamente diverso do pressuposto moral e cultural medieval (ou daquele que permeava a sociedade romana antiga).⁴³ O *fenômeno antecedente* pode ser análogo, mas, como bem diz a expressão “análogo”, não se confunde com o fenômeno moderno.

A idéia de controle de cópias é fundamental para compreendermos a tônica patrimonial do direito de autor, já que através dela é que se viabiliza a *exclusividade*. O fenômeno moderno, afirma-se então, só começou a se formar a partir do momento de transformação da “*cultura da cópia*”.

Os fatores que levaram a esta mudança de prisma moral serão desenvolvidos sistematicamente nos itens a seguir.

⁴³ No que diz respeito a Roma Antiga, conta GIESEKE, ob.cit., pág. 2, que apesar de se reconhecer naquele período um mérito à publicação de um manuscrito, seu conteúdo era livre para ser divulgado (*oratio publicata res publica est*).

3. SEGUNDA FASE: PERÍODO ENTRE A BAIXA IDADE MÉDIA E O RENASCIMENTO

A segunda fase, caracterizada pela concentração social em torno das cortes medievais, levou ao desenvolvimento de uma cultura cortês e cavaleira. Os senhores abastados necessitavam de homens letrados não só como funcionários administrativos, mas também como veículo de manifestação de sua posição social. Poetas e cronistas, que por falta de um mercado para seus escritos concentravam-se nas cortes, exaltavam em seus versos o poder e a riqueza de seus senhores e a beleza das damas de sua corte. Em uma sociedade de analfabetos, o papel destes artistas foi determinante para o desenvolvimento da produção cultural.

Além destes fatores, outras transformações sociais exerceram um papel importante para o desenvolvimento da estrutura que, posteriormente, criaria condições para o desenvolvimento do direito de autor. Entre eles, destacam-se as questões do idioma vernáculo, do crescimento das cidades e das universidades.

3.1. Vernáculo

A estrutura da sociedade na baixa Idade Média era marcada pela existência de três classes sociais: o clero, a nobreza e o campesinato. O período de relativa paz iniciado com o fim das invasões bárbaras gerou um aumento demográfico que, por sua vez, levou à instabilização das estruturas econômicas medievais. A solução para este problema foi “ocupar” a mão de obra excedente e a nobreza sem terra nas “guerras santas”, as chamadas *Cruzadas*. A experiência com as cruzadas, por sua vez, acarretou profundas mudanças para a sociedade medieval, sendo a propulsora de um acelerado aquecimento do comércio e, conseqüentemente, da formação da burguesia.⁴⁴ Por sua vez, a nova classe

⁴⁴ Nas palavras de HUBERMANN, ob.cit., pág. 18: “*As Cruzadas levaram novo ímpeto ao comércio. Dezenas de milhares de europeus atravessaram o continente por terra e mar para arrebatar a Terra Prometida aos muçumanos. Necessitavam de provisões durante todo o caminho e os mercadores os acompanhavam a fim de fornecer-lhes o que precisassem. Os cruzados que retornavam traziam com eles o gosto pelas comidas e roupas requintadas que tinham visto e experimentado. Sua procura criou um mercado para esses produtos. (...)*”.

social formada pelos artesãos, pelos comerciantes, pelos banqueiros, pelos tabeliães etc, necessitava da palavra escrita para o exercício de suas atividades. E por não serem eruditos, e assim não dominarem o latim, escreviam no idioma vernáculo que falavam.

A Idade Média é conhecida como a “idade das trevas”. Em determinado sentido, tal caracterização não parece ser justa. Apesar de a criação cultural medieval ter sido caracterizada por um alto grau de espiritualização e elitismo, não se pode negar ter sido aquele período o berço de manifestações culturais importantes, como a arte gótica, por exemplo.

Se tomarmos, porém, o exemplo do vernáculo escrito, não se há de negar que em determinados aspectos a Idade Média de fato merece ser caracterizada como uma época sombria do ponto de vista cultural. Para tanto, basta ter em mente o período de tempo transcorrido entre o início deste período histórico, que é marcado pela desintegração do Império Romano do Ocidente por volta de 500 a.C., e a primeira poesia escrita em italiano, datada entre os anos de 1189 e 1220 e intitulada “*quando eu stava in le tu cathene*”.⁴⁵

Além de muito dever ao aparecimento da burguesia, a proliferação de escritos em vernáculo também foi consequência direta do surgimento das ordens mendicantes, cujos monges, ao contrário do que se fazia na Igreja, pregavam no idioma do povo, e não em latim. Este fator impulsionou a quebra do estreito vínculo entre cultura escrita e cultura religiosa.

Por fim, cabe ainda destacar o papel das mulheres nobres em relação à poesia e à literatura. Quanto mais adiantada a Idade Média, maior importância foi ganhando o hábito da leitura feita em voz alta para um grupo de damas da corte. Através deste hábito, o vernáculo foi ganhando espaço também nas cortes.⁴⁶

3.2. Cidades e universidades

O clima intelectual nas cidades medievais neste período era bem

⁴⁵ in: Alfredo Stussi (Org), *Versi d'ámore in volgare tra la fine del seculo XII e l'inizio del XIII*, in *Cultura Neolatina*, LIX (1999), Pág. 1-69, *apud* FRUGONI, ob. cit., pág. 41.

⁴⁶ Assim entre outros GIESEKE, ob.cit. , pág. 5.

diferente do clima do interior. Enquanto as escolas do interior eram marcadas pelo conservadorismo, pelo estudo tradicional da Bíblia, onde não se cogitava colocar a palavra de Deus em dúvida, as escolas nas cidades estavam expostas aos ventos da modernidade. Nelas fomentava-se o pensamento crítico por meio de discussões, que tinham por fim descobrir contradições e superá-las.

Até o século XI os professores lecionavam nas escolas das igrejas. Com o desenvolvimento das cidades surgiram as universidades que, por sua vez, geraram uma nova classe de intelectuais e, conseqüentemente, um novo círculo de leitores. Este fator incentivou a profissão dos copistas, que deixou de ser exercida exclusivamente por monges. Em outras palavras, e ao contrário dos monges, os copistas das cidades não cumpriam seu trabalho como missão religiosa, mas antes como profissão, como meio de garantir seu sustento.

Além disso, as universidades desencadearam uma revolução na forma externa dos textos.⁴⁷ Para o exercício da *Studia*, os estudantes tinham de ter em mãos os textos que os docentes comentavam durante as aulas. Como a cópia de um livro à mão era muito trabalhosa e a sua produção morosa, criou-se, para responder à crescente demanda por livros, uma nova forma de produção de escritos baseada na confecção das *Peciae*. A partir do livro a ser usado nas aulas de uma determinada matéria, fazia-se um exemplar autorizado, ou seja, um exemplar corrigido e aprovado por uma comissão de professores. Este exemplar era então dividido em partes soltas, as chamadas *Peciae*, que, por sua vez, eram entregues aos copistas para que fizessem o número de cópias necessárias para o curso. Quando prontas, estas peças eram entregues aos *Stationarii*, ou seja, aos livreiros, e estes as alugavam aos estudantes.⁴⁸ Este processo de produção de cópias não só permitiu a redução do custo de produção dos livros, mas também permitiu uma produção muito mais ágil dos textos.⁴⁹

⁴⁷ FRUGONI, ob. cit., pág. 52.

⁴⁸ Note-se que o fato de tais peças apenas poderem ser alugadas aos alunos não restringia a liberdade de cópia típica do período. Como explica, GIESEKE, ob. cit., pág. 6, este hábito tinha antes por fim manter a atratividade da instituição de ensino ao impedir, por meio do aluguel (o que implicava em uma devolução das *Pecias* aos *Stationarii*), que outras faculdades tivessem acesso aos livros produzidos especialmente para um determinado curso.

⁴⁹ O processo de produção de *Peciae* acima descrito é explicado por FRUGONI, ob. cit., pág. 52 ss. A autora ainda fornece uma série de outros detalhes interessantes: o espaço entre as palavras nos textos escritos, por exemplo, foi introduzido neste período. O ponto na letra “i” foi introduzido

A partir do século XII, exatamente no momento em que o eixo do pensamento filosófico começa a se deslocar para a figura do indivíduo, começa-se a ter notícia de manifestações crescentes que refletiam um interesse pessoal do autor em ver sua obra ligada a sua pessoa e um interesse pelo zelo de sua integridade.⁵⁰

Porém, o fato da produção literária ainda estar presa a um círculo vicioso marcado pela escassez de livros, pela produção artesanal e pelo preço alto das edições, o que gerava falta de interesse pela leitura e o que, por sua vez, desestimulava o combate ao analfabetismo, ainda não propiciava as condições necessárias para o desenvolvimento de um interesse de aproveitamento econômico da obra como mercadoria.

Aquilo que hoje chamamos de interesse patrimonial do autor ainda teve de esperar pelas condições adequadas para se desenvolver, nomeadamente pelo incremento da economia de mercado e pelo avanço das tecnologias necessárias para fazer do livro um bem de consumo.

IV - Sobre o *intermezzo* chamado de Renascimento e sobre o Humanismo

1. O Renascimento, expressão que engloba transformações culturais, políticas e econômicas, marco da passagem da Idade Média para a Idade Moderna, manifestou-se primeiramente na região do norte da Itália, de onde, posteriormente, difundiu-se para o resto da Europa.

A inclusão do norte da Itália ao Império Carolíngio e a interminável disputa pelo poder travada entre a Igreja, na figura do Papa, e o Sacro Império Romano-Germânico, na figura do Imperador, permitiu que as cidades do norte da Itália conquistassem nesta dinâmica histórica uma posição estratégica peculiar, que culminou, ao fim da Idade Média, em independência política e econômica.

apenas em 1450; a apóstrofe, os acentos, bem como o ponto no final das frases ou as vírgulas aparecem pela primeira vez em 1501 em uma impressão das obras de Petrarca.

⁵⁰ EIKE VON REPGOW, autor do “Espelho Saxão” (*Sachsenspiegel*), um código aonde vinham escritas e compiladas as normas consuetudinárias da Saxônia medieval, rogou na introdução de seu trabalho uma praga a todos aqueles que viessem a falsificar o texto de sua obra. Vide ANN, Christoph. Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistung, in GRUR Int. 2004, (597-603), pág. 598. Note-se, porém, que a preocupação com a integridade da obra neste período estava mais vinculada ao medo de perseguição política e religiosa do que a interesses ideais do autor.

Enquanto o Sacro Império Romano-Germânico representou perigo para as cidades do norte italiano, a Igreja, representada pelo Papa, figura essencial no jogo político, adversária do Imperador, contou com o apoio dos habitantes das cidades. Porém, com o surgimento da classe dos comerciantes, este balanço perdeu efetividade.

A aristocracia feudal era caracterizada por ser inculta, limitada e bárbara;⁵¹ a Igreja, por sua vez, por conta de sua posição moral e sua formação intelectual superior, logrou ocupar por um longo período a posição de instituição mais apta a combater a desordem política. A classe comerciante que foi surgindo, por outro lado, não só se destacava pelo fato de ser cada vez mais culta, mas também por sua tendência de lutar por independência, o que a levava a desafiar a aristocracia de forma muito mais corajosa e convicta do que o clero. Isto explica a atração que a classe comerciante exerceu sobre o povo das cidades.

A partir do momento em que o Imperador perdeu forças, a figura do Papa como contrapeso político também enfraqueceu, e as cidades do norte italiano, que nesta altura já haviam alcançado um grau significativo de independência econômica, não hesitaram em demonstrar que seu vínculo com a Igreja não era lá coroadado de muita convicção. As manifestações culturais e filosóficas que surgiram neste período perderam, assim, seu caráter espiritual. Em termos de estrutura política, as cidades desenvolveram um sistema baseado na liberdade, criando para tanto instituições voltadas à aplicação da justiça. Este clima, somado a um período de paz política, levou ao rompimento radical com a cultura religiosa. A tendência foi ressuscitar a cultura pagã da Antigüidade.

Os sábios de Constantinopla, exilados pela invasão turca, foram acolhidos na Itália de braços abertos, fomentando a redescoberta do platonismo, agora lido no original e não mais pelo filtro neoplatônico ou na interpretação de Agostinho de Hipona.

A ascese da Idade Média foi substituída por uma embriaguez de cultura antiga. A emancipação da autoridade da Igreja reforçou o individualismo até o limite da anarquia moral e política.

⁵¹ RUSSEL, ob.cit., pág. 319.

A Reforma Protestante e o movimento antagônico por parte da Igreja Católica conhecido como Contra-Reforma, bem como a subjugação da Itália pela Espanha, colocaram um fim ao *intermezzo* do Renascimento. Porém, apesar do clero protestante reformador poder ser caracterizado como tão retrógrado como o católico, o fato de não ter conquistado poder político nas regiões reformadas fez delas regiões livre de dogmas e controladas por governos laicistas. Isto facilitou a abertura das portas para o domínio da ciência e para a rejeição de elementos animistas, o que gerou, por fim, uma revolução estrutural do pensamento europeu.

2. O Humanismo, um “produto” do movimento iniciado pelo *intermezzo* do Renascimento, tinha a *comunicação* como um de seus motes. Os humanistas desejavam a discussão de temas científicos, ou até mesmo de temas políticos. As idéias deveriam ser difundidas. Os livros passaram, assim, a cumprir um papel cada vez mais importante.

É nesta fase que o racionalismo vai ganhando vigor. René Descartes, conhecido como o pai da corrente filosófica racional, rejeitou o pressuposto de compreensão do mundo como a soma de uma série infinita de realidades observadas, defendendo, ao contrário, sua compreensão pela soma de conclusões lógicas. Em outras palavras, a realidade exterior passou a ser reconhecida como um sistema artificial criado pelo filtro da razão daquele que a observa. No lugar de Deus, o homem aparece como a medida das coisas. Do teocentrismo chega-se ao antropocentrismo.

Neste momento, a semente que veio a dar origem ao direito de autor moderno encontrou, pela primeira vez na história, um solo verdadeiramente propício ao seu desenvolvimento.

Neste ponto da análise começamos a nos despedir dos *antecedentes do fenômeno* para, finalmente, começarmos a compreender quais as circunstâncias que levaram à formação do fenômeno “direito de autor”.

V - Sobre a invenção da prensa de letras móveis e sobre os privilégios de impressão

1. Johannes Gensfleisch, conhecido como Johannes Gutenberg, não foi o inventor da prensa – esta já era conhecida há muito tempo –, mas

sim o inventor de tipos móveis de impressão e o responsável pela introdução de melhorias nas prensas gráficas já existentes.

Gutenberg havia sido formado no ofício de joalheiro e, assim, dominava o ofício de preparo de moldes e de fundição de ouro e prata. Valendo-se destes conhecimentos, ele inovou ao construir em metal fundido tipos móveis e individuais para sua prensa. Esta, juntamente com outras invenções de Gutenberg, significou um grande avanço tecnológico, que culminou com o nascimento de uma nova era marcada pela disponibilidade e acessibilidade da informação.

Como se sabe, as invenções de Gutenberg conferiram ao processo de impressão enorme versatilidade, o que veio permitir a produção de livros em escala. Sabemos, porém, que um produto só será produzido em escala se houver procura por ele. E se há procura por ele, no nosso caso dos livros, então se supõe que exista um público alfabetizado e abastado o suficiente disposto a pagar por este produto.

A invenção da prensa de tipos móveis aconteceu exatamente no momento de revolução do modo de organização econômica e social. As mercadorias, que antes eram produzidas para atenderem necessidades pessoais, passavam naquele momento a ser produzidas para serem oferecidas ao mercado.

Com o crescimento do mercado nas cidades, os artesãos passaram a exercer seu ofício como profissão. Estes artesãos e os comerciantes profissionais, por sua vez, atuavam em um mercado em expansão, caracterizado pela circulação do capital. Os filhos destes homens, criados no seio de famílias abastadas, eram enviados às escolas e universidades, formando não só uma classe de intelectuais não mais vinculados à Igreja, mas também um público interessado em adquirir livros.

De forma resumida, as transformações filosófica, social, econômica e tecnológica não só democratizaram o uso do livro naquele período, mas também emprestaram a ele destacado valor como um bem de consumo.⁵²

⁵² Na indústria de impressão notamos um dos primeiros sinais de um movimento que culminou com a produção capitalista. De acordo com FULCHER, James: *Kapitalismus*, Stuttgart: Reclam, 2007, pág. 41, apesar do pequeno tamanho das gráficas, o capital era necessário para viabilizar a compra da prensa e pagamento de salários, papel, tinta etc. O lucro estava vinculado ao pagamento de

Os bens de consumo, por sua vez, estão necessariamente vinculados a interesses econômicos que, mais cedo ou mais tarde, sempre reclamam por proteção. No caso dos livros, o processo de impressão e de comercialização exigiu investimentos financeiros consideráveis, que eram colocados em risco frente à possibilidade da reimpressão desautorizada da obra por terceiros. Assim sendo, o primeiro clamor de proteção (*econômica*) girou em torno da proibição da reimpressão de livros.

2. Com a formação das sociedades organizadas em unidades territoriais, o *Estado* (e não mais a Igreja) passou a centralizar em suas mãos as competências relativas à cultura, conhecimento e relações comerciais.

SIEGRIST⁵³ ressalta que, movido por razões políticas voltadas especialmente a fortalecer seu poder, o Estado absolutista e mercantilista procurou incentivar a economia, a ciência e a cultura, garantindo aos empresários que assumiam o risco de produção de edições concessões de proteção individual por meio dos chamados *privilégios*.⁵⁴ Deste modo, ele não só protegia o investimento do editor ao proibir que terceiros colocassem no mercado cópias que concorreriam com aquela edição original, ou seja, aquela edição procedida mediante a compra do manuscrito da obra, mas também tinha sob seu controle o grupo de homens responsáveis pela difusão de informações. O controle que o Estado exercia sobre essa elite ia, porém, muito além da possibilidade de controlar e censurar informações⁵⁵, pois pela concessão do privilégio garantia-se também a manutenção do sistema econômico típico do mercantilismo, ou seja, do sistema calcado nas convenções de classes profissionais (corporações de ofício).

3. Ainda no que diz respeito ao privilégio, é importante não cometer o equívoco de acreditar que o recurso de concessão de privilégios foi um indicativo no sentido de uma mudança de valoração da “cultura da

salários baixos, o que gerava, com freqüência, conflitos entre o mestre impressor e seus trabalhadores, que logo se organizaram em associações de aprendizes. Em 1539 aconteceu em Lion uma greve de impressores que alcançou em 1541 também a cidade de Paris. A mesma situação se repetiu em 1567 e em 1571.

⁵³ SIEGRIST, ob. cit., pág. 66.

⁵⁴ Este, inclusive, o sentido de “privilégio”, do latim *privus*, particular e *lex*, lei.

⁵⁵ A concessão do privilégio vinha ligada à prévia aprovação da obra pelos censores e continha, geralmente, determinações quanto ao tamanho e qualidade da edição.

cópia”. Apesar de o problema da reimpressão de livros já causar, no século XVI, preocupação econômica, não se colocava em dúvida a liberdade da cópia. Na verdade, o privilégio surgiu como uma medida para ser aplicada a casos excepcionais.

Por um lado, isso ocorreu porque nem toda a impressão estava sujeita à concorrência. Os mercados naquele período eram regionais e não havia profusão de oferta de impressores. Neste sentido, a concessão do privilégio só era necessária naqueles centros onde havia concorrência. Por outro lado, a regra (portanto salvo exceções) não era a concessão de privilégios gerais, mas sim a concessão de privilégios para a impressão de obras determinadas.⁵⁶ O risco da reimpressão fazia, assim, geralmente, parte do cálculo do empreendimento.

A “cultura da cópia” foi perdendo legitimidade no mesmo passo em que os mercados foram crescendo e interagindo entre si.

4. Conforme os mercados foram crescendo, o “ofício” de autor foi ganhando cada vez mais importância (prestígio) dentro desta nova estrutura social.

O autor da Idade Moderna vive em um mundo marcado por concepções antropocêntricas. No lugar dos deuses do Olimpo ou do Deus cristão, é agora o indivíduo quem desponta como a medida das coisas. O vínculo do autor com a obra ganhou, assim, um novo caráter, qual seja o de vínculo de natureza pessoal e individual. É, assim, só a partir deste momento que se pode cogitar reconhecer aquilo que modernamente entendemos como “*direito moral de autor*”.

Como já visto e revisto no decorrer deste ensaio, o reconhecimento moral do prestígio, antes do advento do antropocentrismo, reportava a um conteúdo de natureza sobrenatural e/ou religiosa. Essa forma de prestígio era análoga ao fenômeno de reconhecimento do vínculo antropocentrista do autor em relação a sua obra e, assim sendo, como bem diz a expressão *fenômeno análogo a outro fenômeno*, não admite

⁵⁶ No que toca ao afirmado, vide GIESEKE, ob. cit., pág. 39 ss. O autor oferece ainda informações e fontes detalhadas sobre os privilégios concedidos no território da atual Alemanha.

que aquele se deixe confundir com este. Neste sentido, rejeita-se aqui a afirmação de que o *direito moral de autor* tenha sempre existido.⁵⁷

5. Apesar da invenção da prensa de letras móveis ter facilitado o trabalho de edição, o empreendimento de produção de um livro continuava a ser custoso. O impressor, por exemplo, não raro oferecia casa e comida para aqueles envolvidos nos trabalhos de impressão; às vezes até mesmo abrigava o próprio autor, quando a obra era de encomenda. Na primeira fase de uso da prensa de letras móveis, os autores nem ao menos cogitavam exigir do editor um preço pelo seu manuscrito. Pelo contrário, continuavam produzindo na esperança de serem presenteados com um honorário, que era pago, por exemplo, ao autor que dedicava sua obra a um nobre ou clérigo, ou procuravam financiamento de um mecenas. Somente posteriormente, com o incremento das relações comerciais, os autores passaram a receber um pagamento pela venda do manuscrito de sua autoria aos editores.

A proteção jurídica do interesse patrimonial do autor, como hoje o entendemos, foi o resultado de um processo cultural e econômico lento e longo. Ela somente pôde ser instituída no momento em que a prática de concessão de privilégios foi superada, o que significou dar ênfase – falar aqui em *substituição* seria ir longe demais, pois o direito de autor só é apenas “de autor” no que toca a sua denominação; os interesses da classe especializada na exploração deste direito sempre foram e continuam a ser protegidos – aos interesses do autor em detrimento aos do editor, como era feito pela prática da concessão de privilégios.

Nesse sentido, o processo de passagem da concessão do privilégio para o reconhecimento de um direito patrimonial ao autor, como será analisado com mais vagar a seguir, significou a adoção de uma nova perspectiva de proteção.

6. Com o acelerado desenvolvimento do mercado econômico, a concessão de um privilégio – que, no que toca casos específicos e territorialmente limitados, até poderia vir a ser descrita como efetiva no que diz respeito à regulação de uma relação de concorrência –, foi se tornando cada vez mais inefetiva.

⁵⁷ Neste sentido DE MATTIA, Fábio Maria, *apud* ABREU CHINELLATO, ob. cit., pág. 48.

Um episódio interessante que retrata esta dinâmica é narrado por VOGEL e merece ser aqui reproduzido.

Lembrando que na Alemanha do século XVII o comércio de livros estava concentrado na cidade de Leipzig, na Saxônia, VOGEL⁵⁸ conta que, com o enfraquecimento do poder do Imperador, a tendência foi de, especialmente após a guerra dos trinta anos (1618 até 1648), reconhecer prioridade aos privilégios concedidos pelos senhores feudais frente àqueles reconhecidos pelo Imperador.

Naquela época, ainda ensina o autor alemão, as editoras costumavam comerciar entre si praticando a troca de livros; apenas o saldo restante era quitado em dinheiro. Tendo em conta este hábito comercial, uma visita à feira de livros de Leipzig era importantíssima, uma vez que os editores procediam às trocas de mercadorias (livros) durante aquele evento. Além disso, uma visita à feira era necessária para conseguirem a concessão de privilégios de impressão, que dependiam de uma rubrica da Comissão de Livros de Leipzig e que, de acordo com seu conteúdo, obrigavam os editores a imprimir os livros na Saxônia.

Este sistema, evidentemente protecionista, levou à concentração de poder nas mãos dos editores saxões que, especialmente no fim do século XVIII, não hesitaram em abusar de sua posição econômica vantajosa, oferecendo aos autores, cujas obras e estilo correspondiam aos gostos dos leitores da época, honorários altíssimos.⁵⁹ Paralelamente, decidiram

⁵⁸ VOGEL, in SCHRICKER, Gerhard. Urheberecht. Kommentar. 2ª edição. München: C.H. Beck, 1999, pág. 33.

⁵⁹ O norte da Alemanha era e ainda é protestante, enquanto que no sul a maior parte da população era e ainda é católica. A superioridade cultural do protestantismo nos primórdios do Estado moderno foi em grande parte um fenômeno de caráter linguístico. A tradução para o alemão da Bíblia feita por Martinho Lutero, reformador que viveu entre 1483-1546, representou um impulso decisivo para o desenvolvimento cultural da Alemanha protestante. É certo que Lutero não foi o primeiro a traduzir a Bíblia para o alemão; pelo contrário, em seu tempo já circulavam diferentes traduções baseadas na Vulgata, a Bíblia em latim escrita por São Jerônimo no século IV. Em sua tradução, Lutero teve, porém, o cuidado de verter os textos diretamente do grego e hebreu, valendo-se para este fim de expressões simples, costumeiras, possibilitando o seu entendimento pelos leigos. Deste modo, esta tradução foi bem recebida entre os protestantes, contribuindo não só para a unificação da língua alemã, mas também para a formação de um sentimento de nacionalidade. Quando no fim do século XVII o latim, até então o idioma dos cultos, começou a perder terreno para o alemão, as regiões protestantes contaram com uma grande vantagem em relação às regiões católicas. Aqui um fator de superioridade cultural do norte em relação ao território do sul. Outro fator que muito contribuiu para a superioridade cultural protestante foi a postura rígida da Igreja Católica frente ao protestantismo. Exercendo uma política de autoproteção, o catolicismo rejeitou as influências

suspender o sistema de troca de moldes de impressões de seus livros modernos pelos moldes dos livros de motivação religiosa, temas tipicamente adotados nas publicações do sul do território alemão, naquela época ainda politicamente dividido, mas unido por um mesmo idioma. Dos editores do sul esperava-se, então, que pagassem o preço completo pelos cobiçados livros editados no norte. Tal atitude, que desde o início do século vinha sendo motivo de queixas isoladas junto às autoridades, culminou nos anos 80 com uma atitude radical dos editores do sul, que com o aval das autoridades locais passaram simplesmente a reeditar os livros privilegiados imprimidos no norte.

O problema da reimpressão, que gerava grandes perdas econômicas para os editores do norte, foi resolvido naquele momento por um acordo de reconhecimento recíproco dos privilégios concedidos regionalmente (posteriormente, já mais perto do nosso tempo, com o aquecimento do comércio internacional, lançou-se mão do mesmo modelo para solucionar o problema da cópia em nível internacional). Os territórios do sul foram, assim, forçados a respeitar os privilégios concedidos no norte.

VOGEL não narra nem os detalhes do acordo, e nem suas consequências para os territórios do sul. Pensando a respeito da solução adotada, resta evidente que o simples reconhecimento recíproco dos privilégios só produz efeitos paliativos. Com esta solução, os editores dos territórios do sul não passaram necessariamente a gozar de uma melhor posição econômica. Objetivamente falando, a unificação da proteção apenas colocou em pauta a possibilidade de os mesmos terem de arcar com consequências jurídicas caso persistissem a violar os direitos dos editores do norte. Se o aparato do Estado esteve em condições de punir de maneira exemplar as violações dos privilégios de edição, então se supõe ter o editor do sul pensado duas vezes antes desrespeitar aqueles direitos e lançar no mercado a reimpressão de uma edição protegida. A motivação aqui teria sido puro temor das baionetas, o que só se deixa sustentar enquanto as baionetas estiverem erguidas e determinadas a punir (nos dias de hoje, em nível internacional, tais baionetas têm forma de sanções econômicas).

Outra situação ter-se-ia colocado se o legislador tivesse não só decidido pela unificação da proteção, mas, além disso, tivesse tido o cuidado de traçar limites dentro dos quais o privilégio poderia ser exercido,

impedindo, assim, que a proteção concedida fosse utilizada de forma abusiva. Frente a um sistema equilibrado, presume-se, o editor do sul passaria a respeitar o exclusivo do editor do norte com convicção, e não mais apenas por temor às baionetas. Essa consideração nos parece ser muito atual. Porém, uma vez que aqui tratamos da análise histórica do direito de autor, as deixamos de lado, reservando o tema para ser explorado em outra ocasião.

VI - Sobre a questão da censura

O conhecimento é um catalisador do pensamento crítico. Com o advento da prensa de letras móveis, que fez da cultura um bem acessível às massas, as classes dominantes desenvolveram uma fobia em relação à letra impressa. A difusão de idéias revolucionárias em tempo de instabilidade social representa perigo para as autoridades. O instrumento da censura é uma medida voltada à contenção da difusão do pensamento crítico. Onde não há pensamento crítico, não há revolução.

A política de concessão de privilégios andava, já desde seus primórdios, de mãos dadas com a noção de controle de difusão de idéias. O caminho entre a entrega do manuscrito e a impressão da obra era complexo e lento. Os manuscritos deveriam ser apresentados para a apreciação dos censores e, somente depois de feitas as modificações que por ventura viessem a ser tidas como necessárias, eram liberados para impressão. Após a impressão, o livro deveria voltar às mãos dos censores, que agora cuidavam de verificar se as alterações por eles exigidas haviam sido cumpridas ou não.⁶⁰

culturais e linguísticas das regiões protestantes, de modo que as produções literárias católicas neste período estavam concentradas nas mãos de clérigos. Os católicos ganharam assim fama de incultos. Neste sentido afirmou o historiador JOHANNES HALLER em 1922, *apud* HÜRTEEN, Heinz. *Deutsche Katholiken 1918-1945*. Paderborn; München; Wien; Zürich: Schöningh, 1992: “*Aquilo que o mundo conhece como cultura alemã é, independente do grande número de católicos, em sua maior parte de origem protestante*”. Em contrapartida os católicos desenvolveram um sentimento antiprussiano que fortaleceu o nacionalismo e o tradicionalismo nas regiões que viviam.

⁶⁰ VILLALBA, Carlos Alberto / LIPSZYC, Délia. *El derecho de autor en la Argentina. Ley 11.723 y normas complementarias y reglamentarias, concordadas con los tratados internacionales, comentadas y anotadas con la jurisprudencia*, Buenos Aires: 2001, pág. 2.

As medidas dos censores nas colônias espanholas e portuguesas, cuja situação política de dependência da metrópole criava uma situação política delicada, são exemplares desta preocupação de controle das idéias potencialmente críticas.

Os livros de ficção, por exemplo, eram proibidos nas colônias. Em 1531, por Cédula Real expedida na Villa de Ocaña, a Rainha da Espanha se dirigiu aos oficiais reais ordenando:

(1530) “Yo he seydo ynformada que se pasan a las yndias muchos libros de Romance de ystorias vanas y de profanidad como son el amadis y otros desta calidad y por que este es mal exercicio para los yndios e cosa en que no es bien que se ocupen ni lean, por ende yo vos mando que de aquí adelante no consyntays ni deys lugar a persona alguna pasar a las yndias libros ningunos de ystorias y cosas profanas salvo tocante a la Religions xpiana e de virtud en que se exerciten y ocupen los yndios e los otros pobladores de las dichas yndias (...)⁶¹

Em outra ocasião, em 1535, assim proferiu:

(1535) “(...) no se llevassen a esas partes libros de Romance de materias profanas y fabulosas, por que los indios que sopiesen leer no se diesen a ellos dejando los libros de sana y buena doctrina, y leyéndolos no aprendiesen en ellos malas costumbres y vicios; y también porque desque supiesen que aquellos libros de Istorias vanas habian sido compuestos sin haber pasado, ansi no perdiesen la autoridad y crédito de Nuestra Sagrada Scriptura y otros libros de doctores Sanctos, creyendo como gente no arraigada en la Fee, que todos Nuestros livros eran de una autoridad y manera.⁶²

Posteriormente, em setembro de 1556 e em agosto de 1560, duas Cédulas Reais proibiram que “*se imprima, ni venda ningún libro que trate de materia de indias, no teniendo especial licencia despachada por nuestro Consejo Real de Indias*”.

No âmbito da censura eclesiástica, a inquisição espanhola representou um papel muito importante. Com o advento da prensa de tipos móveis, criou-se um mercado de literatura pagã, o que incluía escritos tidos pela

⁶¹ LEONARD, Irving. Los libros del conquistador. México: Fondo de Cultura Económica. 1979, p. 92 citado no endereço http://www.unicamp.br/iel/memoria/base_temporal/Historia/acpXVI_30a.htm

⁶² LEONARD, Irving. Los libros del conquistador. México: Fondo de Cultura Económica. 1979, p. 92 citado no endereço http://www.unicamp.br/iel/memoria/base_temporal/Historia/acpXVI_35a.htm

Igreja Católica como heréticos. A lista de livros proibidos era extensa e incluía as publicações de Lutero, de Calvino, as publicações do Talmud ou do Corão, os livros de superstições, entre muitos outros.

O trabalho de perseguição dos hereges incluía não só o controle sistemático dos autores, mas também do impressor, do livreiro e do leitor de escritos heréticos. Enquanto a coroa tentava controlar a produção de impressos permitidos por meio da concessão de privilégios, a Igreja valia-se da estrutura da inquisição para controlar a edição de livros proibidos.⁶³

VII - Do privilégio para o direito de autor

1. A análise do deslocamento da proteção, que na forma do privilégio se concentrava na pessoa do editor, para a pessoa do autor será feita aqui a partir de um trabalho escrito, em 1736, por Denis DIDEROT. Este trabalho, um memorial encomendado pela comunidade de livreiros parisienses através de seu síndico, Le Breton, revela a preocupação deste grupo de empresários com uma possível supressão dos privilégios editoriais.

CHARTIER⁶⁴ fornece as seguintes informações relativas aos acontecimentos que impulsionaram a encomenda do panfleto: o Conselho Real francês havia outorgado às descendentes de La Fontaine o privilégio das edições de suas fábulas. Deste modo, o privilégio de publicação destas obras, que anteriormente havia sido concedido a livreiros franceses, foi anulado. Este episódio levou a comunidade dos livreiros de Paris ao pânico. A reação foi encomendar ao enciclopedista um manuscrito que levantasse os argumentos necessários para legitimar a “*permanência inalterável*” dos privilégios dos editores.⁶⁵

DIDEROT, conta ainda CHARTIER,⁶⁶ vivia às turras com os editores parisienses: “*A cada contrato assinado com os editores da Enciclopédia (em 1747, 1754, 1758 e 1762), era com muita dificuldade que conseguia*

⁶³ SCHWERHOFF, Gerd. Die Inquisition, München: 2004, pág. 75.

⁶⁴ CHARTIER, in DIDEROT, Denis. Carta sobre o comércio do livro. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002 (2002), pág. 12.

⁶⁵ CHARTIER in DIDEROT, ob. cit., pág. 13.

⁶⁶ CHARTIER in DIDEROT, ob. cit., pág. 13.

arrancar condições menos mediócras daqueles que eram assalariados e a quem chamava de meus corsários. Em 1764, a situação ficou ainda pior, quando ele percebeu que Le Breton havia mutilado à sua revelia certos artigos do dicionário, após a correção das provas”.

Além do difícil relacionamento pessoal com livreiros, DIDEROT ainda defendia posições políticas liberais. Ele era conhecido como um “*adversário convicto*” das corporações e dos monopólios.⁶⁷ Apesar deste, em suas próprias palavras, “*paradoxo*”, ele aceitou elaborar o manifesto. As razões que o levaram a aceitar o desafio, razões engenhosas, ficam claras no decorrer da leitura da sua “Carta sobre o comércio do livro”.

Na “Carta”, DIDEROT defende longa e inflamadamente que a obra é o fruto do trabalho do autor e, assim sendo, sua propriedade. O livreiro, por sua vez, adquire tal direito do autor – do proprietário da obra – através do ato de venda e entrega do manuscrito. O negócio aqui realizado seria similar ao da transação de venda de uma casa. Ao rei caberia garantir e proteger a transação consignada em um contrato privado.

Argumentando desta forma, DIDEROT virou às avessas a definição tradicional do privilégio.

Em suas próprias palavras: “*Com efeito, que bem pode um homem possuir se uma obra do espírito, fruto único de sua educação, de seus estudos, de suas noites insones, de seu tempo, de suas pesquisas, de suas observações; se as mais belas horas, os melhores momentos de sua vida; se seus próprios pensamentos, os sentimentos de seus corações, sua porção mais preciosa, aquela que nunca morre, que o imortaliza, não lhe pertence? Como comparar o homem, a própria substância do homem, sua lama, e o campo, a pastagem, a árvore ou a vinha que a natureza ofereceu no início igualmente a todos, de que o indivíduo só pôde apoderar-se pela cultura, o primeiro meio legítimo de posse? Quem teria mais direito de dispor de sua coisa pelo dom ou pela venda do que o autor?*”⁶⁸

O que DIDEROT esperava é que o Estado, ao invés de conceder à

⁶⁷ CHARTIER *in* DIDEROT, ob. cit., pág. 13.

⁶⁸ DIDEROT, ob. cit., pág. 66.

revelia o direito de exploração econômica da obra, sancionasse o contrato privado garantindo, assim, o seu respeito *erga omnes*.

Por sua vez, o direito de propriedade, ou seja, a possibilidade sancionada e garantida ao autor, pelo rei, de dispor do manuscrito da obra por contrato privado, seria expressão de um direito fundamental do cidadão, ou seja, um direito político.

Partindo de tal construção, DIDEROT atacou as corporações de ofício afirmando que se a propriedade privada e a liberdade de contratar são garantidas pelo rei, então as corporações e os privilégios poderiam simplesmente desaparecer sem que, assim, a ordem econômica anterior fosse modificada. Em outras palavras, o reconhecimento da propriedade do autor faria da corporação de livreiros que o contratou uma instituição supérflua para o bom andamento do mercado.⁶⁹ Não é de admirar terem os livreiros apenas apresentado o manuscrito para as autoridades governamentais competentes depois de terem modificado seu conteúdo.

Na carta sobre o comércio do livro, DIDEROT lançou mão de brilhante argumentação, explorando o veio econômico dos livros como mercadorias e a importância social da atividade econômica dos livreiros.

De plano, procurou afastar o argumento de que o reconhecimento de um direito de propriedade do autor sobre sua obra poderia vir a prejudicar o interesse geral, seja criando um monopólio, seja servindo de entrave para o progresso dos conhecimentos em geral. Para tanto, esclareceu que a propriedade do autor estaria restrita ao conteúdo específico de cada obra, ou seja, ela não seria capaz de monopolizar um determinado tema, mas, pelo contrário, deixaria aberta a possibilidade de que outros autores viessem a escrever sobre o mesmo tema.

Para destacar a importância econômica da proteção das obras, DIDEROT cuidou de tratar em seu manuscrito sobre a questão da “pirataria” de edições na França, ilustrando a situação com as seguintes palavras: “*com efeito, os Estienne, os Morel e outros hábeis impressores mal acabavam*

⁶⁹ DIDEROT, ob. cit., pág. 66: “(...) Ah! Destrua todas as comunidades, entregue a todos os cidadãos a liberdade de aplicar suas faculdades de acordo com seus gostos e interesses, faça extinguir todos os privilégios, até mesmo os do mercado livreiro, consinto com tudo; tudo está em ordem desde que a lei sobre os contratos de compra e venda subsistam”.

de publicar uma obra cuja edição fora preparada a custos elevados e cuja execução e escolhas justas lhes assegurariam sucesso, e a mesma obra era reimpressa por pessoas incapazes que não possuíam nenhum de seus talentos, e que, sem nenhum custo, podiam vendê-la a um preço mais baixo, aproveitando-se assim dos adiantamentos e das noites insones dos hábeis impressores sem terem corrido nenhum de seus riscos. O que aconteceu? O que devia acontecer e sempre acontecerá. A concorrência fez com que a mais bela das empresas se tornasse ruínosa; eram necessários vinte anos para escoar uma edição, enquanto a metade do tempo teria bastado para escoar duas. Quando a contrafação era de qualidade inferior à edição original, como era habitualmente o caso, o contrafator vendia seu livro a baixo preço; a indigência do homem de letras, triste condição a que sempre retornamos, preferia a edição mais barata à melhor. O contrafator não ficava muito mais rico, e o homem empreendedor e hábil, esmagado pelo homem inepto e ávido que o privava de modo inesperado de um ganho proporcional a seus cuidados, seus gastos, sua mão-de-obra e aos riscos de seu ramo, perdia seu entusiasmo e sua coragem".⁷⁰

Reconhecer o negócio jurídico entre autor e editor, garantindo a este último, através do reconhecimento da exploração exclusiva do manuscrito por ele adquirido, seria, na opinião de DIDEROT, indispensável para a sobrevivência do próprio mercado livreiro. Para provar tal afirmação, tratou de enumerar os efeitos desastrosos que resultariam do estabelecimento de uma "concorrência generalizada".⁷¹

Sem o reconhecimento e a garantia de um direito exclusivo, aqueles livreiros não teriam possibilidade de obter lucro, já que as várias edições de uma mesma obra compartilhariam um mesmo mercado de consumidores. Nenhum livreiro desejaria investir em publicações que envolvessem altos custos, posto que temeriam que a concorrência de edições os impossibilitasse de compensar os investimentos necessários para a edição de tais obras. "A obra proveitosa ao proprietário exclusivo cairá absolutamente na improdutividade, tanto para ele quanto para os outros".

⁷⁰ DIDEROT, ob. cit., pág. 39

⁷¹ DIDEROT, ob. cit., pág. 83.

DIDEROT prosseguiu destacando que, diante de tais circunstâncias, só seriam editadas obras de baixa qualidade, pois, sendo a produção barata, o risco de prejuízo seria minimizado. Tal situação representaria um desastre para a economia nacional, uma vez que levaria as empresas vinculadas ao mercado de edição (fábrica de papel, de fundição de tipos etc.) a definharem.⁷² E ainda, preocupado com a indústria nacional, argumenta: *“é que, à medida que estas artes definharão por entre nós, elas serão aprimoradas no estrangeiro, que não tardará em nos fornecer as únicas boas edições a serem feitas de nossos autores”*.⁷³

Os malefícios desta política não seriam assim apenas limitados ao círculo dos editores, mas também atingiriam o próprio Estado, que perderia a indústria de edição, já que os livreiros prefeririam não mais editar, mas apenas comercializar as obras impressas no estrangeiro: *“o Estado se empobrece pela perda de seus artifices e pela queda das matérias que seu solo produz, e o senhor mandará para fora de seu território o ouro e a prata que seu solo não produz”*.⁷⁴

Além de defender um direito de propriedade do autor sobre a sua obra e de destacar a função econômica do exclusivo de exploração econômica, DIDEROT ainda seguiu uma terceira linha de argumentação, onde procurou traçar um novo esboço do literata, ou seja, do homem que vive de seus escritos. Ele defendeu a necessidade de remuneração justa pela transmissão da propriedade da obra aos editores e lembrou que tal direito do autor só poderia ser bem remunerado se ao editor fosse garantido pelo Estado o exercício pacífico do exclusivo. Se o editor não tivesse a certeza de poder exigir que sua exclusividade fosse respeitada, então o trabalho do autor não teria valor para garantir o seu sustento. O privilégio, sob este aspecto, seria o pesadelo dos autores.⁷⁵ A

⁷² DIDEROT, ob. cit., pág. 76, pergunta: *“(…) E por que Fournier fundiria os mais bonitos tipos da Europa se não forem mais usados? E por que os moradores de Limoges trabalhariam para aprimorar seus papéis se só forem comprados os do Messenger boiteux? E por que os impressores pagariam caro a mestres revisores instruídos, bons compositores e impressores hábeis, se estes cuidados só servirá para multiplicar seus gastos sem aumentar seus lucros?”*

⁷³ DIDEROT, ob. cit., pág. 77.

⁷⁴ DIDEROT, ob. cit., pág. 109.

⁷⁵ DIDEROT, ob. cit., pág. 96: *“(…) Faça abolir as leis, torne a propriedade do comprador incerta, e esta política mal concebida recairá em parte sobre o autor. Que partido poderei tirar de minha obra, sobretudo se ainda tiver minha reputação por fazer, como suponho, se o livreiro puder recear que um concorrente, sem correr o risco de pôr meu talento à prova, sem arriscar os*

insegurança que o caráter de concessão empresta ao exercício do exclusivo se refletiria no valor econômico da obra no momento de sua passagem das mãos do autor para as do editor. O remédio para tal situação seria o reconhecimento de um direito de propriedade.

2. A “Carta sobre o Comércio do Livro” foi escrita no auge do movimento expresso pelo grito de batalha de Gournay, adotado como lema pelos fisiocratas: *Laissez-faire!*⁷⁶

Os fisiocratas, por sua vez, defendiam o fim das restrições e o comércio livre, e a noção da propriedade privada exercia função basilar do pensamento de sua teoria econômica. Estes, como ensina HUBERMAN⁷⁷, abordavam todos os problemas econômicos sob o ângulo de seus efeitos na agricultura. A propriedade privada, para eles, era a expressão da liberdade ou, em outras palavras, o direito do indivíduo de fazer o que bem desejasse de sua propriedade, plantando o que lhe aprouvesse, vendendo onde quisesse. Assim, acreditavam no comércio livre.

Os privilégios eram filhos do modelo econômico mercantilista; a noção de propriedade do autor, por sua vez, é uma das filhas do liberalismo. A tônica do mercantilismo era dada pelo controle, pelo monopólio e, conseqüentemente, pelo privilégio. A tônica do liberalismo, por sua vez, foi dada pela liberdade e a propriedade foi, dentro desta dinâmica, um meio, um instrumento encontrado para garantir tal liberdade.

adiantamentos de uma primeira edição, sem me conceder honorário algum, não faça uso em pouco tempo, ao fim de seis anos, até mais cedo se ousar, de sua aquisição? As produções do intelecto já rendem tão pouco! Se renderem ainda menos, quem quererá pensar?”

⁷⁶ De acordo com HUBERMAN, ob. cit., pág. 138, o comerciante francês Gournay, como conta Turgout, Ministro francês das Finanças, espantou-se “ao verificar que um cidadão não podia fazer nada nem vender nada sem ter comprado o direito disso, conseguindo, por alto preço, sua admissão numa corporação ... Nem havia imaginado que um reino onde a ordem de sucessão fora estabelecida apenas pela tradição ... o governo teria condescendido em regulamentar, por leis expressas, o comprimento e a largura de cada peça de tecido, o número de fios de que deve ser formada, e consagrar com selo da legislatura quatro volumes in-quarto cheios destes detalhes importantes, bem como baixar numerosas leis ditadas pelo espírito monopolista. Não o surpreendeu menos ver o governo ocupar-se da regulamentação do preço de cada mercadoria, proibindo um tipo de indústria com a finalidade de fazer florescer outro ... e julgar que assegurava a abundância do cereal, tornando a situação do agricultor mais incerta e desgraçada do que a de todos os outros cidadãos”. Irritado com a regulamentação excessiva imaginou a frase que virou o grito de guerra do liberalismo: *Laissez-faire!* Em tradução livre, “deixem-nos em paz”. Neste sentido diz DIDEROT, ob. cit.,pág. 65: “seria um estranho paradoxo, num tempo em que a experiência e o bom senso concorrem em demonstrar que todo entrave é nocivo ao comércio, afirmar que nada sustenta o mercado livreiro além dos privilégios”.

⁷⁷ HUBERMAN, ob. cit., pág. 139

3. RESUMIDAMENTE, OS PRINCIPAIS PONTOS DO MEMORIAL DE DIDEROT:

a) O autor é o proprietário da obra e, portanto, goza de liberdade de dispor dela da forma que bem lhe aprouver (propriedade = liberdade de comércio).

b) Quando os direitos de exploração foram adquiridos por meio de negócio jurídico firmado com o autor, a liberdade do autor de dispor de sua obra ao seu bel prazer legitima sua exploração econômica pelo editor. Tal construção é importantíssima. Ela concilia a noção que circulava naquela época com força ideológico-instrumental, de que os sujeitos têm um direito de usufruir o fruto de seu trabalho (propriedade), com o fato de os editores explorarem frutos de um trabalho alheio. Aqui, repetimos mais uma vez, trata-se de legitimação do direito dos editores de explorarem exclusivamente criações alheias.

c) Importância econômica da sanção do Estado ao negócio jurídico de disposição do direito de propriedade sobre a obra. A não garantia deste negócio privado pelo Estado significaria retrocesso econômico e desvantagem não apenas para os diretamente atingidos (autor e editor), mas para a generalidade. Aqui também um elemento fundamental para a compreensão do direito patrimonial do autor: o direito patrimonial de autor é uma engrenagem dentro do sistema de mercado. Seja protegido de menos – pirataria –, seja protegido demais – monopólios gerais de impressão –, os efeitos são nocivos não só para o particular, mas para o sistema como um todo (proteção como instrumento de fomento do desenvolvimento econômico).

d) Importância da segurança jurídica como fator de estabilização do valor do trabalho. DIDEROT demonstra que o autor só poderá vender o seu trabalho por um “preço justo” se o Estado garantir ao comprador a exploração econômica da obra sem ser perturbado por terceiros. Fatores que venham influenciar a exploração econômica da obra pelo comprador, tomem eles forma de proteção insuficiente ou demasiada, prejudicam o autor economicamente.

O trabalho de DIDEROT surpreende não só pela lucidez da análise, mas também pelo fato de a mesma, apesar de ter sido elaborada há mais de 250 anos, ainda ser dotada de grande atualidade.

A decisão subsequente do legislador, de reconhecer ao autor um direito de propriedade sobre a sua obra, foi uma escolha *ideológica*.⁷⁸ Reconhecer a inviolabilidade da propriedade privada foi uma forma indireta de reconhecimento da liberdade econômica, o mote da economia de mercado.

Aqui, neste período e nestas circunstâncias, é que nasceu o direito de autor.

VIII - Sobre a propriedade imaterial e sobre as faculdades pessoais do autor

1. Como ilustrado acima, com o exemplo do comércio de livros entre o norte e o sul da Alemanha do século XVIII, o sistema de proteção da empresa de edição baseado na concessão de privilégios não foi suficiente para fazer frente à nova realidade econômica européia. Foi necessário ir mais além do que a tentativa de solucionar a questão dos interesses individuais que reclamavam proteção. A solução encontrada foi uma construção jus-filosófica complexa, que por um lado considerou a obra intelectual como um bem imaterial com valor patrimonial e, por outro, reconheceu ao autor também proteção a interesses ideais.

Ao lado de DIDEROT, outros grandes nomes tomaram posição quanto ao direito que caberia ao autor. Assim, por exemplo, os trabalhos de Johann Stephan PÜTTER (*“Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts geprüft”* - 1774) e Johann Gottlieb FICHTE (*“Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks”* - 1793)⁷⁹.

O trabalho de PÜTTER, a exemplo de DIDEROT, foi uma encomenda de editores e, seguindo o mesmo raciocínio do trabalho do enciclopedista francês, PÜTTER defendeu serem as obras verdadeira propriedade, propriedade esta que nasceria da habilidade e da diligência do autor. VOGEL já reconhece nesta definição a noção de propriedade imaterial.⁸⁰

⁷⁸ O termo ideologia é aqui empregado em sua acepção neutra, como a descrição de uma idéia, livre da conotação pejorativa ou preconceituosa que a expressão ganhou durante o iluminismo.

⁷⁹ FICHTE escreveu seu artigo em outubro de 1791, o trabalho foi, porém, publicado apenas em 1793.

⁸⁰ VOGEL, *in* Schrickler, ob. cit., pág. 35.

Vinte anos mais tarde, foi a vez de FICHTE manifestar-se sobre a questão. O filósofo diferenciou duas características essenciais do livro: uma característica *física*, que se expressa no papel impresso, e uma característica *intelectual*.

A propriedade sobre o corpo físico de um livro, argumentou FICHTE, é transferida pelo ato da venda de forma definitiva às mãos do comprador. O comprador, diz ele, “*pode lê-lo e emprestá-lo quantas vezes o desejar, pode revendê-lo para quem ele bem desejar, e tão caro ou barato quanto ele quiser ou puder, (pode) rasgá-lo, queimá-lo; quem poderia se opor?*”⁸¹

Por outro lado, disse FICHTE, normalmente não se compra um livro para, com suas páginas impressas, decorar paredes, mas geralmente para tirar um proveito intelectual dele. Neste ponto, diferencia entre um conteúdo material do livro (idéia) e a forma de expressão deste conteúdo.

O conteúdo material do livro só pode vir à tona através da leitura. Lendo o livro, o leitor irá refletir sobre o conteúdo, incorporando-o, assim, às suas próprias idéias. Pelo ato de compra do livro, o comprador adquire também a possibilidade de incorporar a idéia do autor às suas próprias idéias. Imaginando que o autor tenha tido uma idéia nova, ou original (o que, geralmente, como destaca FICHTE de maneira inequívoca, não é regra, mas sim exceção), no momento em que a torna pública permitiria a todos aqueles que venham a ler o livro incorporarem as suas próprias idéias àquela. A idéia, então, será propriedade de todos. Deste modo, seria impossível reconhecer um direito exclusivo sobre ela.⁸²

Por outro lado, a forma de expressão da idéia é própria do autor. O leitor, ao ler o livro, incorpora a idéia e não a forma específica de expressão da idéia adotada pelo autor. Neste sentido, a forma de expressão da idéia seria “propriedade exclusiva” do autor.

No trabalho de FICHTE estão os primórdios do desenvolvimento de conceitos básicos que sustentam o instituto de Direito de autor.

⁸¹ A tradução aqui é livre. No original: “*Das Eigentum des erstern geht durch den Verkauf des Buchs unwidersprechlich auf den Käufer über. Er kann es lesen, un es verleihen, so oft er will, wieder verkaufen an wen er will, und so theuer oder so wohlfeil er will oder kann, es zerreißen, verbrennen; wer könnte darüber mit ihm streiten?*”.

⁸² E assim compreende-se o caminho perseguido pelo ordenamento brasileiro, que “*não confere proteção a idéias e tampouco ao aproveitamento industrial contido nas obras*”, SILVEIRA, Newton. Estudos e pareceres de propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 312.

No que diz respeito à caracterização das faculdades exclusivas transferidas pelo autor ao editor, FICHTE não as classificava como uma propriedade, mas antes como o direito de tirar vantagens econômicas do corpo físico do livro, ou seja, do papel escrito (manuscrito). O autor, por não poder transferir a parte do seu direito de propriedade contido na forma de expressão da idéia, um direito inalienável, não poderia transferir ao editor o seu direito de propriedade como um todo, mas antes apenas autorizá-lo a usufruir de determinadas faculdades dele originárias.

Neste ponto divergem FICHTE e DIDEROT, e o mais interessante aqui, do ponto de vista histórico, é, ao considerar a legislação autoral moderna, constatar que, enquanto o direito autoral francês foi construído com base na teoria dualista, o direito autoral alemão calcou-se na teoria monista.⁸³

2. No que diz respeito ao vínculo *pessoal* do autor com a sua obra, o pensamento antropocentrista cuidou de afastar definitivamente as noções que pretendiam fazer do autor um mero instrumento de forças sobrenaturais. Na verdade, e seguindo aqui o postulado por SIEGRIST,⁸⁴ ao influenciarem não só a moral, mas também o senso estético, as idéias antropocentristas lançaram uma nova luz sobre a pessoa do autor. Passou-se a compreender o trabalho do artista não mais como uma mera imitação da natureza, e o trabalho do escritor não mais como uma representação da verdade através das regras tradicionais da retórica. O autor passou a ser considerado como um criador, como o sujeito que, através da sua atividade formadora, traz à luz uma expressão de si mesmo. A partir de então, a obra veio sendo considerada como uma expressão da própria pessoa do autor e, conseqüentemente, clamou também ser protegida em relação a este aspecto pessoal.

Esta mudança no pensamento já se deixava antever, no século XVI, no teor dos privilégios. VOGEL noticia um regulamento veneziano, datado do ano de 1544, onde a concessão do privilégio veio vinculada

⁸³ De acordo com a teoria dualista os interesses patrimoniais os interesses pessoais do autor são protegidos por direitos que, apesar de interrelacionados, são de natureza diversa e independentes entre si. Conseqüentemente, nos países onde adotou-se a teoria dualista admite-se a cessão das faculdades patrimoniais do autor. A teoria monista, ao contrário, considera ambos os interesses do autor protegidos por um único direito, o que inviabiliza a cessão das faculdades patrimoniais do direito de autor.

⁸⁴ SIEGRIST, ob. cit., pág. 68.

expressamente à prévia autorização de publicação da obra pelo autor.⁸⁵ Por outro lado, essa não era a regra. LUCAS e LUCAS contam que, apesar do dramaturgo francês Molière ter se oposto à publicação de sua obra *Les précieuses ridicules*, o editor Guillaume de Luynes obteve não só a concessão do privilégio para publicá-la, como também para vendê-la por cinco anos.⁸⁶

Na Alemanha, os privilégios de impressão vinham acompanhados da expressão *cum consensu auctoris*. Além disto, têm-se notícias de casos de representações dirigidas ao governo, onde autores reclamavam edições não autorizadas de suas obras (*Lagus* em 1563; *Christian Thomasius* em 1694, *Boerhave* em 1726), bem como representações contra modificações (omissões não autorizadas na obra — *Sebastian Brant*, 1499).⁸⁷

Com relação às modificações não autorizadas, um problema de fato corriqueiro, assim manifestou-se MARTIN LUTHER: “*o prejuízo seria, porém, de se suportar, se eles não arrasassem meus livros de forma tão falsa e vergonhosa. Eles mesmos os imprimem e, portanto, têm pressa, de forma que, quando retornam a mim, eu não mais reconheço meus próprios livros*”.⁸⁸ O que não teria significado para LUTERO, um reformador em missão revolucionária religiosa, ver as suas palavras, sua argumentação, modificadas?

Em tempos em que os escritos haviam de passar pelo crivo da censura, o autor tinha um interesse especial no respeito à integridade de sua obra. Modificações não autorizadas na obra poderiam levar, à revelia da verdadeira opinião do autor, à proibição da obra, além de colocar a própria pessoa do autor em uma situação delicada perante as autoridades.

3. Formada a consciência de um direito que caberia ao autor considerado como tal, e promulgadas as primeiras leis sobre a matéria,

⁸⁵ VOGEL, in SCHRICKER, ob. cit., pág. 33. ANN, ob. cit., pág. 598, indica, por sua vez, um documento datado de 1486 como o primeiro privilégio de autor (*Autorenprivileg*) veneziano. Nele premiava-se o autor de um trabalho sobre a história de Veneza com o direito exclusivo de publicar sua própria obra.

⁸⁶ ANDRÉ LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS, *apud* ABREU CHINELLATO, ob. cit., pág. 50.

⁸⁷ VOGEL, in SCHRICKER, ob. cit., pág. 33.

⁸⁸ „*Nu wäre der Schaden dennoch zu leiden, wenn sie doch meine Bücher nicht so falsch und schändlich zurichten. Nu aber drucken sie dieselbigen und eilen also, dass, wenn sie zu mir wiederkommen, ich meine eigenen Bücher nicht kenne.*” SEIFERT, ob. cit., pág. 1273.

que, nota-se, ainda se caracterizavam por protegerem apenas os interesses patrimoniais dos autores, o século XIX foi marcado por intensas discussões e pelo clamor de alguns pela extensão da proteção autoral já alcançada. Outros, pelo contrário, já argumentavam com a máxima de que a cultura é um bem da humanidade.

Neste clima de intensas discussões, OTTO VON GIERKE tratou de explicar o direito de autor sob uma nova perspectiva, agora idealista. Ele via o fundamento do direito na prerrogativa do autor de decidir sobre a divulgação de sua obra. VON GIERKE, como observa VOGEL,⁸⁹ não negava os componentes patrimoniais do direito de autor, mas os compreendia como um mero reflexo do âmbito do domínio pessoal daquele. Nesta construção vem expresso de forma exemplar o ápice da concepção do indivíduo em si considerado como a base, o ponto de partida, para a construção do Direito.

Motivados pelas teorias idealistas, reconheceu-se juridicamente, ao lado da proteção das faculdades patrimoniais do autor, proteção às suas faculdades pessoais.

Neste momento o direito de autor finalmente tomou a forma que ainda mantêm até os dias de hoje.

IX - Conclusão ou, em outras palavras, por que proceder a uma análise histórica?

O direito de autor, como vimos, é um filho do antropocentrismo, do pensamento liberal e de uma estrutura econômica peculiar. Ele é, definitivamente, um fenômeno moderno.

Mas por que proceder a uma análise histórica? Apenas para demonstrar que antes da Idade Moderna o direito de autor não existia? Que antes desse período histórico só podemos nos referir a um "*fenômeno análogo anterior*" ao direito de autor? Por certo, e aqui sem menosprezar o caráter instrutivo dessa conclusão, não só sob o ponto de vista do conhecimento geral, mas também sob o aspecto metodológico, não apenas por isso.

⁸⁹ VOGEL, *in* Schricker, ob. cit., pág. 39.

Mas antes porque a análise histórica abre vistas para que percebamos o direito como ele é, ou seja, *como um produto cultural*.

No decorrer deste ensaio, constatamos que, em um primeiro momento, as mudanças filosófico-econômicas e o avanço tecnológico criaram uma nova situação fática; o direito de autor, por sua vez, surgiu em um segundo momento, reconhecendo e regulando juridicamente a nova situação.

O direito de autor – a análise histórica deixou evidente – nasceu então como *resposta jurídica* a determinadas transformações sociais.

A compreensão deste mecanismo deixa entender a crise moderna que vem envolvendo o direito de autor: as transformações sociais já ocorreram, o direito de autor, ainda agarrado a sua forma tradicional, não logrou reconhecer a nova realidade e, assim, não está em condições de fornecer respostas jurídicas a ela.

Mas também a análise histórica nos permite afirmar que o direito acaba sempre por se adaptar à realidade. É tudo uma questão de tempo.

ALGUNS COMENTÁRIOS SOBRE A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

*Debora Lacs Sichel, Chefe do Departamento de Direito Positivo da
Escola de Ciências Jurídicas da Unirio, Professora de Direito Civil.
Professora de Direito do Trabalho*

Questão que merece exame mais aprofundado dos profissionais que atuam no Direito do Trabalho se centra na proposta do Poder Executivo em reintroduzir, no Ordenamento Jurídico Pátrio, a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. Inicialmente, a mesma já esteve vigindo no Brasil, porém por um período por demais pequeno.¹ A matéria, em si, não é nova, tendo, inclusive previsão constitucional, em especial se observado o que determina o inciso I do artigo 7º:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Da leitura do Texto Constitucional acima se verifica que a norma protetiva, ainda não editada, deverá ser editada na forma de Lei Complementar. A edição desse preceito é de vital importância, na medida em que a sua ausência implica na constituição de obrigações que, perdem, em face ao longo tempo (20 anos) o caráter temporário. Cite-se, a exemplo o artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

¹ Decreto 2100/96 e 1855/96

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, “caput” e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

Portanto, aumento de despesas decorrentes de indenizações do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço decorre da inércia do Estado em regulamentar preceito estabelecido em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição vigente.

Porém, a aprovação de uma Lei Complementar requer quorum especificado na Norma Constitucional, ou seja maioria absoluta dos membros das duas Casas Legislativas.² Entretanto, não pode passar despercebido pelo estudioso do direito a tentativa de regulamentação da questão através da internalização de Convenção Internacional.

A polêmica jurisprudencial não pode passar despercebida. Observe, assim que o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região decidiu que a Convenção 158 da OIT é constitucional, está em vigor e possui plena eficácia. Segundo foi decidido pelo TRT/2ª região, a Convenção está em conformidade com a nossa legislação, sendo desnecessária sua regulamentação. Nas palavras do presidente do TRT, “as lacunas serão preenchidas pela jurisprudência”.³ Porém, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar.⁴ Dentro desta discussão, merece destaque opinião do Ministro Arnaldo Süssekind, ao apregoar que “a ratificação da Convenção nº 158, promovida de conformidade com as disposições específicas da *Lex Fundamental* brasileira e da Constituição da OIT, é plenamente válida e eficaz e, nosso território. A lei nacional que deverá sanar a nossa omissão referente às despedidas coletivas é que terá de observar as regras constitucionais aplicáveis às leis complementares”.⁵

² Art. 69 da Constituição Federal

³ Marques Gonçalves, Sérgio Ricardo - Análise da Convenção 158 da OIT e o Direito Brasileiro

⁴ ADI 1480, Rel: Min Celso Mello

⁵ Marques Gonçalves, Sérgio Ricardo – op citada

Ocorre, que a decisão do STF não retira a necessidade de examinar esta Convenção e verificar a sua pertinência no momento atual que passa o Brasil. As relações de trabalho sofreram ao longo dos últimos tempos uma profunda alteração, com a criação de mecanismos não ortodoxos, como a terceirização em demasia, que acabam por enfraquecer o sistema protetivo, em nome de uma melhor e maior eficiência econômica, em detrimento de direitos sociais e trabalhistas, sob a ótica de uma visão que a diminuição destes implica, inexoravelmente, na garantia e ampliação do número de postos de trabalho.

A Convenção nº 158 procura humanizar esta relação e é fruto de uma época bastante tumultuada da história da humanidade. Editada no bojo do Tratado de Versailles, em 1919, vem a ser o fruto do término da 1ª Guerra Mundial, pouco tempo após a Revolução Socialista de 1917, que estabeleceu a URSS e no início de um sequenciamento de crises que culminou com a ascensão do Regime Nazista e a eclosão da 2ª Guerra Mundial. Dentro deste contexto político emerge uma Norma que procura dar face humana a desgastada relação laboral. Esta tentativa, entretanto não veio a ser aceita pela maioria dos Estados Membros da OIT, uma vez que somente 34 vieram a incorporá-la.⁶

De forma a garantir a exequibilidade dos direitos trabalhistas, incorporou-se a seu texto norma que proíbe, como justificativa de término da relação de trabalho, o fato de o empregado ter ajuizado ação em face de seu empregador, perante o Poder Judiciário.⁷ De que adianta franquear o acesso ao Poder Judiciário e não garantir o emprego. É infelizmente comum, em nossos dias, definir-se a Justiça do Trabalho, com sendo aquela dos Desempregados.

Outrossim, deve-se observar, como alerta o Ministro Almir Pazzianotto que questões já amplamente sedimentadas pela jurisprudência brasileira, como os limites da justa causa, poderão voltar ao cenário das discussões. Alerta ainda o Ministro que “o aviso prévio, tratado na Convenção sob o título “prazo de pré-aviso”, está disciplinado pela CLT, do artigo 487 ao artigo 491. O valor da indenização, em caso de demissão sem justa causa,

⁶ Pazzianotto, Almir – A Estabilidade do Trabalhador, Diário do Comércio - 31/03/2008

⁷ Artg. 5, c da Convenção 158

é fixado pelo artigo 10,1, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A estabilidade protege dirigentes sindicais, trabalhadores acidentados e empregadas gestantes. Tem-se, ainda, limitado rol de faltas graves no artigo 482 e, no 483, estão as hipóteses em que o empregado poderá considerar-se injustamente demitido.”⁸

Por outro lado, em seu artigo 7º restou estabelecido o direito de o empregado apresentar sua defesa, em relação aos fatos que lhe são imputados. O sistema de estabilidade da CLT previa, para a apuração da justa causa, o estabelecimento de inquérito, com trâmite perante a Justiça do Trabalho. Não me parece conveniente o estabelecimento desse contraditório no âmbito da Sociedade Empresária, em especial se micro ou pequena, pela falta de estrutura, incapacidade do estabelecimento de mecanismos neutros e equânimes de decisão e pelo natural desgaste decorrente da lide, que acaba por não recomendar na manutenção desta relação empregatícia. Vale observar que a Norma Convencional estabelece a previsão de aviso prévio e este já é fixado pela Constituição.⁹ A alteração deste preceito, obviamente, não pode ocorrer através da internalização de uma Convenção Internacional, dependendo de aprovação através de competente Emenda Constitucional.

No mais, o artigo 5º da Convenção estabelece alguns outros pressupostos como não sendo passíveis de configurar hipótese de rompimento do vínculo laboral:

a- filiação a sindicato;

b- candidatura a cargo sindical;

c- raça, cor, religião ou sexo; e

d- ausência do trabalho durante o período de licença-maternidade

Estes preceitos já se encontram insculpidos em normas legais brasileiras, não trazendo a Convenção nenhum fato novo. O que não se pode deixar de consignar é o momento e a oportunidade de discussão desse tema, em face do momento político e econômico que passa o Brasil e por assim dizer toda a América Latina, uma vez que esta, na década passada, deixou-se levar pelo fenômeno da globalização e do

⁸ Pazzianotto, Almir – op citada

⁹ Artigo 7, inciso XXI, Constituição Federal de 1988

néo-liberalismo, adotando práticas de reforma do Estado, estabelecimento de padrões mínimos de proteção, sem contudo gerar a riqueza e o estado de bem estar social preconizado pelos seus idealizadores.

Exatamente no momento em que se vive uma alteração do estado de coisas, onde a Comunidade Internacional se depara com novas questões, assume importância a discussão desta Convenção Internacional, talvez como um início para a atualização de um Texto, em face da era virtual, porém sem perder do foco o ser humano, como elemento essencial da relação de emprego.

Entretanto, não podemos deixar de observar o alerta do Ministro Almir Pazzianotto que “a conversão do documento internacional, em lei ordinária interna, gera perigo de retomada de discussões em torno de problemas resolvidos, com jurisprudência sedimentada em Súmulas e Orientações do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Pense-se, a título de exemplo, no caso do empregado individualmente dispensado, ou na adoção, por empresas como o Banco do Brasil, ou Volkswagen, de programa de demissões incentivadas.”¹⁰

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Constituição Federal de 1988

Consolidação das Leis do Trabalho

Convenção 158 da OIT

Nascimento, Amaury Mascaro – Curso de Direito do Trabalho, Saraiva, 23ª ed, 2008, São Paulo

Sussekind, Arnaldo – Direito Internacional do Trabalho, LTr, 3ª ed, São Paulo

Marques Gonçalves, Sérgio Ricardo - Análise da Convenção 158 da OIT e o Direito Brasileiro (www. O neofito.com.br)

Pazzianotto, Almir - A estabilidade do trabalhador (Diário do Comércio - 31/03/2008)

Souto Maior, Jorge Luiz – Convenção 158. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável (www.jus.com.br)

¹⁰ Pazzianotto, Almir – op. citada

LICENÇA COMPULSÓRIA DE PATENTES

Ricardo Luiz Sichel, Dr., Procurador Federal

Resumo

O presente artigo aborda o direito decorrente de patentes para a área farmacêutica e a forma de flexibilizá-lo a luz do interesse coletivo. Observa para tanto a natureza dos direitos envolvidos e o alcance das normas constitucionais pertinentes a propriedade e as patentes. Apresenta-se uma comparação a luz de normas internacionais, bem como os dispositivos do Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio ADPIC)

Palavras Chaves: Patente, Licença Compulsória, Função Social da Propriedade

1 -Da Base da Licença Compulsória

Indubitavelmente, trata-se de um tema bastante delicado, questão relativa ao licenciamento compulsório de patentes. De um lado tem-se o direito concedido ao titular do privilégio, ressalte-se não obrigatoriamente ao inventor, haja vista poder se tratar de pessoas distintas e de outro lado a sociedade. Passando ao exame da questão, observo algumas questões, que devem ser devidamente equacionadas, de forma a analisar e compreender a questão a luz das normas legais vigentes.

Um ponto a ser enfrentado refere-se a base jurídica para a concessão desta modalidade de licenciamento e uma análise precipitada poderia levar somente em conta os preceitos constantes na Lei nº 9279/96, especialmente o contido no artigos 68 e 71:

Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada

compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

.....

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular

Porém o exame da licença compulsória, como forma de intervenção no direito patrimonial do titular, deve ser encarado a luz do regramento constitucional vigente, normativo este que dá suporte a existência do direito a obtenção do privilégio de patentes, em especial o inciso XXIX do artigo 5º, *in verbis*:

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Da norma constitucional acima se verifica que os direitos obtidos pelo titular de um privilégio de invenção não são absolutos, uma vez que deve estar consonantes com os princípios que norteiam a propriedade em geral (função social), como também se destinar ao desenvolvimento econômico. O preceito constitucional estabelece a limitação de direitos, tendo em vista os preceitos que a Carta Maior estabelece que consagrem os objetivos maiores do Estado Brasileiro, em especial aqueles especificados no artigo 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Desta forma, não se pode entender nenhum direito que não se coadune a estes fundamentos, sob pena de desvirtuar o Estado Democrático de Direito. Como ressabido, os princípios constitucionais devem ser entendidos de uma forma orgânica, não cabendo a sua divisão, sob pena de não entendimento de seu todo. Ora, da mesma forma que a Constituição assegura o direito a concessão do privilégio de patentes, também garante a livre concorrência, como fundamento da Ordem Econômica e Social, para tanto dispendo:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

Destarte, ao garantir o artigo 42 a Lei nº 9279/96¹ que o titular goza dos direitos exclusivos de cunho exclusivista ou monopolista, deparamo-nos diante de um choque destes com a idéia de livre concorrência, preservada constitucionalmente. Através do privilégio, se estabelece um monopólio privado e este, somente se justifica se atender ao bem comum.

¹ Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patentado.

§ 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.

Não se admite, nos tempos atuais, que um direito possa ser utilizado e não atender ao bem comum, demonstrando um autêntico retrocesso nas instituições jurídicas existentes

Uma das formas de limitação do direito de patentes (direito de propriedade privada) é o do licenciamento compulsório, que desta forma se adéqua a Norma Constitucional e não deve ficar, portanto, limitado ao exame estrito de normas legais de ordem inferior. Isto porque o bem comum constitui meta a ser alcançada pelo Estado, sendo que a integridade da vida e o bem-estar da sociedade, através da promoção da saúde constituem um dos elos fundamentais.

2- DOS PRODUTOS FARMACÊUTICOS

A necessidade do licenciamento compulsório de patentes (função social da propriedade), quando do combate de uma pandemia, é reconhecida por diversas Autoridades Públicas:

A presidente da Argentina, Cristina Kirchner, chegou a defender a quebra de patente dos produtos relativos à doença, incluindo não apenas a vacina, mas também os medicamentos.²

O ministra da Saúde do Paraguai, Esperanza Martínez, sugeriu que os presidentes do Mercosul formalizassem seu desejo de que as vacinas e antivirais sejam considerados “bens públicos”.³

A empresa Baxter Healthcare Corporation requereu a proteção patentária para a vacina do H1N1.⁴

Políticas públicas voltadas para a saúde, em especial em épocas de pandemia reconhecida, não podem estar sujeitas a satisfação de interesses privados, quando se busca o atendimento de necessidades inadiáveis do ser humano; não se pode comparar a necessidade de saúde, com a comercialização de outros bens, alguns destes dispensáveis, sob ponto de vista de sobrevivência, até porque causa espécie o trato comercial com que

² www.infobae.com/contenidos/462281-100891-0, visitado em 25/07/2009

³ <http://noticias.ambientebrasil.com.br/noticia>, visitado em 25/07/2009

⁴ <http://www.digitaljournal.com/article/276194>, visitado em 26/07/2009

o tema da saúde é tratado. Esta matéria não é nova já tendo sido tratada pela jurisprudência da Suprema Corte de Justiça do Estados Unidos da América:

United States v. Glaxo Group Ltd., 410 U.S. 52, 64 (1973) ("Mandatory selling on specified terms and compulsory patent licensing at reasonable charges are recognized antitrust remedies.").⁵

O direito alemão prevê algumas restrições interessantes ao privilégio patentário, merecendo destaque os §§ 13 e 24:

§ 13 – Uso pelo Estado

*(1) Os efeitos de uma patente não entram em vigor, se o Governo Federal determinar, que o invento deva ser utilizado em benefício do interesse público. Ela também se refere quando o uso do invento for em interesse da Segurança Nacional, na forma como determinado pela Autoridade Federal competente.*⁶

§ 24 – Licença Compulsória

(1) O direito não exclusivo de comercialização de uma patente pode ser concedido (Licença Compulsória), de forma individualizada e na forma da Lei, pelo Tribunal de Patentes, desde que:

- 1. Quando um requerimento de licenciamento for tentado, em prazo razoável, sem ter obtido do Titular da Patente, uma resposta adequada, apesar da razoabilidade da proposta.*
- 2. O interesse público justificar a concessão de uma Licença Compulsória.*⁷

Já há muito tempo, a jurisprudência vê uma estreita relação entre o

⁵ http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/203627.htm#N_12, visitado em 27/07/2009

⁶ § 13 - Staatliche Benutzungsanordnung

(1) Die Wirkung des Patents tritt insoweit nicht ein, als die Bundesregierung anordnet, daß die Erfindung im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt benutzt werden soll. Sie erstreckt sich ferner nicht auf eine Benutzung der Erfindung, die im Interesse der Sicherheit des Bundes von der zuständigen obersten Bundesbehörde oder in deren Auftrag von einer nachgeordneten Stelle angeordnet wird.

⁷ § 24 - Zwangslizenz,

(1) Die nicht ausschließliche Befugnis zur gewerblichen Benutzung einer Erfindung wird durch das Patentgericht im Einzelfall nach Maßgabe der nachfolgenden Vorschriften erteilt (Zwangslizenz), sofern

- 1- der Lizenzsucher sich innerhalb eines angemessenen Zeitraumes erfolglos bemüht hat, vom Patentinhaber die Zustimmung zu erhalten, die Erfindung zu angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen zu benutzen, und
- 2- das öffentliche Interesse die Erteilung einer Zwangslizenz gebietet.

interesse público e a saúde, em especial quando de interesse da sociedade como um todo⁸, valendo ainda observar o ensinamento pelo Prof. Rainer Schulte:

*Interesse Público: A sua existência depende do exame individualizado e da observação da relação de interesse individual e coletivo. Este ocorre, quando a utilização do invento trazer para a coletividade algum utilidade, que em comparação com o interesse individual do inventor, tem hierarquia superior.*⁹

.....
Uma má utilização pelo titular de patentes não constitui em requisito; porém a sua ocorrência acarreta na existência do interesse público.

Merece, também destaque, na doutrina nacional, os ensinamentos do Prof. Denis Borges Barbosa:

O que caracteriza a patente como uma forma de uso social da propriedade é o fato de que é um direito limitado por sua função: ele existe enquanto socialmente útil. Como um mecanismo de restrição à liberdade de concorrência, a patente deve ser usada de acordo com sua finalidade. O uso da exclusiva em desacordo com tal finalidade é contra direito.

Cabe aqui remontar ao que acima já se disse quanto ao desenho constitucional do sistema de patentes. Tem-se assim, um limite essencial para o alcance do privilégio, além do limite temporal: no tocante à oportunidade de mercado assegurada com exclusividade pela patente, o privilégio não poderá ser abusado, tendo como parâmetro de utilização compatível com o Direito o uso social da propriedade, e estará sujeito às limitações constitucionais à propriedade, ainda que não haja qualquer abuso.

Assim, a Constituição faz incidir duas limitações básicas ao uso da patente: o privilégio, como uma restrição excepcional à liberdade de concorrência (o que também é regra constitucional) não pode ser abusado, e mais, ainda que utilizado de acordo com sua função social, estará sujeito aos imperativos do interesse coletivo.

A aplicação destes dispositivos sob o plano constitucional encontrou um parâmetro de extrema relevância no julgado da Corte Constitucional

⁸ Reichsgericht (Tribunal do Reich) 126,266

⁹ Bundespatentgericht (Tribunal Alemão de Patentes) 32,184

Alemã em acórdão de 5-XII-1995, X ZR 26/92, discutindo a Lei Federal Alemã quanto aos requisitos da licença obrigatória:

Como el otorgamiento de una licencia obligatoria implica una gran injerencia en el derecho de exclusividad del titular de la patente, protegido por la ley y la Constitución... al sopesar los intereses ha de observarse el principio de proporcionalidad. Por lo tanto no se puede otorgar una licencia obligatoria por un medicamento, cuando la demanda de interés público puede ser satisfecha con otros preparados supletorios, más o menos equivalentes".¹⁰

E, continua o mencionado Mestre:

A recusa de intervenção dos Estados no sentido de compatibilizar interesses coletivos e individuais, acrescenta ao paradigma do TRIPS, dos direitos mínimos, da uniformidade da proteção resultante do TRIPS, mais uma distorção. Os dois conceitos se aproximam, se completam. O conceito de que não se deve intervir seja, por exemplo, pelos mecanismos da licença compulsória de patentes ou de direitos autorais, mas se deve livremente deixar fluir o mercado regulando a propriedade industrial. É mais absurdo isso na área da propriedade intelectual porque ela, por questão de falha de mercado, já resultou, em seu nascimento, da intervenção do Estado, criando mecanismos de monopólio na propriedade industrial no direito autoral.¹¹

Entretanto, observo desde já que a Lei Alemã, através do direito do Estado em usar o invento, estabeleceu um mecanismo adicional de suspensão dos efeitos da patente, não previsto na Lei nº 9279/96 (Lei da Propriedade Industrial), sendo que a natureza deste mecanismo é controvertida.¹² A Lei Alemã coloca em especial foco, na limitação dos direitos de patente, o bem-estar da sociedade.

Nesse ponto, impende observar que limitações de direito, em nome do bem comum, encontram seu respaldo no Direito Brasileiro, como ocorre com o instituto da requisição. Neste diapasão, ensina o Prof. Denis Borges Barbosa¹³:

¹⁰ Barbosa, Denis Borges. A nova regulamentação da licença compulsória por interesse público, www.denisbarbosa.addr.com, visitado em 19/05/2009

¹¹ Barbosa, Denis Borges. Uma Introdução À Propriedade Intelectual ,pág. 68

¹² Schulte, Rainer. Patentgesetz MIT EPÜ, pág. 193

¹³ Barbosa, Denis Borges. Op. cit, pág. 415

O exercício do domínio eminente do Estado se faz em direito através da desapropriação, ou da requisição. No caso brasileiro, entendemos que a licença compulsória pertinente trata-se de caso específico de requisição. Veja-se, a propósito, Pontes de Miranda:

“A requisição é instituto parecido com o da desapropriação. Não cabe, ainda quando expropriativa, no conceito de desapropriação. É o estado policial de necessidade, o POLIZEILICHER NOTSTAND (cf Karl Friedrichs, Polizeinotstand und Schadenersatz, Preussisches Verwaltungsblatt, 45, 2).

Por outro lado, se não se retira ao dono, ou titular do direito, a propriedade do bem, se o ato estatal não produz a perda, não há pensar-se em desapropriação. Se é preciso destruir muro, ou parede, ou cais, ou tirar água ou usar o automóvel, ou servir-se da entrada privada, não há desapropriação: tudo se passa no terreno fático; daí ser preciso requisitar-se, se há tempo”.

Igualmente, vejo que o instituto da requisição administrativa não pode ficar limitado, no caso da patente, a estrita hipótese da licença compulsória. A requisição é o ato pela qual o Estado, em proveito do interesse público, de modo unilateral, constitui alguém para ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa.¹⁴ Esta modalidade de restrição ao direito da propriedade tem como fundamento o fim social a que esta se destina, sendo auto-executória, de forma a atender as necessidades da coletividade, em nome do atendimento do interesse público. Cabe nesse momento observar que ainda é vigente o Decreto-lei nº 2, de 11 de fevereiro de 1966, que estabelece os contornos para a aplicação da requisição, em especial em seu artigo 1º:

Art 1º - A Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), na qualidade de órgão incumbido de aplicar a legislação de intervenção do Estado no domínio econômico, poderá, quando assim exigir o interesse público, requisitar bens ou serviços essenciais ao abastecimento da população.

Um comentário deve ser feito, para viabilizar a aplicação do mencionado dispositivo legal, em função da extinção da Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), na medida em que suas atribuições passaram a ser executadas pelo Ministério da Fazenda, a luz do contido no parágrafo único do artigo 1º do Decreto nº 2.280, de 24 de julho de

¹⁴ Mello, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, pág. 860

1997.¹⁵ Por seu turno, o mencionado Decreto-lei nº 2/66, veio a ser regulamentado pelo Decreto nº 57.844/66, sendo que este em seu artigo 1º estabelecia a possibilidade de a competência da SUNAB ser delegada.¹⁶ Ora, na medida em que esta atribuição passou ao Ministério da Fazenda, a mesma pode vir a ser delegada, a juízo daquela Autoridade Administrativa. Porém, me parece que uma patente encontra-se sujeita ao regime de requisição, por se tratar de bem móvel¹⁷ e desde que configurado o interesse público.

Merece destacar que o instituto da requisição não fere as obrigações internacionais assumidas em relação ao Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC), haja vista o contido em seu artigo 31:

Art. 31

1. Quando a legislação de um Membro permite outro uso do objeto da patente sem a autorização de seu titular, inclusive o uso pelo Governo ou por terceiros autorizados pelo governo, as seguintes disposições serão respeitadas:

.....

(b) esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável. Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não-comercial. No caso de uso público não-comercial, quando o Governo ou o contratante sabe ou tem base demonstrável para saber, sem proceder a uma busca, que uma patente vigente é ou será usada pelo ou para o Governo, o titular será prontamente informado;

O ADPIC não estabelece, desta forma, ser a licença compulsória o único instrumento de restrição de direitos, haja vista que o mesmo também

¹⁵ Art 1º Fica extinta a Superintendência Nacional do Abastecimento - SUNAB, criada pela Lei Delegada nº 5, de 26 de setembro de 1962.

Parágrafo único. Os direitos e obrigações atribuídos à extinta SUNAB ficam transferidos para o Ministério da Fazenda.

¹⁶ Art. 1º São autorizadas a praticar atos de requisição todas as pessoas que, por delegação do Superintendente da Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), na forma do art. 29, alínea I, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 51.620, de 13 de dezembro de 1962, estejam investidas para tal fim.

¹⁷ Art. 5º Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial.

não se refere a figura da desapropriação, conforme aliás autoriza a Constituição Federal. Esta conclusão advém da própria regra do artigo 8.1 do aludido Acordo:

Art. 8

1. Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

Na mesma linha de ação, tem-se, como um exemplo adicional, o Uso pela Coroa, como autorizado pelo art. 55 da Lei Britânica de Patentes:

55.-(1) Notwithstanding anything in this Act, any government department and any person authorised in writing by a government department may, for the services of the Crown and in accordance with this section, do any of the following acts in the United Kingdom in relation to a patented invention without the consent of the proprietor of the patent, that is to say

(a) where the invention is a product, may:

.....

(ii) in any event, sell or offer to sell it for foreign defence purposes or for the production or supply of specified drugs and medicines, or dispose or offer to dispose of it (otherwise than by selling it) for any purpose whatever;

O uso destes mecanismos visa, em único lugar, garantir o acesso a saúde, em preço razoável, e não torná-la, desta forma, em mero produto de comércio, haja vista a função primordial do Estado em garantir a vida das pessoas.

Observo que no Brasil a licença compulsória, quando o interesse público assim o reclamar, encontra-se regulamentado pelo Decreto nº 3201, de 6 de outubro de 1999. De outro lado, não pode deixar de consignar-se os altos custos que o erário nacional arca na aquisição de medicamentos, valores estes que muitas vezes poderiam ser reduzidos, se não houvesse a imposição de adquirir produtos, protegidos por privilégios de natureza monopolista e que poderiam ser fabricados através

de genéricos a um custo inferior, na medida em que, adicionalmente não arcaíam com o valor da marca. A adequada utilização de recursos públicos constitui obrigação de toda a Autoridade Pública, de forma a atender aos princípios de moralidade e economicidade que devem reger seus atos.

CONCLUSÃO

Verificadas as premissas, isto é a ocorrência de uma epidemia, como ocorrido com a dengue, ou de uma pandemia, como no caso da “Influenza A – H1N1”, ante ao risco de alastramento do número de pessoas infectadas, não resta ao Estado, como ente responsável pela concessão de patentes, impor restrições a estas, de forma a viabilizar o atendimento da população. A saúde é inegociável e não pode ficar ao sabor de transações e especulações de natureza financeira. Tal preceito vale, evidentemente, para qualquer política pública relacionada a saúde e ao bem estar da população. Entender de forma contrária, é negar a função social da propriedade e priorizar o interesse privado sobre o coletivo.

Acerca da proteção auferida por patentes, alerta a Organização Mundial da Saúde:

A pobreza igualmente impede o desenvolvimento de produtos novos para doenças dos pobres. No regime atual da propriedade intelectual, a pobreza é um desincentivo para a inovação. A proteção da patente opera-se como um estímulo para a pesquisa e o desenvolvimento para produtos novos, mas a procura é para os produtos que geram um lucro.¹⁸

Portanto, observadas as premissas legais vigentes, não vejo porque o Estado, em nome do bem-comum não possa se servir, além do licenciamento compulsório, do instituto da requisição, na forma como fixada pelo Decreto-lei nº 2/66. Trata-se de mecanismo adicional, relacionado à intervenção na propriedade, visando, desta forma atender ao interesse coletivo e dotar ao Estado de ferramentas necessárias para atender aos reclamos da saúde pública. Importante, neste ponto a

¹⁸ http://www.who.int/dg/speeches/2009/intellectual_property_20090714/en/, visitado em 26/07/2009

comunicação do Governo do Canadá no sentido de concedeu licença compulsória para a fabricação de medicamento destinado ao tratamento do HIV, de forma a viabilizar a sua exportação para Ruanda.¹⁹ Outros exemplos podem ainda ser citados²⁰:

Israel – licença compulsória para a patente relativa a vacina contra Hepatite B (out. 1995)

Alemanha – patente da Chiron para prova de HIV em exame de sangue (maio, 2001)

Desta forma, não resta alternativa as Autoridades Brasileiras, no cumprimento das obrigações constitucionalmente impostas, no sentido de buscar, através dos mecanismos previstos em lei, promover a intervenção no direito de propriedade de uma determinada patente, quando assim o exigir as políticas de saúde pública, para, desta forma, atender as necessidades relativas ao interesse coletivo, garantindo que a população, como um todo, obtenha a medicação devida, sem que isto acarrete em sangue para os cofres públicos.

REFERÊNCIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 13^a ed, São Paulo, Malheiros, 2001

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005

_____. **A Nova Regulamentação da Licença Compulsória por Interesse Público**, www.denisbarbosa.addr.com

SCHULTE, Rainer. **Patentgesetz mit Europäischen Patentübereinkommen**, 5a. ed. Colônia: Heymann, 1994

¹⁹ Canada has become the first country to notify the WTO that it has authorised its largest pharmaceutical firm Apotex to make Triavir, an HIV/AIDS treatment drug, under the compulsory licence scheme, reports Intellectual Property Watch (IPW). (http://www.centad.org/tradenews_461.asp, visitado em 27/07/2009)

²⁰ <http://www.cptech.org/ip/health/cl/recent-examples.html>, visitado em 27/07/2009

Sítios na Internet

www.denisbarbosa.addr.com, visitado em 19/05/2009

www.infobae.com/contenidos/462281-100891-0, visitado em 25/07/2009

<http://noticias.ambientebrasil.com.br/noticia>, visitado em 25/07/2009

http://www.who.int/dg/speeches/2009/intellectual_property_20090714/en/, visitado em 26/07/2009

<http://www.digitaljournal.com/article/276194>, visitado em 26/07/2009

<http://www.cptech.org/ip/health/cl/recent-examples.html>, visitado em 27/07/2009

http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/203627.htm#N_12, visitado em 27/07/2009

http://www.centad.org/tradenews_461.asp, visitado em 27/07/2009

DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: O (DES)ASSISTIDO PELA CONSTITUIÇÃO.

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo¹.

“Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante, do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo. Eu vou desdizer aquilo tudo aquilo que lhe disse antes...” (Metamorfose Ambulante, Raul Seixas).

Sumário: 1. Introdução; 2. O Direito como um Sistema Aberto; 3. Da Não-Recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 do Assistente de Acusação; 4. Aspectos Criminológicos acerca do tema; 6. Da Conclusão.

Resumo: Entendendo o Direito como um Sistema Aberto, o presente trabalho, após fazer uma análise dos dispositivos do Código de Processo Penal acerca do Assistente de Acusação, sustenta que tal sujeito processual não foi recepcionado pela Constituição da República, destacando, no momento seguinte, os aspectos Criminológicos que envolvem o tema, para, ao final, formular as pertinentes conclusões.

Abstract: Understanding the Right as an Opened System, the present work, after to make an analysis of the devices of the Code of criminal procedure concerning the Accusation Assistant, it supports that such procedural citizen was not recepcionado by the Constitution of the Republic, detaching, at the following moment, the Criminologic aspects that involve the subject, for, to the end, to formulate the pertinent conclusions.

¹ Mestrando em Direito Público na linha de *Limites à Validade do Discurso Jurídico* junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Ciências Criminais junto à Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Penal e Processo penal da Universidade Católica do Salvador, Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Ciências, Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador (UNIFACS). Analista Previdenciário do INSS-BA junto à Procuradoria Federal Especializada.

PALAVRAS-CHAVES: 1. Sistema Aberto; 2. Não Recepção; 3. Assistente de Acusação.

WORDS KEYS: 1. Open system; 2. Not Reception; 3. Accusation assistant.

1. INTRODUÇÃO.

Ter a consciência de que o Código de Processo Penal que se encontra em vigor nos dias atuais foi elaborado nos idos de 1941, deve ser a primeira grande preocupação científica do estudioso do Processo Penal do século XXI. Perceber que tal código foi produzido num contexto histórico ditatorial-autoritário, é recomendação indispensável para qualquer estudo que seja feito sobre o mesmo. Afinal, a lei processual penal pátria é marcada quer pela orientação fascista do Código de Rocco, quer pela ideologia autoritária da ditadura Vargas.

Ademais, não se deve olvidar a circunstância histórica de que quando tal código foi confeccionado, o Brasil suportava o horror da ditadura do *Estado Novo* e o Mundo atravessava o auge da Segunda Grande Guerra. Pois bem, diante deste contexto histórico marcado pelo desprezo aos valores democráticos, o Código de Processo Penal é o produto mais evidente deste período sombrio de nossa história.

Nesse sentido, são válidas as palavras de ELIZABETH CANCELLI, ao discorrer sobre a Polícia na Era Vargas:

“Por isso, este Estado procurava se sobrepor à lei, para tornar efetivo o que ela (na Justiça) não previra para a boa ordem comum. O direito, porém, tenderia a se realizar tanto quanto possível através da lei, e o conflito entre a Polícia e a Justiça se operava, porque a Polícia precisava do arbítrio e a Justiça lançava normas. Mas a Justiça é lenta e a Polícia é mobilíssima, daí aquela precisar do auxílio desta”².

Como conseqüência deste cenário, tal código de ritos é impregnado por ideologias ditatoriais. Nesse sentido, é emblemática a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal da lavra do Ministro Francisco

² CANCELLI, Elizabeth. *O Mundo da Violência: a Polícia da Era Vargas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 23.

Campos³, vez que a mesma, em diversas passagens, revela o seu caráter acentuadamente autoritário.

Desta forma, convém transcrever breve passagem da Exposição de Motivos acerca da Reparação do Dano “Ex Delicto”, de sorte a evidenciar o seu caráter autoritário e vingativo, a saber:

“O projeto não descurou de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano... Ficaré, assim, sem fundamento a crítica, segundo a qual, pelo sistema do direito pátrio, a reparação do dano ex delicto não passa de uma promessa vã ou platônica da lei”.

Note-se, assim, com espeque na lição de TOBIAS BARRETO⁴, que o Direito é um produto da *cultura humana*. Por conseguinte, ele não é uma entidade metafísica, superior e anterior ao homem, mas sim produto do desenvolvimento histórico.

O direito é, pois, uma disciplina social, portanto, nenhum instituto jurídico, por mais elevado que seja na escala evolucionar, deixa de carregar consigo um caráter finalístico. Sendo assim, nas palavras de BARRETO, “o direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social, a vida pela coação, até onde não é possível a vida pelo amor; o que fez Savigny dizer que a necessidade e a existência do direito são uma conseqüência da imperfeição do nosso Estado”⁵.

Pois bem. Tecidas tais considerações, nos dias atuais, em terras tupiniquins, quando respiramos os “ares da Democracia” há pelo menos dezessete anos e quando procuramos dar o máximo de eficiência e aplicabilidade ao texto constitucional, torna-se qualidade necessária de todo e qualquer intérprete do Código de Processo Penal desconfiar das “boas intenções” da lei processual penal pátria. Pode-se dizer, assim, que deve vigor entre os intérpretes do Código de Processo Penal o *princípio da desconfiança*, ou seja, até prova em contrário, deve-se desconfiar da legitimidade do Código de Processo Penal.

³ Ministro da Justiça há época em que o código foi promulgado e publicado. Para um aprofundamento maior sobre o tema, consulte-se CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 491-496.

⁴ BARRETO, Tobias. *Introdução do Estudo do Direito – Política Brasileira*. São Paulo: Landy Editora, 2001, pp. 31-36.

⁵ *Op. cit.*, p. 36.

Logo, deve o intérprete da lei processual penal pátria ter a devida cautela ao interpretar esta. Tal cautela implica em conferir menor importância à interpretação gramatical e conferir maior relevância interpretação axiológico-teleológica, valendo-se, para tanto, também, das interpretações sistemática, lógica e histórica.

Mas não apenas isso. O intérprete cauteloso tem como principal preocupação interpretar a lei processual penal à luz da Constituição, bem como compreender o Processo Penal como um Sistema Aberto e marcado pelos valores democráticos. Interpretar o Processo Penal a partir de uma inspiração democrática é submeter este ramo do direito ao “filtro constitucional”, procedendo, assim, a uma Hermenêutica Constitucional do Processo Penal. Mas quando se pensa numa Hermenêutica Constitucional do Processo Penal, pensa-se essa a partir do prisma de uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, ou seja, busca-se um Processo Penal Democrático com espeque numa interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição, conforme sustenta PETER HÄBERLE⁶.

É a partir desta perspectiva, ou seja, de uma Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, que deve ser trabalhado o Processo Penal nos dias atuais. Note-se que, desta forma, não se pode falar num monopólio do Poder Judiciário no ato de interpretar a Constituição. Conforme adverte PETER HÄBERLE, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete desta norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”⁷. Logo, outra não pode ser a perspectiva ao se trabalhar com o desgastado e embolorado Código de Processo Penal. Enfatize-se: a Constituição deve constituir a ação do intérprete!

Somente procedendo a uma hermenêutica constitucional do processo penal e compreendendo esse como um Sistema Aberto é que será possível conviver com o Código de Processo Penal e, ao mesmo tempo, produzir

⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁷ *Op. cit.*, pp.14 -15.

um Processo Penal Democrático. Cabe, agora, então, entender a idéia de Sistema Aberto e compreender o Processo Penal como um Sistema Aberto. É o que será esclarecido a seguir.

2. O DIREITO COMO UM SISTEMA ABERTO.

Feitas tais considerações introdutórias, importa agora compreendermos o sistema jurídico como um sistema aberto. Nesse sentido, é paradigmático o pensamento do professor da Universidade de Munique, CLAUS-WILHELM CANARIS.

Mesmo ciente de que a obra “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito” trata-se de uma produção intelectual voltada, preponderantemente, ao Direito Privado, notadamente, aos Direitos Civil e Comercial, esta apresenta um grande valor na construção da idéia que pretendemos aqui desenvolver. Tal obra busca tanto fazer uma análise do pensamento sistemático em si quanto elaborar uma proposta pensamento sistemático para a Ciência do Direito.

Nesse sentido, CANARIS sustenta que as qualidades da *ordem* e da *unidade* são características o conceito geral de sistema. Tais qualidades uma vez aplicadas à Ciência do Direito, transformam-se, respectivamente, em *adequação valorativa* e *unidade interior* da ordem jurídica, passando, assim, a serem fundamentos do sistema jurídico (além de serem decorrências do *princípio da isonomia* e da *tendência generalizadora da justiça*). Como fundamentos do sistema jurídico, a adequação e a unidade são, ao mesmo tempo, premissas teórico-científicas e hermenêuticas, bem como emanações e postulados da idéia de Direito⁸.

Com espeque na adequação valorativa e na unidade interior da ordem jurídica, CANARIS, então, propõe um sistema como *ordem axiológica* ou *teleológica* e, simultaneamente, como *ordem de princípios gerais do Direito*. Ou seja, o professor alemão sustenta a idéia de um *pensamento sistemático com aptidão teleológica*.

⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na ciência do Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 9-24.

Estabelecida a idéia de um pensamento sistemático com aptidão teleológica, CANARIS, então, assevera que tal construção produz duas grandes conseqüências na construção de um conceito de sistema jurídico, são elas: a abertura do sistema e a mobilidade do sistema. Para os limites do presente trabalho, importa apenas desenvolver a idéia de abertura do sistema. Portanto, não será desenvolvida nessa oportunidade a idéia de mobilidade⁹ do sistema¹⁰.

Quando trata da abertura do sistema, CANARIS sustenta que o sistema é aberto quer quanto sistema científico, quer quanto sistema objetivo. Enquanto sistema científico, o sistema é aberto em razão da *incompleteude do conhecimento científico*, ao passo que enquanto sistema objetivo, o sistema é aberto em razão da *modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica*¹¹.

Note-se que a abertura do sistema desempenha um importante significado para as possibilidades do pensamento sistemático e para a formação do sistema na Ciência do Direito. Ademais, convém destacar que há uma relação entre as modificações do sistema objetivo e as modificações do sistema científico. A modificação do sistema objetivo implica em modificação no sistema científico, mas a recíproca não é verdadeira. Sendo, também, importante salientar que a modificação do sistema científico não é uma característica peculiar do sistema jurídico, ao passo que a modificação do sistema objetivo é uma característica própria desse sistema¹².

Pois bem. Feitos tais esclarecimentos acerca da abertura do sistema, convém, agora, salientar que o Processo Penal, como sistema que é, também deve ser compreendido como um sistema aberto, para que não incorra nos mesmos equívocos que outros conceitos de sistema (o sistema externo; o sistema de puros conceitos fundamentais; o sistema lógico-formal; o sistema como conexão de problemas; o sistema como relações da vida e o sistema de decisões de conflitos no sentido de HECK e da

⁹ *Op. cit.*, pp. 127-148.

¹⁰ Registre-se, por oportuno, que a abertura do sistema não se confunde com a mobilidade do sistema. Tratam-se de conceitos distintos.

¹¹ *Op. cit.*, pp.103-108.

¹² *Op. cit.*, pp.109-125.

Jurisprudência dos Interesses¹³) já incorreram. Isto é, para que não seja um sistema que não se justifica a partir das idéias de adequação valorativa e da unidade interna da ordem jurídica.

Sendo assim, entendido o Processo Penal como um sistema aberto, é necessário compreendê-lo quer como um sistema incompleto cientificamente, enquanto sistema científico, quer como sistema modificável no que tange aos valores fundamentais da ordem jurídica, enquanto sistema objetivo. Por conseguinte, entender o Processo Penal como um sistema aberto é admitir como fundamento essencial para manutenção da sua existência e legitimidade o seu caráter incompleto e modificável.

Quando se passa a entender o Processo Penal como um sistema aberto, começasse a perceber que este não é um sistema estático e fechado, mas sim um sistema aberto e móvel, ou seja, um sistema em constante metamorfose, na medida em que tal característica preserva a sua legitimidade. Desta forma, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que reconhece a sua incompetência científica e a modificabilidade dos seus valores fundamentais.

Diante desse quadro, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que admite suas imperfeições históricas e busca se (re)legitimar. Nesse sentido, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que não se harmoniza com a figura do Assistente de Acusação, na medida em que tal figura é resquício de um Processo Penal construído em outro contexto histórico, orientado por uma razão prática burguesa¹⁴.

No item a seguir, então, iremos discorrer acerca da não-recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 do Assistente de Acusação. A análise que será desenvolvida tem como escopo principal evidenciar o discurso destituído de legitimidade (validade)¹⁵ da dogmática

¹³ *Op. cit.*, pp.25-65.

¹⁴ Sobre a razão prática burguesa são paradigmáticos os pensamentos de Kant (liberalismo) e de Rousseau (republicanismo). Nesse sentido, consulte-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade validade*. Volume I, 2ª edição, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 113-167.

¹⁵ Com o escopo de aprofundar o tema, torna-se de grande valor, a nosso ver, a leitura das reflexões de Habermas acerca do “desencantamento do direito por obra das ciências sociais”. Sobre o assunto consulte-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade validade*. Volume I, 2ª edição, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 66-82.

tradicional, bem como tornar claro a inversão de valores desta dogmática, na medida em que insiste em subordinar os valores inscritos na Constituição da República de 1988 aos ditames do Código de Processo Penal de 1941.

3. DA NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO.

Conforme a ampla maioria da doutrina nacional, a figura do Assistente de Acusação foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Os autores que sustentam tal entendimento, defendem que o Código de Processo Penal de 1941, nesse aspecto, continua a merecer ampla aplicabilidade, vez que o mesmo se encontra em plena harmonia com os princípios constitucionais vigentes, não ofendendo nem mesmo arranhando quaisquer dos direitos fundamentais expressos e implícitos contidos, ou não, na Constituição da República.

Somente a título de exemplo, sustentam a constitucionalidade do assistente de acusação, por entender que tal instituto foi recepcionado pela Constituição de 1988, os seguintes autores: JULIO FABBRINI MIRABETE¹⁶, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS¹⁷, FERNANDO CAPEZ¹⁸, EDILSON MOUGENOT BONFIM¹⁹, ADA PELLEGRINI GRINOVER²⁰, SÉRGIO DEMORO HAMILTON²¹, EUGENIO PACELLI OLIVEIRA²², RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA²³, GUILHERME DA SOUZA NUCCI²⁴, FERNANDO DA

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 692.

¹⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 222-244.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.189

¹⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 358.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance & GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1998, pp. 130-133.

²¹ HAMILTON, Sérgio Demoro. *O Recurso do Assistente do Ministério Público in Processo Penal Reflexões*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.165.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal, 5ª edição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 399.

²³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 59.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado. 2ª edição*. São Paulo: RT, 2003, p. 471.

COSTA TOURINHO FILHO²⁵, HÉLIO TORNAGHI²⁶, EDGARD MAGALÃES NORONHA²⁷, JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁸, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO²⁹, INOCÊNCIO BORGES DA ROSA³⁰ e VICENTE GRECO FILHO³¹, dentre outros.

Pois bem. Ousamos divergir dos citados autores. E o fazemos, porque entendemos que o assistente de acusação não foi recepcionado pela Constituição Republicana. As razões de tal entendimento são muitas, mas todas elas têm como premissas quatro circunstâncias básicas, são elas: a) a circunstância histórica que cerca o Código de Processo Penal e a proposição do instituto do assistente de acusação; b) a concepção do Direito como produto da Cultura humana; c) a perspectiva de uma Hermenêutica Constitucional do Processo Penal, a partir de uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” d) e a compreensão do Processo Penal como um Sistema Aberto.

Tendo-se em mente tais premissas, os motivos que fundamentam a não recepção do assistente de acusação são muitos, e são esses que passaremos a analisar a seguir.

3.1. Da ofensa ao sistema acusatório.

O primeiro argumento e, talvez, o mais robusto, que serve de base à tese da não recepção do assistente de acusação é a ofensa ao princípio constitucional do sistema acusatório (CRFB, artigo 129, I)³². Contudo, expliquemos, brevemente, o que entendemos por sistema acusatório, antes de desenvolvermos esta primeira razão para sustentarmos a não recepção do assistente.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. Vol I, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 631.

²⁶ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal, 5ª edição*. São Paulo: Saraiva, 1988, volume I, p.499.

²⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal. 19ª edição*. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 354.

²⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Atualizador: Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I, p. 243.

²⁹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, vol. III, 1960, p. 292.

³⁰ BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Globo, vol. II, 1942, p. 202.

³¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 343-356.

³² Sobre o assunto, é indispensável a consulta de PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, 2ª edição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

Compreender o Processo Penal como um sistema acusatório, tal como quer a *Lex Legun*, é perceber que tal compreensão implica em algumas conseqüências necessárias, colocadas em destaque por LUIGI FERRAJOLI, são elas: a) a *separação* rígida entre o juiz e a acusação; b) a paridade entre acusação e defesa; c) a publicidade e a oralidade do julgamento³³. Note-se que o sistema acusatório possui outros elementos que, pertencendo historicamente à sua tradição, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico, são eles: a) a discricionariedade da ação penal; b) a elegibilidade do juiz; c) a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo; d) a exclusão da motivação dos julgamentos dos jurados, dentre outros. Perceba-se, assim, ainda segundo FERRAJOLI, que, por outro lado, são tipicamente próprios do sistema inquisitório: a) a iniciativa do juiz em campo probatório; b) a disparidade de poderes entre acusação e defesa; e c) o caráter escrito e secreto da instrução.

Com o escopo de caracterizar mais pormenorizadamente o sistema acusatório, é de grande relevância trazer à tona alguns esclarecimentos de JACINTO NELSON MIRANDA COUTINHO, com apoio em JOSÉ ANTÔNIO BARREIROS³⁴, sobre o assunto, em função da clareza de suas palavras:

“(...) é possível referir que o órgão julgador é uma Assembléia ou jurados populares (Júri); que há igualdade das partes e o juiz (estatal) é árbitro, sem iniciação de investigação; que a acusação nos delitos públicos é desencadeada por ação popular, ao passo que nos delitos privados a atribuição é do ofendido, mas nunca é pública; que o processo é, por excelência e obviamente, oral, público e contraditório; que a prova é avaliada dentro da livre convicção; que a sentença passa em julgado e, por fim, que a liberdade do acusado é a regra, antes da condenação, até para poder dar conta da prova a ser produzida”³⁵.

Releva notar, por conseguinte, que no sistema acusatório, o indivíduo autônomo, dotado de direitos naturais e originários e inalienáveis está no centro gravitacional do sistema. Logo, neste sistema o indivíduo não é

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouck, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 450-459.

³⁴ BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal in Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 37.

abandonado ao poder do Estado, antes é um sujeito do processo, armado com o seu direito de defesa e com suas garantias individuais. Destarte, um processo penal acusatório é uma ordenação limitadora do poder do Estado em favor do indivíduo acusado, isto é, nas palavras de JORGE FIGUEIREDO DIAS, é uma “Magna Charta dos direitos e garantias individuais do cidadão”³⁶, pois o Estado, protegendo o indivíduo, protege-se a si próprio contra hipertrofia do poder e os abusos no seu exercício.

Consigna, ainda, FIGUEIREDO DIAS, que o sistema acusatório é marcado de forma indelével pelos princípios “dispositivo, do juiz passivo, da verdade formal, da auto-responsabilidade probatória das partes (com a conseqüente repartição do ônus da prova) e da presunção de inocência do acusado”³⁷. Note-se, ainda com o professor da Universidade de Coimbra, que o sistema acusatório produz, dentre outras, as seguintes conseqüências estruturais no processo penal: “a) ilegitimidade da prisão preventiva e, em geral, de quaisquer meios coercitivos contra o suspeito; b) asseguração ao acusado de um direito de defesa tão amplo como o direito de acusação, bem como de uma posição processual e pré-processual equiparada à do acusador; c) a estruturação do processo penal como um autêntico processo de partes; d) total observância do princípio do contraditório; e) criação de um sistema estrito de legalidade da prova, na sua produção e na sua valoração; f) reconhecimento de uma certa disponibilidade pelas partes do objeto do processo (*thema decidendum*) como na extensão da cognição (*thema probandum*), como nos limites da decisão (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*)”³⁸.

Convém, ainda, ao cabo dessas breves considerações sobre o sistema acusatório, consignar que esse sistema não permite que o juiz desenvolva aquilo que CORDERO denomina como “quadro mental paranóico”³⁹, em

³⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª edição 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 64.

³⁷ *Op. Cit.* p. 65.

³⁸ *Op. Cit.* p. 65.

³⁹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51: “La solitudine in cui gli inquirenti lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa *quadri mentali paranoïdi*. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fati’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi. Sappiamo sui quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l’esito dove vuole.” –gn-.

face de não ser, como assevera MIRANDA COUTINHO, “o *gestor da prova* pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão”⁴⁰, em outras palavras, o *sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário*, ou seja, forma-se um pré-conceito para que, durante a instrução, produza-se um conceito, com o escopo de que o julgamento seja um *reflexo do pré-conceito*.

Dessa forma, identifica-se uma conexão entre sistema acusatório e modelo *garantista*⁴¹ e sistema inquisitório e modelo autoritário (de eficiência repressiva). Em síntese, pode se entender com sistema acusatório, um sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo, rigidamente separado das partes, que tem o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz com base em sua livre convicção.

Feitos tais esclarecimentos acerca do sistema acusatório, convém agora explicitar os motivos pelos quais entendemos que este serve de fundamento à tese da não recepção pela Constituição do assistente acusação. A nosso ver, a flagrante violação ao princípio do sistema acusatório fica escancarada quando o Código de Processo Penal atribui ao Juiz o poder para decidir acerca da admissão ou não do assistente de acusação.

Apesar do mesmo código determinar que deva ser ouvido previamente o Ministério Público acerca da admissão do assistente, tal dispositivo revela que a manifestação do Ministério Público, segundo o *codex*, tem natureza de mera *sugestão ou aconselhamento*, vez que, no momento seguinte, estabelece de forma clara que a decisão acerca da admissão fica a cargo do magistrado e, mais que isso, que essa decisão é, em tese, irrecorrível, o que acentua, mais ainda, a intenção do embolorado código, em restringir o alcance e o poder da manifestação do Ministério Público, afrontando, assim, claramente, o princípio do sistema acusatório. *Ora, como é possível tolerar a figura do assistente de acusação perante o*

⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal in Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 32.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouck, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 450-459.

princípio constitucional do sistema acusatório, se é o juiz que decide se o assistente de acusação poderá ingressar no pólo ativo da demanda ao lado do Ministério Público. Não se pode falar em princípio do sistema acusatório se ao Ministério Público, mesmo sendo titular privativo da ação penal, não é dado decidir acerca da admissão do assistente de acusação.

Nesse sentido, cumpre destacar, com apoio em MARCELLUS POLASTRI LIMA, que a Constituição Republicana estabeleceu em seu artigo 129, I (promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei), que cabe ao Ministério Público a atribuição privativa de promover a ação penal, sendo, dessa forma, alçado à qualidade de *dominus litis*, ficando, *ipso facto*, inviabilizados, na atualidade, institutos jurídicos, como, por exemplo, o “promotor ad hoc” e a ação penal pública *ex officio*⁴², bem como o assistente de acusação.

Não se diga que tal argumento fica comprometido em razão da expressão *na forma da lei* mencionada na parte final do dispositivo. Se, é certo que tal expressão poderia autorizar ao intérprete mais desavisado que o assistente de acusação está em harmonia com o artigo 129, I, vez que o Código de Processo Penal seria a lei infraconstitucional incumbida de regulamentar a ação penal pública, também é certo, segundo MAZZILLI, que o entendimento correto de tal expressão é que “a legitimidade ativa do Ministério Público, na ação penal pública... é função institucional privativa do Ministério Público, e o que será feito na forma da lei é o como promover”⁴³.

Enfrentado o primeiro argumento, passemos ao segundo.

3.2. DA QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL.

Outro aspecto a destacar é que admitir o assistente de acusação como auxiliar do Ministério Público, é, a nosso ver, violar frontalmente o princípio constitucional da isonomia⁴⁴. Não é preciso um grande esforço

⁴² LIMA, Marcellus Polastri. *Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 156-157.

⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 101-102.

⁴⁴ Tal princípio foi concebido e analisado por Aristóteles em sua obra “*A Política*”. Portanto, é de

intelectual para se constatar que com o ingresso do assistente de acusação no *caso penal*, há uma flagrante ofensa ao equilíbrio da relação jurídica processual, para uns, ou da situação jurídica, para outros. Não se trata de um argumento numérico, mas sim de uma constatação fática. Negar que o desequilíbrio entre as partes, é ofender a mais comezinha das inteligências.

A ofensa à isonomia⁴⁵ processual resta vislumbrada quer na maior facilidade que o pólo ativo terá para conferir credibilidade e verossimilhança a sua versão sobre os fatos, seja arrolando testemunhas, seja produzindo provas documentais, quer na maior capacidade que o pólo ativo terá para contrariar a versão apresentada pelo pólo passivo sobre esses. Note-se, assim, que comprometida a isonomia processual, resta também violado outro princípio de igual repercussão: o do devido processo legal⁴⁶.

Ademais, ainda que desconsideremos tudo quanto dito, a existência do assistente de acusação, ofende, ainda, o princípio da isonomia, vez que se o fator de *discrímén* é a lesão aos interesses disponíveis da vítima decorrente da prática do delito, qual é a correlação lógica entre essa

Aristóteles a definição clássica do princípio, qual seja, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.

⁴⁵ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os critérios para identificação do desrespeito à isonomia são: a) determinação do fator de *discrímén*; b) correlação lógica entre fator de *discrímén* e a desequiparação procedida e c) a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição. Ainda segundo o professor da PUC/SP, o tempo não pode ser utilizado como fator de *discrímén*. Sobre o assunto consultar **BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edicã. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 21-44.

⁴⁶ No que concerne ao princípio do devido processo legal, cabe pontuar, desde já, que, mais recentemente, este vem sendo entendido pela doutrina sob dois aspectos, a saber: processual (*procedural due process*) e material (*substantive due process*). Nesse passo, então, fala-se em devido processo legal em sentido processual e devido processo legal em sentido material. Naquele sentido, o devido processo legal é compreendido como o direito que todo cidadão tem de ter o prévio conhecimento do procedimento ao qual será submetido quando vier a ser processado, ou seja, o direito a conhecer com antecedência os atos processuais a que será submetido pelo Estado, em outras palavras, o direito a não ser surpreendido. Tomado no seu sentido material, este princípio tem seus limites territoriais expandidos, passando a conter dentro de si outros princípios, como, por exemplo, o princípio da isonomia entre as partes. Nessa perspectiva, o princípio do devido processo legal deve ser compreendido como a garantia a um processo justo. A propósito, consulte-se **NERY**, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª edição. São Paulo: RT, 1999, pp. 30-40 e 41-63. Cumpre assinalar, ainda, que o devido processo legal possui caráter constitutivo na seara processual penal, vez que não há crime nem pena, sem que haja processo. Logo, não se deve compreender tal princípio sob os mesmos moldes que esse é estudado pela doutrina processual civil.

circunstância e o fato de se admitir o assistente de acusação no processo penal? A nosso ver, nenhuma. Vejamos. Se o processo penal é ramo do direito destinado a lidar com os interesses indisponíveis os quais foram afetados em razão da prática do delito, se o Ministério Público é o órgão incumbido da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CRFB, artigo 127, *caput*) e se os interesses disponíveis devem ser discutidos na seara do processo civil, não há, portanto, qualquer razão a fundamentar a permanência do assistente de acusação no âmbito do processo penal.

Não fosse a falta de correlação lógica suficiente, a existência do assistente de acusação ainda ofende, por mais uma vez, o princípio em questão, vez que não há, a nosso ver, qualquer consonância da discriminação com os interesses de valores protegidos na Constituição. A discriminação procedida em razão da existência do assistente de acusação não encontra consonância com valores protegidos pela Constituição. Valores, como, por exemplo, o sistema acusatório (CRFB, artigo 129, I).

Tecidas tais considerações, passemos ao argumento seguinte, qual seja, o alusivo a privatização do processo.

3.3. Do vestígio evidente do fenômeno da privatização do processo penal.

Cumprido destacar que a existência do assistente de acusação no Código de Processo Penal em vigor, é um vestígio evidente do fenômeno de privatização do processo penal⁴⁷. Pela expressão “privatização do processo penal”, entende-se o movimento político criminal que tem por finalidade conferir um papel de destaque à vítima no processo penal, ou seja, tornar a vítima um sujeito do processo, possibilitando à vítima o exercício da vingança⁴⁸.

Sob o argumento de que, por muito tempo, a vítima foi colocada de lado pelo direito processual penal, busca-se, mais recentemente, reverter a todo custo esse quadro, atribuindo, desta forma, à vítima um papel de importância dentro deste ramo do direito. Contudo, ao se proceder, desta

⁴⁷ LIMA, Marcellus Polastri. *Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 154.

⁴⁸ CATENA, Victor Moreno. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 250.

forma, macula-se o caráter de direito público do processo penal, desconsidera-se a natureza indisponível dos direitos com os quais lida processo e se sobreleva, em excesso, a busca da satisfação dos interesses da vítima⁴⁹. Aliás, é esse é o entendimento de SALO DE CARVALHO, ao asseverar que “a assistência ao Ministério Público é um resquício de privatização do processo penal – apesar da falácia sempre invocada de que o interesse não é penal, mas sim dos efeitos civis da condenação...”⁵⁰.

Nesse passo, convém transcrever uma importante afirmação de BETTIOL sobre o assunto:

“...um alargamento das possibilidades e faculdades da vítima viria, na verdade, a subordinar todo processo penal a uma exigência de vantagens individuais, quando o indivíduo lesado dispõe de outras vias destinadas a obter o reconhecimento de suas pretensões. Não se pode ver na parte civil o titular de uma acusação privada, de modo a reconhecer-se-lhe a legitimidade de se substituir ao Ministério Público em matéria de recursos. Isto implicaria um alargamento inconcebível de faculdades e uma degradação do processo, de portador da justiça a simples instrumento de tutela de interesses privados”⁵¹.

Se, é certo, no que toca ao papel da vítima no processo penal, que o Estado toma como seu direito de outrem⁵², também é certo, que não se deve devolver à vítima o direito que foi expropriado. O que caracteriza um Estado civilizado e democraticamente orientado é, dentre outros fatores, a criminalização do exercício arbitrário das próprias razões (CP, artigo 345); é a construção do conceito de jurisdição, como atividade substitutiva dos interesses das partes⁵³; é a incapacidade de sublimação das pessoas

⁴⁹ JORGE, Alline Pedra. *Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 80.

⁵⁰ CARVALHO, Salo. *Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de limitação do Poder Punitivo in Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 23.

⁵¹ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e Processo Penal*, tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 322.

⁵² AROCA, Juan Montero. *Principios del Proceso Penal: Una Explicación Basada en la Razón*, p.22.

⁵³ Consigna Afrânio Silva Jardim que “o Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de maneira justa, independentemente da vontade ou interesse da parte privada... Na verdade, conseguiu-se este grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público, que pode ser considerado o verdadeiro ‘ovo de colombo’ para o processo penal que surgiu modernamente”, vide JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 23.

envolvidas no conflito, ou seja, de “sair do próprio conflito e, ao observá-lo de fora, verificar imparcialmente a resposta adequada ao caso”⁵⁴. Portanto, não se deve acreditar tanto nos bons sentimentos humanos⁵⁵.

Mais do que obter reparação pelos danos sofridos, o que a vítima realmente deseja ver saciado é o seu desejo de vingança⁵⁶(vindita)⁵⁷, ou porque não dizer, é aplicar o máximo de pena que a lei prevê e admite para o réu, já que o Estado de Direito não lhe dá o direito de matar esse. Lembremos novamente as palavras de CARVALHO, “o processo penal é revestido de uma instrumentalidade garantista, direcionada à defesa do imputado/réu contra os poderes públicos e/ou privados desregulados, e não da vítima”⁵⁸.

Não fossem tais considerações por si só suficientes, convém advertir que trazer a vítima ao processo é “deflagrar um *processo de revitimização*, potencializando novamente os efeitos da lesão sofrida anteriormente, pois se o escopo do processo é a reconstrução de um fato pretérito não mais passível de experimentação para solucionar o caso penal, ao proporcionar tal experiência à vítima, estaríamos fazendo com que ela revivesse aquele momento de dor e de angústia”⁵⁹.

Por tudo quanto dito, constata-se que a proposta de revitalização da vítima na seara penal, além de ser um vestígio evidente da privatização (comercialização) do processo penal, é também uma compreensão ingênua do “bicho homem”, como sendo capaz de dirimir um dissenso em momentos de crise. Trata-se uma visão cínica do homem que tem como escopo encobrir suas perversões.

⁵⁴ CARVALHO, Salo. *Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de limitação do Poder Punitivo in Crítica à Execução Penal –Doutrina, Jurisprudência e Projetos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20

⁵⁵ “Grande preocupação foi imposta a todos os homens, e um pesado jugo carrega sobre os filhos de Adão, desde o dia em que eles saem do ventre de sua mãe, até o dia da sua sepultura.” “Isso acontece a todos os viventes, desde os homens até os animais, mas para os pecadores é sete vezes pior”. Eclesiástico, Capítulo 40, versículos 1 e 8.

⁵⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 155.

⁵⁷ É indispensável a leitura de STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri – Símbolos e Rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 158-160. Entre nós, sustentam, também, a inconstitucionalidade do assistente de acusação no processo: STRECK e POLASTRI.

⁵⁸ *Op. cit.* p. 21.

⁵⁹ *Op. cit.* p. 22.

Com efeito, adverte FIGUEIREDO DIAS:

“...na generalidade dos países europeus continentais só muito excepcionalmente se admite a intervenção dos particulares no processo penal, ao lado do MP ou mesmo a ele subordinados; tal intervenção, quando admitida, é-o quase sempre só na função de parte civil, isto é, limitada ao exercício de ações civis resultantes da infração penal”⁶⁰.

Feitas tais explanações, analisemos, agora, o próximo argumento.

3.4. Do atendimento dos fins econômicos e financeiros da vítima (*an debeatur*).

No nosso sentir, a existência do assistente acusação no Código de Processo Penal em vigor é, antes mais nada, um claro sinal dado pelo legislador de 1941 no sentido de atender os objetivos econômicos da vítima (*an debeatur*). Este sinal, a um só tempo, incorre em duas grandes falhas, quais sejam, deturpa a finalidade primacial a que se destina o processo penal (reconstituição do fato pretérito supostamente delituoso) e revela a intenção de não discutir o caso, no que tange aos seus aspectos financeiros, com a necessária profundidade na seara do processo civil. Note-se que a celeridade na reparação do dano da vítima, pode significar o prejuízo de difícil reparação ao imputado.

Sobre o assunto consigna POLASTRI:

“...não convence, vez que terá o ofendido a oportunidade de executar a ação penal condenatória, podendo, se preferir discutir o mérito de sua pretensão, ingressar no juízo cível, inclusive com maior amplitude, sabido que a culpa cível é mais abrangente do que a penal”⁶¹.

Repita-se, mais uma vez, o processo penal como ramo do direito público e como palco de conflitos acerca de direitos indisponíveis, não pode se prestar a atender os fins econômicos da vítima, o que seria um claro desvirtuamento deste. Não desconhecemos a recente discussão acerca da inexistência de direitos indisponíveis, sob o argumento, em

⁶⁰ *Op. cit.* p. 508.

⁶¹ *Op. cit.* p. 159.

síntese apertada, de que todo direito no momento que é exercitado por meio da ação é disponibilizado pelo autor⁶². Contudo, julgamos que tal tese é equivocada, tanto porque confunde direito material com direito processual, quanto porque não é adequada ao processo penal (podendo ter alguma prestabilidade ao processo civil), vez que, aqui, o autor da ação é o Ministério Público, e não um particular.

Com efeito, o processo civil e o processo penal devem ser compreendidos como *diferentes tipos de processo*, determinados pela especificidade dos valores cuja ponderação cabe ao respectivo ramo do de direito material. Esta diferenciação é produto de uma exigência teleológica e funcional de adequação à especificidade das normas substantivas que aqueles tipos processuais têm de realizar na vida concreta do Direito. Logo, é intolerável a prática da importação de institutos do processo civil para o processo penal, pelo contrário, deve-se reconhecer a profunda diversidade e autonomia, mesmo científica, do direito processual penal. Desta forma, é indispensável um estudo do processo penal que seja colocado e conduzido de modo completamente autônomo. Enfim, ao processo civil cabe uma natureza *privatística*, e ao processo penal, pelo contrário, uma natureza e uma estrutura *publicísticas*⁶³.

Analisemos, então, o próximo argumento.

3.5. Da admissibilidade contraditória de que o Ministério Público necessita de auxílio.

Outro aspecto que, a nosso ver, reforça a tese da não recepção pela Constituição do assistente de acusação, é a admissibilidade contraditória de que o Ministério Público, órgão do Estado, necessita de auxílio. Em outras palavras, admitir a existência do assistente de acusação significa que o Estado antecipadamente, mesmo antes do ingresso do assistente na ação penal pública, admite, em tese, só pelo fato de prevê legalmente este sujeito processual, que não tem capacidade de promover, de forma privativa, a ação por meio do Ministério Público, vez que reconhece a necessidade de ser auxiliado pelo assistente.

⁶² CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp.31-67.

⁶³ *Op. cit.* pp. 52-57.

Nesse sentido, também é o entendimento de POLASTRI, ao afirmar que é “ilógico tal “auxílio”, pois o Estado não poderia admitir deficiências em seu próprio instrumento, deixando o Ministério Público sob a desconfiança de um precário desempenho na realização na realização da pretensão punitiva, considerando-se que somente ao Estado pode interessar a aplicação da pena”⁶⁴.

Em outras palavras, aquele que precisa de auxílio e estampa essa necessidade, antecipadamente, de forma genérica e abstrata, na norma processual penal, reconhece, também, a precariedade a sua capacidade em promover a ação penal. Mas não apenas isto. A nosso ver, admitir que o Ministério Público precisa de auxílio é, também, ofender outro princípio constitucional, qual seja, o da autonomia funcional. Ou seja, a necessidade de auxílio é, a um só tempo, o atestado da incapacidade de promover de forma privativa a ação penal e o certificado da violação à autonomia funcional⁶⁵. Note-se que, a nosso ver, a autonomia funcional implica em três pressupostos, são eles: a) a existência de uma lei orgânica; b) a capacidade de elaborar a sua proposta orçamentária; e c) a titularidade de uma função que lhe seja específica⁶⁶.

Diante do exposto, conclui ARAMIS NASSIF, ao tratar sobre o tema:

“Certamente, a jurisprudência nacional, ainda relutante, saberá expurgar do sistema jurídico brasileiro a figura do assistente de acusação, eis que seu malefício destaca-se no Tribunal do Júri, onde, até mesmo, em constrangedora colisão com o pensamento do Ministério Público, sua atuação, patrocinada pela família da vítima, obriga-o a acusar, numa estranha e triste similitude com o princípio da obrigatoriedade defensiva, gerando lamentável perplexidade no Conselho de Defesa”⁶⁷.

Enfrentemos o próximo argumento.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 159.

⁶⁵ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional in Revista Forense*. Rio de Janeiro: v. 376, p. 35-43, 2004.

⁶⁶ *Op. cit.* pp. 35-39.

⁶⁷ NASSIF, Aramis. *Júri – Instrumento de Soberania Popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.101.

3.6. O assistente de acusação como uma derivação de um Estado de Direito Liberal (Direito Liberal-Individualista), em contraposição ao Estado de Bem Estar Social instituído pela Constituição da República.

Releva notar, ainda, que o assistente de acusação é derivação de um Estado de Direito Liberal (Direito Liberal-Individualista), em contraposição ao Estado de Bem Estar Social instituído pela Constituição da República. Isto é, um Estado de Direito Liberal, marcado por direitos de primeira geração (*liberdade*), é um Estado no qual o indivíduo desconfia do Estado e, por conseguinte, tem como principal finalidade proteger seus direitos dos abusos ou descaso do Estado. Nesse sentido, o assistente de acusação, pode ser entendido como um sintoma de desconfiança da vítima e perda de credibilidade do Estado, na medida em que aquela quer ver reconhecido o seu direito de indenização.

Se, é certo que a Constituição de 1988 relacionou um extenso rol de garantias individuais no seu artigo 5º, o que poderia ser considerado como uma evidência clara de um Estado Liberal, também é certo, que esta mesma Constituição, em muitas oportunidades, como, por exemplo, ao tratar da ordem econômica, em seu artigo 170 (e seguintes), exige do Estado uma postura ativa dentro da sociedade brasileira contemporânea, seja como agente normativo e regulador da atividade econômica, seja exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (CRFB, art.174, *caput*)⁶⁸.

Sendo assim, podemos concluir que a Constituição de 1988, não é um estatuto que traz consigo apenas uma modalidade e/ou geração de direitos, mas sim apresenta, ao mesmo tempo, diversas gerações de direito (direitos de primeira, segunda e terceira geração – *liberdade, igualdade e fraternidade*)⁶⁹. Contudo, apesar de tal afirmação, é forçoso reconhecer, por outro lado, que o Estado Brasileiro, no momento histórico atual, caminha em direção ao Estado de Bem Estar Social, isto é, há uma *tendência* ao Direito Público. Nesse contexto, para nós, o assistente de acusação é um resquício de um Estado Liberal-Individualista, marcado

⁶⁸ Nesse sentido é o entendimento de GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 11ª edição*. São Paulo: Malheiros, pp. 257-386.

⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002 e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil*. Brasília, Ed. da UnB, 1998, pp. 133-134.

por direitos de primeira geração, ou seja, de um Estado retraído, passivo e meramente observador.

Nesse sentido, são elucidativas as palavras de LÊNIO LUIZ STRECK, ao versar sobre argumentos sociopolíticos:

“...não se pode admitir, no momento em que se caminha mais e mais em direção ao Direito Público, um retrocesso que sustente aspectos privados no processo penal. A figura do assistente de acusação é condizente com um direito liberal-individualista, de cunho ordenador, instituído em dado momento histórico”⁷⁰.

Tecidas tais considerações, vejamos o próximo argumento.

3.7. Do reforço à tese do Direito Penal do Autor (Culpabilidade do Autor).

Não fosse suficiente tudo quanto até aqui dito, convém salientar que a figura do assistente de acusação é, a nosso ver, um reforço à tese do Direito Penal do Autor (Culpabilidade do Autor). Aliás, este também é o entendimento de LÊNIO LUIZ STRECK, ao afirmar que “é de frisar que a manutenção da figura do assistente de acusação reforça a tese do *direito penal do autor*, que deve ser combatida”⁷¹.

Conceber o Direito Penal como um Direito Penal de Autor é entender o delito como um signo ou sintoma de inferioridade moral, biológica ou psicológica, é compreender o ato apenas como uma lente que permite ver alguma coisa daquilo que onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor, ou seja, a essência do delito reside em uma característica do autor que explica a pena⁷².

Destarte, o direito penal do autor sustenta que o delito é um sintoma de um estado do autor, o qual é inferior as demais pessoas ditas normais. Esta inferioridade é, para uns, de *natureza moral*, sendo, nesse sentido,

⁷⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri – Símbolos e Rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 159.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 159.

⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 2ª edição*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 131.

uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico, enquanto que, para outros, é de *natureza mecânica*, tratando-se, assim, de um *estado perigoso*. No sentido de natureza moral, o delito tem uma *função de divindade pessoal*; enquanto natureza mecânica, o delito é uma *divindade impessoal e mecânica*⁷³.

Diante deste quadro, o Estado é uma escola autoritária, na qual o valor fundamental é a disciplina, marcada por pautas, as quais devem ser introjetadas (não apenas cumpridas) por todos os organismos sociais. Logo, não se censura o ato, mas a própria existência daquele infringe a norma, tendo-se, assim, um *estado de periculosidade*⁷⁴.

Neste Estado, tanto os criminalizados quanto os operadores judiciais não são pessoas, mas sim coisas complexas, que travam, entre si, uma batalha, como aquela que se dá entre parasitas e leucócitos, dentro do organismo social, e que tem por escopo preservar a saúde social, não deixando de possuir, é claro, características estigmatizantes e moralizantes. Nega-se, desta forma, a própria qualidade de pessoa, percebendo-se, por conseguinte, que o direito penal do autor é produto de um crítico desequilíbrio deteriorante da dignidade da pessoa humana (CRFB, artigo 1º)⁷⁵, daqueles que o sofrem e o praticam⁷⁶.

Ainda acerca do Direito Penal de autor ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, esclarecem:

“...encontra-se o novo direito penal de autor que, sob a forma de direito penal de risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento. Em algum sentido, tal direito tende a incorporar uma matriz de intervenção moral, análoga à legislação penal das origens da pena pública, com o acréscido inconveniente de presumir dados subjetivos, a partir da afirmação de que a responsabilidade provém de processos de imputação objetiva baseados

⁷³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 131.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 132.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª edição, 2004.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 133.

em expectativas normativas, e não em reais disposições intelectivas internas do sujeito que atua. Esta orientação culmina com o retorno à presunção do dolo, através da chamada normativização, que prescinde da vontade real^{77 78}.

Pois bem. Ante o exposto, pensamos que o assistente de acusação é um sinal translúcido de um Direito Penal do Autor, seja porque o réu não é entendido como um sujeito de direitos, mas sim como uma “coisa pecaminosa”, seja porque o assistente de acusação é expressão de um estado de periculosidade.

Analisemos, então, o argumento seguinte.

3.8. Da desconsideração de que a vítima, por vezes, contribui para ocorrência do delito.

Cumpra, neste momento, destacar que a vítima não desempenha exclusivamente o papel de sujeito passivo no momento da prática do delito⁷⁹. Note-se que a vítima pode desempenhar um papel de grande relevância para a prática do delito⁸⁰, ou seja, para que o delito aconteça⁸¹. Nesse sentido, em algumas oportunidades, o comportamento da vítima servirá como uma causa de diminuição de pena especial, como, por exemplo, no denominado homicídio “privilegiado”, quando o agente age sob violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima (CP, artigo 121, parágrafo primeiro).

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 133.

⁷⁸ Sobre o Direito Penal de Risco e os Processos de Imputação Objetiva, consulte-se ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, tomo I, bem como JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons Libero Editor, 1997, 2ª edição. No Brasil, consulte-se TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003 e GRECO, Luis. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

⁷⁹ Convém destacar a importância dos estudos acerca da Vitimologia, ciência que estuda a vítima. Sobre o assunto, consulte-se KOSOVSKI, Ester & SÉGUIN, Elida. *Temas de Vitimologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

⁸⁰ OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e Direito Penal: O Crime Precipitado ou Programado pela Vítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁸¹ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal – Uma Abordagem do Movimento Vitimológico e de Seu Impacto no Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999.

Em outro momento, no que toca ao crime de injúria, a vítima pode ter seu comportamento caracterizado como provocação reprovável, autorizando, nesse caso, o juiz a conceder o perdão judicial (CP, artigo 140, parágrafo primeiro, inciso I), ou seja, o comportamento da vítima servirá como causa de extinção da punibilidade do delito em questão (CP, artigo 107, inciso IX). E, em outras ocasiões, quando da aplicação da pena, no momento do aferimento da *pena base*, em obediência ao artigo 59, *caput*, do Código Penal Brasileiro, o comportamento da vítima deve ser tomado como uma das *circunstâncias judiciais*.

Por isso, avaliar o instituto processual do assistente de acusação passa também por avaliar o papel da vítima no momento da prática do delito, na medida em que o processo penal é a reconstituição deste fato pretérito⁸² que deve ser compreendido como um *caso penal*. Desconsiderar a contribuição da vítima, em certos casos, para a prática do delito, é desconsiderar o vínculo indissolúvel entre o direito material e o direito processual. Em outras palavras, ao se entender a vítima como parte integrante do fenômeno que enseja a prática do delito, entende-se que, nessas ocasiões (em que o comportamento da vítima for decisivo para a consumação do delito), esta, a nosso ver, em hipótese alguma, poderá constituir assistente de acusação, vez que sua ação foi determinante para o desencadeamento da ação delituosa.

Note-se que tal argumento não tem por finalidade inviabilizar a assistência apenas nessas situações. Pensamos tal argumento como um complemento aos demais até aqui apresentados, mas que, inegavelmente, tem seu âmbito de aplicabilidade mais reduzido, quando comparado aos outros.

Passemos, então, ao argumento seguinte.

3.9. Da supervalorização do fim retributivo da pena, conduzindo o processo penal a um perigoso e excessivo fim de retribuição da pena.

Inicialmente, convém consignar que o *retribucionismo* ou o *neo-*

⁸² Convém salientar, ainda, que, a nosso ver, a figura do assistente de acusação só se justifica num processo penal crente no mito da verdade real. Para um a análise crítica desse dogma em franca decadência, leia-se BAPTISTA, Francisco das Neves. *O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

retribucionismo (uma espécie de “nostalgia” de KANT e de HEGEL) é, em certa medida, uma decorrência do fracasso da prevenção especial positiva e de apelos emocionais e demagógicos. O emprego do vocábulo tornou-se tão vulgar que combater o seu uso não é apenas divergir de uma “teoria” funcional da pena, mas, principalmente, de despertar para um elemento autoritário para o encerramento de um discurso⁸³.

Não é errado afirmar que uma das grandes razões para a rápida disseminação da idéia de que a retribuição é a essência da pena, reside no seu múltiplo sentido. Tal circunstância é, sem dúvida, um ótimo argumento retórico para qualquer problema sem solução, vez que permite que, diante de uma objeção a um dos significados da expressão, lance-se mão de um dos outros⁸⁴.

O primeiro sentido que se pode atribuir à expressão é o *sentido kantiano de retribuição*. Tal sentido decorre de uma teoria extremamente radicalizada da defesa social e elaborada de modo dedutivo, que não tolera qualquer contaminação com dados empíricos. Embora não se possa negar que tal teoria seja o maior esforço do racionalismo acerca da pena, não se pode admitir a sua utilização mesclada a dados empíricos falsos com o escopo de encobrir prévias decisões arbitrárias sob o argumento de reintegrar o direito violentado pelo agente ou restabelecer a ordem jurídica ofendida pelo delito. Sendo assim, tal sentido não colhe convencimento⁸⁵.

Um outro sentido que se pode conferir a expressão, quando se assevera que a pena é retribuição, é a de ser um *juízo fático*. Entrementes, a pena não é, em verdade, uma retribuição derivada do delito, já que, como demonstram as cifras negras, um número expressivo de pessoas o pratica, mas o poder punitivo só seleciona os inábeis, de modo que se alguma coisa está retribuída é a inabilidade, e não o delito. Se, por outro lado, se desejar afirmar que a *pena deve ser retribuição (juízo normativo)*, vários inconvenientes existirão, são eles: a) a estrutura do poder punitivo (sistema punitivo) não o permite, ou seja, se quer que alguma coisa seja o que jamais poderá ser; b) não há qualquer explicação razoável para o motivo

⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 141.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 142.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 142.

que fundamenta a necessidade dessa retribuição; c) não se justifica que a vítima sofra o mal e o Estado confisque para si a retribuição. Note-se que os dois últimos inconvenientes só podem ser solucionados à luz de uma “teoria” preventiva positiva da pena, reduzindo-se, com isso, o espaço do retribucionismo. Portanto, também aqui, a expressão tomada nesse sentido deve ser desprezada⁸⁶.

Um terceiro sentido para expressão reside na afirmação de que a *pena tem função retributiva*.. Tal sentido é ainda mais inadmissível, pois não há como entender uma função retributiva desvinculada do propósito de reparação, vez que a retribuição não é um fim em si mesmo, nem mesmo para KANT, mas sim um meio que só se justifica quando associado aos objetivos de reparação ou de vingança. Todavia, quaisquer dessas duas finalidades estão vinculadas ao ofendido, ao contrário da pena, portanto, também, esse sentido é imprestável.

Para outros, a retribuição é um *limite da pena* ou sua *medida*. Neste sentido, a retribuição não é uma “teoria” da pena, mas sim um critério de limite ou de quantificação, o qual é formalmente obscuro e politicamente irracional. Tal idéia demonstra sua irracionalidade quando se pergunta pelo ente ao qual se retribui, isto é, se é o resultado, se é a vontade, se é a lesão, se é o caráter... Ademais, em tal sentido, a retribuição é reduzida ou, a critério quantificador dos defensores da prevenção geral, ou a limite máximo dos adeptos da prevenção especial. Logo, novamente, a expressão não se justifica⁸⁷.

Talvez o único sentido prestável da expressão seja o de entendê-la como um *princípio regulador*. Aliás, esse é o pensamento de ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, que assim consignam:

“(...) se com a criminalização primária o estado confisca um conflito, sua intervenção – por excluir a vítima, bem como por ser de altíssima seletividade e de grande violência – não pode ser apresentada como racional, mas sua irracionalidade reconhece graus, e chegaria ao limite intolerável quando não houvesse equivalência a magnitude da lesão (ou com esta mantivesse certa relação) que o conflito provoca, pois, neste caso, o conflito seria apenas o pretexto para que o poder atuasse na medida de sua vontade omnímota”⁸⁸.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 142.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 143.

⁸⁸ *Op. cit.* p. 143.

Em outros termos, entendida a retribuição como *princípio regulador* (ou *princípio da mínima proporcionalidade da intervenção punitiva*) afirmar-se os limites mínimos aos quais deve se subordinar o exercício do poder punitivo, não como uma consequência racional de uma suposta “teoria retributiva da pena”, mas sim como uma exigência de contenção da irracionalidade do poder⁸⁹.

Pois bem. Tecidas tais considerações preliminares acerca do caráter retributivo da pena, faz-se necessário perceber que a admissão do assistente de acusação é em grande medida uma supervalorização do fim retributivo da pena. Ou seja, é a via mais curta para que a vítima busque, a um só tempo, a sua reparação (o ressarcimento introduzido no exercício do poder desloca para a coerção reparadora a seletividade deste, o que, unido à *seleção vitimizante*, só reproduziria o modelo discriminatório punitivo)⁹⁰ e a sua vingança, com o respaldo da coisa julgada. Em outras palavras, viabiliza-se ao ofendido a possibilidade de legitimar com a benção do Estado os seus desejos de reparação e de vingança, e o pior, com amparo da coisa julgada.

Conduzir o processo penal por esse caminho, qual seja, o da retribuição, é conviver com um processo penal perigoso, destituído de qualquer instrumentalidade garantista. Repita-se: a existência do assistente de acusação no processo penal contemporâneo é a viabilização de forma mascarada do caráter retributivo da pena. Nesse passo, ousamos dizer mais, o assistente de acusação é uma reaproximação do Estado com a vítima, que após confiscar o conflito originário desta, parece proceder uma *juízo de compensação* para com essa, de sorte a que ambos alcancem, no que toca ao acusado previamente selecionado, os objetivos que perseguem.

Passemos, então, ao estudo do próximo argumento.

3.10. A previsão da ação penal privada subsidiária da pública no rol das garantias individuais de natureza fundamental.

No que tange à ação penal privada subsidiária da pública, o primeiro

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 143.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 357.

aspecto que se deve destacar acerca desta é que esta foi guindada na Constituição de 1988 à qualidade de direito e garantia individual fundamental, tendo sido prevista no artigo 5º, inciso LIX. Antes de analisarmos tal espécie de ação sob o espectro do assistente de acusação, é conveniente afirmar, desde já, que este tipo de ação só tem razão de ser diante da inércia do Ministério Público, não perdendo este órgão a titularidade da ação, funcionando, como adverte AFRÂNIO SILVA JARDIM, como verdadeira *fiscalização anômala do princípio da obrigatoriedade da ação pública*⁹¹.

Sendo assim, em nosso sentir, a previsão constitucional da ação penal privada subsidiária da pública reforça a tese da não recepção pela Constituição do assistente de acusação⁹². A uma, porque tal previsão revoga qualquer disposição da legislação infraconstitucional que autorize outra e qualquer limitação à promoção privativa da ação penal pública pelo Ministério Público. A duas, porque tal previsão é a única exceção contemplada pelo constituinte originário à regra geral de que o Ministério Público é o *dominus litis*. A três, porque tal exceção não pode ser ampliada sequer por emenda constitucional, vez que a ação penal privada subsidiária da pública é *cláusula pétrea*⁹³. E a quatro, porque somente a Constituição pode excepcionar regra geral por ela contemplada.

Não se diga, por outro lado, que a ação penal privada subsidiária da pública legitima o assistente de acusação, na medida em que amplia os poderes do ofendido dentro do processo penal, ou como querem outros, se a Constituição autoriza ao ofendido o mais, oferecer a ação penal, autoriza o menos, admitir o assistente de acusação. Tal argumento é falacioso, vez que, simultaneamente, incorre em dois sérios equívocos, são eles: a) negligencia a circunstância de que, mesmo na ação penal privada subsidiária da pública, o Ministério Público continua sendo o titular da ação penal; e b) omite o importante detalhe de que a vítima somente poderá exercer a ação penal na qualidade de autora, se, e somente nesse caso, houver inércia do membro do Ministério Público.

⁹¹ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 113.

⁹² LIMA, Marcellus Polastri. *Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 160-161.

⁹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 481-485.

Portanto, a nosso ver, a previsão da ação penal privada subsidiária da pública no rol das garantias individuais de natureza fundamental é a demonstração evidente da autorização que o constituinte originário pretendeu conferir a vítima no processo penal moderno, qual seja, limitar a atuação desta no processo penal, no caso, não admitir o assistente de acusação.

3.11. Da ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que a decisão que admite, ou não, o ingresso do Assistente de Acusação no processo, não tem como pressuposto o oferecimento de oportunidade ao réu para poder se manifestar sobre a mesma, apesar de sofrer as conseqüências decorrentes dessa.

Tem, ainda mais, poder de convencimento a tese da não recepção do assistente de acusação, quando se verifica, em sede da legislação infraconstitucional, que o ato que admite ou não o assistente de acusação ofende claramente o princípio constitucional do contraditório, uma vez que não se oportuniza ao réu ou ao seu defensor, em momento algum, a possibilidade de se manifestar sobre a admissão do assistente de acusação. A decisão que admite ou não o assistente de acusação, ao contrário do que pontua o código, não tem natureza de despacho, mas sim de decisão interlocutória simples. Ora, se assim o é, como toda e qualquer decisão, deve ser fundamentada e deve ter como pressuposto necessário, para que seja legítima, o respeito ao contraditório. Sendo assim, mister se faz que façamos algumas considerações acerca de tal princípio.

Note-se que o princípio do contraditório é a tradução moderna das velhas máximas *audiatur et altera pars* e *nemo potest inauditum damnari*. Logo, toda a prossecução processual deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação, mas também as da defesa. Por conseguinte, o princípio do contraditório repudia uma estrutura de processo penal baseada no sistema inquisitório⁹⁴.

Com razão, é possível afirmar que o princípio do contraditório aponta para uma concepção de processo como “diálogo” da acusação, da defesa

⁹⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 149-152.

e do juiz; fundamenta a exigência de que o réu se arme com um efetivo e consistente direito de defesa; oportuniza a possibilidade de oposição e contestação ou manifestação sobre os atos do processo. Com o intuito de atribuir maior fixidez e concretização a este princípio, o processo penal moderno lhe conferiu autonomia substancial tanto do decadente dogma da verdade material quanto do direito de defesa, concebendo-o, então, como *princípio ou direito de audiência*. Em outras palavras, *oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através de sua audição pelo tribunal, no decurso do processo*. Com este conteúdo, então, o princípio do contraditório foi elevado à qualidade de princípio constitucional⁹⁵.

Note-se que o princípio do contraditório é um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB, artigo 1º), na medida em que o réu não é transformado em *objeto* de decisões judiciais, mas sim continua como *sujeito*, participando de modo ativo e eficaz do processo. Ademais, mister se faz perceber que o princípio da audiência é expressão do *direito à concessão de justiça* (ou *pretensão à concessão de tutela jurídica*), ou seja, é o outro verso da moeda do *monopólio estatal da função jurisdicional*⁹⁶. Nesse sentido, se pode afirmar, então, que o princípio da audiência exige que os sujeitos processuais sejam co-participantes da elaboração da decisão judicial, enquanto que o monopólio estatal da jurisdição implica tanto na proteção de situações jurídicas substantivas quanto na *posição processual* daqueles que sejam afetados pela decisão⁹⁷.

Somente se respeitando o princípio do contraditório, será possível declarar o direito do *caso penal concreto* e se perceber, em toda a sua amplitude, o caráter *criador* do processo. O respeito ao contraditório, assim, tem como conseqüência, na medida em que este é reconhecido pelo Estado de Direito Social, a tutela da *livre realização da personalidade ética* de cada membro da sociedade. Destarte, a declaração do direito do

⁹⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª edição 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 152-153.

⁹⁶ Em outras palavras, o princípio do contraditório é a moeda de compensação que o Poder Constituinte concedeu ao cidadão como uma contrapartida ao monopólio e o caráter substitutivo do Poder Jurisdicional, bem como é elemento de legitimação da decisão judicial, enquanto exigência de democratização (aquele que será afetado pela decisão deve ter a oportunidade de influir na sua elaboração) desta.

⁹⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª edição 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 154-157.

caso penal concreto não é apenas tarefa do juiz (concepção carismática do processo), mas, principalmente, tarefa de todos que participam do processo⁹⁸ (*concepção democrática do processo*).

Releva notar que com o princípio do contraditório está em jogo a relação entre *Pessoa* e o “seu” *Direito*. Enfatize-se, uma vez mais, o contraditório é co-participação de todos os interessados na criação da decisão. Sendo assim, o princípio da audiência tem *dupla natureza*, pois é *direito subjetivo* da parte, isto é, *direito subjetivo público* contra o Estado, bem como *norma objetiva* que assegura as partes o seu exercício. Desta forma, o titular do direito de audiência é todo aquele participante no processo relativamente ao qual deva o juiz tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete⁹⁹.

Veja-se, assim, que quanto à sua abrangência, o princípio do contraditório se dirige a *toda e qualquer decisão*, qualquer que seja a fase do processo, desde que aquele que o exerça possa ser afetado pela decisão judicial. Note-se, assim, que a *possibilidade de ser afetado pela decisão* é *requisito* indispensável para aplicabilidade do princípio. Mas não é apenas isto. Quando se diz que o contraditório exige que se garanta a devida *oportunidade processual* ao sujeito, se quer dizer com isso que tal oportunidade deve reunir as seguintes características, são elas: a) conhecimento tempestivo do lugar, tempo e objeto do debate; b) concreta possibilidade de se preparar para intervenção; e c) efetiva possibilidade de intervir. Por conseguinte, não interessa ao princípio o uso que o seu titular faça da oportunidade, inclusive o seu não-uso, isto já não integra o contraditório. Em síntese: a surpresa não convive com o contraditório¹⁰⁰!

Ao cabo dessas breves considerações sobre o princípio do contraditório, insta salientar que a presença física constante do sujeito na audiência de discussão e julgamento é um postulado fundamental do

⁹⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª edição 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 158-159

⁹⁹ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª edição 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 160-161

¹⁰⁰ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª edição 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 161.

contraditório e da audiência, disto decorrendo tanto o *direito de presença* quanto o co-respectivo *dever de comparecimento* ¹⁰¹.

Ex posit, quando não se oportuniza ao réu ou ao seu defensor a possibilidade de se manifestar sobre a admissão do assistente de acusação, fere-se, por duas vezes, o contraditório, quer pela falta de oportunidade, quer pelas conseqüências nocivas que o réu é obrigado a suportar sem ter se manifestado. Afirmar que o ingresso do assistente de acusação no feito não atinge a esfera jurídica do réu, é, a um só tempo, subordinar a Constituição ao Código de Processo Penal, ocultar a orientação seletiva da criminalização secundária¹⁰², encobrir a seleção vitimizante secundária¹⁰³ e mascarar o poder do jurista¹⁰⁴.

Enfrentemos o último argumento por nós sustentado.

3.12. Da violação do princípio da oficialidade (monopólio do poder punitivo do Estado; indisponibilidade dos direitos).

Cumpra por em relevo, inicialmente, que o *princípio da oficialidade* tem por conteúdo a questão referente a quem compete a iniciativa (o impulso) de investigar a prática de uma infração e a decisão de submetê-la ou não a julgamento, bem como a de dar impulso aos demais atos durante curso do processo. Se, é certo que o Direito Penal é o direito de proteção de bens jurídicos fundamentais da comunidade e, se, é certo que o Processo Penal é, acima de tudo, um *assunto da comunidade jurídica*, forçoso é concluir que o princípio da oficialidade reputa ser a promoção processual das infrações uma tarefa estatal, por conseguinte, em *completa independência da vontade e da atuação de quaisquer particulares*.

Ademais, destaque-se que o princípio da oficialidade é uma *criação dos tempos modernos* e que, com ele, a instrução preparatória do processo penal é tarefa exclusiva de entidades oficiais não jurisdicionais. Releva notar, ainda, que tal princípio acentua o caráter público da ação penal e estabelece que o Estado é o titular *exclusivo* da acusação penal. Mais

¹⁰¹ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 2006, pp. 83-95.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, pp. 44-45.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, pp.53-55.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, pp. 63-64.

que isso, o princípio da oficialidade é um *corolário do princípio da separação dos poderes*, na medida em que a atribuição da iniciativa privativa da ação penal ao Ministério Público preserva o equilíbrio entre os Poderes da República¹⁰⁵.

Diante disso, ao epílogo da exposição destes argumentos, sustentamos, ainda, que a existência do assistente de acusação no cenário do processo penal contemporâneo democrático acaba por se constituir numa violação do princípio da oficialidade, tanto porque evidencia uma ofensa ao monopólio do poder punitivo do Estado, quanto porque caracteriza um sinal de desrespeito à indisponibilidade dos direitos. Pode-se dizer, assim, que, nesse sentido, o Código de Processo Penal de 1941 é esquizofrênico, vez que, a um só tempo, reivindica para si um caráter essencialmente público, seja na investigação dos fatos, seja na *persecutio in iudicio*, e apresenta nítidos vestígios de institutos vinculados umbilicalmente a interesses privados, nomeadamente, *in casu*, a existência do assistente de acusação. Aliás, nessa linha de pensamento, entendemos, também, que, em caráter de *lex legum*, deve o legislador infraconstitucional descriminalizar os delitos de ação penal privada, bem como as contravenções e preservar os delitos de ação penal pública, desde que associados a uma política de despenalização (utilização mais intensa de outras espécies de pena, que não a de privativa de liberdade) e redução significativa das penas privativas de liberdade.

Feitas tais explanações sobre os argumentos acima relacionados, analisaremos, agora, os aspectos político-criminais e criminológicos relativos à não-recepção do assistente de acusação.

4. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS ACERCA DO TEMA.

Inicialmente, no que tange à Criminologia, convém assinalar que, na atualidade, não há um discurso hegemônico, já que não há poder social com capacidade para assumi-lo. O Poder Econômico Globalizado se impõe

¹⁰⁵ Sobre a natureza jurídica do Ministério Público, consulte-se AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional* in Revista Forense. Rio de Janeiro: v. 376, p. 35-43, 2004.

frente aos poderes políticos nacionais sem que exista um poder acima das nações capaz de barrá-lo. É inegável que os estados, tomados em seu sentido tradicional, experimentaram uma drástica perda de atributos da *soberania*. O diminuto poder político dos países se vê impossibilitado de solucionar a demanda crescente de conflitos decorrentes das características excludentes do poder econômico globalizado. Na era da revolução tecnológica, o Estado é um mero *expectador*, que deixa viver e deixa morrer, não porque permite, mas porque é impotente diante do poder econômico globalizado. Nesse contexto, se assiste o aumento do poder autônomo das Polícias, as quais, ao contrário do discurso tradicional demagógico, monopolizam os mercados ilícitos (de drogas, armas etc.) e, diante de qualquer ensaio de controle, ameaçam os enfraquecidos poderes políticos nacionais que, por sua vez, se encontram imersos na hipocrisia dos operadores políticos *extra-sistema*. Uma vez coagidos, os políticos utilizam-se de medidas de comunicação comprobatórias de sua supostamente firme decisão de combater a demanda de conflitos, cedendo poder às agências policiais¹⁰⁶.

Vê-se, deste modo, há um processo de decadência do poder político. Convém lembrar que nenhum discurso sociológico é funcional, vez que desmascara a incoerência dos poderes políticos, impotentes para regular o poder econômico e controlar a crescente autonomização das corporações. Não é demais advertir que o poder político não possui força para atribuir hegemonia a algum discurso coerente; de outro lado, o poder econômico parece zombar do poder político, porque, pela primeira vez ao longo da história, pode exercer sua força sem qualquer mediação do poder político. Se há algo de certo, é que, na era da revolução tecnológica, o determinante é produzir discursos para a comunicação midiática, com efeito tranqüilizador (simbólico), pouco importando seus efeitos reais. Tal poder político degenerado precisa mais do que um discurso, porque ele mesmo e o próprio Estado têm, agora, como principal escopo promover um *espetáculo*. Essa dramaturgia política e criminológica se exacerbam em razão da crescente importância das *agências de comunicação social*. O poder político inferiorizado implora para elas, porque sem ter soluções reais, prefere comunicar falsas soluções, abdicando, assim, de seu próprio

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 286.

poder. Desta forma, como não há uma verdade, cria-se uma, ou seja, na seara da comunicação, cria-se uma realidade virtual, gradativamente distanciada dos fatos, apesar de possuir sérios efeitos reais. Não há como elaborar um discurso funcional para essa renúncia ao poder, vez que a própria razão de ser dos discursos é exercer uma função para o exercício do poder. Todo este cenário ilustra o momento atual da história cuja transição é imprevisível, vez que é instável em demasia¹⁰⁷.

Face à tormenta punitiva da revolução tecnológica, diante da qual é tarefa imprescindível do direito penal reafirmar seu caráter de saber redutor e limitador do poder punitivo para proteger o Estado de Direito durante esse momento de risco, é de fundamental importância uma integração por interdisciplinariedade. Em outras palavras, confeccionar uma teoria jurídico-penal que tome por espeque uma teoria agnóstica ou negativa do poder punitivo, que seja sensível para se aproveitar dos elementos e dados produzidos pela sociologia e a criminologia, principalmente no que toca à operatividade real dos sistemas penais. Sem essa integração, o discurso jurídico-penal perde seu destino e sua razão de ser, vez que ninguém conter aquilo que ignora. Suas propostas não podem ignorar as informações proporcionadas pela criminologia no que toca à realidade social do exercício do poder punitivo, à sua violência e seletividade, seus efeitos deteriorantes e de incremento dos conflitos. Portanto, diante deste quadro, no sentir de ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, “a criminologia é o conjunto de conhecimentos, de diversas áreas do saber, aplicados à análise e crítica do exercício do poder punitivo, para explicar sua operatividade social e individual e viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de violência social”¹⁰⁸.

Feitas tais considerações introdutórias acerca da criminologia, é imperioso descobrir o *véu das reais intenções* do legislador, bem como chamar atenção do operador do direito processual penal para as conseqüências de ordem criminológica que a opção pela existência e manutenção do assistente de acusação pode implicar. Pontuemos, então, algumas delas: a) a maior estigmatização¹⁰⁹ do réu em razão da atuação

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 287

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 288.

¹⁰⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge & ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

do assistente de acusação; b) a criminalização secundária¹¹⁰ que a admissão do assistente de acusação e o processo penal, como um todo, podem ocasionar; c) o caráter simbólico do ingresso do assistente de acusação no feito; d) o aspecto preventivo-retributivo do ato de admissão do assistente de acusação e do processo penal; e) os prejuízos experimentados pela pessoa equivocadamente acusada pelo assistente de acusação, ou pelo réu que respondeu ao processo e, ao final, foi julgado inocente; f) a maior seletividade e vulnerabilidade a que fica exposto o réu diante da admissão do assistente de acusação. Estas são algumas das repercussões criminológicas que, a nosso ver, podem ser destacadas.

Não seria demais afirmar que, quando o Estado-Juiz admite o assistente de acusação, este está, inegavelmente, comprometendo a sua *imparcialidade*, pois se inclina em favor do pólo ativo da ação e reconhece que esse precisa de auxílio para que sua tese saia vencedora, vinculando-se a uma dos sujeitos do processo, tomando, assim, parte na causa. Se, é certo que o sistema adotado pelo CPP é o inquisitorial, também é certo que o juiz poderia produzir prova de ofício. Logo, nesse contexto, alguns poderiam perguntar: qual a necessidade do juiz admitir o assistente de acusação no feito, se ele mesmo pode produzir prova no processo? E a tal pergunta, julgamos que a melhor resposta seja a seguinte: a necessidade do juiz em admitir o assistente consiste nos seguintes fatos: a) tentar ampliar a quantidade e qualidade de argumentos contra o réu; b) tentar aumentar o leque de possibilidades de provas que deseje produzir de ofício a partir de declarações do assistente e do ofendido; c) além de satisfazer os organismos midiáticos manipuladores de opinião¹¹¹, na medida em que sua decisão se coadune com o pretendido pelo assistente de acusação, que, por sua vez, está em harmonia com os *desejos ocultos*¹¹² de determinados setores da mídia.

De outro lado, quando o Ministério Público concorda com a admissão do assistente de acusação é possível retirar a partir de tal ato algumas

¹¹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal - Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999; ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*, Trad. E. Kosowski, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

¹¹¹ PASUKANIS, Eugeni B. *Teoría general Del derecho y marxismo*, trad. Virgílio Zapatero, Barcelona: Labor, 1976.

¹¹² GARCIA PABLOS, Antônio & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2003.

ilações: a) o Ministério Público, realmente, precisa da ajuda do assistente de acusação, e, ao admitir isso, atesta-se, claramente, a incapacidade do Estado em promover a persecução criminal; b) o Ministério Público não necessita do auxílio do assistente, mas concorda com a sua admissão no feito, seja em razão da pressão exercida pelos organismos midiáticos, seja como forma de dar uma satisfação à vítima, com o que põe em destaque o caráter autoritário e retribucionista da pena e do processo penal, seja como forma de se autoprotoger de uma eventual derrota, caso sua tese saia vencida, já que neste caso terá a sua eventual incapacidade técnica minorada em razão da presença do assistente de acusação.

Dito isso, passemos as nossas conclusões.

5. DA CONCLUSÃO.

Em síntese, entendemos que a Constituição Republicana de 1988 desassistiu o assistente de acusação, ou seja, não recepcionou tal figura processual. Esta não recepção, a nosso ver, se deve em razão dos seguintes argumentos: a) ofensa ao princípio do sistema acusatório (CRFB, artigo 129, I); b) quebra do princípio da isonomia processual; c) vestígio evidente do fenômeno da privatização do processo penal; d) resquício de vingança privada (*vindita*), ou seja, da privatização do processo penal; e) atendimento dos fins econômicos e financeiros da vítima (*an debeatur*); f) admissibilidade contraditória de que o Ministério Público, órgão do Estado, necessita de auxílio; g) marca de um Estado de Direito Liberal (Direito Liberal-Individualista), em contraposição ao Estado de Bem Estar Social instituído pela Constituição da República; h) reforço à tese do Direito Penal do Autor (Culpabilidade do Autor); i) desconsideração de que a vítima, por vezes, contribui para ocorrência do delito (note-se que o comportamento da vítima é uma das circunstâncias judiciais que devem ser ponderadas quando da fixação da pena base – artigo 59 do CP); j) supervalorização do fim retributivo da pena, conduzindo o processo penal a um perigoso e excessivo fim de retribuição da pena; l) a previsão da ação penal privada subsidiária da pública no rol das garantias individuais de natureza fundamental é a demonstração evidente da autorização que Constituinte Originário pretendeu conferir a vítima no processo penal

moderno, limitando a atuação desta no processo penal (forma de fiscalização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública); m) só se justifica a existência do assistente de acusação num processo penal crente no princípio da verdade real; n) ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que a decisão que admite, ou não, o ingresso do Assistente de Acusação no processo, não tem como pressuposto o oferecimento de oportunidade ao réu para poder se manifestar sobre a mesma, apesar de sofrer as conseqüências decorrentes dessa; e o) violação do princípio da oficialidade (monopólio do poder punitivo do Estado; indisponibilidade dos direitos).

Certo de que o tempo é o elemento da transformação, semeio a presente idéia no fértil húmus do pensamento jurídico, sem a pretensão de convencer, mas com o desejo de incomodar...!

PREMISSAS HISTÓRICAS E TEÓRICAS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Danilo Nascimento Cruz¹

RESUMO

Visa o presente trabalho, promover um estudo crítico sobre as premissas que culminaram com o fenômeno denominado constitucionalização do direito. Analisar-se-á tanto o contexto histórico como as principais correntes teóricas sobre o tema, tais como, efetividade constitucional, dogmática jurídica, positivismo jurídico, direito natural e pós-positivismo.

Palavras chave: Constitucionalização. Direito. Teorias.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da constitucionalização do direito tem amplo espectro de atuação sobre ordenamentos jurídicos vários em todo o mundo. A evolução do pensamento jurídico, do direito natural ao positivismo jurídico, passa pelo nascedouro de um embrião crítico trazido à tona pela teoria crítica do direito com o atual deságüe na nova onda pós-positivista.

¹Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI; Especialista em Direito do Estado (Constitucional, Tributário e Processo) pela Universidade Católica de Brasília - UCB (*Subárea de concentração – Direito Constitucional Processual*); Membro Associado da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC; Servidor do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí – TRE/PI; Foi Coordenador (2006) e Professor (2006, 2007, 2008) do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí - UESPI/Campus Dom José Vasquez Diaz; *home page*: www.piauijuridico.blogspot.com ; *e-mail*: piauijuridico@gmail.com

Inúmeros subdesenvolvimentos de questionamentos científicos incidentes ao fenômeno da constitucionalização permitem ao estudioso do direito, sempre sob o enfoque da atuação efetiva da ciência jurídica sobre a sociedade, o incremento de novas teorias, que repercutindo sobre o Estado Social promovem o surgimento de uma produção legislativa mais harmônica ao contexto social.

Tópicos como a efetividade constitucional, a aferição do contexto histórico das constituições brasileiras, a atuação efusiva da normatividade dos princípios e a moderna visão proporcionada pela hermenêutica constitucional, correspondem a uma nova ciência do direito, típica do Estado Constitucional e preocupada com o homem em sua dignidade.

À guisa de aprofundamento da matéria, o presente artigo aborda de forma analítica, mas não exauriente, as principais premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito.

2. A QUESTÃO DA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL.

A preocupação com a preeminência normativa da Constituição, utilizando-se de definição apregoada por Canotilho, nasceu pela necessidade de vivificar o sentimento constitucional² que inexistia no contexto social europeu até meados do século XX. A tradição de contemplar o ordenamento jurídico do Estado Soberano com um texto constitucional escrito já era sedimentada nos países que tinham vínculo com o sistema jurídico romano-germânico, ao contrário dos que tinham naquele continente, por base, o sistema jurídico do common law.

O conteúdo das Cartas Constitucionais não passava de meros planos direcionais dotados de um apanhado de prognósticos inatos e inertes

² Karl Loewenstein explica: “Con la expresión ‘sentimiento constitucional’ (Verfassungsgesühl) se toca uno de los fenómenos psicológico sociales y sociológicos de existencialismo político mas difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones político partidistas, econômico sociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario y obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad.” in LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p.200 apud SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 74.

que, no mais das vezes, norteavam a atuação dos poderes públicos³, não os vinculando, mas tornando-os permissionários de uma atuação discricionária. Deve-se enfatizar que os poderes acima mencionados restringiam-se ao legislativo e ao executivo, onde nesta quadra o judiciário era um ator menor.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se assim o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação do poderes públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.⁴

Com o fim da segunda guerra mundial, o movimento de reconstitucionalização aflorou na Europa, a derrocada do positivismo, a reaproximação do direito com a ética e a moral e a utilização da lei como meio justificador de atrocidades⁵, foram o campo propício para ascensão de um ideal constitucional efetivo. As normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade além do caráter vinculativo e obrigatório.

Essa imperatividade revela-se nascedoura pela força normativa constitucional. Konrad Hesse orientando-se no sentido de buscar solução à questão da força normativa constitucional, indica três proposições: i) uma no sentido de reconhecimento da existência de uma subordinação recíproca entre a Constituição Jurídica e realidade político-social; ii) a

³ “Deve-se ter claro que a Constituição, como documento jurídico-político, está submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar como querem alguns, a sua transformação em programa de governo, fragilizando-a como paradigma ético jurídico da sociedade e do poder, ao invés de este se constitucionalizar, pondo em prática o conteúdo constitucional.”in STRECK, Lênio Luiz. MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 153.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 298.

⁵ “A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana.”in SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17.

análise acerca do espectro de atuação da Constituição Jurídica, bem como iii) um diagnóstico sobre a eficácia da mesma.⁶

Ora, é cediço que se encontra arraigado no âmago de cada homem componente da sociedade, um sentimento vivo de ter assegurado, respeitado e concretizado seus direitos inatos e atávicos. A concretização das normas constitucionais é a certeza de que não se está diante de uma folha de papel em branco. É isso que a sociedade espera, ansiosa, de sua carta política. E essa idéia não é uma “modernidade” do século XIX, é uma idéia que remonta o contrato social, em que os homens num pacto de consentimento procuravam preservar seus direitos inatos (naturais) legitimando o nascimento do Estado Civil.⁷

Assim, chegamos a um ponto crucial para concretizarmos a idéia de efetividade, qual seja, captar dentro da teoria do direito o espectro de atuação concreta das normas constitucionais a partir do conceito de eficácia.

Luis Roberto Barroso conceitua eficácia nos seguintes termos:

A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou em menor grau, os seus efeitos típicos.⁸

Apreendemos então que, para que haja a eficácia jurídica basta a possibilidade da aplicação da norma, ou seja, basta aptidão para gerar efeitos. Situação precária para a idéia de efetividade. Deste modo, temos que partir para o conceito de eficácia social, que se caracteriza pela concretização do comando normativo no mundo dos fatos, a inter-relação evidente do ser e do dever-ser.

⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 72-73.

⁷ Deve-se notar que essa idéia de legitimação para o nascimento do Estado com a preservação dos direitos naturais é patente no pensamento de Locke. Ao contrário, Hobbes entendia que haveria uma negação (que se daria em troca da proteção do Leviatã) total de qualquer direito anterior, pois, não haveria ainda um Estado que o concedesse. Vislumbra-se nesse momento, um Estado de natureza, pré-político, mas não selvagem, e onde tal conjectura não passa de uma abstração justificadora e legitimadora para o nascimento da sociedade política organizada. Para um aprofundamento crítico sobre tema veja-se: STRECK, Lênio Luiz. MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 28-50.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 81.

Tal conceito resume e fecha a idéia de efetividade. Evidencia o real propósito constitucional, pois não basta teorizar uma utopia ufana e fechar os olhos de forma vil às mazelas postadas às portas de nossas casas. É necessário que a norma seja sincera e factível, que as aspirações sociais realmente sejam fatores reais de poder.

3. A INSINCERIDADE NORMATIVA E A INEFETIVIDADE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS DE 1824 À DE 1967 C/ EC 01/69. – DOUTRINA DE LUÍS ROBERTO BARROSO.

É importante começarmos esse item sob o rigor sóbrio das palavras do Prof. Oliveira Vianna em seu “O idealismo na Constituição” citado pelo Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O que realmente caracteriza e denuncia a presença do idealismo utópico num sistema constitucional é a disparidade que há entre a grandeza e a impressionante eurritmia de sua estrutura e a insignificância de seu rendimento efetivo – e isto quando não se verifica a sua esterilidade completa.⁹

O trabalho do Prof. Luis Roberto Barroso para o direito constitucional brasileiro foi e é de importância incontestável. A disseminação de suas idéias sobre a efetividade constitucional brasileira em sua obra “*O direito constitucional e efetividade de suas normas*”, que condensa uma substancial análise crítica sobre a atuação de nossa carta magna seus limites e suas possibilidades, tem estimulado uma fértil produção acadêmica no Brasil e de certa forma ainda faz manar uma nova forma de pensar nos operários do direito pátrio.

Uma apreciação acurada de seu trabalho acima mencionado nos possibilita apartar um tema que é de acentuado relevo, a insinceridade normativa.

As normas constitucionais são atos políticos que atuam diretamente sobre a organização social, são imperativas sobre toda a coletividade e subordinam todo o aparelho estatal. Tais características anteriormente aludidas exigem uma materialização e uma alocação definida no ordenamento jurídico.

⁹ VIANA, Oliveira. *O idealismo na constituição*. 2ª ed. São Paulo: Nacional, 1939. *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 91.

Luís Roberto Barroso ao fazer um apanhado histórico-crítico das nossas cartas constitucionais ressalta algumas vicissitudes que embaraçaram até mesmo o bosquejo brotar de um sentimento constitucional na sociedade brasileira.

Segue breve epítome:

- Constituição de 1824 – O início pela outorga. A herança rançosa do patrimonialismo. A pseudo-garantia de igualdade formalmente assegurada constitucionalmente em íntimo convívio com privilégios da nobreza, voto censitário e o regime escravocrata. Marginalização institucionalizada sob os auspícios de uma oligarquia caricatural.

- Constituição de 1891 – A primeira das constituições da república era autoritária e avessa às questões sociais. Inquietações e revoltas sucessivas eram comuns numa ainda oligarquia institucionalizada. A onipotência de uma burguesia latifundiária. Implementação de uma fórmula (mal copiada) federalista norte-americana distorcida. Processo eleitoral desacreditado e fraudulento.

- Constituição de 1934 – A intensa influência da constituição de Weimar de 1919. O início de uma ditadura.

- Constituição de 1937 – Nas precisas palavras de Luís Roberto Barroso “Governo de fato, de suporte policial e militar, sem submissão sequer formal à Lei maior, que não teve vigência efetiva, salvo quanto aos dispositivos que outorgavam ao chefe do executivo poderes excepcionais.”

- Constituição de 1946 – Uma constituição de desenho social marcante, mas inefetivo, uma Carta de prognósticos. Manobras políticas eram prosaicas, refletindo às avessas a forma que de fato legitimava a escolha de nossos governantes. Representava a era do governo dos Atos Institucionais.

- Constituição de 1967 – Período de caro custo social. Autoritarismo institucionalizado. A censura e a tortura eram a regra, a liberdade uma longínqua exceção. O Brasil vivia em pleno estado de psicastenía.

- Constituição de 1969 – Um exemplo de carta nominal, em clássica classificação de Karl Loewenstein¹⁰, onde as prescrições do dever-ser não se coadunavam com as do ser.

¹⁰ Para Loewenstein, as constituições nominais têm caráter meramente prospectivo e educativo.

Observando-se o quadro político, social e institucional que regeu a sociedade brasileira durante o interstício que inicia com a Constituição de 1824 e finda com a Constituição de 1967, é notório o quanto as cartas políticas que vigoraram tiveram uma função de mero formalismo. Existiam sem qualquer denotação de força cogente, nem de garantia à defesa dos direitos fundamentais. A égide de suas existências garantia apenas o interesse de castas oligárquicas polutas e demagógicas, legado de uma colonização fugidia e acovardada.

Toda essa situação causou uma verdadeira frustração constitucional e institucional. A existência de leis para tudo e que não garantiam ou serviam para quase nada, acumulavam-se numa verdadeira inflação legislativa e transfiguravam-se numa patente insinceridade normativa.¹¹

4. O DIREITO NATURAL E O IDEAL METAFÍSICO.

A idéia de direito natural remonta à compreensão de normas metafísicas, superior ao racionalismo humano.¹² Caracteriza-se pela imagem do justo, nascida da razão humana e presente no pensamento de cada homem.

Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico...¹³

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 59.

¹² “A noção de um direito superior às leis humanas manifesta-se já nos textos gregos. Vimos que a mitologia grega consagrara o simbolismo da Justiça por meio da deusa Dikê. A missão de Dikê era defender o direito entre os homens. Possuía duas irmãs, Eunomia, que representava a ordem e segurança, e Eiroenê, a paz. Dikê, Eunomia e Eiroenê formavam o tripé de sustentação do direito.” in VENOSA. Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito – primeiras linhas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 43.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 13.

Dentro de suas variações ao longo dos anos, suas principais facetas revelaram-se por ser; i) uma lei de vontade divina (onde a razão divina rege o universo e o comportamento humano, tem por fonte a vontade de Deus) e o ii) direito natural ditada pela razão do homem (o direito natural é visto como mera lei moral e não propriamente um direito)

A idade moderna traz mudanças. A reforma protestante; a formação dos Estados Nacionais; a mudança do eixo econômico do mediterrâneo para o atlântico; a derrocada da idade medieval pela quebra da unidade da fé cristã, o afloramento do racionalismo científico(...)

O jusnaturalismo passa à categoria de filosofia natural do direito e partidária do iluminismo, seu grande mérito foi de sublimar o conceito de justiça como centro gravitador do direito, este impondo-se não unicamente porque emana de um poder soberano, mas porque se harmoniza com os princípios de justiça.

As idéias jusnaturalistas foram o combustível para as revoluções de cunho iluminista. A lei, símbolo maior desta época, sobrelevou-se frente ao direito natural e assim, o criador foi superado pela criatura, o direito natural é postado à margem da história por suas características metafísica e anti-científica, bem como pela onipotência positivista.¹⁴

5. O POSITIVISMO JURÍDICO.

Com o advento do positivismo viveu-se a época em que o direito era apenas aquele existente nas leis criadas pelo homem e posta pelo Estado.

O positivismo nega em princípio a existência de juízos de valor atrelando-se aos fenômenos que podem ser observados.¹⁵

¹⁴ “O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica.” in BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 15 - 16.

¹⁵ VENOSA. Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito – primeiras linhas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 17.

Explica Barroso:

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o direito da moral e dos valores transcendentais. O direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.¹⁶

O positivismo foi concebido como uma forma de isolar o direito da moral e da política. O tratamento de questões atinentes à legitimidade e à justiça comportavam um grau de abstração que não caberia ao trabalho do interprete ou ao aplicador da norma.

A norma e o direito apresentam-se quase que de forma indissociável, o Estado afirma sua estatalidade como fonte autêntica de emanção dos atos normativos de forma completa, pura e dogmática, não permitindo lacunas, pois a norma contempla todas as situações a serem reguladas de forma quase hermética, o pensamento jurídico do século XIX sustentava um ordenamento sem contradições internas, nem vazios a ser integrados. A lei é para ser aplicada, pois nela se encontra a legitimação da regulação social.

O poder legislativo era visto como órgão supremo do Estado por representar a vontade do povo. O poder judiciário tinha uma atividade mecânica que impedia os juizes do exercício de uma função deliberativa, valorativa e ainda era compelido a uma aplicação literal da lei, ou nas palavras de Montesquieu, o juiz era apenas a boca da lei.

É unanimidade entre os doutrinadores¹⁷ que o positivismo foi a porta aberta que faltava aos regimes totalitários. Sua falsa idéia de objetividade

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 13.

¹⁷ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 377.

dogmática à bem do coletivo permitiu o Estado cruel do nazismo Alemão, o ferrenho comunismo da extinta União Soviética e o fascismo na Itália.¹⁸

6. DOGMÁTICA JURÍDICA

Para manter-se intacto à sua intangibilidade imperativa, o positivismo concebeu a dogmática jurídica como certidão de pureza.

A dogmática jurídica teve e tem por característica circunscrever o estudo do direito às normas positivadas que compõem o ordenamento, constituindo-se uma mera descrição sistemática destas normas como dogmas. E, sendo dogmas, as normas são vistas como preceitos estabelecidos a priori e apresentados como verdades definitivas, incontestáveis, tidas como naturais, aceitas e seguidas, sem discussão ou análise crítica¹⁹. Nessa idéia, revestem-se de abstração e logicidade, com conceitos absolutos e com exclusão de interferências de outras ciências.^{20, 21}

¹⁸ “... a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.” in BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 18.

¹⁹ O criticismo revela-se uma posição metodológica própria do Kantismo, caracterizada por considerar que a análise crítica da possibilidade, da origem, do valor, das leis e dos limites do conhecimento racional, deve ser o ponto de partida da reflexão filosófica. Nesse sentido Aurélio Buarque de Holanda – Dicionário Aurélio – Versão Eletrônica.

²⁰ PAES, Arnaldo Boson. *Criação judicial do direito*. Teresina, 2004. p.23. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Piauí / Universidade Federal do Ceará, Piauí/Ceará, 2004.

²¹ “... o pensar dogmático, desenvolvido em circuito fechado, tratando das normas e dos conceitos jurídicos, de seu arranjo e funcionalidade internos, de suas inter-relações e de sua sistematização na ordem jurídica positiva, termina por esvair-se em considerações intra-sistêmicas, esquecendo ou deixando de lado a circunstância por certo não negligenciável de que o direito existe para satisfazer necessidades e interesses individuais e sociais. Desemboca-se, por essa forma, no reductionismo logicista e formalista pelo qual se quer construir uma ciência jurídica tão perfeita que termina não dever satisfação à vida e aos dramas humanos.” in AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 29.

Assinala Karl Larenz:

[...]dogmas fundamentam-se e comungam da autoridade da lei, que não pode ser posta em causa no quadro da dogmática de um determinado direito positivo. O termo ‘dogmática’ significa a vinculação do processo de conhecimento àquilo que na lei é assumido e que, neste quadro, deixa de ser questionado.²²

Um esboço de sua superação se deu através da abordagem crítica do direito, afinal a ciência jurídica deveria ter reflexo no contexto social, ser efetiva e transformadora de forma a moldar e adaptar as exigências decorrentes do sistema sócio-político. A atividade de intérprete não se limitaria à aplicação das normas, mas possuiria a função precípua de criar o direito, cujo exercício envolve, não só o conhecimento jurídico, mas valores e convicções dos quais é portador.

Os resquícios o ideário positivista sob a legitimação de dogmas sofreu e ainda tem sofrido duras críticas. Hugo de Brito Machado Segundo em denso trabalho sobre a razão da Dogmática Jurídica, ensina que, mesmo que se admita que o cientista do direito parta de normas postas, não lhe cabendo discutir sua obrigatoriedade, tal motivo não seria suficiente para atribuir-lhe caráter dogmático, afinal, mesmo sem discutir a procedência dessa visão principialista, também nos outros ramos do conhecimento científico o objeto a ser conhecido seria também um dado não alterável pelo sujeito cognoscente, regido por leis que não podem ser por ele modificadas mas apenas descobertas.²³

Corroborando com Hugo Segundo, o Prof. Arnaldo Vasconcelos no prefácio da obra *“Por que dogmática jurídica”* do primeiro autor, relaciona como alguns dos prejuízos trazidos pelas posições dogmáticas, a intolerância com a visão pluralista do mundo; uma postura autoritária, acrítica e antidemocrática, bem como a imobilização do pensamento, e

²² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, tradução de José Lâmega. 3º ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 319.

²³ “Além disso, como os próprios teóricos atuais reconhecem, mesmo os positivistas mais ortodoxos, as normas não são um dado pronto, a ser aceito de forma completamente acrítica, pelo cientista do direito, nem um ponto de partida inelutável de qualquer investigação. De início porque não há consenso quanto ao que estejam a prescrever os textos que as enunciam, sendo certo que a norma não existe objetivamente fora do intérprete, de modo a ser simplesmente descrita por ele.” in MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 34.

arremata acusando o dogmatismo da mais prolífica fonte de erros dos sistemas jurídicos.²⁴

Não obstante, ainda existe parcela da doutrina nacional que reconhece a legitimidade da Dogmática Jurídica.²⁵

7. TEORIA CRÍTICA DO DIREITO – EM BUSCA DE UM DIREITO TRANSFORMADOR.

A necessidade de se conceber uma nova visão, menos anacrônica e mais efetiva, do direito veio através das teorias críticas do direito.

As teorias críticas partiam basicamente do pensamento marxista que buscava denunciar o direito enquanto poder, instrumento de legitimação das classes dominantes, através da ideologia de superestrutura social de ocultação/alienação. O direito não serviria como objeto de emancipação por ser ligado a uma ideologia.

Tais teorias identificaram-se em diversas vertentes, dentre as quais a epistemológica, a sociológica, a semiológica, psicanalítica e teoria crítica da sociedade. Especificar cada umas dessas vertentes não está na órbita de delimitação deste trabalho, porém é importante realçar que todas partiam da premissa que o direito representava uma instância de poder dominador e alienador.

A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que

²⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. XV.

²⁵ Lênio Luiz Streck preceitua na apresentação do terceiro volume das Lições de Direito Processual Civil do Prof. Alexandre Freitas Câmara. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. xv. “Não há direito sem dogmática (jurídica)... Contemporaneamente, como se sabe, mormente em face do advento dos novos tempos constitucionalizantes, a dogmática jurídica pode questionar e servir e instrumento fundamental para realização de direitos dos mais variados. Basta ver, nesse sentido, a gama de direitos (ainda) não realizados em nossa sociedade.”

*a faz parecer natural e neutra. A teoria crítica preconiza, ainda, a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação.*²⁶

A teoria crítica proporcionou uma nova leitura da ciência jurídica frente à defasada hegemonia do positivismo jurídico. Todavia, a nova forma da idéia de juridicidade partiu da falsa premissa de dominação, situação essa que desencadeou algumas conseqüências desarrazoadas, como a inviabilidade de uma dogmática emancipatória; o desprestígio do discurso jurídico; o esvaziamento da dignidade normativa, dentre outros.

Apesar do insucesso das teorias críticas sobre a onipotência positivista e a inércia em que vivia a ciência jurídica, floresceu aí o que podemos chamar de a semente do neoconstitucionalismo.

8. NEOCONSTITUCIONALISMO OU PÓS-POSITIVISMO

O pós-positivismo ou neoconstitucionalismo²⁷ foi a válvula de escape, o suspiro que faltava à já tão cansada fórmula positivista.

A reaproximação do direito com ética e com os valores postos de lado pelo positivismo, promoveram uma revolução na ciência jurídica.²⁸

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 10.

²⁷ Sobre o tema no direito brasileiro: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008. SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Nesse livro, conferir sobre o neoconstitucionalismo: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*; SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*.

²⁸ "...mas seria numa terceira fase, desenvolvida na segunda metade do século vinte, que se reincorporariam plenamente os valores abandonados pela velha dogmática positivista, tudo sob a ponderável influência das mutações experimentadas pela sociedade e pelo Estado, notadamente após um meio século de mega-conflitos dominado por radicalismos políticos, por ideologias escravizantes e por autocracias tirânicas, construídas sobre o esqueleto formal e sem valores do Estado de Direito, em que a legalidade se confundia com a legitimidade e se ignorava a dimensão ética da licitude. Essa nova fase, da jurisprudência de valores, foi a resposta ao grande vazio axiológico e teleológico criado pela legalidade formalista, suportando um Direito sem alma, sedimentada depois de breves vacilações doutrinárias em que fervilhou, num primeiro momento, a

Reviu-se a questão da legalidade estrita, os princípios passaram a ser dotados de normatividade, surge uma nova concepção hermenêutica e desenvolve-se de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

O arcabouço teórico do neoconstitucionalismo trouxe em si uma nova forma de organização política, o Estado Constitucional, representado pela justaposição simbiótica entre a democracia e constitucionalismo do pós-guerra.

Historicamente temos como marco inicial a lei fundamental de Bonn, bem como a fértil produção jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã. No Brasil o processo de reconstitucionalização deu-se sob o manto do nascimento de um novo Estado, com a promulgação de uma nova constituição (1988) e dentro de uma transição de um regime ditatorial para o democrático, possibilitando um período de estabilidade constitucional.

Em clínico olhar Luis Roberto Barroso infere:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas

indignação de movimentos contestadores mais radicais e de menor fôlego, como, por exemplo, o da chamada teoria crítica, desenvolvida logo depois de terminada a II Guerra Mundial pela denominada Escola de Frankfurt, contando com os nomes de L. Althusser e, depois, J. Habermas, mas que acabou por negar o próprio Direito, ao predicar uma jurisprudência política. Distintamente, a jurisprudência de valores, partindo da nova concepção de justiça de John Rawls e contando com famosos próceres, como G. Bettiol, L. Legal y Lacambra, R. Dworkin e Karl Larenz, logo frutifica na doutrina e nos tribunais da República Federal da Alemanha, que à época reconstruía seu Direito Constitucional sob o enfoque da democracia substancial, notadamente em trabalhos que logo se tornaram clássicos, como, entre outros, os de K. Engisch, P. Häberle, F. Muller, R. Alexy (na teoria dos princípios) e W. Canaris, este último definindo claramente o Direito como um sistema aberto de valores, ou seja, expresso por meio de princípios dotados de força normativa, com conteúdo de valor (axiologísche) ou de fim (teleologísche). Nada surpreendente, portanto, que, depois do auge e da queda das grandes potências bélicas e dos mega-Estados, e do pavor constante de um iminente holocausto nuclear, tenha ocorrido “essa reaproximação entre ética e direito, a partir do que se convencionou chamar de “virada kantiana” (kantische Wende), e ela viesse a se tornar um fundamento do Estado Democrático da Direito, reentrando as dimensões éticas perdidas da legitimidade e da licitude e restabelecendo o primado da sociedade sobre o Estado e do homem sobre a sociedade, expressado nos direitos fundamentais, um conceito que passou a pairar acima dos ordenamentos jurídicos e dos Estados, para inspirá-los e informá-los.” in NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo. O Pós-Positivismo Chega ao Brasil. Inaugura-se um Constitucionalismo de Transição.* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.²⁹

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.³⁰

9. O PAPEL DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

O caráter preeminente das normas constitucionais bem como a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação frente a nova estrutura de normatividade dos princípios, foram decisivos para a elaboração de um novo conjunto de métodos de interpretação constitucional que prestigiassem a ponderação de valores e a teoria argumentativa. É necessário ressaltar que tal situação não implica na defasagem dos métodos hermenêuticos tradicionais.³¹

Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia,

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 18-19, jul/dez. 2006.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 20-21, jul/dez. 2006.

³¹ “Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. Embora a história das ciências se faça, por vezes, em movimentos revolucionários de ruptura, não é disso que se trata aqui. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas.” in BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. **Cajur**, Teresina, a. 1, n. 6, 28 out. 2005. Disponível em: <http://cajur.brinkster.net/artigos/arti_histdirbras.zip>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

*que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico.*³²

Essa nova forma de interpretação constitucional tem por fundamento o alto nível de abertura interpretativa promovido pelo texto constitucional, com densa carga axiológica, permitindo assim um sem número de possibilidades interpretativas à vista dos elementos do caso concreto, em busca de uma solução providente.

9.1 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS³³

Tema instigante e essencial dentro do pós-positivismo é a normatividade dos princípios. Com a insurreição da força normativa constitucional, os princípios jurídicos insculpidos na carta constitucional passaram a gozar de um status de aplicabilidade relevantíssimo, superou-se a função puramente axiológica, ética e ineficaz, passando à uma incidência direta no caso concreto.

A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em

³² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 25, jul/dez. 2006.

³³ Para um estudo aprofundado sobre o tema: LIMA, Francisco Meton Marques de. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional*. Fortaleza: ABC Editora, 2001. v. 1. 399 p.; COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 160p.; NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo. *O Pós-Positivismo Chega ao Brasil. Inaugura-se um Constitucionalismo de Transição*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n.º. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009; SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009; ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento. Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das idéias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto,

não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.³⁴

Superadas as concepções jusnaturalistas e metafísicas, bem como aquelas que os tinham como simples fonte normativa subsidiária, os princípios passaram por uma fase de positivação constitucional.³⁵

Assim, para Paulo Ricardo Schier, os novos sistemas constitucionais acentuam sua carga axiológica, os princípios passam a caracterizar o cerne das constituições, promovendo uma verdadeira filtragem constitucional na leitura de todas as questões da dogmática jurídica.

Avilta-se nesse momento neoconstitucional a vinculatividade especial da Constituição a permitir uma adequada solução às hipóteses de colisões normativas, bem como a implementação de uma dogmática principalista.

10. CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito vem revelando-se um marco, uma nova forma de pensar a ciência jurídica. Sua vagarosa evolução ao longo dos séculos é a demonstração clara de como o pensamento científico desenvolve-se ao mesmo passo do desenvolvimento do comportamento social.

A vigência e superação de pensamentos teóricos afirmam a constante do progresso científico. A evolução do direito natural ao positivismo, passando pela teoria crítica do direito, a superação da dogmática, com o deságüe no pós positivismo embebido de uma proeminência normativa constitucional e sua efetividade é o resumo do caminho traçado pela ciência jurídica até seu atual estágio.

Superou-se o Estado Legalista e impôs-se o Estado Constitucional. A ciência jurídica deita-se sobre um novo paradigma e o homem de mero coadjuvante passa a ser ator principal, traduzido em sua dignidade.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. *Cajur*, Teresina, a. 1, n. 6, 28 out. 2005. Disponível em: <http://cajur.brinkster.net/artigos/arti_histdirbras.zip>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

³⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

BIBLIOGRAFIA

- ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 18-19, jul/dez. 2006.
- _____. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. **Cajur**, Teresina, a. 1, n. 6, 28 out. 2005. Disponível em: <http://cajur.brinkster.net/artigos/arti_histdirbras.zip>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil v.iii*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, tradução de José Lâmega. 3º ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Aspectos jurídicos do Brasil contemporâneo. O pós-positivismo chega ao Brasil. inaugura-se um constitucionalismo de transição*. Revista

-
- Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.
- PAES, Arnaldo Boson. *Criação judicial do direito*. Teresina, 2004. 23 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Piauí / Universidade Federal do Ceará, Piauí/ Ceará, 2004.
- SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.). *A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- _____. *Novos desafios da filragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.
- VENOSA. Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito – primeiras linhas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TITLE:

Theoretical and Historical Theories About Constitutionalization of Law

ABSTRACT

The paper aims to promote a critical study on the assumptions that culminated in the phenomenon known as constitution of law. It will analyze both the historical context and the main theoretical principles on the subject such as constitutional effectiveness, juridical tenet, juridical positivism, natural law and post-positivism.

KEYWORDS

Constitutionalization. Law. Theories.

SISTEMA JURÍDICO NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL: ESTUDO ACERCA DAS AMBIGÜIDADES NOS PRECATÓRIOS E EM FACE DA EQUIVOCAÇÃO NA DÚPLICE RENÚNCIA ANTE O EXCEDENTE QUE ULTRAPASSA O LIMITE DE ALÇADA RELATIVAMENTE À PESSOA IDOSA

Adgerson Ribeiro de Carvalho Sousa – Advogado

“Quando há um firme propósito sobre o objetivo que se quer atingir, é preciso agir sem fazer hipóteses sobre os riscos de não alcançar o resultado final. Enquanto não tiver tentado, você não pode dizer que uma coisa é impossível.”

Jean Monnet.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa, Lucília Maria da Silva Carvalho Sousa, paixão insuperável, amor que denota sinceridade, companhia sempre presente, até nos momentos de dificuldades.

Ao amigo e jurisdicionado Mario, com quem aprendi bastante, principalmente no sentido de que os sonhos existem e podem ser alcançados.

Ao conspícuo e sapientíssimo Desembargador André Fontes, pela sua constante demonstração de amizade e fidalguia com relação a todos aqueles que necessitam de uma audiência.

ESCOPO INTRODUTIVO – BREVE HISTÓRICO

Sujeito às contingências da publicidade e os rigores da crítica; oriento a minha atividade profissional no sentido da necessidade de expressar a comoção do momento; faço investigações acerca de um assunto já comentado por renomados jurisconsultos e notáveis magistrados, assim como escrevo, estimulado pelo desejo de ser útil ao meu país.

Em vista disso, esclareço que a idéia de se desenvolver o presente ensaio surgiu da inevitável necessidade de se relatar a frustração e a insegurança que todo jurisdicionado tem ao se defrontar com normas jurídicas que beneficiam o Estado, ao retardar a satisfação almejada da solução do conflito de interesses logo após a entrega da prestação jurisdicional, principalmente quando se trata de questão que envolve pessoa de idade avançada.

O começo de um novo século impõe a obrigação de, hoje, mais do que nunca, que se proceda ao exame de temas ligados aos direitos do cidadão no contexto das velocíssimas mudanças que sucederam no século passado, e dos progressos não consistentes, os quais instigam imensos desafios para a época presente.

Entrementes, o ânimo de se formar pensamentos em disposição para o futuro, não exime que se faça uma valoração do século findo, ainda que seja em apertada síntese, porquanto a responsabilidade política e ética que deve persistir em todo Estado Democrático de Direito que tem como primazia, garantir o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, em face dos privilégios concedidos aos cidadãos pela Carta Magna e demais legislações próprias ao modo do dever ser do governo, tornam obrigatório que a sociedade por inteiro faça um exame simultâneo dos fatos passados e atuais, com o objetivo de não incidir em desregramentos já cometidos em outrora.

Por isso, conquanto se esteja no início do artigo, não seria despropositado ressaltar aqui, a sábia reflexão apresentada pelo emérito mestre Jayme de Altavila, que ao concluir em sua admirável obra: “Origem dos Direitos dos Povos”, leciona que:

“As legislações antigas foram más, porém sinceras, expondo nos seus ordenamentos restrições odiosas e penalidades sanguinárias e brutais,

compatíveis com o seu tempo. As legislações modernas, com algumas exceções, são enfáticas e hipócritas, ostentando postulados democráticos das alheias declarações de direitos, mas condicionando as suas aplicações a regulamentações que as anulam, na prática, tal como as constituições dos Estados subordinados ao heliocentrismo soviético.

(...)

Nos códigos antigos, os legisladores que os outorgaram em nome de seus deuses não procuraram encobrir os seus incisos de ferro; antes, se vangloriaram deles, a exemplo de Hamurabi e de Manu. O despotismo estatal exsurgia dos seus textos, sem subterfúgios e reticências.

(...)

Na historicidade daqueles direitos, não poderemos deixar de reconhecer as virtudes de suas tratadas francas e sem dissimulações.

(...)

É bem verdade que os velhos direitos formavam um corpo único, sem bipartição pública e privada. Mas ainda assim não deixavam brecha para as violações legais do presente, em que “o regime político exprime, na constituição de um Estado, a interferência entre a esfera política e a do Direito Público, ou melhor, o resultado de um processo pelo qual uma concepção política fundamental se introduz na constituição de um Estado.

(...)(Altavila, Jayme de. Origem do Direito dos Povos. 5ª ed. – São Paulo: Ícone, 1989, pp.259-260) (grifo nosso)

O certo é que a partir do momento em que as pessoas passaram a formular regras de suas relações na sociedade e, conseqüentemente, sancionando-as como leis, hipoteticamente sepultaram de vez a força física e a astúcia, com as quais se utilizavam na fase primitiva e não plenamente civilizada.

Com a evolução, a sensação do justo e do injusto, bem como a disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um, foi se aprimorando o método de elaboração das normas, até o momento em que surgem as primeiras leis escritas, com o propósito de legitimar preceitos de direito que, como se sabe só se manifesta como verdade

absoluta, quando edificados em fontes primárias cogentes e indubitáveis da sociedade, capazes de solucionar determinados conflitos de interesse.

Sem querer desviar em demasia do exato propósito do tema escolhido, a título de exemplo, convém citar o que previa a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pós Revolução Francesa de 1789**, quando em seu **artigo 9º** conjeturava-se que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

Note-se que a regra de procedimento mencionada acima, passou a ser utilizada em nosso país, principalmente após a vigência da atual e agonizante Carta Constitucional de 1988.

Por conseguinte, a presunção da inocência, a integridade físico-corporal, a dignidade da pessoa humana, afora outras normas de procedimento, passaram a ser preservados, pelo menos nos países que introduziram como norma jurídica regras que tinham como primazia a proteção dos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, razão porque, em face dos mencionados ordenamentos, em sã consciência, não se pode mais tolerar penas cruéis, isto é: açoites, tortura ou tratamento desumano ou degradante, marca de ferro quente, banimento judicial, etc.

Um outro aspecto embora fora do tema, mas digno de ser considerado, é o fato de que recentemente o Supremo Tribunal Federal, arrimado pelo dispositivo prescrito no **artigo 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil**, com a finalidade de tornar pública a jurisprudência para a sociedade, bem como de promover a uniformidade entre as decisões, em face do efeito *erga omnes*, através da Súmula Vinculante nº 11, assentou o seguinte:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

Contudo, não poderíamos deixar de mencionar aqui a magnificência observância do mestre Celso D. de Albuquerque Mello, notadamente em

sua obra: “Direitos Humanos e Conflitos Armados”, quando ao ponderar sobre o tema Direitos Humanos, leciona:

*“A nova constituição de 1988 no Título II se utiliza desta expressão: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e o Capítulo I tem por título “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e o Capítulo II “Dos Direitos Sociais”. A questão a ser discutida é se a expressão equivale a de direitos humanos ou direitos do homem. Filiamo-nos à corrente que responde pela negativa, afirmando que ela é sinônimo de “liberdades públicas”; isto é, **só há direitos fundamentais quando há um texto constitucional escrito e consagrado na jurisdição constitucional que as garanta.**”*

(...)

“Rivero observa que apesar da Declaração de 1789 a expressão “direitos fundamentais” não era muito utilizada na França. A expressão penetrou na França após a 2ª Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Considera este conceito como “vago” e não vê como distinguir tais direitos dos que não são fundamentais. ... Ele vê nas palavras fundamentais algo “flou”; por exemplo, não se sabe qual é o seu conteúdo. Não há dúvida que se incluem as “liberdade fundamentais”, mas além delas há uma “auréola nebulosa” como por exemplo, os “direitos da criança” em que se pode “exigir da sociedade um certo número de prestações positivas”. Enfim “os direitos à...” que se opõem aos “direitos de...” conforme “a terminologia italiana”. (Mello, Celso Duvivier de Albuquerque. Direitos Humanos e Conflitos Armados – Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p11) – grifamos.

Considerando que em nosso país, o legislador ordinário perfilhou o modelo tripartido para a atividade do Poder Estatal, distribuindo ordenadamente para cada um dos poderes (legislativo, executivo e judiciário) funções distintas, não obstante cada um deles possa praticar atividades secundárias, isto é, fora da área aonde executa a sua atuação peculiar, em face do princípio através do qual sempre deve ser observada a independência e harmonia entre eles, principalmente no que concerne a demarcação das competências constitucionais exclusivas ou essenciais, é de se concluir ser inconcebível qualquer tipo de moderação.

Contudo, não raras vezes acontecem inúmeras ofensas à lei, ocasião em que mediante invocação do Poder Jurisdicional do Estado, o jurisdicionado procura a solução para o caso concreto que se apresenta.

Todavia, é sabido de todos que o Poder Legislativo vem legislando erradamente, tendo em vista que por parte dos membros que ocupam o parlamento ao formalizar as leis, demonstram a ausência de conhecimento no que se refere o sistema normativo cogente e a realidade ontológica em face das diversas leis concernentes à sociedade.

Não obstante os avisos sucessivos dos partidários da doutrina mostrar os caminhos que devem ser seguidos para que se melhore a produção normativa, o certo é que ainda hoje inúmeros equívocos são praticados, fazendo com que os jurisdicionados obtenham uma prestação jurisdicional inadequada.

Com efeito, dentre os inúmeros princípios que temos em nosso mundo jurídico, poderíamos citar aqui a clássica lição proclamada pelo jurista e filósofo Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, quando asseverava que:

“...uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência...”. (Bonesana, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hermus, 1983, p. 92)

Já o mestre Eduardo C.B. Bittar, ao investigar sobre a postura do Poder Estatal Brasileiro, com enorme sapiência, apresenta de maneira exata como se deve contemplar o Estado Brasileiro, no que se refere ao exercício de suas funções precípuas, senão vejamos:

“...o Poder Legislativo é mesmo o coração do Estado, para ROSSEAU, enquanto que o Poder Executivo é-lhe o cérebro; se o cérebro se paralisa e o coração funciona, ainda assim há vida, mas se o coração cessa suas funções, não há mais vida...”(Bittar, Eduardo C.B. – Teorias sobre a Justiça – Apontamentos para a História da Filosofia. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 175).

Destarte, em face de o coração funcionar de modo diferente do que devia ser, isto é, se encontra muito doente e, conseqüentemente, o cérebro não está em atividade, ou seja, não exerce a sua função fundamental e inerente a sua finalidade, resta, portanto, aos Operadores do Direito e ao Poder Judiciário dar forças ao sistema no sentido de indicar o rumo adequado no modo do dever ser do Estado, a fim de que num curto espaço de tempo se estabeleça o ideal normativo, expurgando-se de vez

a intolerável realidade enfrentada atualmente pelos jurisdicionados em nosso debilitado Estado Democrático de Direito.

Logo, o saudoso e emérito magistrado Nélson Hungria Hoffbauer tinha razão quando lecionava que: as expressões da lei apresentam, freqüentemente, defeitos de redação, ambigüidades, obscuridades, contradições (reais ou aparentes), ***lapsus calami vel mentis***, equívocos, divergências entre a sua letra e o seu espírito.

Eis por que concordamos com a distinta ponderação do Desembargador Reis Friede, quando assevera:

“...Esta é exatamente a prisão e a conseqüente servidão a que estão vinculados os membros do Poder Judiciário (além de todos os demais cidadãos brasileiro), sem qualquer exceção, em sua missão última e derradeira de – ao dizer o direito a ser aplicado – realizar, em última análise, o verdadeiro anseio do jurisdicionado, no sentido de alcançar o que ele mesmo ousou definir como justo ou, em termos mais amplos, como justiça.”

Resta, portanto, indagar-se: No que se refere ao exórdio inserido pelo Poder Constituinte Originário na *Lex Fundamentalis*, como deve ser apreciado pelo intérprete? As expressões inseridas no Preâmbulo da Carta Magna de 1988 podem ser consideradas como uma cosmovisão das relações entre o cidadão brasileiro e o Estado?

Salvo melhor juízo, entendemos que a idéia principal de uma cosmovisão, é a de que ela representa um conjunto de conjeturas (suposições que podem ser verídicas, parcialmente verídicas ou inteiramente inverídicas) que sustentamos (consciente ou inconscientemente, consistente ou inconsistentemente) sobre a formação básica de nosso mundo.

Por outro lado, é lógico que a primeira coisa que todos nós identificamos antes mesmo de começarmos a formar pensamentos, é que alguma coisa existe, ou seja, toda cosmovisão admite que alguma coisa seja real, contrariamente a idéia de que nada existe. Essa conjetura é tão primária que a maior parte de nós nem mesmo sabe quando a adota como critério na maneira de combinar idéias, porquanto, na verdade, temos por hábito considerar muito óbvio a ponto de não existir a

necessidade de se fazer alusão sobre o juízo utilizado para distinguir por exemplo a verdade do erro. É claro que alguma coisa existe!

Portanto, o não acatamento de uma suposição, significa não chegar-se a lugar nenhum.

A amparar o que se afirma anteriormente, basta que citeamos o sábio entendimento do filósofo britânico Alfred North Whitehead, quando asseverava que “algumas pressuposições parecem tão óbvias que as pessoas não sabem o que estão assumindo, porque outra maneira de ver o mundo nunca lhes ocorreu”. (Whitehead, Alfred North. *Science and the Modern World*, 1925; reimpressão NovaYork: Mentor, 1941, p. 49).

Desta forma, é de se concluir que as expressões inseridas pelo Poder Constituinte Originário no preâmbulo de nossa Constituição de 1988, são mais do que um compromisso, porquanto elas representavam como representam o modo utilizado pelos legisladores daquela época para a instituição da Lei Fundamental, bem como o caminho como o intérprete ou o Poder Constituinte Derivado deveria como deve conduzir os seus pensamentos e propostas, com a finalidade de não se perder o norte com relação o pacto social baseado em bons princípios ou razões eficazes, no sentido de garantir a retidão dos **atos jurídicos**, isto é, **as leis**.

Eis porque no que tange o tema que pretendemos pôr em discussão, alinhamo-nos com a idéia de que o Estado não pode jamais desejar ser incluído no rol dos países democráticos se as práticas e atividades do governo e de seus agentes não respeitam os postulados da democracia, tolera as violações de direitos humanos e não consegue implementar o acesso efetivo dos cidadãos aos direitos fundamentais, sendo certo que este último princípio constantemente é violado em nosso país.

Aliás, Hans Kelsen, ao ponderar sobre as expressões “norma e valor” em face do Direito Positivo em geral, asseverava:

“...Se o valor é constituído por uma norma objetivamente válida, o juízo que afirma que um quid real, uma conduta humana efetiva, é “boa”, isto é, valiosa, ou “má”, isto é, desvaliosa, exprime e traduz que ela é conforme a uma norma objetivamente válida, ou seja, que deve ser (tal como é), ou que contradiz uma norma objetivamente válida, quer dizer, não deve ser (tal como é). O valor, como dever-ser,

coloca-se em face da realidade, como ser; valor e realidade – tal como o dever-ser e o ser – pertencem a duas esferas diferentes.”
(Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*; tradução João Baptista Machado – 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.20)

É prática consagrada sustentar-se, em sistemática repetição, que uma Lei Fundamental de um país deve espelhar as condições históricas, políticas e sociais de uma nação, sob pena de todo o sistema jurídico sucumbir, gerando com isso o desregramento e atos de indisciplina que levam a comunidade internacional a ter o temor de ser enganada a ponto de reduzir ou não mais investir recursos financeiros, em face dos governantes não oferecerem aos estrangeiros a confiança necessária para a condução de seus negócios.

Aliás, o ilustre jurista e mestre José Joaquim Gomes Canotilho, citado pelo não menos notável magistrado Ivo Dantas em sua obra: *Direito Constitucional Econômico – Globalização & Constitucionalismo*, nos transmite uma sábia lição, no sentido de que:

“...toda as grandes teorias das relações internacionais ainda hoje não abdicam da pretensão metodológica de recortar a realidade internacional de forma a estabelecer para ela orientações, fins e funções legítimas. Embora se corra o risco de nos transformarmos em filósofos globais, parece metodologicamente correto traçar os pontos de partida da compreensão/explicação do mundo subjacente ao chamado constitucionalismo global”.

*Para tal, segundo o constitucionalista português, existem dois pontos de partida, a saber: “em primeiro lugar, a democracia e o caminho para a democracia devem considerar-se como tópicos dotados de centralidade política interna e internacional. No plano interno, a democracia é o governo menos mau e no plano externo a democracia promove a paz. Em segundo lugar, na sua qualidade de princípio material, de natureza internacional e constitucional, o **princípio da autodeterminação** deve ser reinterpretado não apenas no sentido de que os povos devem deixar de estar submetidos a quais formas de colonialismo, mas também no sentido de que a legitimação da autoridade e da soberania política pode e deve encontrar-se suportes sociais e políticos a outros níveis – supranacionais e subnacionais – diferentes do tradicional e realístico Estado-nação. A globalização das comunicações e informações e a expansão mundial de unidades organizativas internacionais (organizações não governamentais),*

privadas ou públicas (mas não estatais), deslocam o papel obsidiante do actor estatal, tornando as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política e econômica cada vez mais estruturante. A isto acresce que os fins do estado não são imutáveis. Se ontem a conquista territorial, a colonização, o espaço vital, o interesse nacional, a razão do estado surgiram sempre como categorias quase ontológicas, hoje os dos Estados podem e devem ser os da construção de Estados de direito democráticos, sociais e ambientais, no plano interno, e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Por isso, o pathos de um programa de paz mundial assenta na intersificação do desarmamento e na viabilização efectiva de uma segurança colectiva. Neste contexto, readquire virtualidades crescentes a organização internacional, sobretudo na sua forma de associação geral entre as Nações-Nações Unidas.

Estes parâmetros teóricos influenciam hoje claramente as imbricações do direito constitucional com o direito internacional” – conclui CANOTILHO.(Canotilho, J.J.Gomes. Almedinha Editora, 1988, pp. 1217-1218 – Cit. Dantas, Ivo. Direito Constitucional Econômico. 1ª ed., 2ª tir./Curitiba: Juruá, 2002, pp. 136-137).

Sem querer dilatar o assunto, no sentido de delinear de maneira sistemática a evolução de nossa legislação, bem como da alienígena, pois com isso, estaríamos nos distanciando do exato propósito do tema, ainda assim, é forçoso lembrar que o nosso constituinte, a partir do momento que instituiu a nova Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ante os preceitos consolidados, introduziu o Brasil na categoria dos países democráticos.

Desta forma, é de se reconhecer que embora a partir de 26 de agosto de 1789, se estabeleceu a doutrina constitucionalista procedente da Revolução Francesa que atingiu o seu ponto culminante, através da Declaração dos Direitos Humanos, sendo certo que naquela época a Assembléia Nacional, representada pelo povo francês, fez constar no estatuto um dispositivo (artigo 16), por meio do qual se consolidou a asseveração de que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” e, conseqüentemente, logo após, sucedeu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotado este último pela ONU a partir de 10 de dezembro de 1948, não obstante estes estatutos não representassem obrigatoriedade legal para aqueles Estados que não os

recepcionaram em seu regime jurídico, na verdade, o marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de Direitos Humanos pelo Direito Brasileiro foi a ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher, sendo certo que a partir daí e, conseqüentemente, sob a égide da Constituição de 1988, em face do que dispõem os **artigos: 5º, parágrafo 2º; 102, inciso III, alínea b; 105, inciso III, alínea a; 109, inciso III, V e Emenda Constitucional nº 45/2004, através do parágrafo 3º**; importantes instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos foram incorporados em nosso ordenamento jurídico, dentre eles: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995, além do Tratado de Assunção (MERCOSUL) para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, A República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República do Uruguai.

Saliente-se que o mestre Luís Roberto Barroso, ao tecer comentários sobre o tema do conflito entre as normas internacionais e a ordem interna que vigê em nosso país, pondera que:

“... a doutrina é amplamente majoritária no sentido do monismo jurídico, com primazia para o direito internacional. Por tal postulado, o tratado prevalece sobre o direito interno, de forma a alterar a lei anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente. Esse entendimento é positivado no art.98 do Código Tributário Nacional.” (Barroso, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. rev., atual. a ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18)

Sem querer menosprezar os renomados partidários na doutrina e nos pretórios, no que tange o entendimento de que os tratados e convenções

gozam de estrita relação de igualdade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado e que se deve aplicar o critério ordenado segundo a sucessão no tempo, de modo que a norma mais recente revoga a anterior com ela contrária, sob o manto de se dar valoração a importância das forças sócio-políticas para a criação e proteção da Constituição, salvo melhor juízo, alinhamo-nos com a idéia dos pensadores como Konrad Hesse, Robert Alexy e Ronald Dworkin, porquanto apesar da Carta Magna ter a missão de assegurar a vida e os limites do Estado, ao contrário de somente ter uma feição proibitiva em relação a determinados direitos das pessoas, deve prever não só os Direitos Fundamentais inseparáveis a cada indivíduo, mas também conjetar modos de garantir a eficiência dos mesmos, de maneira que o Estado além de não prejudicar os seus cidadãos, cumpra a sua função essencial: a promoção da dignidade da Pessoa humana.

Aliás, um bom exemplo temos na Constituição Alemã, que em seu artigo 25, estabelece:

“Artikel 25 – Völkerrecht und Bundesrecht – Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.”

Um outro pacto que merece ser mencionado aqui é a **CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS**, adotado em Viena em **26 de maio de 1969**, cuja vigência internacional ocorreu em 27 de Janeiro de 1980, onde os partícipes do evento estabeleceram por meio do **artigo 27** que trata do Direito Interno e Observância de Tratados o seguinte: **“uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”**

Por tanto como imperativo categórico para a geração de nossa época, que desvendou os olhos para a vida, a partir do momento em que passou a gozar de experiências, ante os efeitos de pensamentos de décadas passada e totalmente contrários ao bom senso, não deixa de ter a responsabilidade de alumiar o espírito para o direcionamento de novos métodos a ser utilizados para um novo direcionamento no que tange o modo de proceder, a fim de que possamos solucionar os nossos problemas

atuais, no sentido de não transmitirmos para os que nos sucederão um futuro tenebroso.

Aliás, é inconcebível que um Estado que pretenda ser considerado como moderno e democrático e que reverencie o princípio da igualdade de todos perante a lei, no momento de ter que ressarcir o cidadão lesado, prefira perfilhar por um caminho injurídico, no sentido de tratar desigualmente justamente o indivíduo que se encontra em pleno gozo de seus direitos civis e políticos e que dispõe a seu favor de instrumentos legais de proteção.

Ademais, como ensinava o memorável Maurice Hauriou, “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado.”

Já o notável Ruy Barbosa com grande precisão de idéia dizia que: “uma coisa são os direitos, outra as garantias, pois devemos separar...”

Ante o que foi dito nos parágrafos anteriores e para prevenir interpretações equivocadas a respeito do assunto, ainda que se admita em defesa do Estado que a supremacia do interesse público sobre o interesse privado deve sempre prevalecer em face da coletividade, entendemos que tal conjectura não merece ser acatada, porquanto o poder que o Estado possui encontra limitações, na medida em que deve sempre se submeter ao cumprimento do interesse de outrem, principalmente quando se está diante de um pronunciamento judicial positivo, ainda que tenha como desígnio a busca de um proveito secundário, pertinente apenas o aparelho estatal. Na verdade, tal atitude para que seja caracterizada como correta deve antes de tudo buscar também o alcance do interesse primário, o jurisdicionado.

Com efeito, a partir do momento em que se institucionalizou o Estado Democrático de Direito em nosso país, passou-se a admitir a regra de que todas as pessoas de direito privado ou público deveriam ter tratamento uniforme, isto é, sem privilégio no sentido de responsabilizar-se pelos procedimentos transgressores do direito de outrem, caso incidissem em não respeitar os mandamentos legais.

Aliás, é de se reconhecer que as vertentes dos modelos constitucionais encobertam muitas vezes, mais do que revela a justa proporção real das

forças políticas; e para conhecer o regime constitucional de um país, não basta ler a sua constituição, porquanto os textos, com efeito, nunca formam uma rede bastante compacta ou fechada, nem suficientemente inabalável para obstar os costumes parlamentares e governamentais de fazerem predominar implicitamente contra a Constituição regulamentar uma outra dissimulada que a excede e pode desnaturá-la. Eis porque poderíamos afirmar que em face do grande número de emendas constitucionais chegamos a ter a impressão de que a Lei Fundamental produzida pelo legislador ordinário de 1988, já não tem mais a mesma identidade com a que foi idealizada naquela época.

Desta forma, é de se indagar: Será que a sociedade brasileira está vivenciando um período tão agitado, no sentido de ter necessidade de promover fundamentais alterações em suas normas jurídicas, notadamente as Constitucionais, ou será que a agonia governamental, induzida por conveniências secundárias, está encobrindo o fulgor da democracia, quando edifica regras contrárias ao bem estar da massa populacional?

Não nos atreveremos a discutir o aspecto do ato jurídico concernente às emendas constitucionais até aqui promulgadas, no sentido de exprimir se elas são verdadeiramente do interesse do povo brasileiro, ou se representam ou não o desejo veemente da sociedade, contudo não poderíamos deixar de registrar o nosso repúdio contra a postura do Congresso Nacional, ao realizar alterações no texto constitucional contrárias ao primado do direito nas relações entre o indivíduo e o Estado, porquanto a agir como age, distancia-se cada vez mais de seus verdadeiros propósitos, no sentido de atuar como um genuíno órgão constitucional que deve sempre se preocupar em exercer, no âmbito federal as funções legislativa e fiscalizadora do Estado de Direito Brasileiro, com o objetivo de não permitir que se aprovelem dispositivos legais que não dêem atenção às pessoas, no sentido de assegurar a plenitude dos direitos do homem e do cidadão.

Na verdade, não somos contrários às alterações no texto constitucional, vez que elas são extremamente necessárias para que as regras caminhem rumo às mudanças naturais que ocorrem em uma sociedade, notadamente como a nossa, contudo, nem por isso devemos deixar que as modificações na ordem constitucional, invalidem ou criem óbices para que o jurisdicionado obtenha a efetiva entrega da prestação jurisdicional num

tempo razoável e proporcional à realidade histórica e concreta de seu tempo.

O que se afirma anteriormente tem razão de ser, vez que o legislador, ao formular uma lei, nem sempre o faz de forma autônoma, pois muitas são as influências que atuam no seu pensamento.

O ilustre mestre e Desembargador Federal Reis Friede em sua memorável obra: “ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS MEDIDAS LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA – AÇÃO CAUTELAR – TUTELA ESPECÍFICA E TUTELA ANTECIPADA”, ao ponderar acerca da imperatividade do direito positivo e o poder do juiz na apreciação da medida liminar, com grande sapiência, logo no início, leciona que:

“Muito embora Isabel Cristina Leopoldina Augusta Micaela Gabriela Rafaela Gonzaga, historicamente conhecida por Princesa Isabel, tenha acreditado haver encerrado, de forma definitiva, o capítulo da escravidão em nosso País, com o advento da última lei da abolição, a denominada Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, continuam, sem a menor sombra de dúvida, os magistrados – ao lado da absoluta totalidade dos demais cidadãos brasileiros -, efetivamente aprisionados à absoluta servidão da lei (na qualidade última de regra fundamental do Direito Positivo), em seu sentido mais amplo.

Não obstante o fato de possui o juiz uma determinada condição, em princípio, acima da própria autoridade pública, de modo geral, por exercitar mais diretamente – agindo como Estado em nome do próprio Estado – o poder estatal, através da jurisdição, em nenhuma hipótese, tem o magistrado uma autoridade e um poder que não estejam nitidamente previstos e limitados pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais que com ela convergem.

(...) (Friede, Reis. Aspectos Fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, tutela específica, tutela antecipada – 3ª ed. (rev. atual. e ampliada) – Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 4)

Com efeito, associando-se os ensinamentos do ilustre magistrado federal acima mencionado, com tudo que já foi explanado anteriormente, ao mesmo tempo com o entendimento doutrinário segundo o qual a sentença judicial representa um ato de vontade do Estado-Juiz, no sentido de concretizar o comando legal ou estatal à espécie, é forçoso concluir que enquanto a sociedade não usar a sua força política para que se

promovam mudanças no ordenamento jurídico e na legislação infraconstitucional, capaz de influir na doutrina assentada pelas decisões das autoridades competentes do Poder Judiciário, ao interpretarem os textos insuficientemente claros da lei, o jurisdicionado terá que continuar a se sujeitar as circunstâncias desumanas e injustas que se verifica sempre que não obstante tenha o seu direito reconhecido e concretizado por decisão judicial não consegue efetivamente obter o cumprimento da obrigação por seu contendor.

Ademais, antes de encerrar o escopo justificador da apresentação do tema, não poderíamos deixar de mencionar aqui a sábia ponderação apresentada pelo notável **Desembargador Federal André Fontes**, que em sua magnificentíssima obra denominada **“A Pretensão como situação jurídica subjetiva”**, ao apreciar maduramente como se deve entender a definição do vocábulo **“lei”**, leciona:

“Por lei se entende o ato jurídico resultante de um procedimento legislativo, declarado pelo Poder Legislativo em decorrência da vontade de seus integrantes em consenso com a vontade popular, integrando o complexo das fontes do Direito na classe das fontes formais, destinada a criar normas jurídicas.

Constitui a lei o principal foco ejetor de normas jurídicas na família romano-germânica. O termo lei corresponde vulgarmente a um outro significado impróprio: o de norma jurídica. Se na antiguidade a lei era efetivamente sinônimo de norma jurídica, hoje isso não se faz mais possível, pela dignidade própria exigida do termo norma jurídica. Do mesmo modo, não deve ser compreendido como um comando. Na linguagem comum, se diz: “não é lícito violar a lei” ou mesmo que a lei ordena ou prescreve determinado comando”

A lei deve ser entendida como um ato jurídico, de natureza pública, que resulta de um procedimento particular (que com ele não se confunde), instrumentalizado por meio de um documento denominado texto, vocacionado para a formação de norma jurídica. Trava, assim, com o texto, uma relação de instrumentalidade, de maneira que este se constitui no instrumento da lei.

Essa concepção de lei como ato jurídico de Direito Público é atribuído ao fato de ser ela o meio pelo qual o Estado age. Como submissão das relações humanas a uma idéia ampla de “lei” tornou-se condição de convivência, passa ela a ser o ato

de vontade do consenso entre a vontade popular e aquela colhida pelos parlamentares que a revelam e a enunciam. A importância da lei resulta que, no Estado Moderno, predomina o poder supremo do corpo legislativo e sobretudo da força social que o hegemoniza: a sociedade. ...(Fontes, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva* – Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 77-78-79)

Ora, admitindo-se que a lei é, na verdade, um ato jurídico, é de se deduzir como consequência que a partir do momento que o jurisdicionado possui um título que autoriza plenamente o exercício de um direito previsto em uma norma jurídica e, conseqüentemente, levando-se em conta que a sentença é o ato mediante o qual o Estado soluciona o conflito de interesses que lhe é submetido, a partir do momento em que deixa de obter o pagamento de seu crédito imediatamente após a efetiva entrega da prestação jurisdicional, ou se tolera que o seu pagamento seja realizado em tempo excessivo, considerando o prazo previsto para os Precatórios, tal circunstância, além de injusta, desumana, contrária aos ditames constitucionais e estipulações convencionadas expressamente em Tratados e Convenções Internacionais, viola dentre outros dispositivos previstos na legislação infraconstitucional, isto é, o **artigo 122, da Lei nº. 10.406/2002 – Novo Código Civil Brasileiro que prevê, verbis:**

“Art. 122 . São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Em que pese à execução contra a Fazenda Pública não estar submetida unicamente a questões que envolvam o cumprimento de prestação de dar coisa certa ou incerta, conforme prevêm os **artigos 621 a 631 do CPC**, porquanto há casos em que a discussão pode resultar de obrigação de fazer ou não fazer, circunstâncias em que os procedimentos se encontram sujeitos aos ditames estabelecidos nos **artigos 632 a 645 do CPC**, todavia, para que não venhamos nos desviar do exato objetivo do tema, passaremos em apertada síntese a fazer considerações somente sobre alguns aspectos ligados ao processamento dos pagamentos de

valores concedidos por sentença judicial contra a União que como se sabe obedece às regras de procedimento prescritas na **Lex Fundamentalis; Lei nº.10.259/2001 que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal; Lei nº. 10.099/2000 que alterou a Lei nº. 8.213/1991, regulamentando o disposto no parágrafo 3º do artigo 100 da Constituição Federal, definindo obrigações de pequeno valor para a Previdência Social** e nos artigos 730, incisos I , II; 731 ambos do CPC.

No caso de uma questão judicial onde se verifique que o contendor vencedor da lide é pessoa idosa, faz-se necessário mencionar que o **artigo 1211-A, do CPC c/c os artigos 1º, 2º e 71º, da Lei nº. 10.741 de 1º de outubro de 2003**, prevêem que terá prioridade de tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais, a pessoa com **idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos**, que figure como parte ou interveniente, sendo-lhe assegurada, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para a **preservação de sua saúde física e mental** e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e **dignidade**.

Entrementes, o que se vê, principalmente nos Juizados Especiais Federais, mesmo após a decretação de sentença condenatória e o transito em julgado da decisão, onde figura no pólo passivo do pleito a União Federal, não obstante a parte autora, ante o que prevê o **caput do artigo 3º, da Lei nº. 10.259/2001**, fazer constar na peça de ingresso à renúncia ao valor que exceda o seu crédito em 60 (sessenta) salários mínimos, mesmo estando patente nos autos que a diferença para mais se refere à atualização do crédito devido ao demandante, tendo em vista que a correção monetária se presta para recompor o valor do poder aquisitivo da moeda que se desvalorizou por causa da inflação, ainda assim, é comum se exigir do jurisdicionado manifestação, no sentido de optar como deseja receber o seu crédito, isto é, por meio de RPV ou PRECATÓRIO, em face das regras prescritas na **Lei nº. 10.099, de 19 de dezembro de 2000, que altera a Lei nº. 8.213/91, regulamentando o disposto no parágrafo 3º do artigo 100 da Constituição Federal, definindo obrigações de pequeno valor para a Previdência Social e**

nos **parágrafos 3º e 4º, do artigo 17, da Lei nº. 10.259/2001** que assim estabelecem (*in verbis*):

“Lei nº 10.099/2000,

Art. 1º - o art. 128 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, alterado pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 128 – As demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios regulados nesta Lei, cujos valores de execução não forem superiores a R\$ 5.180,25 (cinco mil, cento e oitenta reais e vinte e cinco centavos) por autor poderão, por opção de cada um dos exeqüentes ser quitadas no prazo de até sessenta dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade da expedição de precatório.”

Parágrafo 1º - *É vedado o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no caput e, em parte, mediante expedição do precatório.*

Parágrafo 2º - *É vedada a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago na forma do caput.*

Parágrafo 3º - *Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no caput, o pagamento far-se-á sempre por meio de precatório.*

Parágrafo 4º - *É facultada à parte exeqüente a renúncia ao crédito, no que exceder o valor estabelecido no caput, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, na forma ali prevista.*

Parágrafo 5º - *A opção exercida pela parte para receber os seus créditos, na forma prevista no caput, implica a renúncia do restante dos créditos porventura existentes e que sejam oriundos do mesmo processo.*

Parágrafo 6º - *O pagamento sem precatório, na forma prevista neste artigo, implica quitação total do pedido constante da petição inicial e determina a extinção do processo.*

Parágrafo 7º - *O disposto neste artigo não obsta a interposição de embargos à execução por parte do INSS.*

(...)

“Lei nº. 10.259/2001,

“Art. 17 . (...)

Parágrafo 3º . São vedados o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no parágrafo 1º deste artigo, e, em parte, mediante expedição do precatório, e a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago.

Parágrafo 4º . Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no parágrafo 1º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultado à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista.”

Como se não bastasse, as **Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, com o objetivo de uniformizar as decisões, ao se manifestarem sobre o assunto, firmaram os **Enunciados nºs: 47 e 48**, que se encontram transcritos a seguir:

“Enunciado 47:

A renúncia, para fins de fixação de competência dos Juizados Especiais Federais, só é cabível sobre parcelas vencidas até a data do ajuizamento da ação, tendo por base o valor do salário mínimo então em vigor. (Aprovado na Sessão Conjunta realizada em 14.12.2005, e publicado no D.O.E.R.J. de 16.01.2006, p.12, Parte III).

Enunciado 48:

A renúncia ao excedente do valor da causa não exclui o cômputo, no valor da condenação, da correção monetária e juros, bem como das prestações que vencerem no curso do processo, observada a regra do parágrafo 4º do art. 17 da Lei 10.259/2001.(Aprovado na Sessão Conjunta realizada em 14.12.2005, e publicado no D.O.E.R.J. de 16.01.2006, p. 12, Parte III).

Em vista disso, o MPF tem interpretado os entendimentos no sentido de que “a parte pode ajuizar a ação no Juizado Especial Federal mesmo que as parcelas vencidas ultrapassem o limite de alçada, sob a condição de que, quanto a estas, renuncie ao direito de receber o excedente”. Ainda no que concerne o Enunciado nº. 48, a manifestação é a de que “o valor computado à condenação pode superar tal limite, em razão da

correção da incidência monetária, juros e das prestações que se vencerem no curso do processo”.

Eis por que costumam opinar no sentido de que “nos casos em que o valor da execução ultrapassar o valor limite de alçada, haverá a necessidade de manifestação da parte autora, não mais para fins de fixação de competência, mas para que opte por nova renúncia ao valor excedente, caso deseje receber seu crédito através de RPV, ou pelo recebimento do crédito através de Precatório”.

Com efeito, para dar força as suas fundamentações, o **Parquet** costuma citar o juízo formado pela **2ª. Turma Recursal**, relativo o **Mandado de Segurança nº. 2003.51.53.000704-5/02**, onde atuaram como impetrante o INSS e como impetrado o Juízo Federal do 1º. JEF de Campos dos Goytacazes e que teve como **Relatora a Dra. Paula Patrícia Provedel Mello Nogueira**, transcrito a seguir:

“VOTO-EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DE ATRASADOS APURADOS ENTRE A DATA DO CÁLCULO E A DATA DE IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO NA VIA ADMINISTRATIVA. VALORES DEVIDOS ATÉ O CÁLCULO JÁ SATISFEITOS ATRAVÉS DE RPV EM RAZÃO DE RENÚNCIA DA PARTE AO EXCEDENTE AO TETO DOS JUIZADOS. ENUNCIADOS 46, 47, E 48 DAS TURMAS RECURSAIS. SEGURANÇA CONCEDIDA.

(...)

“Também não procede a alegação da autarquia que o pagamento no âmbito dos JEFs está limitado a 60 salários-mínimos. Se fosse assim, nenhum sentido teria a existência do art. 17, parágrafo 4º da Lei nº 10.259/2001, que dispõe:

“Art. 17. parágrafo 4º. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no parágrafo 1º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultado à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista”.

Não é também por outra razão que o enunciado 48 destas Turmas assevera que, ainda que renunciado ao excedente para fins de fixação de competência, quanto às parcelas vencidas, o valor da condenação

pode superar o limite legal se em razão da correção monetária, juros e das prestações que se vencerem no curso do processo.

Nestes casos, porém, renúncia se fará necessária nos moldes do parágrafo 4º acima transcrito, não com a finalidade de fixação de competência, mas com a que se determinar se o valor da condenação será satisfeito via precatório ou via requisição de pequeno valor. (grigo nosso)

Na hipótese presente, a parte, instada pelo Juiz, efetuou, como já dito, nova renúncia (fls.426), o que lhe abriu a possibilidade de receber, como o fez, seu crédito através da requisição de pequeno valor.

Por força desta renúncia, tenho que a parte abriu mão do recebimento das prestações referentes ao período de junho de 2005 e dezembro de 2007, já que parcelas vincendas por ocasião do ajuizamento e com relação às quais, por força de terem superado o limite legal, se fez necessária a escolha entre o pagamento por RPV ou por precatório.

Se quisesse a parte autora recebê-las, e poderia legitimamente tê-lo feito, não poderia ter renunciado para receber seu crédito por requisição e aí as teria recebido – todas – por precatório.

Assim, voto no sentido de conhecer da presente ação e CONCEDER a segurança pleiteada, para determinar que é indevido o pagamento das diferenças referentes ao período de junho de 2005 a dezembro de 2007.”

Indubitavelmente, emerge a partir daí, o impasse, porquanto ao se verificar que em procedendo à atualização do *quantum debeatur*, o valor do crédito ultrapassa o limite de alçada, é claro que diante do ordenamento jurídico existente, o procedimento previsto para o cumprimento efetivo de obrigação exigível ocasionado pela sentença favorável, a princípio, não se harmoniza com o das requisições de pagamento de pequeno valor contra a Fazenda Pública.

Entrementes, se no pólo ativo de um litígio encontramos pessoa que goza dos direitos assegurados pelo Estatuto do Idoso, é de se indagar: É inevitável a intervenção do Ministério Público Federal neste caso? Caso o mencionado *Parquet* venha atuar, a sua intervenção poderia ser considerada como simples formalismo legal, sem a menor praticidade? A atuação do MPF poderia produzir maior obstáculo processual, a partir do momento em que se estaria violando contra o direito do idoso a obter a

celeridade na sua demanda? Ante o caráter instrumental do processo e os resultados que dele se espera alcançar, a retardação ao acesso à efetiva tutela jurisdicional, onde já tenha ocorrido o trânsito em julgado, pode sujeitar o agente provocador à sanção ordenada explicitamente no **inciso V, do artigo 14 do CPC?**

Com efeito, tratando-se de pessoa idosa saudável e capaz, portanto, fora da circunstância de risco e desde que se verifique que já houve a participação da Adjuntoria de Contencioso, Procuradoria ou AGU, dependendo, é claro, do caso concreto que se apresenta e, conseqüentemente, não estando à questão jurídica vinculada ao previsto no **artigo 82 do CPC**, a atuação do MPF na ação, com certeza viola o princípio constitucional da celeridade processual, prescrito no **artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal**.

Por outro lado, caso o idoso seja portador de enfermidade mental, moléstia grave e degenerativa (incapacitante) ou esteja desamparado ou se encontre patente que está vivendo sobre a condição de maus tratos, aí sim, a atuação do MPF não é somente indispensável, como também é fundamental a sua intervenção para que seja assegurada a realização dos preceitos constitucionais e o próprio Estatuto do Idoso.

Contudo, ainda nestes casos, em face de determinadas doenças reduzirem a probabilidade de vida longa para o jurisdicionado e, conseqüentemente, ante o fato de que um bom número de pessoas necessita de maiores ganhos e cuidados especiais, em face de seus escassos recursos para a aquisição de medicamentos e outros procedimentos inevitáveis para uma sobrevivência digna e saudável, não deixa de ser injusto, desumano e contrário aos ditames legais, porquanto os embaraços que com certeza advêm, caso a sua escolha seja pelo recebimento de seu crédito via Precatório, sem dúvida alguma, o atraso prejudicará de modo insolente a eficiente prestação jurisdicional, principalmente quando se leva em conta o fato de que o MP tem como incumbência a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Aliás, salvo melhor juízo, até mesmo nos casos em que a questão tramita sob o regime do RPV, circunstância que se verifica toda vez que a

Fazenda Pública é condenada em processo judicial, o prazo limite de 60 (sessenta) dias para que seja realizado o depósito junto ao Tribunal, em se tratando de pessoa idosa e portadora de enfermidade severa, o lapso de tempo deveria ser mais abreviado, a fim de que se evitasse possível ocorrência de dano de difícil reparação.

Com efeito, ante a modernidade que vivenciamos e, conseqüentemente, adotando-se os princípios da celeridade e razoabilidade, o juiz da execução, utilizando-se dos mecanismos da informática, de ofício, poderia informar o Presidente do Tribunal sobre a referida requisição para que fosse imediatamente incluída em proposta orçamentária mensal, sendo que logo a seguir, o setor competente providenciaria o envio do comunicado para o Conselho de Justiça Federal, quando a entidade devedora for sujeita ao Orçamento Geral da União, ou diretamente ao devedor quando se tratar de outras entidades governamentais. Em seguida, estando tudo conferido e aprovado, isto é, ocorrendo à liberação da verba, o Tribunal procederia ao pagamento conforme a data de apresentação, enviando a ordem para o banco a fim de ser sacado imediatamente pelo jurisdicionado, ou pessoa que esteja lhe representando nos autos através de alvará. Tudo isso, considerando um sistema plenamente integrado e célere, o prazo poderia ser suficientemente reduzido.

Com relação à responsabilização do agente ou procurador que de qualquer forma participa do processo e que seja causador do atraso na liberação do crédito autorizado por provimento mandamental, em face do que figura no sistema jurídico processual brasileiro (**inciso V, do art. 14º, do CPC**), bem como em virtude do princípio do *due process of law* (**inciso LIV, do art. 5º, da CF/88**), hodiernamente, ninguém mais duvida, que se possa deixar de responsabilizar o causador pela conduta danosa, sendo certo que se ficar evidenciado que da ação ou omissão do provocador resultar falta de efetividade da decisão, nada impede que o representante do órgão judicante estabeleça a multa prevista no dispositivo legal, fixando pelo teto máximo.

Aliás, conforme preconiza o mestre Luiz Rodrigues Wambier, “a prestação “descompromissada” da tutela jurisdicional é tida em nossos dias como muito próxima de sua inexistência, pois o que se quer garantir

é o direito à obtenção de provimentos que sejam capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema. Não mais basta – repita-se – a mera tutela formal dos direitos. Esta, se estiver desacompanhada da produção de efeitos práticos, produzidos tempestivamente, é tida como uma forma de desatenção à regra constitucional garantidora do acesso à justiça, pois, como afirmamos noutro espaço, o direito ao processo significa a um processo cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos.” (Wambier, Luiz Rodrigues, *Liminares: alguns aspectos polêmicos, Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, E. RT, São Paulo: 1995, p. 156)

A ilustre Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmén Lúcia Antunes Rocha, em sua primorosa obra “O Princípio Constitucional da Igualdade”, ao refletir sobre o Princípio da Moralidade Administrativa, leciona que:

“... Na Democracia contemporaneamente pensada, a moralidade administrativa é o elemento ético que sustém a credibilidade do Estado e torna possível a dinâmica da relação governantes e governados sem a sua aniquilação. A Democracia precisa ser acreditada para ser vivida e para ser realizada. Precisa respeitar o indivíduo para ser sustentada. Ora, a imoralidade, especialmente aquela praticada pelos governantes e administradores públicos em nome do Estado ou valendo-se do aparato estatal, agridem a noção de respeito pela sociedade, afrontam o sentimento de justiça de cada um. Não sobrevive qualquer modelo de regime político democrático sem moralidade pública. Aliás, a imoralidade não subsiste na democracia, porque o controle da sociedade, que se faz presente neste regime político, enseja a invalidade dos comportamentos públicos contrários à ética da sociedade. ...” (Rocha, Carmén Lúcia Antunes ROCHA. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Editora Lê S/A. Belo Horizonte: Minas Gerais. 1990, p. 86).

O também não menos notável **magistrado do Tribunal Regional da 5ª Região, Hugo de Brito Machado**, ao comentar sobre a “**Moralidade Fazendária**”, com enorme erudição, logo no início de sua obra leciona que:

“No Estado de Direito, a relação de tributação é uma relação estritamente jurídica, e não uma relação de poder. É assim em princípio. Na prática, porém, são tantos os abusos que a relação entre

o fisco e os contribuintes ainda carece de muitos aperfeiçoamentos para se tornar uma relação estritamente jurídica. ...”(Machado, Hugo de Brito. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional. Ano 2 – nº. 2 – Centro de Estudos do SINPROFAZ – Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional, 1998, p. 25)

Salvo melhor juízo, analisando-se o tema sob o ponto de vista do **princípio da substitutividade** que na verdade representa uma das características da jurisdição, a princípio, não haveria nenhum óbice, caso o legislador viesse inserir um mecanismo jurídico, como medida de exceção, através da qual possibilitasse ao magistrado, amparado pelos princípios da instrumentalidade das formas, da dignidade da pessoa humana, do prejuízo, do interesse, da celeridade e da causalidade, optasse pelo prosseguimento do feito de modo menos oneroso, com o objetivo não só de alcançar a tutela judicial justa, como também para que se **evite dano de difícil reparação**, pressuposto este já previsto no **artigo 4º, da Lei nº. 10.259/2001**.

A ilustre Desembargadora do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Narcy Andrighi, em recente comentário sobre “A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO À JUSTIÇA NUM PRAZO RAZOÁVEL”, com grande sapiência, ao refletir sobre o “FUNCIONAMENTO ANORMAL DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA”, leciona que:

“... Esta mesma Justiça que, sob a ótica dos cidadãos já passou de distributiva para participativa, está na atualidade caracterizada por uma multiplicação de direitos que, em geral, entram em paradoxo, pois, o cidadão tem acesso ao Judiciário, mas não tem acesso à Justiça. ...”

Mais adiante, a insigne magistrada ao meditar acerca do “FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE”, assevera que:

“ ... Não se está a falar da responsabilidade do Estado pelas decisões jurisdicionais finais errôneas, mas a sugerir que o espectro da responsabilização estatal seja ampliado para assegurar a indenização pelos danos causados por seus agentes, quando haja funcionamento anormal do serviço judiciário. Não se propõe aqui localizar ilícitos, mas sim e principalmente a identificar o funcionamento insatisfatório da máquina estatal que produz atraso no processo que produz atraso no processo jurisdicional. Os motivos que geram o mau funcionamento do serviço judiciário são de várias índoles e, até podem ser situações

que decorrem de dolo ou negligência dos funcionários ou agentes políticos, que, quando oriundas do exercício e por causa das suas funções lega à responsabilização do Estado....”

Resta, portanto, saber: Até em que lugar pode o Estado se utilizar de sua autoridade em relação às pessoas, levando-se em conta o supra-individualismo alicerçado no Estado Democrático de Direito? E no caso do poder que cada indivíduo tem de praticar tudo o que não é proibido por lei, quando se está diante de uma controvérsia onde o Estado se encontra no pólo passivo da demanda, qual seria o limite de uma conduta para que a liberdade na prática de um ato jurídico não fosse considerada como o abuso do direito?

Salvo melhor juízo, não há dúvida que a existência de direitos ilimitados hodiernamente é uma ficção, porquanto a única forma admissível é a que se encontra fora da realidade social, até por que, como se sabe, o modo de agir do Estado se encontra circunscrito pelas doutrinas do “**não-locupletamento à custa alheia** e da **obrigação natural**”, sob pena do Estado desviar de sua finalidade, tornando o ato praticado ilegal, na medida em que os poderes, no Estado de Direito, encontra restrições ante a existência do princípio da legalidade, de modo a impedir a abusividade e a arbitrariedade.

No que concerne à segunda indagação mencionada acima, isto é, para que o jurisdicionado obtenha a imediata exequibilidade do provimento jurisdicional, o expediente (instituto jurídico ou remédio constitucional) mais eficaz e que serviria como serve para resguardar o direito líquido e certo conquistado por sentença e já tendo ocorrido o transito em julgado é o Mandado de Segurança.

Com efeito, não seria despropositado ressaltar aqui o fato de que além dos dispositivos mencionados anteriormente, com o advento do **Decreto nº. 5.482, de 30 de junho de 2005**, que dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por meio da Rede Mundial de Computadores – Internet, o jurisdicionado dispõe hoje de um instrumento jurídico de extraordinária grandeza, porquanto passou a ter meios para fiscalizar dados e informações detalhados sobre a execução orçamentária e financeira da União, tal como dispõe o **caput do artigo 1º**.

Por outro lado, considerando que a **jurisdição** representa em sua essência o **poder** sob o ponto de vista da manifestação da soberania; a **função** que se identifica como o dever do Estado e a **atividade** sob o aspecto da movimentação do magistrado na ação judicial pela qual o Estado-Juiz aplica a lei ao caso concreto e decide a lide que lhe é apresentada pela parte supostamente lesada e que busca a solução para o conflito de interesses, em sua consciência é de se convir que toda norma que cria uma restrição à soberania de um dos Poderes que compõem o Estado Democrático de Direito, bem como atinge diretamente os direitos e garantias individuais, viola duas cláusulas pétreas inseridas pelo legislador constituinte nos **incisos III e IV, do parágrafo 4º, do artigo 60, da CF/88**.

Há que se reconhecer; contudo, que muitos são os trabalhos doutrinários a respeito do assunto, inclusive o **ilustre Ministro Nilson Vital Naves do Superior Tribunal de Justiça**, ao se pronunciar a respeito dos precatórios, como forma de promover a efetiva entrega da prestação jurisdicional e acabar com o “calote” institucionalizado pelas entidades governamentais, sugeriu como hipótese que eles fossem substituídos por título sentencial.

Portanto, apesar de sucinto e simples, os argumentos aqui apresentados se prestam a servir como incentivo para que outros operadores do direito e a própria sociedade reflitam sobre o tema, no sentido de que num futuro não muito distante se modifique a conduta e se estabeleçam métodos eficazes com relação à Justiça que deve ser exercitada num Estado Democrático de Direito.

SINOPSE DA REFLEXÃO

Não esperamos, com o presente escrito, esgotar completamente todos os assuntos pertinentes à matéria, pois inúmeros são os cultores no Direito que, no transcorrer dos últimos anos, experimentam traduzir de forma translúcida a ***mens legis***, buscando assim a correta interpretação da lei, através da exata medida que se ajuste com a Justiça fundada na tão almejada Paz Social.

Vivemos numa sociedade desapiadada, que se utiliza de uma demasiada ambição de eficiência, escravocrata, que se apodera o máximo do trabalho de outrem, ao passo que aumenta apenas o capital, exorbitantemente, nas mãos de poucos. De um lado o Estado com impostos extorsivos, criando regras desumanas e equivocadas, tolerando graves violações de Direitos Humanos, do outro as instituições financeiras com cobranças para a totalidade das coisas, levando com isso a obtenção de lucros desmedidos.

Na verdade, a sociedade capitalista no modelo atual, é egoísta, isto é, só visa lucros, proveitos e vantagens lícitos ou ilícitos, procurando sempre que possível escapar a qualquer modelo de justiça social representado pela fraternidade, solidariedade e harmonia em nome do bem comum.

A vida nos revela a direção que devemos refletir e investigar sobre determinados acontecimentos. Inúmeras vezes, por absoluta inabilidade, julgamos que conhecemos mais do que ela, ocasião em que decidimos movermos por caminhos variados, até que consigamos chegar a um desfecho que venha ser congruente com o paradigma que a sociedade escolheu para o alcance da harmonia social.

Assim é que, não poderíamos deixar de mencionar aqui um dos inúmeros ensinamentos deixados pelo memorável jurista Geraldo Ataliba, que com seu proverbial e enciclopédico saber jurídico, ao refletir em sua magnífica obra: “República e Constituição, lecionava que:

“...Qualquer proposta exegetica objetiva e imparcial, como convém a um trabalho científico, deve considerar as normas a serem estudadas, em harmonia com o contexto geral do sistema jurídico. Os preceitos normativos não podem ser corretamente entendidos isoladamente, mas, pelo contrário, haverão de ser considerados à luz das exigências globais do sistema, conspicuamente fixadas em seus princípios. Em suma, somente a compreensão sistemática poderá conduzir a resultados seguros. É principalmente a circunstância de muitos intérpretes desprezarem tais postulados metodológicos que gera as disparidades constantemente registradas em matéria de propostas de interpretação”. (Ataliba, Geraldo. República e Constituição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p.5)

O certo é que, após a promulgação da *Lex Fundamentalis* em nosso país que, antes de tudo, revelava como revela implicitamente inúmeras

“Ordenações de Princípios”, dentro do sistema jurídico, passou-se a admitir a idéia de que as regras têm a obrigação de ser congruentes, no sentido de corroborar para a interpretação e aplicação da lei em sentido estrito.

Parodiando John Rawls, sem dúvida alguma podemos afirmar que “as leis e instituições, por mais eficazes e estruturadas que sejam, devem ser interrogadas ou revogadas se subtraem prerrogativas outorgadas constitucionalmente aos cidadãos, isto é, denotam desumanidade, porquanto cada indivíduo em uma sociedade possui privilégios fortemente ligados na justiça de tão notável grandeza que nem mesmo o povo em seu sentido mais amplo pode desconhecer. Eis por que a única hipótese que nos permite aceitar uma conjectura infundada é a ausência de uma outra melhor de modo similar, pois uma ação injusta só pode ser considerada digna de ser admitida e suportável, apenas quando é inevitável para impedir uma injustiça ainda maior.” (...) (Rawls, John. Uma teoria de justiça: tradução Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.p 3-4)

Com efeito, as normas de direito positivas (peremptórias) são formuladas em termos gerais; fixam normas, consolidam princípios, estabelecem regras, em linguagem jurídica clara e precisa, contudo ampla, sem declinar a particularidades ou pormenores.

Destarte, é tarefa originária do intérprete ou do operador do direito a pesquisa da relação entre o texto que resulta da abstração e o caso concreto, entre o preceito jurídico e o fato social, ou seja, aplicar o verdadeiro e justo Direito.

Portanto, para se alcançar o desiderato pretendido, é necessário que se estabeleça o exercício de uma atividade preliminar: primeiro, descobrir e firmar o sentido verdadeiro da norma; e, logo depois, a devida extensão.

Por isso, jamais devemos esquecer o ensinamento preconizado pelo filósofo René Descartes quando afirmava:

“A primeira (regra) era não acolher jamais como verdadeiro alguma coisa que eu não pudesse conhecer como evidente, isto é, evitar, com todo cuidado, a precipitação e a prevenção; não compreender em meus juízos, nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente à

minha inteligência, que eu não tivesse qualquer pretexto para colocá-la em dúvida.

A segunda era dividir cada dificuldade em tantas partes menores quantas possíveis e necessárias fossem para melhor resolvê-la.

A terceira, conduzir meus pensamentos por ordem, começando pelos objetos mais simples e fáceis de conhecer para ir, aos poucos, como por degraus, chegando até os mais complexos; supondo ordem mesmo naquelas coisas que não precedem naturalmente umas às outras.

E, por fim, fazer enumerações tão completas e revisões tão gerais que tenha certeza de não ter omitido nada". (Hryniewicz, Severo. Para Filosofar: Introdução à Filosofia – Textos Seletos. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1997, p.279).

Eis por que se pode asseverar que a variedade de nossos pensamentos não procede de serem uns mais lógicos e coerentes do que os outros, mas apenas de nos dirigirmos por caminhos diversos e de não considerarmos sempre as mesmas coisas.

Entrementes, apesar de nos alinharmos com o modo de ver do conceituado filósofo, o certo é que não podemos desenvolver o presente tema de maneira a nos estendermos e desviarmos do exato objetivo, porquanto o que genuinamente se pretende é limitar de modo sucinto o assunto, visando não só reforçar o que já existe na doutrina elaborada por juristas de enorme reputação, como também incentivar novos estudiosos do assunto a refletirem sobre a questão e quiçá, num futuro próximo conquistar um número de extraordinária grandeza de pessoas em nossa sociedade, capaz de pressionar os legisladores para que reformulem o mandamento legal concernente os RPVs e precatórios, a fim de que os agentes políticos no desempenho de suas funções respeitem não só o que consta no Preâmbulo da Carta Magna, como também o que prevêem os princípios do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (**artigo 5º, inciso XXXVI**); da moralidade pública (**artigo 37 da CF/88**) e da separação dos poderes (**artigo 2º da CF/88**), sob pena de se poder aplicar o que já existe em nossa legislação, no que concerne às violações de preceitos mediante atos praticados por cidadãos que ocupam cargos e funções na Administração Pública e que por algum motivo frustram o

que se encontra decretado em decisões judiciais, inclusive nos casos em que figure a pessoa do Chefe do Poder Executivo e que caracterizam o crime de responsabilidade prescrito no **(artigo 4º, incisos II, III, V, VI e VIII, da Lei nº. 1.079/50); (Decreto-Lei nº. 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores - com as alterações introduzidas pelas Leis: 5.659/71; 6.793/80; 9.504/97; 10028/2000) e (artigo 85, incisos V, VI e VII, da CF/88);** a improbidade administrativa estabelecido no **(artigo 11, incisos I, e II, da Lei nº. 8.429/92)** e o crime de prevaricação, conforme dispõe o **(artigo 319, do CP)**, afóra outros dispositivos legais que podem ser aplicados à espécie.

DA ESSÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Antes do aparecimento do método para a satisfação dos créditos contra a Fazenda Pública, o demandante que obtivesse uma decisão judicial favorável deveria se sujeitar aos meios escusos provenientes de favorecimentos políticos, porquanto o “pagamento ficava sempre na dependência da boa vontade do Executivo para efetivá-lo e do Poder Legislativo para abrir o crédito correspondente”. (Viana, Juvêncio Vasconcelos. Execução contra a Fazenda Pública. São Paulo: Dialética. 1998, p.62)

Com o advento da Constituição de 1934, contendo apenas **187 artigos e 26 disposições transitórias**, por meio do **caput e parágrafo único, do artigo 182**, consagrou-se a salutar condição de que o pagamento dos precatórios se sujeitaria a uma ordem sistemática de apresentação, sendo certo que desde esse tempo, o modo de proceder passou a se repetir em todas as demais Cartas Magnas que se sucederam. Até certo ponto, a resolução inserida naquela época pelo legislador ordinário de 1934, impediu que se continuasse o uso habitual da conhecida e escandalosa advocacia administrativa, onde somente os poderosos gozavam de prerrogativas, no sentido de resolver com brevidade o pagamento de seus créditos oriundos de sentenças.

Com o passar do tempo, inúmeras mudanças foram inseridas em nosso ordenamento jurídico e, conseqüentemente, ante a excessiva abundância de pleitos judiciais, os reclamos da sociedade para uma solução rápida

dos conflitos de interesses de pequena monta, as dificuldades no acesso à Justiça em face dos pesados ônus com custas processuais e a indispensabilidade de postulação em juízo através de advogado mesmo em circunstâncias onde havia ausência de complicação para a efetividade da entrega da prestação jurisdicional, fez com que surgisse em nosso país a necessidade de se criar métodos que proporcionassem um maior dinamismo nos procedimentos forenses, buscando-se, com isso, proporcionar aos jurisdicionados maior presteza, ausência de formalidade, objetividade e eficiência na prestação jurisdicional.

Assim sendo, o constituinte de 1988, em meio à conjuntura de tensão social, surgida na sociedade brasileira em face de inúmeras expectativas, baseadas em supostas probabilidades e promessas, formularam uma nova lei fundamental, sendo certo que através do **artigo 98, inciso I**, edificou-se o instrumento que faltava para que os legisladores vindouros construíssem mecanismos jurídicos para o funcionamento de uma jurisdição que se orientasse pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade e economia processual, visando, sempre que possível, a harmonização entre os litigantes.

Desta forma, por meio da **Emenda Constitucional nº. 22, de 18 de março de 1999**, introduziu-se um parágrafo único, através do qual se acrescentou a regra de que a legitimação da criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal seria arrimada por Lei Federal, sendo que logo após sucederam as **Emendas Constitucionais: 30, de 13 de setembro de 2000 e 37, de 12 de junho de 2002**, por meio das quais se alterou o **artigo 100**, inserindo neste dispositivo legal os **parágrafos: 1º-A; 2º; 3º; 4º; 5º e 6º**, adicionando-se na **Magna Carta o artigo 78, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**, sendo este último concernente ao pagamento de precatórios judiciais.

Além das normas apontadas acima, após discussão acerca de algumas controvérsias, advieram as **Leis nºs: 10.099, de 19 de dezembro de 2000**, que serviu para alterar a **Lei nº. 8.213/91 e regulamentar o parágrafo 3º, do artigo 100 da Constituição de 1988 e 10.259, de 12 de julho de 2001**, sendo certo que esta última norma se prestou para introduzir no âmbito da Justiça Federal os desejados Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Não obstante as variadas normas jurídicas e métodos, para os leigos que representam a maior parte de nossa população, com o surgimento da regulamentação dos Juizados Especiais, afigurava-se como se afigurou a impressão de que os problemas estariam resolvidos, quando necessitassem de invocar o Poder Jurisdicional do Estado para se pronunciar sobre determinado conflito de interesses onde figurasse no pólo passivo da demanda qualquer um dos Poderes da União, porquanto as atribuições inerentes a estes órgãos judiciais são o de proporcionar ao litigante a certeza de alcançar tudo àquilo que se espera da atividade jurisdicional do Estado, isto é, **maior celeridade, objetividade, informalidade e eficácia na prestação jurisdicional**, desde que o valor da pretensão autoral não ultrapasse a **60 salários mínimos**.

Com efeito, do modo como foi formulada a legislação, além de amenizar os pesados ônus com as custas judiciais, facilitou para o cidadão a obtenção de acesso à Justiça livre de excessivo formalismo, muito comum quando se está diante de um rito ordinário, apesar de hodiernamente o Judiciário, propenso a modernidade e a prevalência da efetividade processual vir se manifestando de modo propenso ao **dito popular**, no sentido de que **“Justiça tardia não é Justiça, é Injustiça”** ou como diria o inesquecível **Charles de Secondat Montesquieu, o Barão de la Brède**: **“ A injustiça que se faz a um, é a ameaça que se faz a todos”**.

Aliás, o notável magistrado federal **Cássio Murilo Monteiro Granzinoli**, ao comentar acerca da **“Efetividade e Instrumentalidade do Processo : Um Excurso Crítico**, com enorme sapiência leciona que:

“(…)

A segurança? A efetividade? O que é mais importante? O que é mais “justo”? Um processo em que não põe em risco em momento algum a segurança jurídica, porém pouco efetivo ou, ao contrário, um processo totalmente atrelado e guiado somente pelos ditames, pelo imperativo (diktat) da segurança?

Sem perder de vista a segurança jurídica – sem a qual não se pode falar em verdadeiro Direito, ou no seu postulado maior, a Justiça -, o fato é que também sem efetividade não há Direito e tampouco se pode falar na existência de Justiça.

Portanto, no confronto entre segurança jurídica e efetividade do processo a equação deve ser resolvida sempre em prol da justiça e da resolução do conflito de modo que a parte que consiga “provar o seu direito”, obtenha, no mais curto período de tempo possível, aquilo que conseguiria se a obrigação fosse cumprida espontaneamente por seu contendor. Tudo isso, contudo, sem querer erigir a efetividade a valor absoluto, em detrimento de qualquer outro preceito, conforme nos alerta o inigualável mestre José Carlos Barbosa Moreira.” (Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – Justiça Federal de 1ª Instância – Número 12 – Novembro 2004, p. 50)

(...)

Infelizmente, atualmente vivenciamos uma incontestável crise de paridade normativa entre os “Três Poderes” em nosso sistema jurídico, sendo certo que unicamente com intelectualidade, sensatez, prudência, responsabilidade e apreço à Constituição é que se atingirá a reconquista do não-simulado Estado Democrático de Direito.

DAS AMBIGÜIDADES NOS PRECATÓRIOS

Por força da regra de procedimento inserida no **inciso II, do artigo 575 do CPC**, o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição deve ser o próprio juiz da execução da decisão condenatória. Entretanto, em face da norma jurídica contida no **inciso I, do artigo 730 do CPC**, o precatório, isto é, o título executivo contra a Fazenda Pública não pode ser requisitado imediatamente pelo juiz da execução, porquanto a ordem tem que partir do presidente do tribunal competente.

Em vista disso, tratando-se de questão circunscrita no âmbito da Justiça Federal, é comum conceituar-se o precatório como sendo o instrumento de que se utiliza o juiz *a quo*, por meio de ofício ao Presidente do Tribunal, que no exercício de atividade administrativa, examinará as qualidades extrínsecas do documento e assegurará a obediência à ordem de preferência de pagamento dos créditos, de acordo com o previsto na Constituição Federal e na **Resolução nº 258, de 21 de Março de 2002, do Conselho de Justiça Federal**, requisitando numerário para pagamento do *quantum debeatur* superior a 60 salários mínimos por beneficiário,

em face de sentença de primeiro ou segundo grau, transitada em julgado e devido pela Fazenda Pública concernente a condenação judicial.

Como se vê, o ato executivo resulta da manifestação de dois órgãos do Poder Judiciário, em que a vontade de um é instrumental em relação a do outro, que edita o ato principal, eis por que podemos asseverar que se trata de **ato composto**, onde o juiz da execução envia o ofício requisitório contendo a totalidade do valor do crédito para pagamento e, conseqüentemente, o Presidente do Tribunal realiza junto ao exequente a comunicação para a provisão do crédito, sendo certo que somente após o seguimento dos trâmites próprios da burocracia, havendo a demonstração de regularidade e registro do instrumento junto ao poder público é que este se encarregará de executar pontualmente o cumprimento da sentença.

Um outro aspecto que merece ser levado em conta, é o fato de que ao término da execução judicial, o juiz, em face de requerimento do credor e após promoção favorável do MP, emite um ofício ao Presidente do Tribunal ao qual se vincula, para requerer o pagamento do *quantum debeatur*. De sorte que as requisições recebidas no Tribunal até o dia 1º de Julho são autuadas como Precatórios, atualizadas nesta data e incluídas na proposta orçamentária do ano seguinte. Em vista disso, até o final do ano para o qual foi o pagamento determinado no orçamento, a União deve depositar o valor dos precatórios junto ao Tribunal sendo certo que após a liberação da quantia, o Tribunal procede ao pagamento, primeiramente dos precatórios de créditos alimentares e depois dos de créditos comuns, conforme a ordem cronológica de apresentação, sendo certo que a via legal é delineada pelo que dispõe o atual **artigo 100 e seus parágrafos, da CF/88 e artigos: 78, 86 e 87 e seus incisos e parágrafos dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias**.

Posteriormente a abertura de uma conta de depósito judicial para cada precatório, na qual é creditado o valor correspondente, o Tribunal encaminha um ofício ao juízo de origem para disponibilizar a verba. Efetuada a transferência, o juiz da execução determina a expedição do alvará de levantamento, permitindo o saque pelo beneficiário, e o Precatório é arquivado no Tribunal.

Antes da vigência da Carta Magna de 1988, admitia-se a idéia clara de que não havia direito adquirido contra regra de procedimento constitucional, fosse ela originária ou derivada.

Hodiernamente, contudo, é indispensável diferenciar entre as normas constitucionais oriundas da atuação do poder constituinte originário – regras constitucionais originárias – e as normas constitucionais procedentes de emendas constitucionais – regras constitucionais derivadas.

De modo que com relação às primeiras, não há dúvida de que elas não se subordinam ao direito anterior, e em vista disso não estão sujeitas a respeitar o direito adquirido. Entrementes, no que tange às normas constitucionais derivadas, em face do que prevê o **inciso XXXVI, do artigo 5º, combinado com o inciso 4º, do parágrafo 4º, do artigo 60, da CF/88** e o **artigo 6º, do Decreto-Lei nº. 4.657, de 04 de setembro de 1942 – Lei de Introdução ao Código Civil**, se pode afirmar que é pacífico na doutrina atual, que as emendas à Constituição não podem ofender o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, bem como os direitos e garantias individuais ordenados explicitamente no já mencionado **artigo 5º da Lei Fundamental** de nosso país.

Desta forma, no caso de precatórios oriundos de atos jurídicos pretéritos, cujos efeitos se encontravam como se encontram produzidos em situações jurídicas regularmente constituídas antes da vigência de Emendas Constitucionais, todo e qualquer dispositivo que crie óbice ou embaraços para o efetivo pagamento, é indubitável que em face do princípio da irretroatividade da lei, bem como por força do que dispõem os mandamentos supracitados, não deixa de ser contra legem o entendimento que admita como válida a aplicação de regra que tenha sido inserida no Ordenamento Normativo Brasileiro, posterior a sentença que tornou o jurisdicionado credor do Estado, sobretudo quando se verifica que naquela época, isto é, antes da vigência da Emenda Constitucional já havia ocorrido o transito em julgado, até porque, o efeito da legislação nova só poderá se realizar **ex nunc**.

Com relação as modificações que vigoram no presente momento, tratando-se de **jurisdicionado idoso** e estando ele diante de uma decisão favorável e já tendo ocorrido o transito em julgado, ante o que estabelece:

a) o **inciso LXXVIII, do artigo 5º, da CF/88** que determina que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”; b) **parágrafo 3º, do artigo 5º, do mencionado diploma legal** que dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”; c) **princípios proclamados no Preâmbulo da Lei Fundamental**; d) **inciso III, do parágrafo 1º da CF/88**, que fixa como um dos fundamentos para o Estado Democrático de Direito: “a dignidade da pessoa humana”; e) **inciso II, do artigo 4º da CF/88**, que dispõe que “a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos”; f) **caput do artigo 5º da CF/88**, onde pactua com a sociedade brasileira essencialmente dois princípios de enorme significado jurídico: a igualdade e a segurança; g) o **inciso XXXVI, do artigo 5º da Lei Fundamental**, quando o constituinte originário estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; h) o **inciso LV, do artigo 5º da Magna Carta**, que prevê “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral a *‘garantia do devido processo legal’*”; i) o **inciso III, do artigo 104 da Lei nº. 10406/2002 – Novo Código Civil Brasileiro**, quando é determinado que “A validade do negócio jurídico (ato jurídico) requer: ... forma prescrita ou não defesa em lei.”; j) **caput do artigo 2º e parágrafos 1º e 2º do Decreto-Lei nº. 45.657/1942 – LICC e o artigo 71, da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso**, é evidente que o Estado não pode violar as situações que estejam definitivamente constituídas e incorporadas ao patrimônio do jurisdicionado.

A amparar o nosso entendimento e digno de registro, convém ressaltar aqui o magnificientíssimo pronunciamento do Colendo Supremo Tribunal Federal, que “ao negar a possibilidade de reedição de medida provisória rejeitada pelo Congresso, reafirmou, em acórdão unânime:

“Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica – dos Tribunais especialmente – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A

Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. O Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada”. (RT, 700221, 1994, ADIn 293-7/600, rel. Min. Celso de Mello – Ac. cit. pelo ilustre mestre Luís Roberto Barroso in *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003, p.170*)

Com efeito, salvo melhor juízo, entendemos que os instrumentos edificados pelo Estado a partir da vigência da CF/88, com a finalidade de criar métodos para o cumprimento das decisões finais proferidas pelo órgão judicante, refletem uma ficção destinada a encobrir ou mascarar a verdade, com o objetivo de impedir a execução pontual de imposição legal que procede de decisões judiciais ou de obter um vantagem vedada por princípios que regem uma sociedade que proclama solenemente a prevalência dos Direitos Humanos como um dos fundamentos para o Estado Democrático de Direito.

Além disso, um Estado em que os governantes afirmam constantemente o predomínio da sinceridade – equivale dizer que eles devem render tributo ao princípio da boa-fé, que inspira e sustenta toda a ordem jurídica, circunstância que se exige como indispensável para a própria idéia de justiça que emana do exórdio de nossa Magna Carta, quando se proclama que o nosso Estado Democrático se “destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia aocial e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias,...”

Ainda que nem sempre a discrepância entre os fatos e os instrumentos legais resultem da má-fé, o certo é que a sustenção da prioridade dos fatos como verdadeiros – isto é, da realidade sobre a ficção – serve para ocultar tanto aquelas discordancias inspiradas propositadamente, como as procedentes de puro equívoco involuntário, sem necessidade de forçar

à distinção exata do grau de intencionalidade existente em cada caso concreto que se apresente. De qualquer modo, o que se deve sempre ter em mente é que num Estado Democrático de Direito a vitória de Pirro deve em sentido absoluto ser afastada de nosso ordenamento jurídico, a fim de que tenhamos o reino da Paz Social tão almejada por todos os jurisdicionados, porquanto no sistema institucional eleito pelo constituinte originário deve prevalecer o brocardo jurídico: "***Sententia quae in rem judicatam transit pro veritate habetur***"

DA EQUIVOCAÇÃO NA DÚPLICE RENÚNCIA ANTE O EXCEDENTE QUE ULTRAPASSA O LIMITE DE ALÇADA EM FACE DE JURISDICIONADO IDOSO

Com relação os créditos definidos em lei de pequeno valor (RPV), não resta a menor dúvida de que a execução das sentenças condenatórias contra a **Fazenda Pública (Federal, Estadual, Distrital ou Municipal)** não se revela como obrigatório o processamento sob a forma de precatórios judiciais, em face do que consta no **parágrafo 3º, do artigo 100, da CF/88; com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 30/2000; regulamentado este parágrafo pela Lei nº 1.259/2000, bem como o que consta nos artigos 86 e 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescentados que foram pela Emenda Constitucional nº 37/2002**, razão pela qual não há ordem cronológica para cumprimento da obrigação. Contudo, o mandado deverá se tornar efetivo no tempo nele designado, sob pena de sequestro ou bloqueio de verbas públicas, no valor suficiente para o pagamento, ante o que dispõe o **parágrafo 2º, do artigo 17, da Lei nº 10.259/2001**.

Acrescente-se que o legislador derivado ao instituir a jurisdição especializada no âmbito da Justiça Federal, fez constar no **parágrafo 4º, do artigo 17, da Lei nº 10.259/2001**, a seguinte prescrição:

"Parágrafo 4º . Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no parágrafo 1º deste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultado à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista."

A partir daí, ante inúmeras discussões acerca do assunto, inclusive nas Turmas Recursais, sobreveio os **Enunciados nºs: 47 e 48**, sendo que este último avoca pela observância da regra do **parágrafo 4º, do artigo 17, da Lei nº 10.259/2001**, em face do entendimento de que **“a renúncia ao excedente do valor da causa não exclui o cômputo, no valor da condenação, da correção monetária e juros, bem como das prestações que vencerem no curso do processo”**.

Acontece que o **artigo 230 da CF/88**, dispõe que “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida.”

Posteriormente, com o advento da **Lei nº. 8.842/94**, que instituiu a Política Nacional do Idoso, o **artigo 1.211-A, da Lei nº. 10.406/2002**, o **Decreto nº. 4.227/2002**, revogado pelo **Decreto nº. 5.109/2004**, que criou o **Conselho Nacional dos Direitos do Idoso – CNDI** e a **Lei nº. 10.741/2003**, que estabeleceu o Estatuto do Idoso, constituiu-se em nosso país a base de sustentação jurídica que faltava para a instituição de um sistema político apto para elaborar proposições capazes de levar à prática por meio de providências concretas no que diz respeito ao zelo pela implementação de instrumentos que assegurasse ao idoso a fruição de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, notadamente a prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância.

Note-se que o caminho não é dificultoso, haja vista que o CNDI é composto por representantes dos seguintes Ministérios: “da Justiça; das Relações Exteriores; do Trabalho e Emprego; da Educação; da Saúde; da Cultura; do Esporte e Turismo; do Planejamento, Orçamento e Gestão; por dois representantes do Ministério da Previdência e Assistência Social e por dez representantes da sociedade civil organizada atuantes no campo da promoção e defesa dos direitos da pessoa idosa. **(Redação dada pelo Decreto nº. 4.287/2002)**”.

Logo, é de se concluir que as normas jurídicas vigentes que não concedem primazia no pagamento de valores devidos ao idoso pelo Poder Público, violam inúmeras normas-princípios e dispositivos legais, sendo portanto impróprias aos anseios da Constituição Federal de 1988.

De tal sorte, salvo melhor juízo, em conformidade com o prescrito no **artigo 203, da CF/88**, bem como com as demais regras mencionadas anteriormente, os **créditos**, seja qual for o valor, devidos às pessoas idosas pela **Fazenda Pública**, poderiam ser **pagos de imediato**, por meio de **ordem judicial independentemente da expedição de precatório**. Em tais circunstâncias, observado e comprovado a licitude do ato jurídico, a **Fazenda Pública** seria intimada pelo Poder Judiciário para consignar o **quantum debeatur no prazo máximo de 30 dias**, sob pena de sequestro da quantia necessária à satisfação integral do crédito devido ao jurisdicionado.

Eis por que assiste razão o mestre **Luís Roberto Barroso**, quando leciona que:

*“...No Brasil, o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade. ...”(Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* – 5ª ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003, p.233)*

Resta, portanto, a sociedade como um todo, buscar através dos instrumentos legais e políticos, impor ao legislador derivado a alteração da redação do texto constitucional, fazendo constar um dispositivo que autorize a liberação imediata dos créditos devidos ao idoso, no âmbito dos Juizados Cíveis Federais, sem a exigência da expedição de precatório, a fim de que se opere a extirpação do equívoco propositado contra o jurisdicionado, notadamente o idoso. Tal atitude encontra arrimo no **parágrafo 3º, do artigo 10º, da Lei nº. 8.842/94**, quando dispõe que: “Todo cidadão tem o dever de denunciar à autoridade competente qualquer forma de negligência ou desrespeito ao idoso”.

Um outro aspecto que merece ser ressaltado aqui, é o posicionamento do Pretório Excelso, no que concerne os juros de mora e a correção monetária após a inscrição do Precatório, circunstância em que se assentou três versões sobre o modo de interpretar o assunto concernente à

atualização dos Precatórios, senão vejamos: “1) não havendo atraso na satisfação do débito, não incidem juros moratórios no período entre a data de expedição do precatório e a data do efetivo pagamento do precatório, se realizado no prazo estipulado constitucionalmente; 2) tampouco incidem juros de mora no período entre a elaboração da conta e a expedição do precatório, ou seja, da expedição da requisição; 3) findo o prazo constitucional para a liquidação do precatório, os juros de mora voltam a correr. Portanto, não incidem juros de mora no período compreendido entre a data da elaboração dos cálculos e a data de expedição do ofício precatório, desde que se observe o que dispõe o artigo 100, parágrafo 1º, da Constituição Federal. O índice de correção monetária até a inscrição do precatório/RPV no orçamento será aquele determinado na decisão que transitou em julgado. Após a inscrição do precatório/RPV o índice da correção monetária será o IPCA-E.” (Agravo nº. 70028444255, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 11/03/2009).

O Poder Judiciário em alguns casos tem se manifestado através dos seguintes precedentes, dentre os quais citamos os abaixo transcritos e que particularmente nos interessa, senão vejamos:

“CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. PERDAS E DANOS. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES.

(...)

A correção monetária não é um **plus** que se acrescenta, mas um **minus** que se evita. Outra motivação não tem e em nada mais importa senão em uma mera manutenção do valor aquisitivo da moeda, que se impõe por razões econômicas, morais e jurídicas, em nada se relacionando com pena decorrente da mora.” (RESP 244.296/RJ, DJ 05.08.2002,).

“ (...)

- A correção monetária não constitui um plus que se acrescenta, mas mero mecanismo de preservação no tempo do valor aquisitivo da moeda. Precedentes.

(...)

Recursos especiais conhecidos, em parte, e providos.” (REsp 111.847/

*MG, DJ 30.06.2003, relatado pelo eminente Ministro **Barros Monteiro**).*

“Correção monetária. Inadimplemento contratual. Precedente da Corte.

1. A atualização monetária corre da data do laudo quando os valores nele apresentados são contemporâneos, não quando, expressamente, o laudo refere-se a valores com outro padrão monetário, bem anterior.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (*REsp 273.477/SP, DJ 20.08.2001, relatado pelo eminente Ministro **Carlos Alberto Menezes Direito***).

“DIREITOS PROCESSUAL CIVIL E ECONÔMICO. RECURSO ESPECIAL. (...)CORREÇÃO MONETÁRIA. ATUALIZAÇÃO. TERMO ‘A QUO’. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - Sendo a correção monetária mero mecanismo para evitar a corrosão do poder aquisitivo da moeda, sem qualquer acréscimo do valor original, impõe-se que o valor segurado seja atualizado desde a sua contratação, para que a indenização seja efetivada com base em seu valor real, na data do pagamento.

II - É entendimento consolidado da Corte que a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a não-incidência da correção monetária, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa do devedor, constituindo ela imperativo econômico, jurídico e ético indispensável à plena indenização dos danos e ao fiel e completo adimplemento das obrigações.” (*RECURSO ESPECIAL 159.860/SP, DJ 21.09.1998, relatado pelo eminente Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira***).

“PROCESSUAL CIVIL. RESTITUIÇÃO DE PAGAMENTO INDEVIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA.

A correção monetária não se constitui em um ‘plus’, senão em uma mera atualização da moeda aviltada pela inflação, impondo-se como um imperativo de ordem jurídica, econômica e ética.

Jurídica, porque o credor tem o direito tanto de ser integralmente ressarcido dos prejuízos da inadimplência, como o de ter por satisfeito, em toda a sua inteireza, o seu crédito pago com atraso.

Econômica, porque a correção nada mais significa senão um mero instrumento de preservação do valor do crédito.

Ética, porque o crédito pago sem correção importa um verdadeiro enriquecimento sem causa do devedor, e a ninguém é lícito tirar proveito de sua própria inadimplência.

Recurso improvido.” (RESP 57.644/SP, DJ 08.05.1995).

Já o Egrégio Superior Tribunal de Justiça interpreta a matéria da seguinte forma:

“EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS MORATÓRIOS. CABIMENTO APENAS QUANDO DESCUMPRIDO O PRAZO PREVISTO NO ART. 100, PARÁGRAFO 1º, DA CF. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos que têm o propósito infringente. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, é legal a inclusão de expurgos inflacionários nos cálculos de correção monetária de débitos da Fazenda Nacional em procedimento de liquidação, apesar da ausência de debate no processo de conhecimento ou inexistência de fixação de critério específico de atualização na sentença. É indevida a incidência de juros moratórios em precatório complementar se observado o prazo previsto no art. 100, parágrafo 1º, da CF no pagamento do precatório anterior. Se a Fazenda não atende o prazo constitucional para pagamento do precatório, configura-se a situação de mora, caso em que são devidos juros de mora e incidem sobre o período da mora, ou seja a partir do dia seguinte do prazo constitucional do pagamento precatório. (Resp 774,865/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5.9.2006, DJ 18.9.2006. Embargo de Declaração rejeitados.

De acordo com o atual ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias em seu **artigo nº 78, com os devidos acréscimos inseridos pela Emenda Constitucional nº.30/2000**, o governo pode com arrimo no **parágrafo primeiro**, decompor em parcelas anuais e consecutivas os créditos provenientes de cumprimento de decisões judiciais.

Além disso, o Poder Executivo, em cumprimento ao disposto no **artigo 165, parágrafo 2º, da CF/88** e na **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**, ao estabelecer as diretrizes orçamentárias da União (como por exemplo através das Leis: 10.266/2001; 10.524/2002; 10.707/2003;

10.934/2004; 11.178/2005; 11.439/2006; 11.514/2007 e 11.768/2008), demonstrando completa falta de esmero com a hodierna legislação brasileira, insiste em fazer constar como critério para pagamento de precatórios parcelados, em face do disposto no **artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT**, que **“os juros legais, à taxa de 6% a.a. (seis por cento ao ano), serão acrescidos aos precatórios objeto de parcelamento, a partir da segunda parcela, tendo como termo inicial o mês de janeiro do ano em que é devida a segunda parcela.”**

É cediço que nos litígios forenses, a demora no desfecho da relação jurídica entre os contendores, pode causar ao cidadão-jurisdicionado dano irremediável, porquanto ninguém ignora o fato de que o retardamento no recebimento do crédito reconhecido por sentença muitas vezes acaba por favorecer aquele que tem conhecimento que o direito não lhe assiste, na medida em que seus atos visam unicamente procrastinar as questões em juízo, circunstância que difere bastante quando se está diante de demandantes, cujos direitos estão sendo violados.

Com efeito, tratando-se de pessoa idosa, é evidente que esta não possui tempo para aguardar o prazo estipulado pelo legislador derivado para a satisfação da totalidade de seu crédito e, conseqüentemente, levando-se em conta que é inadmissível o cidadão servir-se do que não é disponível, tal como o princípio inerente ao devido processo legal, porquanto segundo o **inciso LIV, do artigo 5º, da CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”**, em face de que o referido preceito se situa como um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito, o Estado ao agir, como age, transgride frontalmente o texto da Lei Fundamental, notadamente no que se refere aos Direitos Humanos, ou melhor dizendo, os princípios gerais de direito.

Quanto a questão dos juros de mora, sem dúvida alguma, o Estado equivoca-se quando pratica a atualização dos precatórios através de percentual contrário ao permissivo constante no **artigo 406, da Lei nº. 10.406/2002 – Novo Código Civil Brasileiro**.

Com efeito, conforme é sabido por todos, antes da vigência do **Novo Codex**, os juros de mora era fixado em **1% (um por cento) ao mês**,

com fundamento no **artigo 1.062 do Código Civil anterior**, combinado com o disposto no **Decreto nº. 22.626/33**, a denominada **Lei de Usura**, que estabelecia: **“taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano”(0,5% ao mês).**

Já o atual **artigo 406 do Novo Código Civil (Lei nº. 10.406/2002 – em vigor a partir de 11.01.2003)** determina *in verbis*: **“Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”**

Portanto, por meio da **Medida Provisória nº 998, de 19 de maio de 1995**, que foi convertida na **Lei nº. 9.065, de 20 de junho de 1995**, a Receita Federal com arrimo no **artigo 13**, “desde 1º de abril de 1995, nas cobranças ou exigências dos débitos fiscais federais em atraso, passou a se utilizar da taxa referencial do **Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC** para títulos federais, acumulada mensalmente.”

No que tange a atualização monetária, na verdade o procedimento se destina a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento do crédito fixado na decisão final de mérito, sendo certo que a maneira de agir relativo o pagamento é utilizada como marco inicial pelo Estado a partir do 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito pela Fazenda Pública, nos exatos termos do previsto no **parágrafo 1º, do artigo 100 da Constituição**.

Note-se que até mesmo nos casos em que há desapropriação por utilidade pública, a teor do que prevê o **Decreto-Lei nº. 3.365, de 21 de junho de 1941** e em face do que consta nos **artigos: 15-A e 15-B**, com os acréscimos inseridos pela **Medida Provisória nº. 2.183, de 24 de agosto de 2001**, o Estado vem adotando o modo de proceder citado anteriormente.

Eis por que é necessário que se promovam mudanças urgentes em nossa legislação, porquanto a continuar do jeito que se encontra, jamais as decisões nos Juizados Especiais Cíveis Federais produzirão o efeito desejado, isto é, evitarão maiores sacrifícios aos credores que os exigidos para a obtenção do resultado.

Com relação a verba honorária, em face do previsto no **artigo 55, da Lei nº. 9.099/95**, os Juizados Especiais Federais, não condenam o Estado quando vencido a pagar os honorários aos causídicos.

Com efeito, com todo o respeito que os ilustres magistrados federais merecem, discordamos com a postura que vem sendo utilizada, notadamente com a edição de súmula sobre a questão, como a **Súmula nº 111, do Colendo Superior Tribunal de Justiça**, mormente quando estamos diante de um profissional que amparado pelo **artigo 133 da CF/88; artigo 20, parágrafo 4º do Código de Ritos e pela Lei Federal nº 8.906/94** e em face de sua atividade ser equiparada de alta relevância social, não pode deixar de ser compensado pelo tempo despendido na defesa de seu cliente, porquanto o percentual a ser arbitrado pelo representante do órgão judicante, não pode ser considerado como uma vantagem propriamente dita, principalmente quando se trata de importância que tem natureza alimentar.

De sorte que, indeferir a pretensão do advogado quanto o pleito de honorários de sucumbência, é desvalorizar a Advocacia, além de violar as prerrogativas profissionais constitucionalmente garantidas em normas-princípios.

Em vista disso, o entendimento jurisprudencial acerca do assunto precisa ser urgentemente mudado, sob pena de causar o perecimento da Advocacia que desde o advento da **Constituição de 1988**, é considerada como profissão indispensável para o funcionamento da Justiça.

Muito se fala em democracia e estado de direito em nosso país, entretanto, em muitas ocasiões, damos exemplos de quão distante estamos da realidade.

Por isso, assiste razão à posição do notável ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio de Pádua Ribeiro que ao comentar sobre a Execução contra a Fazenda Pública leciona:

“O assunto relativo à execução contra a Fazenda Pública, como se depreende, enseja muitas reflexões de ordem teórica e prática. O certo, porém, é que o sistema de precatórios adotado, tradicionalmente, pelo nosso Direito e desconhecido pelo direito alienígena, não tem se mostrado meio eficiente de cumprimento dos débitos judiciais da Fazenda Pública, erigindo-se, com freqüência, em forma de calote imposto pelo Poder Público aos seus credores.

As medidas adotadas quanto aos débitos alimentares e de pequeno valor são salutares. É preciso, porém, aperfeiçoar mais o sistema de pagamentos das dívidas judiciais da Fazenda Pública. Impõe-se que o Estado dê exemplo aos particulares quanto ao pronto cumprimento das suas obrigações, especialmente judiciais. Se assim não faz, torna-se vítima do seu próprio mau exemplo, especialmente quando o particular passa a imitá-lo, julgando-se no direito de sonegar tributos, o que causa grande prejuízo à sociedade. Não é possível mais tolerar-se, no âmbito da atividade pública, a aplicação diária do cínico brocardo popular "faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço". Na verdade, o calote dos débitos estatais e a sonegação de tributos pelos particulares são como que o verso e reverso da mesma medalha. De um lado, o Estado, com o seu poder institucional, procura empurrar para as calendas a satisfação de seus débitos. Do outro lado, o sonegador que, mirando-se no exemplo que vem de cima, furta-se ao dever de cumprir suas obrigações. Ambos, Poder Público e particular, praticam atos igualmente reprováveis tanto pelos métodos utilizados quanto pelos objetivos almejados. (Ribeiro. Antônio de Pádua. Execução contra a Fazenda Pública, in As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo - Ives Gandra da Silva Martins {Coord.}. - Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.p 265-266)

Com efeito, ante os inúmeros escândalos que a todo instante surgem nos meios de comunicação e que levam os políticos a apregoarem que chegou a hora de se dar direção para um caminho que nos leve a moralização e a prática da ética, na verdade, estes supostos estadistas deveriam ser os primeiros a dar o exemplo, porquanto, num país onde deve reger com autoridade suprema as normas-princípios: dos direitos sociais e individuais, a segurança jurídica, a igualdade e a justiça, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o respeito ao ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, fomento de ações com objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, **idade** e quaisquer outras formas de discriminação, prevalência dos direitos humanos, solução pacífica dos conflitos, é inadmissível que se cometa tamanhas ilicitudes que só servem para mostrar ao mundo globalizado quão distante ainda estamos de um país que pretende ser visto como digno de confiança, especialmente para a realização de negócios, visto que a validade do exercício da atividade do Poder Público depende da sujeição total às leis ostentadas pelo Estado.

Na verdade, ante as normas-princípios que vigem em nosso ordenamento jurídico, não se pode permitir a qualquer agente político, mesmo que esteja na mais alta posição hierárquica, que atue de modo que não se situe de acordo com os princípios eficazes e cogentes e que impõem atribuições com relação à legalidade material e formal na prática de determinados atos solenes, caso contrário às regras de procedimento deverão ser consideradas evidentemente inconstitucionais e flagrantemente transgressoras da Lei de Responsabilidade Fiscal (**Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000**).

Não seria despropositado ressaltar aqui, o fato de que a legislação processual civil vem atravessando por substanciais reformas, notadamente com início do advento da **Lei nº. 8.455/92**, que como se sabe representou como representa o primeiro período de perfilhamento pela adoção de um objetivo comum e de eminente consciência reformista.

Por conseguinte, o método exercitado pelo legislador na década que antecedeu a atual, foi a de fomentar modificações no texto da **Lei nº. 5.869/73 – Código de Processo Civil**, circunstâncias que impediram o surgimento de entraves não só para o Poder Legislativo, em face de não haver necessidade de ter que se confrontar com o inconveniente de ter que pôr a prova um novo **Codex**, situação que levaria ao enfrentamento de inumeráveis embaraços em face do extenso tempo de tramitação legislativa, bem como a possibilidade de ter que se recompor toda a jurisprudência levada a efeito no período de vigência da lei adjetiva de 1973.

Do mesmo modo como foi utilizado mais recentemente pelo legislador derivado para reformar em parte o Código de Processo Civil, no que concernem os dispositivos relativos à execução fundada em título judicial (**Lei nº. 11.232, de 22 de dezembro de 2005**), assim como através das Emendas Constitucionais, salvo melhor juízo, nada impede que se introduza no ordenamento jurídico da atualidade uma maior dinâmica ao processo especialmente no que se refere ao pagamento por RPV ou Precatório, de sorte que o tempo de tramitação seja reduzido, com o objetivo de se aprimorar e humanizar o sistema atual, porquanto tamanha sucessão de procedimentos procrastinatórios acaba levando o jurisdicionado para um caminho tortuoso e que não se pode prever,

principalmente no que se refere à conquista do bem da vida almejado pelo litigante especialmente o idoso.

Desta forma, cumpre indagar-se: Em que lugar pode se situar a dignidade da pessoa humana de um cidadão brasileiro que constantemente se vê atingido pelo Estado com regras que visam ferir de morte direito de índole individual, principalmente os patrimoniais e personalíssimos?

CONCLUSÃO

Revelar um conceito que goze de grande pujança e seja perpétuo; desenvolver uma regra entre interpretações diversas e conjeturas contrárias, com o intuito de se fixar uma conclusão definitiva, clara, precisa; determinar o sentido exato e a extensão da fórmula legal – é tarefa bastante complexa para o operador do Direito, porquanto os vocábulos que existem quer considerados separadamente, quer em combinação com outros para formar uma norma jurídica, pelo fato de serem flexíveis, revela, na maior parte das vezes, apenas rigidez fictícia, exterior, variando de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização, ante a volatilidade das idéias que surgem a cada momento histórico.

Destarte, para se descobrir o verdadeiro alcance, a extensão de um preceito legítimo, não nos compete apenas procurar atrás das palavras as reflexões possíveis, mas também entre as idéias possíveis a única apropriada, correta, jurídica.

Desde o começo da vigência da **CF/88**, percebe-se que o legislador derivado, na ânsia de adequar e tornar compatível o ordenamento jurídico com as necessidades organizacionais da sociedade dos nossos dias que deseja melhorar e progredir em todos os sentidos da vida, bem como para atender as exigências externas sob o ponto de vista econômico-financeiro das contas públicas (redução do déficit fiscal e estabilização monetária), apesar de a Lei Fundamental proclamar certos valores supremos, cogentes e invioláveis, para um país que aspira ser considerado como um Estado Democrático de Direito, vê-se que as limitações impostas

no momento de cumprir as decisões judiciais, não oferecem ao indivíduo-jurisdicionado um sistema normativo efetivo, confiável e seguro.

Com efeito, em pleno século XXI, é inaceitável que um Estado que se diz justo e baseado na liberdade e legalidade, bem como se intitula defensor e garantidor da dignidade da pessoa humana, há todo momento demonstre através de atos jurídicos o desprezo que tem com relação à segurança nas relações jurídicas com o cidadão brasileiro, principalmente quando se está diante de pessoa idosa e que em muitos casos o prolongamento de sua vida é uma incógnita.

Portanto, cumpre indagar-se: Como se pode conceber a vida num Estado Democrático que tem como desígnios: a garantia no exercício dos direitos sociais e individuais, segurança, bem-estar, igualdade, justiça, harmonia social, dentre outros princípios, se ele constantemente dá exemplo de quão distante está de seus intentos, ao inserir regras de Direito que corrompem e violam a segurança jurídica que deve haver nas relações que tem com os indivíduos-jurisdicionados?

Na verdade, o termo segurança jurídica por se tratar de um princípio-motor essencial em um Estado de Direito que tem como primazia o democratismo, não precisa estar rigorosamente explícito na constituição para que seja levado em conta pelo Poder Executivo, no momento de executar as suas atividades concernentes ao apreço formulado no texto da Lei Fundamental, porquanto a idéia que é recomendada como regra, decorre dos padrões que se imagina em sua consciência que todos os povos considerados culturalmente evoluídos costumam e devem adotar, quando reconhecem e valorizam a doutrina democrática em seus regimes de governo.

Equivoca-se, por isso, o legislador, quando ao formular regras, ignora a necessidade de se preservar nas estruturas normativas modificadoras, a segurança jurídica aos jurisdicionados, porquanto afora os dispositivos já mencionados anteriormente, por meio da **Emenda Constitucional nº. 45/2004**, que inseriu o **inciso LXXVIII, do artigo 5º, da CF/88**, assentou-se de modo explícito que: **“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”**.

Além disso, introduzir como se introduziu em nosso ordenamento jurídico, métodos que levam os atos processuais a se projetarem de modo que a lide se alastre indefinidamente é não reconhecer o fato de que cada causa tem sua singularidade, visto que cada litigante é diferente do outro. De sorte que, é indubitável deixar de admitir que inúmeros fatores possam determinar procedimentos diferentes no trâmite processual, caso contrário se estará permitindo que o Estado cometa dois procedimentos inaceitáveis contra o jurisdicionado, isto é, o da desigualdade formal ou substancial e a discriminação negativa.

Note-se que a legislação pátria, ao formalizar regras para desigualar o idoso – desigualdade formal é evidente que as projetou para dar proteção ao litigante idoso, ante o fato de que perante aos demais, é patente que ele não tem perspectiva de vida para aguardar a proposital e inaceitável dilatação na solução da questão judicial.

Ressalte-se que não somos contrários ao movimento reformista que tem ocorrido no ordenamento jurídico nas últimas décadas, entretanto, não podemos concordar com o caminho utilizado pelo legislador derivado, notadamente quando edita normas que se distancia de ordens superiores que emanam de nossa carta constitucional.

O certo é que ao se meditar sobre o alcance das legislações normativas-constitucionalmente fundadas, o operador do direito deve sempre ter em mente que uma regra não pode jamais ser compreendida em desunião com outras e sem levar em conta às instituições vigentes e a política geral que foi eleita pelo legislador originário com apoio da sociedade a que pertence, visto que uma constituição sempre é assentada para determinar a amplitude do Poder Estatal e a competência de sua atividade.

Desta forma, ante a má aplicação de nossa Carta Magna por aqueles que deveriam mantê-la e preservá-la, cumpre-nos indagar: Será que não estaríamos na hora de estabelecermos uma reestruturação no sistema atual, a fim de que o Estado não continue a transgredir princípios e estatutos legais? No momento em que nos deparamos, de que maneira se pode encontrar um juízo de valor cultural reconhecido pela sociedade e que não seja limitativo de liberdade individual e que afaste todo tipo de censura, inserindo o cidadão-jurisdicionado no contexto das metas a ser atingida

pelo Estado e que estejam em consonância com valores relevantes, tais como: o bem-estar, a igualdade, a liberdade, a justiça e a dignidade da pessoa humana?

Com efeito, se é certo que o representante do órgão judicante deve diligenciar no sentido de atingir o exato intento de um texto; contudo este intento e aquele sentido não podem estar em desarmonia com o fim colimado pela legislação hodierna – o bem social.

Em vista disso, ousamos a afirmar que a interpretação é escrava do Direito, isto é, subserviente inteligente que o melhora, aperfeiçoa, humaniza, sem lhe modificar a substância. Além disso, as leis devem ser geradas e decretadas de acordo com as instituições vigentes; logo a exegese, como sendo genuína auxiliar da aplicação das regras escritas, de modo algum pode se divorciar da índole do regime.

Eis porque, finalizando, temos a esperança de que dentro de pouco tempo, a sociedade brasileira se conscientizará da necessidade de se melhorar o sistema legal de nosso Estado, a fim de que não se cometam mais injustiças com os jurisdicionados.

Aliás, como lecionava o economista e filósofo escocês Adam Smith no século XVIII: “... o progresso ou desenvolvimento raras vezes se verifica em Estados que não usufruem uma metódica e adequada administração da justiça; onde os cidadãos não se encontram seguros de suas propriedades; onde o cumprimento dos contratos não esteja amparado por lei e a autoridade impede em fazer cumpri-los...”

Desta forma, cumpre-nos continuar lutando, a fim de que sejam inseridas mudanças em nosso ordenamento jurídico, para que o nosso país venha ser reconhecido internacionalmente como uma nação onde se tem a primazia de valorizar o direito dos cidadãos, porquanto o império e o respeito das normas jurídicas é condição necessária para o desenvolvimento dos países que elegem como regime o Estado Democrático de Direito.

Afinal, conforme é cediço, Roma não se immortalizou pela robustez de suas armas, nem por seus triunfos conquistados. Immortalizou-se pelo sistema jurídico que nos transmitiu.

- JUNHO/2009 -

BIBLIOGRAFIA

- 1 . Altavila, Jayme de. *Origem do Direito dos Povos*. São Paulo: Ícone, 5ª. ed., 1989.
- 2 . Assis, Araken de. *Manual de Processo de Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2ª. ed., rev., atual e ampl., 1995.
- 3 . Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 5ª. ed., rev., atual. e ampl., 2003.
- 4 . Barroso, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 1996.
- 5 . Brasil, *Constituição da República Federativa do [1988] – organização Cláudio Brandão de Oliveira*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 7ª. ed., 2005.
- 6 . Bittar, Eduardo C.B. *Teorias sobre a Justiça: Apontamentos para a História da Filosofia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- 7 . Bonesana, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hermus, 1983.
- 8 . Brasil, *Código de Processo Civil [1973] – editado Arnaldo Oliveira Junior*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 4ª. ed., 2006.
- 9 . Capelletti, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984 2ª. ed., reimp., 1999.
- 10 . Canotilho, J.J. Gomes. Almedinha Editora, 1988, ob. cit. Dantas, Ivo. *Direito Constitucional Econômico*. Curitiba: Juruá, 1ª. ed., 2ª tir., 2002.
- 11 . Cunha, Luiz Fernando Whitaker. *Direito Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1990.
- 12 . Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 23ª. ed., 2002.
- 13 . Fontes, André. *A Pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- 14 . Franco, Fernão Borba. *Execução em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 2002.
- 15 . Friede, Reis. *Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Específica, Tutela Antecipada*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª. ed., (rev. e ampliada), 1996.
- 16 . Hryniewicz, Severo. *Para Filosofar: Introdução à Filosofia*. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 2ª. ed., rev. atual., 1997.

Sistema jurídico no juizado especial federal: Estudo acerca das ambigüidades nos precatórios e em face da equivocação na dúplice renúncia ante o excedente que ultrapassa o limite de alçada relativamente à pessoa idosa

- 17 . Jungstedt, Luiz Oliveira Castro. Direito Administrativo: Legislação. Rio de Janeiro: Thex Ed., 14^a. ed., ed., rev., atual., [até 01/07/2003], 2003.
- 18 . Júnior, Humberto Theodoro. A Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. Porto Alegre: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n. 40, p. 25-53, mar./abr. 2006.
- 19 . Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito:[tradução João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 5^a. ed., 1996.
- 20 . Código Civil, Novo. Coordenação Giselle de Melo Braga Tapai. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2002.
- 21 . Machado, Hugo de Brito. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional. Ano 2 – nº.2 – Centro de Estudos do SINPROFAZ – Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional, 1998.
- 22 . Martins, Ives Gandra da Silva. As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- 23 . Mello, Celso Antônio Bandeira. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 3^a. ed., rev. e ampliada, 1992.
- 24 . Mello, Celso Duvivier de Albuquerque. Direitos Humanos e Conflitos Armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- 25 . Naufel, José. Novo Dicionário Jurídico Brasileiro. José Konfino Editor – volumes I, II e III, 1956.
- 26 . Picard, Edmond. O Direito Puro. Ibero Americana Editorial, 1935.
- 27 . Wambier, Luiz Rodrigues. Liminares: alguns aspectos polêmicos: Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares – Coord., Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 1995.
- 28 . Whitehead, Alfred North. Science and the Modem World, 1925; reimp. Nova York: Mentor, 1941.
- 29 . Ráo, Vicente. Ato Jurídico: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4^a. ed., anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 2 tir., 1999.
- 30 . Raws, John. Uma Teoria da Justiça; tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- 31 . Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – Justiça Federal de 1^a Instância – Número 12 – Novembro, 2004.
- 32 . Rocha, Carmén Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

- 33 . Rosa, Fábio Bittencourt. Regulamentação Interna dos Precatórios no âmbito da Justiça Federal. In: Execução contra a Fazenda Pública. Série de Cadernos do CEJ. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do CJF, 2003.
- 34 . Viana Juvêncio Vasconcelos. Execução contra a Fazenda Pública. São Paulo: Dialética, 1998.

A REPÚBLICA E A REESTRUTURAÇÃO DA JUSTIÇA

André R. C. Fontes¹

Foram noções teóricas e clássicas que delinearão o que se entende por república. Desde o vocábulo *república*, originário da locução latina *res publica*, até a sua inserção nos capítulos mais expressivos e característicos dos textos legais e políticos, é das penas literárias e das idéias refletidas que extraímos seus contornos básicos e fundamentais. A república, que em nossos dias dá forma aos governos daquelas mais modernas e conhecidas sociedades, entretanto, foi construída sob o sangue, a vida e os escombros de povos inteiros, vítimas de lutas, de enfrentamentos e de tensões destinadas a forjar o seu emprego e utilização.

A república é histórica e substancialmente um conceito negativo, que se define por exclusão: é a forma de governo que se opõe à monarquia. E somente por meio de um confronto com a idéia de monarquia é que adquire plena significação e sentido. República e monarquia correspondem a conceitos perfeitamente definidos, mas não significam apenas distintas caracterizações de uma mera dicotomia conceitual. São, ao contrário, uma contraposição enriquecida por forte conotação emocional, dotada de uma carga afetiva que se propõe a formar um verdadeiro maniqueísmo por seus defensores. A tradição das lutas pela igualdade dos homens dota a república de uma característica marcante, que confere um particular sentimento a seus adeptos, que é a de transformar-se em mito - o mito republicano, o mais ignominioso dos pavores monárquicos.

¹ Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Não é sem razão que república representava muito mais do que uma organização política: ela era a forma de conferir dignidade ao homem. Muito mais que um conceito ou uma categoria política, a república significava um *desideratum*. E isso ocorria pela modificação total das estruturas do Antigo Regime e, por consequência, da supressão daquilo que lhe servia de fundamento: a diferença entre os homens.

As repúblicas que sucederam às monarquias fizeram, acima de tudo, uma ofensiva à *personalização* da figura do Chefe de Estado. A figura do rei concentrava tudo aquilo que o Estado pudesse expressar. Em nome do rei ou da coroa eram praticados os atos de gestão pública, que bem seriam compreendidos atualmente como próprios do interesse público. A existência de um Chefe de Estado no modelo republicano exigiu, do ponto de vista funcional, o esforço de movimentação da idéia de pessoa (do monarca) para outra, que foi a de cargo público (o cargo de presidente). Essa foi uma alteração simbólica que representou, em verdade, o deslocamento do centro de poder de uma perspectiva pessoal e transitória (porque dependente do lapso de tempo de vida do monarca) para uma perspectiva impessoal e permanente do cargo (do cargo de presidente). Uma utilização não apenas e meramente objetiva da idéia de centralização do poder, mas, acima de tudo, a passagem da vulnerabilidade da pessoa humana e da suas vicissitudes para a invulnerabilidade de um cargo, de uma sede de gestão dos negócios públicos, que dependeria, tão-somente, da existência de um titular, qualquer um, portanto, dotado dos requisitos estabelecidos pela sociedade.

A despersonalização da Chefia do Estado pela extinção de um governo monárquico também gerava outras consequências, dentre as quais, e, talvez, a de maior importância, a de uma comunidade gerida por leis e com interesses comuns. Para se criar uma república, em sucessão à monarquia, o poder supremo não poderia coincidir mais com a vontade individual do soberano, mas pelo consenso único do povo, por meio dos seus legítimos representantes. O modo de formação da vontade do Estado somente seria encontrado no povo, e não mais pelo processo individual psicológico e volitivo de um sujeito determinado. A república não mais seria uma mera forma de governo, mas a maneira como um agregado humano se tornava submetido a sua própria vontade, mediante lei.

Não retiram a consistência das premissas acima as ditaduras republicanas, que personificaram os mais conhecidos tiranos (Hitler e Pinochet) e a democratização das monarquias (da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e da Suécia). Também não são motivos de críticas as formas parlamentaristas e colegiadas de governos republicanos, que bifurcam a Chefia de Estado com a de governo, como são exemplos Portugal e Israel e, também, as monarquias ocidentais da Holanda e da Espanha. Outro exemplo bem sucedido é a forma colegiada de república adotada, por exemplo em São Marinho e Suíça.

As tradições multiseculares dos povos e das suas lutas conduz a um ambiente democrático no consórcio de nações e, nessa realidade nova, a diferença que marcava a monarquia e a república fica, cada vez mais, limitada ao caráter de negação da Chefia do Estado a um monarca. O processo mental que conduz ao conceito de coisa pública (*res publica*), de coisa comum, de organização política parece similar na república e na monarquia. A idéia de *res publica* sofre uma degeneração e se torna transcendente aos ideais monárquicos e republicanos, de modo que nem um estadunidense ou britânico a negariam.

Os que nasceram em tempos recentes dificilmente podem imaginar que há pouco mais de vinte anos o Brasil fosse uma ditadura. Assim era a realidade de uma república instituída por um golpe de Estado. Um aliás, dentre outros golpes que fizeram sombra à história de sofrimento e luta do povo brasileiro. Não é demais lembrar o receio que pairava sobre a sociedade brasileira quanto à falta de segurança individual pela ação das forças de repressão, as prisões políticas, a ausência de liberdade de organização política, sindical e estudantil, dentre outras; a censura, que só foi extinta pela Constituição de 1988. É oportuno lembrar, por outro lado, que os melhores representantes de muitas gerações de nosso país consagraram sua vida à luta para libertar o povo do jugo autoritário que marcou o ambiente político brasileiro.

A monarquia no Brasil era protegida por um sistema político fechado e oligárquico, que submetia a economia do país a um inabalável sistema de relação simbiótica com as forças policiais, em uma estrutura que se moldara em tempos coloniais. A escravidão e os contrastes econômicos e sociais se faziam sentir em todos os cantos do país, de modo que seguia

agrário, analfabeto e atrasado. O Brasil foi o único país independente no continente americano a manter a forma monárquica naqueles anos de libertação. É verdade que tal fato ocorreu porque a ruptura com Portugal representou mais uma dissociação da casa reinante do que uma ação revolucionária, embora se reconheça a ação político-militar das forças portuguesas em vários locais do território nacional, com consequências fatais e desastrosas. E a existência de uma estrutura organizada de administração pública no novel país o diferenciou de qualquer outro na passagem para a liberdade.

Deve-se lembrar que, muito antes da independência alcançada em 1822, que conduziu o Brasil à sua forma monárquica, já havia no período colonial diversos movimentos de emancipação política de idéias republicanas. Registre-se que foram republicanas as primeiras idéias de emancipação deste país. Mas foi uma série complexa de acontecimentos que geraram o surgimento da república.

Conquanto significasse uma mudança de uma forma personalizada de administração, e da concentração econômica e oligárquica, a ruptura com a monarquia traduziu-se muito mais em uma aspiração na forma federativa de Estado e o consequente resgate do poder e da administração descentralizada nas áreas correspondentes às províncias, exatamente como se mantiveram até a unidade do Estado do Brasil, na formação do então Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, e, posteriormente, com a criação do Império do Brasil. As mudanças nas condições sócioeconômicas, na instituição da meritocracia em lugar dos favores hereditários, especialmente na Marinha do Brasil e no Exército Brasileiro, representaram outros fatores associados aos movimentos políticos e filosóficos, que circulavam entre os intelectuais e militares.

A concentração do poder no Império do Brasil chegava ao extremo de depender da Capital uma simples nomeação no interior do país. As forças políticas locais já não se contentavam com a ossificada estrutura administrativa nacional, agravada pela idade avançada do Imperador Pedro II. Temia-se, ademais, a possibilidade de um estrangeiro, pelo qual não se nutria qualquer sentimento de respeito, que era o marido da Princesa Isabel, o conde d'Eu, pudesse vir a tomar as rédeas da nação.

O destaque dos aspectos acima citados revela, apenas, a multiplicidade de questões que envolveram a Proclamação da República, que não se esgotariam nas letras deste texto, cujo propósito é o de expor, sucintamente, algumas das peculiaridades da rica e variada história do país. Mas, os resultados salientados poderiam destinar-se à indagação de uma história do marco institucional pós-republicano, no sentido de sua manutenção e preservação.

Dentre os marcos institucionais mais característicos da moldura dos primeiros anos de república no Brasil, citamos aqueles que guiaram a forma republicana na legislação e na atividade dos juízes.

A idéia descentralizadora dos republicanos era a bandeira principal contra a monarquia, e tornou-se realidade em 15 de novembro de 1889, data na qual tombou o Império. E também foi naquela data que se editou o Decreto nº 1, pelo qual foi proclamada a *República Federativa*.

Não foi suficiente a proclamação da república; as instituições que a preservariam também deveriam ter sido instituídas. A Constituição que se seguiu, datada de 24 de fevereiro de 1891, seguiu duas orientações, que buscavam orientar a república instituída:

- (a) a criação de um controle difuso de constitucionalidade; e
- (b) a instalação de uma Justiça Federal no país.

O controle difuso de constitucionalidade instituído significava que nenhuma lei em desacordo com a Constituição poderia ser aplicada pelos juízes no Brasil. Nos processos em curso em todo o país, o juiz que se deparasse com uma lei que contrastasse com a Constituição havia de resolver o conflito que lhe era apresentado, mas não podia fazer uso da lei reputada inconstitucional.

O objetivo desse controle difuso era evitar que as instituições monárquicas, por meio dos mais ilustres parlamentares, que foram eleitos e reeleitos, não obstante seu pendor monarquista, pudessem editar leis que, direta ou indiretamente, violassem a Constituição. Era a incumbência do juiz realizar, sistematicamente, esse tipo de verificação, e impedir qualquer execução de lei, que resgatasse o antigo regime monárquico no Brasil.

Por meio de leis que resguardassem as mais comezinhas instituições do Império, a república poderia ficar abalada. A sistemática trazida por Rui Barbosa, dos Estados Unidos da América, do chamado controle difuso da constitucionalidade das leis, seria a chave para segurança e preservação da jovem república que se inaugurava.

A instalação de uma Justiça Federal, também inspirada naquela de origem estadunidense, surgiu, igualmente, pela batuta de Rui Barbosa. A justiça, que se conhecia e que havia sido instalada na república, era aquela que continuou do Império do Brasil. Ela se tornou, no âmbito da federação brasileira, uma justiça estadual. Se prevalecesse a idéia de que somente seria estadual a justiça, as decisões da justiça estadual, por omissão ou pela possível prática de atos destinados a tornar as instituições federais inócuas, retiraria da federação a possibilidade de existência. Essa foi, sem dúvida, a atitude de desconfiança institucional mais característica e marcante contra a justiça estadual.

A criação da Justiça Federal, com atuação paralela às justiças estaduais, foi de grande relevância para a consolidação do novo sistema. Ela permitiu que a república e a federação fossem mantidas, no propósito e na perspectiva que inspiraram os mais ilustres republicanos. Afinal, a Justiça Federal, presente nas mais diversas regiões do Brasil, assegurou a sua unidade e a uniformidade de interpretação de suas leis e da Constituição, sempre dissociada das diferenças regionais e culturais desta grande nação. A estrutura política da federação brasileira tem, como um dos seus alicerces mais relevantes, a Justiça Federal, que desempenha o papel de verdadeira artéria jurídica do país.

A evolução, social e política, do Brasil e de seu povo são, sem dúvida, dativas e atributos, que nos foram legados pelo sistema republicano. Afinal, não se vislumbra, desde a Roma antiga, sistema de governo que promova distribuição mais equitativa e justa de poder, riquezas e garantias isonômicas do que o republicano.