

DIKÉ

Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe

DIKÉ

Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe



Editora UFS

São Cristóvão, 2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

REITOR

Josué Modesto dos Passos Subrinho

VICE-REITOR

Angelo Roberto Antonioli

EDITORA/UFS

COORDENADOR DO PROGRAMA EDITORIAL

Péricles Morais de Andrade Júnior

COORDENAÇÃO GRÁFICA

Germana Gonçalves Araujo

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Lucílio Freitas

CAPA

Sandra Pinto Freire

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

Diké : revista do mestrado em direito da Universidade Federal de Sergipe / Programa de Pós-Graduação em Direito. Vol. 1, n. 1 (jul./dez. 2011). -- São Cristóvão: Editora UFS, 2011. 252 p.

ISSN 2237-2040

1. Direito - Periódicos. I. Título: Revista do mestrado em direito da Universidade Federal de Sergipe.

CDU 34(05)



Cidade Universitária José Aloísio de Campos

CEP - 490100-000 - São Cristóvão - SE

Telefone: 2105.6920 - 21056922 - 21056923 - e-mail: editora@ufs.br

www.ufs.br/editora

DIKÉ

Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe

Número 1 - Julho a Dezembro de 2011

ADMINISTRAÇÃO

Editor Responsável:

Constança Marcondes Cesar

Editor adjunto do número 1:

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Comitê Editorial:

Carla Eugenia Caldas Barros, Carlos Alberto Menezes, Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Jussara Maria Moreno Jacintho, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva.

Comitê Executivo:

Constança Marcondes Cesar, Clara Angélica Gonçalves Dias, Daniela Carvalho Almeida da Costa, Henrique Ribeiro Cardoso, Lucas Gonçalves da Silva, Otávio Augusto Reis de Sousa, Ubirajara Coelho Neto.

Conselho Editorial:

Aquiles Cortes Guimarães (UFRJ), Antonio Braz Teixeira.

(Universidade Autónoma de Lisboa), Denis Borges Barbosa (PUC RJ), Maria Garcia (PUCSP), Eduardo Reale Ferrari (USP); Domingos Savio Zainaghi, Tércio Sampaio Ferraz (USP), José Maria Arruda de Andrade (USP), Francisco Perez Amorós (Universidad Autónoma de Barcelona), Alberto Levi (Università de Modena e Reggio Emilia), Fabio Oliveira (UNESA), Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto), Maria Augusta Paim (USP).

Equipe Técnica:

Marcle Vanessa Menezes Santana: Revisão do inglês.

Descrição:

A Revista edita artigos e resenhas de conteúdo filosófico e jurídico. Os textos abordam aspectos críticos envolvendo tópicos relativos, focalizando preferencialmente os temas: justiça, pessoa, liberdade, cuidado, responsabilidade, direitos humanos, violência. Busca ser expressão dos grupos de pesquisa em Direito e em Direito e Filosofia, bem como dos grupos de pesquisa e pesquisadores de outras instituições, preferencialmente vinculados a projetos conjuntos e a acordos de cooperação com os da Universidade Federal de Sergipe.

A Revista tem periodicidade semestral.

DIKÉ

Review Masters in Law of Sergipe Federal University

First Edition – July – December 2011

MANAGEMENT

Chief Editor:

Constança Marcondes Cesar

Co-editor of the first edition:

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Editorial Commission:

Carla Eugenia Caldas Barros, Carlos Alberto Menezes, Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Jussara Maria Moreno Jacintho, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva.

Executive Commission:

Constança Marcondes Cesar, Clara Angélica Gonçalves Dias, Daniela Carvalho Almeida da Costa, Henrique Ribeiro Cardoso, Lucas Gonçalves da Silva, Otávio Augusto Reis de Sousa, Ubirajara Coelho Neto.

Editorial Council:

Aquiles Cortes Guimarães (UFRJ), Antonio Braz Teixeira.

(Universidade Autónoma de Lisboa), Denis Borges Barbosa (PUC RJ); Eduardo Reale Ferrari (USP); Domingos Savio Zainaghi, Tércio Sampaio Ferraz (USP), José Maria Arruda de Andrade (USP), Francisco Perez Amorós (Universidad Autónoma de Barcelona), Alberto Levi (Università de Modena e Reggio Emilia), Fabio Oliveira (UNESA) Maria Garcia (PUCSP), Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto), Maria Augusta Paim (USP).

Technical staff:

Marcle Vanessa Menezes Santana: english translation.

Description

The scientific journal publishes papers and reviews on both law and philosophical content. The articles have to involve critical aspects related to topics, focusing mainly on themes such as justice, individual, freedom, responsibility, human rights and violence. Its attempt is to be an expression of Law and Law and Philosophy research groups of Sergipe Federal University, as well as research groups and researches from another institutions, mainly those related to projects and cooperation agreement with Law research groups of Sergipe Federal University. It is published periodically, each six month.

Sumário

ARTIGOS	PÁGINAS
O “direito de sequência”: sobre o preço ou sobre o aumento do preço? J. Oliveira Ascensão	17
Imputação Objetiva: breve incursão doutrinária Daniela Carvalho Almeida da Costa	29
Do princípio <i>quantum vindicatum</i> em Propriedade Industrial Denis Borges Barbosa	39
Direitos fundamentais no atendimento hospitalar Flávia Moreira Guimarães Pessoa	55
Acumulação de Cargos Públicos e o Regime de Dedicção Exclusiva no âmbito das Universidades Federais brasileiras Henrique Ribeiro Cardoso	69
Direito ao desenvolvimento e o município na cf/88 Jussara Maria Moreno Jacintho	101
Mediação interdisciplinar:Um caminho viável à autocomposição dos conflitos familiares Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva	121
Direito e Música: dois caminhos e um só rumo Carla Eugenia Caldas Barros	137
O pacto de não-concorrência no direito do trabalho português Márcio Granconato	153
The development of Syndicalism in Brazil and the convention 87 of the ILO – Constraints and Challenges Otavio Augusto Reis de Sousa	169

Teoria dos bens e a essencialidade dos medicamentos: a funcionalização da propriedade em prol dos valores existenciais

Pedro Marcos Nunes Barbosa

185

Estado constitucional e partidos políticos: Sistemas e Crises.

Ubirajara Coelho Neto

209

RESENHAS

GONÇALVES DA SILVA, Luciana Aboim Machado. **Termo de ajuste de conduta.**

Anna Catharina Fraga Machado

247

Contents

ARTICLE

The “right of sequence”: is it about the price or about the price’s increase?

J. Oliveira Ascensão

Objective Imputation: a brief doctrine overview

Daniela Carvalho Almeida da Costa

The principle *quantum vindicatum* in Industrial Property

Denis Borges Barbosa

Essential rights in hospital treatment

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

And Exclusive dedication on Brazilian public universities

Henrique Ribeiro Cardoso

Law and development and municipality in cf/88

Jussara Maria Moreno Jacintho

Interdisciplinary mediation: a possible way of family conflicts’ composition

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Law and Music

Carla Eugenia Caldas Barros

The agreement of non-concurrence in Portuguese Labor Law

Márcio Granconato

The development of Syndicalism in Brazil and the convention 87 of the ILO – Constraints and Challenges

Otávio Augusto Reis de Sousa

Property theory and remedy essentiality: the function property on the behalf of existential values

Pedro Marcos Nunes Barbosa

Constitutional State and political parties: systems and crisis

Ubirajara Coelho Neto

Book review

GONÇALVES DA SILVA, Luciana Aboim Machado. **Termo de ajuste de conduta.**

Anna Catharina Fraga Machado

247

EDITORIAL

Chamamos nossa revista de DIKÉ, lembrando a deusa que era a personificação da justiça na *Teogonia*, de Hesíodo. O termo significava também *direito, justiça, as vias da justiça, o justo*, e é com esse sentido que aparece no *Leis*, de Platão. Ao lado de Thémis, personificação da justiça dos tribunais, Diké exprimia a justiça como conduta, reto agir, ética. Nos poemas de Orfeu, Diké é filha de Thémis e irmã de Irene (a paz) e de Eunomia (a ordem legal); seu nome significa *a justa retribuição*. Uma variante da teogonia órfica a mostra como filha do Sol e da Noite, significando seu nome *a justiça no mais alto grau*.

É sob a égide da antiga e perene tradição, que apresentamos à comunidade acadêmica os trabalhos dos professores da Faculdade de Direito e alguns resultados das pesquisas em andamento no Mestrado e na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe. Contamos também com a colaboração de colegas de outras universidades que têm afinidades com as investigações que realizamos.

É no intuito de estreitar laços entre a graduação e pós, em nossa Universidade; e entre nosso Mestrado e outros grupos de trabalho de outras instituições que expomos nossas contribuições e convidamos nossos colegas a participar de nossa revista.

Esperamos também que a publicação seja um caminho para apresentar à comunidade acadêmica as linhas de pesquisa vigentes no Mestrado que ora iniciamos. Abordam a constitucionalização do Direito, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o garantismo penal e a violência, bem como estudam as relações entre Direito e Filosofia, a fundamentação do Direito, e examinam a hermenêutica filosófica e constitucional.

A Redação

EDITORIAL

Our scientific journal is named DIKÉ after the Goddess who was the personification of justice, in Hesiod's *Teogonia*. The term also meant *law, justice, justice's ways, what is just*, and this is the sense which is used in *The Laws* of Plato. Diké expressed justice as conduct, the right way of acting and ethics. In the Orpheus' poems, Diké is the Thémis' daughter and the Irene's (Peace) and Eunomia's (Legal Order) sister; her name means *right retribution*. A variation of the orphic theogonies presents Diké as a Sun and Night's daughter; she is *the highest level of the justice*.

Under the aegis of the ancient and perennial tradition we present to the academic community the professors' works in progress from Law College and some results of researches in progress at Masters Degree course and Law course from Sergipe Federal University. We also have the cooperation from colleagues of other universities who have similarities in their works with ours.

With the intent to approach undergraduate and graduate courses in this university as well as between our Masters Degree and different research groups from another institutions that we expose our contributions and invite our colleagues to join us in our scientific journal.

We also hope that the periodical becomes a way of presenting the university the research lines that we have just started. It copes with the Law's constitution, the efficacy of fundamental rights in the private relations, the violence as well as it studies the relations between Law and Philosophy, and it examines the philosophical and constitutional hermeneutics.

The editorial staff

O “DIREITO DE SEQUÊNCIA”: sobre o preço ou sobre o aumento do preço?

José de Oliveira Ascensão *

Resumo: O direito de sequência recai sobre o suporte material de obras artísticas, tendo sido justificado historicamente mediante o acento miserabilista da condição dos artistas. Mas hoje é defendido como devendo passar a recair sobre o preço total, o que o empolvaria muito. A ser assim perderia toda a justificação, porque o direito do artista recai sobre a obra imaterial e não sobre o suporte após alienado. Traria consequências absurdas, como a de gravar o revendedor mesmo quando sofre prejuízo e provocaria a deslocalização das vendas para países que não estabeleçam esse gravame. Representaria na realidade uma anômala tributação de transações em benefício de interesses privados.

Palavras-chave: Direito de sequência. Obra intelectual. Suporte material da obra. Obra de arte. Revenda de original de obra. Direito de autor.

Abstract: The right of sequencerests upon the material support on artistic works, and it has historically beenjustified by the artist’s miserable condition. However, it is nowadays defendedas something that has to rest upon the total price, what would not beinteresting in its sale. In this sense, it would lose all the justificationbecause the artist’s right rests upon the immaterial work and it does not restupon the support after its alienation. It would bring absurd consequences, suchas the dealer’s recording even when oneself suffers loss and it would provoke sale’sdisplacement in countries that do not establish this lien. Indeed, it wouldrepresent an anomalous taxation in the transactions in oreder to benefit privateinterests.

Key words: Right of sequence. Intellectual work.Work’s material support. Artwork. Work’s original resale. Author’s right.

* Prof. Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa e juriconsulto. Antigo Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife. Presidente da Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Sócio da Academia das Ciências de Lisboa. Delegado de Portugal a várias conferências diplomáticas. Autor de anteprojectos de diplomas legislativos e de cerca de 375 estudos jurídicos.

1. BASES DO REGIME NO BRASIL E EM PORTUGAL

O direito de sequência representa um dos muitos aspectos em que o direito de autor atual ultrapassou o significado e âmbito que inicialmente lhe havia sido atribuído.

Concretiza-se em caso de revenda de obra de arte original: art. 38 da LDA (Lei dos Direitos Autorais brasileira¹) e art. 54/1 do CDADC (Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português²). A lei brasileira acrescenta ainda a hipótese de revenda de manuscritos originais: constava também do Código do Direito de Autor português de 1966 mas foi suprimida, por ter hoje escasso interesse. A lei portuguesa exclui ainda as obras de arquitetura ou de arte aplicada; apesar de faltar previsão semelhante na lei brasileira haverá provavelmente que chegar por interpretação restritiva a conclusão idêntica, dada a natureza destes bens. Mas seria melhor que a lei o especificasse para evitar perplexidades da *praxis*.

Há também diferenças na caracterização dos requisitos da revenda.

1. A lei portuguesa exige “a intervenção de qualquer agente que atue profissional e estavelmente no mercado de arte” (art. 54/1). A lei brasileira visa toda a revenda, sem mais.
2. A lei brasileira não prevê limite mínimo para a incidência do direito de sequência, enquanto a lei portuguesa isenta as transações de valor inferior a € 3.000,00 (art. 54/4 *a*).
3. A lei brasileira não prevê limite máximo para a participação em cada transação, enquanto a lei portuguesa o fica em € 12.500,00 (art. 54/5).
4. Enfim, a lei brasileira estabelece a incidência do direito sobre **o aumento do preço eventualmente verificável** (art. 38), enquanto a lei portuguesa a estabelece sobre **o preço obtido, livre de impostos**.

¹ “O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado”.

² “O autor de uma obra de arte original que não seja de arquitectura nem de arte aplicada tem direito a uma participação sobre o preço obtido, livre de impostos, pela venda dessa obra, realizada mediante a intervenção de qualquer agente que actue profissional e estavelmente no mercado de arte, após a sua alienação inicial por aquele”.

Não podemos prosseguir neste cotejo. Observamos que as diferenças entre as legislações são também muito grandes a nível mundial. São maioria as leis que não prevêm de todo o direito de sequência; e entre as que o prevêm variam os regimes e percentagens concretamente estabelecidos. Essas diversidades explicam-se parcialmente por a Convenção de Berna apenas contemplar o direito de sequência a título facultativo, no art. 14-*ter*, sem o caracterizar mais precisamente; e em consequência esse direito ter sido recebido com o mesmo caráter no ADPIC / TRIPS, ao fazer a remissão para as disposições substantivas da Convenção de Berna, constante do art. 9 daquele Acordo ³.

Por outro lado, há que não esquecer que a lei portuguesa sofre a incidência das fontes da Comunidade Europeia, neste caso da Diretriz n.º 01/84/CE, de 27 de setembro, sobre o direito de sequência. A lei portuguesa regulara anteriormente o direito com incidência sobre o aumento do preço (Código de 1966). Hoje, não pode evitar a incidência da participação sobre o preço⁴.

2. A JUSTIFICAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE SEQUÊNCIA: O LUCRO POR REVENDA DE QUE O AUTOR NÃO PARTICIPA

O significado do direito de sequência para a dogmática do direito de autor é muito maior do que poderia parecer à primeira vista.

Dir-se-ia que tal direito seria um elemento do direito de autor como qualquer outro, que recairia sobre a obra de arte original. Manifestaria assim a genérica atribuição da obra ao autor para exploração económica.

Mas não é assim: é antes uma figura de todo à parte. O objeto do direito de sequência não é a obra, mas sim o suporte desta. Recai sobre

³ Sobre as dificuldades de ajustamento internacional neste domínio, nomeadamente decorrentes do condicionamento à reciprocidade, veja-se já Eugen Ulmer, *Le droit de suite et se réglementation dans la Convention de Berne*, na obra coletiva “Hommage à Henri Desbois”. A lei portuguesa sujeita à reciprocidade a atribuição deste direito a nacionais de países não comunitários (art. 54/11). A lei brasileira não se pronuncia.

⁴ No Brasil, o STJ pronunciou-se sobre este direito em Acórdão de 2.IV.09. Considerou, a propósito de uma alienação de obras de Portinari realizada pelo Banco de Brasil, que o direito de sequência incide mesmo nos casos em que a primeira alienação só tenha sido realizada pelos herdeiros do artista. Note-se que a decisão versou sobre a situação à luz ainda da Lei n.º 5.988, que regia o caso.

o *original*, o que significa que recai sobre uma dada realidade corpórea e não sobre um bem imaterial.

De fato, a “obra de arte” como objeto do direito de autor é a expressão imaterial da criação, e não o suporte desta, tal como em qualquer outro direito intelectual. Por isso a obra é indestrutível. Uma obra pode ser incorporada num suporte, mas o direito que recai então sobre o suporte não é o direito de autor, é o direito de propriedade. A confusão que se faz em matéria de direito de sequência provém do valor que socialmente se dá ao original da obra – sendo original o suporte que pessoalmente tiver sido elaborado pelo artista. Mas essa mais valia é meramente de caráter social e é independente do direito de autor. A obra continua a mesma ainda que seja objeto de mil reproduções. Persiste ainda que todos os exemplares tenham sido destruídos, desde que se possa fazer a prova da obra – o que hoje é muito facilitado pelos inúmeros meios técnicos de reprodução fiel existente. Quem se apresentar como autor da obra de outrem desaparecida comete usurpação; e comete plágio quem se apropria dos traços fundamentais daquela em obra que assina como própria. A obra, como bem imaterial, é imperecível, pode é perder-se a possibilidade de provar a sua expressão única, como aconteceu a tantas obras-primas de arte do passado.

A maior valia não tem pois o significado de tornar o original o objeto do direito de autor: é um fenômeno meramente mercadológico. O fato de o direito de sequência recair sobre o original apenas confirma que o objeto deste direito não é a obra intelectual, mas um determinado suporte desta. Então temos de saber por que razão o autor vem incidir sobre as revendas, quando nestas está em causa a propriedade do suporte, e não a titularidade da obra intelectual. A propriedade é do adquirente, a quem o artista vendeu originariamente a obra, ou dos transmissários deste; e o artista não tem nesse direito nenhuma participação.

A transferência do objeto da proteção, do bem imaterial para o suporte, exige pois uma justificação muito particular, que nada tem que ver com a justificação do direito autoral em si. Assim como quem vende um automóvel ou um bem material não participa do valor obtido em caso de revenda, porque acontece diversamente quando é o bem material obra de arte que é revendido?

Inicialmente, colocou-se essa justificação no aumento do preço obtido em caso de revenda da obra de arte.

Se o direito de sequência recaísse sobre o aumento do preço, haveria uma razão, embora em rigor extra-autoral (porque o que está em causa é o suporte, que é propriedade do adquirente): o fato de o adqui-

rente estar fazendo negócio à custa da valorização de uma obra de arte, de que o artista não participaria.

Essa justificação foi acentuada e repetida, em discursos e até desenhos de forte tom miserabilista. Apresentavam-se os herdeiros do autor na miséria enquanto os ricos faziam pingues lucros em consequência da valorização de quadros ou outras obras de arte. Em todo o caso, é uma justificação, embora não autoralista. É verdade que a aquisição do suporte da obra não dá ao adquirente qualquer participação na titularidade do direito de autor (arts. 37 LDA e 10/2 CDADC), mas a inversa também é verdadeira: a alienação do suporte não dá ao autor, por invocação do direito de autor, quaisquer direitos sobre o suporte. Nada impede porém que, quando se regula o direito de autor, se regulem também situações acessórias que possam derivar do fato de, aproveitando a valorização do suporte, alguém estar obtendo mais-valias de que o autor não participa. Entendida neste sentido, a atribuição do direito de sequência, embora não seja propriamente conteúdo do direito de autor, tem justificação *quantum satis*, podendo o legislador a seu alvedrio reconhecê-lo ou não.

Este perfil desviante em relação ao direito de autor justifica por outro lado o caráter fluido das previsões internacionais na matéria. O direito de sequência é acolhido na Convenção de Berna mas sem contornos definidos e a título meramente facultativo. A grande maioria dos países desconhecem-no. Já a Comunidade Europeia, numa senda exacerbadamente protecionista, o impõe aos países comunitários, como melhor veremos de seguida.

3. A EVOLUÇÃO PARA A INCIDÊNCIA SOBRE O PREÇO E NÃO SOBRE O AUMENTO DO PREÇO

Mas a evolução neste domínio não se quedou por aqui.

Uma vez dado este primeiro passo, logo se procurou ir além, dentro do movimento geral do empolamento do direito autoral a que se assistiu no séc. XX, e que atingiu um ritmo galopante no último quartel deste.

De fato, de várias maneiras se procurou fazer atingir pelo direito intelectual os próprios suportes da obra. É exemplo a exclusão do esgotamento internacional – que permitiria ao autor comandar a comercialização da obra que lançara no mercado, contra os princípios normais da concorrência e do comércio internacional.

Procurou-se reforçar o direito autoral, tomando como base sobre

que incide o direito de sequência, não o aumento do preço, mas o próprio preço obtido na revenda.

Invocaram-se razões várias. Esgrimiou-se com o fato de o artista não documentar normalmente o preço de venda, o que dificultaria a demonstração do aumento do preço.

Porém, se o artista não se precaveu, *sibi imputet*. O Direito não pode tomar função tutelar, defendendo o artista contra si mesmo. Dá os meios, mas cabe aos interessados aplicá-los. Não pode porém *agravar a situação da comunidade para remediar a inércia dos beneficiários*. E a comunidade fica efetivamente agravada, como veremos.

É de fato muito de supor que a razão fundamental não seja esta. A É que a percentagem obtida sobre o preço da revenda, ainda que mais baixa que a que fosse estabelecida sobre o aumento do preço, resultaria em montante muito superior, porque o preço supera necessariamente o aumento do preço. As entidades de gestão coletiva encontram aqui um novo filão: não obstante terem justificação intrínseca, a verdade é que elas agem como empresas, procurando sempre incrementar os proventos resultantes da sua atividade.

Argumenta-se então com as dificuldades resultantes do sistema de aumento do preço. Diz-se que o autor não conhecerá as transações intermédias realizadas, porque não carecem de ser publicitadas. Qualquer que seja a validade do argumento, a verdade é que o sistema evoluiu internacionalmente no sentido de recair apenas sobre as transações realizadas por estabelecimentos especializados ou pelo menos aquelas em que intervenha um intermediário ou agente comercial. A ser assim, então o mesmo se poderia estabelecer se a participação recaísse sobre o aumento do preço.

O sistema gera dificuldades práticas de vária ordem. Uma das maiores consiste na facilidade com que a aplicação da lei é afinal frustrada, porque é óbvio que se podem deslocar as obras de arte para país em que não esteja reconhecido o direito de sequência. De fato, não só o mercado das obras de arte é dificultado pelo incremento do preço que esta participação provoca, como a deslocalização de venda é uma realidade muito atual e frequente.

Esta dificuldade é ilustrada pela situação na Comunidade Europeia. A introdução do direito de sequência provocou a deslocalização das vendas de obras de arte para países que o não consagravam, como a Suíça, o Reino Unido e a grande generalidade dos países extra-europeus. Por isso, a proposta de diretriz levou anos até se lograr a sua aprovação. Mas os pa-

íses que não contemplavam o direito de sequência na sua legislação interna obtiveram o benefício de só serem obrigados a introduzi-lo em 2010, mais de 8 anos após a aprovação da diretiva; período prorrogável por mais dois anos ainda (art. 8). E mais: a Comissão propõe-se diligenciar que o direito de sequência seja tornado obrigatório a nível internacional⁵.

Está em causa evidentemente o perigo de deslocalização, em primeiro lugar para a Suíça e outros países europeus não integrados na Comunidade Europeia e após, com muita acuidade, para países extra-europeus. Ao que saibamos, nenhum avanço se conseguiu até hoje nesse sentido, pelo que a questão se suscitará com muita gravidade em breve.

Repare-se que a venda extra-comunitária não representa fraude à lei. Os bens móveis deslocam-se livremente e a incidência deste direito é territorial, como tudo o que está ligado ao direito de autor.

Não é pois uma questão de somenos, muito longe disso, o perigo de deslocalização derivado de se introduzir o direito de sequência.

4. A PERDA DE FUNDAMENTO DO INSTITUTO

Verifica-se ainda outra consequência curiosa.

O direito de sequência teve como *ratio* alegados fins da proteção dos artistas, por invocação da condição miserável em que se encontrariam os meus conhecidos ou em começo de carreira e seus herdeiros, enquanto terceiros lucrariam com a revenda das suas obras.

Mas a evolução que se desenhou conduz-nos a quadrantes completamente distintos.

Quem lucra com o direito de sequência, a recair sobre o preço, são os artistas conhecidos e não a multidão dos artistas comuns. A limitação do direito de sequência às vendas de valor considerável, que se justificou por argumentos economicistas de insignificância dos valores percebidos a seguir-se a solução oposta, tem a consequência fatal de afastar os pequenos, em benefício de quem conquistou o mercado. E a exigência de que a transação se faça em galerias ou leilões públicos, tal como aparece hoje na disciplina comunitária europeia e tende a se generalizar, dá a machadada definitiva na justificação inicialmente apresentada⁶. O que está em causa é dinheiro, e o dinheiro encontra-se nas

⁵ Veja-se o mesmo art. 8 da Diretiva.

⁶ Com a consideração pragmática que a valorização das obras de arte é dada essencial-

grandes transações e não nas revendas de obras de artistas obscuros, se e enquanto estes não lograrem notoriedade.

Os defensores do sistema da incidência sobre o preço invocam ainda questões de praticabilidade, que afastariam a participação sobre o aumento do preço.

O raciocínio pode ser esquematizado deste modo:

- o artista tem direito a uma participação nas revendas;
- esse direito não se pode satisfazer com uma participação no aumento do preço, por razões operacionais;
- logo, tem de recair sobre o preço obtido, e não sobre o aumento do preço.

Daqui se retirariam consequências muito relevantes.

Imaginemos que o valor da obra de arte não subiu após a primeira venda; pelo contrário baixou. Não é hipótese acadêmica: o mercado das obras de arte é tortuoso, sendo muito frequente que as obras de um autor adquiriam subitamente um grande valor por uma aura ou moda que o beneficiou (frequentemente por força de uma campanha orquestrada por *marchands*); e se perca depois no esquecimento, quando a moda passou ou o artista deixou de convir ao negócio. Pois mesmo então o adquirente terá de pagar a percentagem ao artista, o que nos parece perfeitamente injustificado.

Mas o fundamental não está ainda aí. O fundamental está no fato de, por essa via, se perder o fundamento do sistema.

O silogismo que atrás reproduzimos está errado. Assenta numa premissa que não tem nenhuma sustentação: a de que o artista tem direito a uma participação nas revendas. *Quod erat demonstrandum*. Nada impõe, por lógica ou por natureza, semelhante afirmação. Se o direito de autor recai sobre a obra, ente imaterial, e não sobre um suporte material desta, não há nenhuma base para se pretender apresentar como um dogma que um direito do artista a uma participação nas revendas tem de ser reconhecido.

De fato, o direito de sequência será quando muito um direito geneticamente subordinado ao direito de autor, por ter idêntico tipo constitutivo (nos casos em que a obra é originariamente atribuída a pessoas físicas); mas não deixa de ser um direito diferente daquele, com vicissitudes e regime próprios.

E, no seguimento, há que reconhecer que semelhante orientação faz perder o fundamento do instituto. Como passamos a demonstrar.

mente pelas galerias e negociantes do sector, e não pelas transações entre privados.

5. UM TRIBUTAÇÃO EM BENEFÍCIO DE PARTICULARES

Este foi apresentado como sendo o de uma participação do artista no lucro que terceiros iriam obter na revenda de suas obras.

Mas se esse fundamento se perde, nenhum o substitui. Não há argumento que torne forçosa a participação do artista no preço de revenda. Se o direito de autor recai sobre a obra, ente imaterial, e não sobre o suporte, nenhum motivo há para o artista participar do preço de venda dos suportes, uma vez arredada a justificação de participar ainda da exploração da obra quando há lucro na revenda realizada pelos proprietários do suporte⁷.

Caducada esta justificação inicial, a participação no preço da revenda revela-se numa figura aberrante. É uma “taxa” imposta sobre certas transações em benefício de particulares. O que os nossos ordenamentos jurídicos não podem tolerar. A tributação é estabelecida para a satisfação de interesses públicos e não de interesses particulares. Não pode ser distorcida para finalidades privadas. Doutra maneira regressaríamos à época dos privilégios, que enfaticamente todos afirmam rejeitar.

Em suma: se se abre mão do fundamento substantivo consistente no aumento do preço obtido, portanto no lucro que terceiros auferem mas de que o artista não participa, todo o instituto incorre em condenação. Não se pode gravar o público para beneficiar categorias determinadas de privados. Ora, a taxação do preço de revenda, por si, serve uma categoria de grandes interesses privados, sem que nada justifique a situação de privilégio que outorga. Beneficia os artistas célebres (que coincidem frequentemente com os artistas celebrados), os entes de gestão coletiva que atuem neste domínio, e ainda outras categorias mais, mas deixa desprotegidos aqueles em nome dos quais o direito de sequência foi instituído. Nos países que acolhem o sistema, beneficia essencialmente os herdeiros ricos de artistas ricos.

O direito de sequência cria muitas dificuldades mais. Sem nos propormos fazer uma exposição exaustiva do instituto, observamos que uma das mais graves consiste na determinação do que seja a obra de

⁷ Até André Lucas, que não obstante a sua alta qualidade reflete o protecionismo exaltado da ordem jurídica francesa, não deixa de reconhecer que “é indiscutível que o fundamento da regulamentação fica afetado, porque o artista pode fazer valer o seu direito mesmo nas hipóteses em que o preço de venda for inferior ao montante que ele próprio recebeu pela alienação inicial”: *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec (Paris), 3.^a ed., 2006, n.º 431.

arte original. É aquela que resulta das mãos do autor? E as esculturas que são fundidas em moldes? É aquela que trouxe a primeira encarnação da ideia criativa? E se há uma pluralidade? Ou nas serigrafias, se se fazem milhares, todas igualmente originais?

O sistema traria ainda outro inconveniente, que não nos parece de somenos: implicaria uma burocratização considerável. Muito provavelmente, levaria à entrada em cena de entidades de gestão coletiva, até para o controlo das situações. Mas essa intervenção é onerosa. Afinal, o artista não receberia tanto como se pretenderia. Aliás, manifestação dessa relativa obliteração do artista em benefício de terceiros intervenientes está nas próprias leis, que prevêm que nesse sistema não se siga o recebimento directo pelo artista; mas mesmo então a quantia é cobrada, o que implica que possa haver uma constelação de interesses a funcionar em torno da quantia, que poderia levar à dispensa da intervenção e até do benefício do artista.

6. CONCLUSÕES

Como dissemos, não nos propomos visitar todos os problemas suscitados. A nossa indagação recai na ausência de fundamento do instituto, quando se lança fora a justificação real e originária, da participação do artista no lucro apurado com a alienação da sua obra.

A Comunidade Europeia, na atual senda mercantilista da concepção do direito de autor, impôs a “tributação” sobre o preço de venda. Com isto incorre nos grandes problemas suscitados, desde logo o da deslocalização das alienações para países em que essa participação não seja exigida. Seria bem fácil que assim acontecesse, havendo tantos países que não consagram esta tributação (é a palavra exata) do preço de venda em benefício de interesses particulares.

Portugal não tem outra opção, por força da integração na Comunidade Europeia – a não ser que invoque a inconstitucionalidade do instituto. De fato, o direito de sequência não beneficia da consagração constitucional do direito de autor porque não é um direito sobre a obra, é um direito sobre o suporte, como vimos. Mas a invocação suscitaria questões ciclópicas, que a Comunidade tem fugido sempre de afrontar⁸.

Mas o Brasil nenhuma necessidade tem de aceitar esta tributação, à luz dos instrumentos internacionais que o vinculam. Seria um erro, a

⁸ E que acabariam por ser resolvidas pelos próprios tribunais da Comunidade.

nosso ver, se cedesse a pressões ou a modas e alterasse o sistema vigente. Constituiria um retrocesso. Há que aperfeiçoar o regime legal, que é demasiado sumário, perante o grande número de problemas que deixa em aberto. Mas há que fazê-lo sem se perder de vista a única justificação admissível do instituto: a de fazer participar o artista do lucro que é obtido por terceiros com a negociação da sua obra. Se se considerar que isso não for é possível, então a única solução seria a supressão do direito de sequência e não a instituição de uma tributação aberrante sobre o suporte da obra em caso de revenda deste, em benefício de particulares.

IMPUTAÇÃO OBJETIVA: breve incursão doutrinária

Daniela Carvalho Almeida da Costa^{1*}

Resumo:

O artigo viabiliza uma breve incursão nas mudanças ensejadas na tipicidade à luz da Imputação Objetiva, a partir das duas principais vertentes - que trazem abordagens um tanto quanto contrapostas - acerca da temática: o funcionalismo teleológico de Claus Roxin e o funcionalismo normativista de Günther Jakobs.

Palavras-chave: Imputação Objetiva; Funcionalismo; Tipicidade.

Abstract:

This paper intends to make a viable and brief discussion on the changes faced on Vagueness Doctrine in the light of Objective Imputation through the assumptions taken from two main aspects, which bring different approaches concerning the theme: the former is Claus Roxin's teleological functionalism, and the latter is Günther Jakobs's normative functionalism.

Key words: Objective Imputation; Functionalism; Vagueness Doctrine.

¹ * Advogada, Mestre e Doutora em Direito Penal pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Coordenadora Regional do IBCCRIM em Sergipe e Alagoas; Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade" da UFS; Professora Adjunta do Deptº de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação - Mestrado em Direito da UFS; Coordenadora Geral do Curso de Direito da FaSe; Professora da Graduação e da Pós-graduação da FaSe e da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

INTRODUÇÃO

A doutrina contemporânea insere, dentro da análise da tipicidade, a análise da imputação objetiva como filtro preliminar, para excluir aquilo que sequer de antemão pode constituir um delito.

A imputação ao tipo objetivo vem revolucionando os estudos na área da tipicidade, tendo como tarefa primária fornecer as circunstâncias que fazem de uma causação uma ação típica, que transformam, por exemplo, a causação de uma morte em homicídio, deixando a análise do tipo subjetivo – se houve dolo ou culpa – para análise em momento posterior.

A dogmática mais antiga considerava o tipo objetivo preenchido com a mera causalidade do comportamento do autor. Para a Teoria Causalista bastavam ao tipo seus elementos objetivos, eis que dolo e culpa integravam a culpabilidade. Com a Teoria Finalista e a passagem do dolo e da culpa ao fato típico, este passou a possuir também elemento subjetivo e a conduta passou a ser analisada como um ato finalístico, entretanto, o tipo objetivo manteve o mesmo formato adotado pelo causalismo, esgotando-se por meio da mera causalidade. Portanto, nos crimes dolosos comissivos tentavam resolver os casos em que a punição parecia inadequada negando o dolo. Neste sentido, Roxin analisa um exemplo, comumente utilizado por Welzel, em que

‘na iminência de uma tempestade, alguém manda outro à floresta, na esperança de que seja este atingido por um raio’. Se este resultado, contra qualquer probabilidade, realmente ocorrer, não se pode duvidar de que quem deu o conselho o tenha causado. Se se considerar o tipo objetivo preenchido, só se poderá fugir à punição negando o dolo. É o que faz WELZEL, ao considerar que, neste caso, o provocador possui unicamente uma esperança ou um desejo, não a vontade realmente capaz de atuar sobre os acontecimentos, exigida pelo dolo. Isto, porém, não é uma fundamentação convincente: pois é inquestionável que o autor queria, no plano subjetivo, exatamente aquilo que causou no plano objetivo (...). Se, ainda assim, não considerarmos correta a punição, isto decorre, principalmente, de ser o acontecimento, de um ponto de vista objetivo, fruto do acaso. **Só porque não consideramos que a causação de uma morte completamente fortuita seja, sequer objetivamente, um homicídio em sentido jurídico, é que o dolo a ela dirigido não é**

um dolo de homicídio, mas tem por objeto algo não punível
(ROXIN, 2002, p. 306-7, grifo meu).

Entretanto, a teoria da imputação objetiva, que estava em decadência desde a segunda metade do século XIX, em virtude do pensamento causal orientado pelas ciências naturais, teve seu renascimento, na Alemanha, unicamente a partir da década de 60 do século XX e, na doutrina brasileira, tal teoria começou a ser ventilada somente a partir da década de 90 do século passado. Ao se empregar tal teoria, deixa-se de analisar o tipo objetivo por meio de uma relação de causalidade puramente material (empírica), agregando-se a esta análise uma análise jurídica, qual seja, verificar se o resultado previsto pode ou não ser imputado ao autor. Mantendo-se, todavia, intacta toda a análise concernente ao tipo subjetivo, fruto dos progressos trazidos pela Teoria Finalista da Ação.

A fim de analisar a tipicidade, com o mínimo de profundidade que o estudo em análise requer, farei uma breve incursão nos dois principais pensadores alemães da contemporaneidade sobre o tema da tipicidade à luz da imputação objetiva – Günther Jakobs e Claus Roxin.

JAKOBS (2000) parte da premissa que o conteúdo da imputação depende do correspondente contexto social, portanto, a imputação objetiva do comportamento é imputação vinculada a uma sociedade concretamente considerada.

Constrói toda a teoria da imputação sob o fundamento de que sua necessidade deriva da missão da imputação jurídico-penal. O causalismo e o finalismo imputariam determinado resultado àquele que o causou, ou àquele que o causou de modo adequado ou que, de qualquer modo, o causou dolosamente. Entretanto, para Jakobs, tais respostas, em seu naturalismo, são absolutamente insuficientes, visto que o resultado também foi causado por um círculo incalculável de pessoas, incluindo a própria vítima. Neste sentido, o fabricante de uma arma pode ter causado uma morte de modo adequado e, inclusive, conscientemente, sem que simplesmente por isso (apesar de demonstrada a causalidade) se tenha que lhe imputar o homicídio.

A conduta, ainda como conduta adequada ou dolosa, apresenta-se de maneira manifestamente insuficiente para fundamentar por si só a imputação. A conduta unicamente afeta o aspecto cognitivo do fato ocorrido, entretanto, se em todo contato social todos tivessem que considerar todas as conseqüências possíveis a partir de um ponto de vista cognitivo, ou seja, evitar todos os danos possíveis, a sociedade permaneceria paralisada.

Por isso é que se atribuem a determinadas pessoas – e não a todas as pessoas – que ocupam determinadas posições no contexto de interação, determinados encargos. (...) Só deste modo são possíveis *contatos anônimos* ou, ao menos, parcialmente anônimos: não é necessário averiguar o perfil individual de quem temos em frente, pois essa pessoa é tomada como portadora de um papel. Por exemplo: para o padeiro, o comprador de uma peça de pão tão-somente é um comprador; ao padeiro não lhe importa se o sujeito pensa simplesmente em comer o pão, sem causar dano algum, ou se pretende envenená-lo maliciosamente (...). Sem esta *desindividualização* não seriam possíveis *contatos anônimos* em alto grau para permitir o desenvolvimento das relações econômicas e sociais (JAKOBS, 2000, p. 19-20, grifo do autor).

Desse modo, dentro do sistema construído por Jakobs, o alvo da imputação objetiva é a imputação dos desvios a respeito das expectativas que se referem ao portador de um papel. Entretanto, não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel, “referindo-se a denominação *papel* a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas” (JAKOBS, 2000, p. 20, grifo do autor).

Com base em tais constatações, Jakobs entende que a construção do delito não deve se basear em dados puramente naturalistas – causalidade e dolo; ao contrário, o essencial é que ocorra a violação de um papel. Já não resulta suficiente a mera equiparação entre crime e lesão de um bem jurídico. Portanto, a idéia central dentro deste sistema de imputação objetiva é que aquele que se mantém dentro dos limites do seu papel não responde por um curso lesivo, ainda no caso em que bem e perfeitamente pudesse evitá-lo.

A fim de estruturar o âmbito da imputação objetiva, Jakobs trata de descrever determinados limites aos papéis, através de quatro institutos:

1. Risco permitido: não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão de outro, há sempre um risco permitido. A dinâmica social sempre dará margem à criação de riscos residuais por maior que sejam as normas de cuidado, do contrário, a sociedade ficaria paralisada, haja vista que a sociedade não é um mecanismo cujo único fim seja oferecer a máxima proteção aos bens jurídicos, mas que está destinada a possibilitar as interações.

Os riscos permitidos estão e sempre estiveram presentes em todos os

âmbitos vitais, entretanto, as condutas que conformam o risco permitido devem ser determinadas pelas normas e não pela simples práxis social, muito embora uma práxis reiterada possa perfeitamente modificar as normas reitoras das condutas até uma regulação mais branda ou mais estrita.

2. Princípio de confiança: quando o comportamento dos seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente a todos os demais; do contrário, não seria possível a divisão do trabalho e das tarefas cotidianas. Por exemplo: o condutor de um veículo, quando posicionado numa preferencial, confia que os demais condutores respeitarão a sinalização de preferência e o deixarão passar. A razão fundamental apóia-se em que os demais são, por sua vez, sujeitos também responsáveis, enquanto que o objetivo do princípio de confiança é tornar possível a divisão do trabalho, por conseguinte, termina quando esta perde seu sentido, especialmente quando se pode ver que a outra pessoa não faz, ou não fez, jus à confiança de que cumpriria as exigências do seu papel. Por exemplo: já não se confia em quem se encontra em evidente estado de embriaguez ou imerso em evidente situação de erro.

3. Proibição de regresso: quem assume com o outro um vínculo que de modo invariavelmente considerado é inofensivo não viola seu papel como cidadão, ainda que o outro incorpore esse vínculo numa atividade não permitida. Por exemplo: o autor compra uma peça de pão para envenená-la; o autor vai de táxi de X a Y para cometer em Y um homicídio. Ainda que se parta da premissa que o terceiro – padeiro, motorista – conhece o que vai suceder, este assume perante o autor um comportamento comum limitado e circunscrito por seu próprio papel, não sendo possível considerar que tal comportamento comum seja parte de um delito. Posto que elementos tão cotidianos como a venda de pão ou a possibilidade de transporte sempre estão disponíveis, de modo que a proibição deste tipo de contribuições não é suscetível de evitar, de fato, o comportamento do autor.

É importante ressaltar que diferente do que ocorre com o princípio de confiança, a proibição de regresso vigora inclusive quando a planificação delitiva da outra pessoa é evidente, visto que se trata de casos em que o comportamento em si carece de significado delitivo. Desse modo, está permitido emprestar a um vizinho uma ferramenta comum, ainda quando se saiba que este planeja utilizá-la para destruir coisa alheia.

Os limites da proibição de regresso podem ser discutidos. Entretanto, este princípio deve ser aceito por quem pretenda seguir garantindo que a liberdade de perseguir os respectivos fins

próprios não se afogue na massa dos possíveis *contatos sociais*. Uma sociedade que está necessitada de que se ofereçam prestações em massa, mais ainda, que requer em geral a existência de condições invariavelmente consideradas do comportamento social, não pode renunciar a uma proibição de regresso (JAKOBS, 2002, p. 28-9, grifo do autor).

4. Competência (capacidade) da vítima: é possível que a vítima dê margem, com seu próprio comportamento, a que se lhe impute a consequência lesiva ou que se encontre nesta posição por obra do infortúnio. O consentimento é o caso mais conhecido, entretanto, ainda pode acontecer que o autor tenha agido de acordo com o seu papel e que alguma consequência lesiva derive desta ação, embora ele não seja obrigado a impedi-la, deixando tais consequências à competência da vítima.

Um exemplo: um agricultor rega suas plantas num prédio situado numa ladeira; certa quantidade de água habitualmente desce pela ladeira e sacia os cultivos de seu vizinho. Certamente, este fato não outorga ao vizinho afetado direito algum no sentido de que não se possa desconectar a instalação de regar do camponês situado na parte superior da ladeira. Explicado de outro modo, os apoios em favor de bens alheios que não são conformes o papel, mas que excedem do que é obrigatório, podem ser revogados licitamente (JAKOBS, 2000, p. 29).

Maior importância se dá aos fatos em que a própria vítima dá razão a que a consequência lesiva lhe seja imputada, através de uma lesão ao dever de autoproteção, ou seja, ações a próprio risco. A idéia central é de que a vítima não pode assumir um contato social arriscado sem aceitar como fruto de seu comportamento as consequências que, conforme um prognóstico objetivo, são possíveis. Na atualidade há um exemplo bastante discutido: “quem tem relação sexual com uma pessoa dependente de drogas ou que se prostitui, atua com próprio risco, no que se refere ao contágio com o vírus HIV” (JAKOBS, 2002, p. 30).

Em geral, costuma-se definir a imputação objetiva com base em dois conceitos: criação de um risco e sua subsequente realização no resultado, sendo o primeiro pressuposto do segundo. Por exemplo, no caso da tempestade, esboçado no início, não se caracteriza um homicídio porque mandar alguém a uma floresta não chega sequer a criar um perigo de

morte juridicamente relevante. Desse modo, enquanto a ausência da criação do perigo leva à isenção de pena, a não realização do perigo em uma lesão típica ao bem jurídico exclui unicamente a consumação, permitindo, dependendo do caso, a aplicação da pena pela tentativa. Entretanto, quando o resultado apresentar a realização do perigo criado pelo autor, ele será, em regra, imputável, de modo que o tipo objetivo se considerará plenamente preenchido. Ou seja, de maneira sintética, pode-se dizer que a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor, não coberto pelo risco permitido, dentro do alcance do tipo.

ROXIN (2002) inclui a existência de um terceiro nível de imputação, a saber, o alcance do tipo, ou seja, o fim de proteção da norma inscrita no tipo (por exemplo: proibição de matar, ferir, danificar etc.). A maioria dos doutrinadores analisa este grupo de casos no plano da criação de riscos, enquanto Roxin o faz neste terceiro nível de análise: o alcance do tipo.²

O fato deixa de ser imputado ao autor quando, no caso concreto, o alcance do tipo não compreender resultados da espécie do ocorrido – quando o tipo não for destinado a impedir acontecimentos de tal ordem. Neste nível se inserem todos os casos em que outras pessoas, além do próprio autor, contribuem de modo relevante para o resultado típico. Esta contribuição pode ser dada pela própria vítima ou por terceiro. Apesar de tais problemáticas apresentarem maior incidência nos delitos culposos, nos delitos dolosos configuram-se, principalmente, três possíveis grupos de casos (ROXIN, 2002, p. 353-383):

1. Imputação de um resultado a um âmbito de responsabilidade alheio: esta teoria ainda está em franco desenvolvimento, dando margem a discussões acaloradas, entretanto, a relevância prática diz respeito principalmente a atividades que servem de combate a perigos, como a dos bombeiros, salva-vidas, policiais etc.

Devem ser punidos por homicídio culposo o dono de casa que culposamente causa um incêndio e a professora que, numa excursão para um local de águas, não vigia suficientemente um aluno, se, na tentativa de salvá-lo, vier a morrer um bombeiro ou salva-vidas? (ROXIN, 2002, p. 377)

² A princípio Roxin tratava tais casos sob a denominação “fim de proteção da norma”, expressão ainda utilizada por diversos doutrinadores. Entretanto, Roxin a abandonou para evitar confusões, vez que a norma, nos problemas aqui tratados, não era a norma de cuidado (proibição de excesso de velocidade, de ultrapassagens a uma distância reduzida etc.), mas, o tipo penal.

Apesar de a doutrina majoritária alemã entender que sim, Roxin entende ser possível trazer à baila razões consideráveis em sentido oposto, resumindo sua argumentação da seguinte maneira: a solução político-criminalmente sensata seria isentar o primeiro causador das conseqüências que decorrerem do comportamento lesivo do profissional, haja vista que tais riscos deveriam ser atribuídos como riscos típicos do exercício da profissão ao âmbito da responsabilidade do profissional, não os imputando a estranhos. Grupos de casos ainda mais polêmicos e de maior importância prática referem-se à questão de se erros médicos podem ser imputados ao causador da lesão, por exemplo: quando a vítima, unicamente ferida pelo primeiro autor, vem a falecer por motivo de um erro médico.

2. Contribuição a uma autocolocação dolosa em perigo: dentre os exemplos trabalhados por Roxin, encontra-se o seguinte: A entrega a B heroína para consumo, estando ambos conscientes do perigo existente. B injeta a substância e falece por overdose. A jurisprudência alemã não analisava a autocolocação em perigo e punia por homicídio culposo até o advento da decisão BGHSt 32, 262, em 1982, principalmente sob a influência de Schönemann, que inaugurou uma espetacular virada na jurisprudência, negando a imputação de tais casos ao tipo objetivo dos delitos de homicídio:

‘Autocolocações em perigo realizadas e queridas de modo responsável não se enquadram no tipo do delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco que conscientemente se corre realize-se no resultado. Aquele que provoca, possibilita ou facilita tal colocação em perigo não é punível pelo delito de lesões corporais ou homicídio’ (ROXIN, 2002, p. 357-8).

Portanto, no caso em análise, apesar de o risco criado ser juridicamente desaprovado (venda/ entrega de tóxicos) e se ter concretizado no resultado (a morte adveio do uso do tóxico), o resultado não estaria compreendido no alcance do tipo: o autor limitou-se a participar de uma ação em que a própria vítima se expôs a perigo e, como as autocolocações em perigo são atípicas, participar nelas não pode estar compreendido pelo alcance dos tipos de lesões ou homicídio.

3. Heterocolocação em perigo consentida: neste grupo de casos não é a própria pessoa quem se coloca dolosamente em perigo, mas se deixa colocar em perigo por outrem, tendo consciência do risco. Exemplifiquemos com dois casos colacionados por Roxin (2002, p. 367):

Exemplo 1: Apesar da tempestade, o freguês quer que o condutor de um barco faça com ele a travessia do Rio Memel. O condutor desaconselha a que se proceda a travessia, apontando para os perigos nela envolvidos. O freguês insiste, o condutor acaba correndo o risco, o barco afunda e o freguês afoga-se.

Exemplo 2: O passageiro, que deseja chegar a tempo em um compromisso, ordena ao condutor que ultrapasse a velocidade máxima permitida. Em virtude da velocidade elevada, acontece um acidente, no qual o passageiro vem a falecer.

Apesar de boa parte de a doutrina tentar solucionar tais casos através da figura do consentimento do futuro ofendido, este não se mostra um caminho viável, haja vista que tal consentimento raramente existe uma vez que aquele que se expôs ao risco costuma confiar que tudo ocorrerá bem. Tampouco seria viável argumentar através da argumentação da violação do dever de cuidado que, quase sempre, acontece nestes casos. Portanto, Roxin entende que a pergunta correta seria *em que medida o fim de proteção do tipo compreende a heterocolocação em perigo consentida?*

A resposta correta deve tomar os seguintes pressupostos como ponto de partida: o dano deve ser consequência do risco corrido e não de outros erros adicionais; e a vítima deve ter a mesma responsabilidade pelo fato comum que o autor. Para tanto, deve ela, como acontece na autocolocação em perigo, conhecer o risco na mesma medida em que o autor. Estando presentes tais pressupostos, terá a vítima assumido o risco e, portanto, a imputação ficará excluída.

Em todas as situações fáticas colacionadas chega-se a uma conclusão em comum: a causalidade está demonstrada, embora a imputação jurídica fique excluída pelo não preenchimento do tipo objetivo, seja porque não houve a criação de um risco não permitido ou porque tal risco não se realizou no resultado ou, ainda, porque o resultado não se insere no âmbito de alcance do tipo legal. Esse é o grande avanço trazido com a teoria da imputação objetiva: não basta apenas que o resultado tenha sido praticado pelo agente para que se possa afirmar a sua tipicidade, passa a ser necessário também que ele lhe possa ser imputado juridicamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRANCO, Alberto Silva. Submissão de criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual. **Boletim IBCCRIM**, nº 109. São Paulo, Dezembro, 2001, p. 3-5.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMARGO. Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

JAKOBS, Gunther. **A Imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Saraiva, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial**. Vol. 3. 2ª ed. JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal. Parte Especial**. Vol. 3. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução e Introdução de Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHUNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In: Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 70-96.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

DO PRINCÍPIO *QUANTUM VINDICATUM* EM PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Denis Borges Barbosa¹

Resumo:

Propriedade Intelectual como regime legal de direito estrito. Procedimento plenamente vinculado. A regra procedimental da congruência; A consagração da regra de congruência no direito da Propriedade Intelectual. As mutações entre o reivindicado e o concedido. Os limites da concessão e o escopo do direito. Estrito, não literal. O caso dos direitos autorais. O caso das patentes. O caso das marcas. Em todos os casos: proteção estrita ao reivindicado.

Palavras-chave: Propriedade intelectual - Congruência - Quantum vindicatum.

Abstract:

Intellectual Property as strict right legal regime. A closely controlled procedure. The procedural rule of congruence; The consecration of the rule of congruence of Intellectual Property law. The mutations between claimed and granted. The limits of the grant and the scope of the right. Strict, not literal. The case of copyright. The case of patents. The case of the trademarks. In all cases, protection restricted to what was claimed.

Key words: Intellectual Property. - The rule of congruence- Quantum vindicatum.

¹ Professor da PUC do Rio

Discutimos neste estudo o princípio segundo o qual, nos direitos de exclusiva de propriedade intelectual, obtidos através de pedido à autoridade estatal, a exclusiva só pode ser deferida nos limites do solicitado, e não além.

PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO REGIME LEGAL DE DIREITO ESTRITO

Os direitos de propriedade industrial são monopólios constitucionalmente previstos (art. 5º, inciso XXIX da CF 88), assegurados por lei, que resultam na exclusividade do seu uso ou exploração pelo titular. O próprio Supremo Tribunal Federal – STF, em voto do Ministro Eros Roberto Grau², já destacou:

“O monopólio (i) pode decorrer do lícito exercício de uma vantagem competitiva ou (ii) ser instituído mediante lei. (...) Já no segundo caso (instituição de monopólio mediante lei, monopólio legal), tem-se situação inversa: aí o Estado exerce uma opção política, em razão da qual o sistema jurídico atribui a determinado agente a faculdade do exercício, com exclusividade, de uma certa atividade econômica em sentido estrito. Estabelece-se artificialmente (= pela lei) um ambiente impermeável à livre iniciativa; a ausência de concorrência é total. Qualquer outro agente econômico que se disponha a explorar a atividade monopolizada estará impedido de fazê-lo --- a lei não admite essa exploração.

Os monopólios legais dividem-se, por sua vez, em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia.

Transitamos, quando daquele primeiro tipo de monopólio, pela seara da chamada propriedade industrial: da e na proteção dos patentes, marcas, know-how etc. emerge autêntico monopólio privado; ao detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração.”

O Art. 5º, XXIX e demais direitos e interesses estipulados na Constituição Federal de 1988 determinam o teor da lei ordinária de proprie-

² STF, ADI 3273/DF e ADI 3366/DF, Relator p/Acórdão Min. Eros Grau, DJ 02/03/07.

dade intelectual, estipulando as condições básicas para a concessão de patentes industriais, marcas e outros direitos, incluindo alguns dos requisitos a serem observados no procedimento administrativo pertinente.

A inobservância de tais condições e, especialmente, dos princípios, reverte a presunção, que é *juris tantum*, de constitucionalidade e legalidade dos atos do poder público. Para tanto, no caso em questão, deve-se confrontar a norma e o procedimento administrativo com a Constituição, o que resulta na necessidade de interpretação.

Ora, se temos um monopólio legal que garante um direito de exclusiva ao seu detentor, estamos diante de uma restrição a livre iniciativa e concorrência, na medida em que os não detentores estão impedidos de utilizar tal direito. Portanto, tal outorga estatal deve ser tratada e interpretada de forma restritiva.

Luis Roberto Barroso, assim, afirma³:

Nesse contexto, não há dúvida de que o monopólio concedido ao titular da patente é um privilégio atribuído pela ordem jurídica, que excepciona os princípios fundamentais da ordem econômica previstos pela Constituição. Desse modo, sua interpretação deve ser estrita, não extensiva⁴. Repita-se: o regime monopolístico que caracteriza o privilégio patentário justifica-se por um conjunto de razões, que serão apreciadas a seguir, mas, em qualquer caso, configura um regime excepcional e, portanto, só admite interpretação estrita⁵.

Diogo de Figueiredo⁶, ao pronunciar-se sobre o tema, avalia que:

³ “O privilégio patentário deve ser interpretado estritamente, pois restringe a livre iniciativa e a concorrência”:

⁴ [Nota do original] Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 1980, pp. 227 e 234-237.

⁵ [Nota do original] A interpretação estrita de normas de exceção é tema pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “(...) A exceção prevista no § 5º do art. 29 do ADCT ao disposto no inciso IX do art. 129 da parte permanente da Constituição Federal diz respeito apenas ao exercício da advocacia nos casos ali especificados, e, por ser norma de direito excepcional, só admite interpretação estrita, não sendo aplicável por analogia e, portanto, não indo além dos casos nela expressos, nem se estendendo para abarcar as conseqüências lógicas desses mesmos casos, (...)” (STF, ADIn. nº 41/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28.6.91)

⁶ A Ordem Econômica na Constituição de 1988, artigo publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado/RJ nº 42, pg 59.

“os princípios que definem liberdades preferem aos que as condicionam ou restringem; e os que atribuem poderes ao Estado, cedem aos que reservam poderes aos indivíduos, e os que reforçam a ordem espontânea têm preferência sobre os que a excepcionam” (grifos da transcrição).

A liberdade, obviamente, é de iniciativa e de informação, coarctadas pelos privilégios e direitos de exclusiva. A ordem espontânea é o do fluxo livre das idéias e das criações, e da disseminação da tecnologia. O ato do Estado que cumpre estabelecer peias é o da concessão do direito excepcional da propriedade intelectual.

E, como ensina Carlos Maximiliano⁷,

“O Código Civil [de 1916] explicitamente consolidou o preceito clássico – *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (“interpretam-se as exceções estritissimamente”) – no art. 6º da antiga Introdução, assim concebido: ‘A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica’”, dispositivo hoje consagrado no art. 2º, § 2º, da vigente Lei de Introdução ao Código Civil [de 1916].

Continua o pensamento afirmando que igual orientação deve ser adotada para aquelas normas que visem à concessão de um privilégio a determinadas pessoas, pois:

“o monopólio deve ser plenamente provado, não se presume; e nos casos duvidosos, quando aplicados os processo de Hermenêutica, a verdade não ressalta nítida, interpreta-se o instrumento de outorga oficial contra o beneficiado e a favor do Governo e do público”.⁸

O que se visa, em cada caso material, é obter a homoestase dos princípios, segundo sua pertinência no sistema. Este equilíbrio surge a interpretação das normas segundo os critérios da proteção da liberdade de iniciativa em face da restrição imposta pela propriedade intelectual; e segundo o critério tradicional da interpretação contida da norma excepcional.

⁷ Hermenêutica e Aplicação do Direito, Ed. Forense, 18ª ed., p. 225

⁸ Ob. cit., p. 232

UMA EQUAÇÃO DE DIREITO ESTRITO

Tivemos ocasião de assim notar, no tocante às patentes ⁹:

Todos esses elementos da equação manifestam uma coesão de equilíbrio, e uma busca de eficácia social, *num modelo fechado*. A patente, em nosso sistema constitucional, resulta de um processo administrativo vinculado, em que não há lugar para a manifestação volitiva do Estado quanto à conveniência e oportunidade da concessão de cada privilégio singular ¹⁰.

Em nosso sistema, o direito a haver patente é um *direito subjetivo constitucional*, que se incorpora ao patrimônio do autor do invento uma vez que se configure a hipótese de incidência abstraída do art. 5º, XXIX da Constituição (e dos demais princípios aplicáveis da norma fundamental), e concretizada na lei ordinária que realiza o comando constitucional ¹¹. A origem da pretensão é constitucional, mas o seu conteúdo se conforma aos termos da lei ordinária ¹².

Exatamente a mesma análise se aplica ao sistema de marcas, igualmente fundado em pretensão radicada no texto constitucional, igual-

⁹ Atividade Inventiva, in BARBOSA, Denis Borges . A Propriedade Intelectual no Século XXI - Estudos de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰ Como dissemos em Bases Constitucionais das Criações Industriais, op. cit.; “O procedimento administrativo de concessão do privilégio essencialmente declara a existência dos pressupostos desenhados na Constituição e corporificados na legislação ordinária. Como tal, o procedimento é necessariamente vinculado, e nele não cabe qualquer medida de discricionariedade. Não pode o órgão público competente dar patentes onde – em sede constitucional – se veda tal concessão, como, por exemplo, no caso de criações abstratas, inclusive a de programas de computador em si mesmos, nem pode aplicar critérios de conveniência e oportunidade. Se há direito subjetivo constitucional, cabe ao ente público: - Examinar a existência dos pressupostos;- Declarar-lhes a existência;- Constituir o direito de exclusividade”.

¹¹ Idem, eadem: “Numa metáfora instrutiva, a cláusula constitucional de propriedade industrial, em tensão com os demais princípios constitucionais relevantes, estabelece um cubo virtual (que – levando ainda em conta os requisitos do Direito Internacional relevante - se poderia denominar “cubo de Kelsen”, por evocação de uma construção análoga do jurista austríaco) no interior do qual a lei ordinária teria espaço-mais ou menos apertado – para construir a política legislativa”.

¹² É o que faz Pontes de Miranda notar nos seus Comentários à Constituição de 1969, v. 5, 550-559: “Assim, não gozam do direito público subjetivo as invenções cujos meios ou resultados forem contrários à ordem pública (Supremo Tribunal Federal, 14 de abril de 1915, sobre invenção de instrumento de jogo de azar; Decreto nº 16.264, de 19 de dezembro de 1923, art. 32), ou aos bons costumes, ou à saúde pública”.

mente dependendo de pedido, exame e concessão pela autoridade pública, em procedimento plenamente vinculado.

Procedimento plenamente vinculado

Mais uma vez, aplica-se aqui às marcas o que já mencionei quanto ao procedimento de patentes:

O princípio do procedimento vinculado das patentes

O direito à obtenção da patente nasce, no sistema constitucional brasileiro, em sede constitucional, e cada um de seus requisitos se ancora na entretela da Carta de 1988. A lei de patentes – 9.279/96 - configura o modelo constitucional, devendo realizar o balanceamento dos interesses constitucionalmente protegidos. O procedimento administrativo de concessão do privilégio essencialmente declara a existência dos pressupostos desenhados na Constituição e corporificados na legislação ordinária. Como tal, o procedimento é necessariamente vinculado, e nele não cabe qualquer medida de discricionariedade.

Não pode o órgão público competente dar patentes onde – em sede constitucional – se veda tal concessão, como, por exemplo, no caso de criações abstratas, inclusive a de programas de computador em si mesmos, nem pode aplicar critérios de conveniência e oportunidade.

Se há direito subjetivo constitucional, cabe ao ente público:

- Examinar a existência dos pressupostos;
- Declarar-lhes a existência;
- Constituir o direito de exclusiva.

Reversamente, na inexistência dos pressupostos de concessão, especialmente a falta de novidade e atividade inventiva, cabe inexoravelmente ao INPI recusar o pedido.

Em um sem número de aspectos, o procedimento de exame de patentes se acha jungido às regras do procedural due process of law inserido no art. 5º LIV da Carta de 1988, que impõe pleno direito de defesa. Pertinente, assim, o dispositivo da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, 29 de janeiro de 1999): *Art. 2º A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; (...)

Portanto, sabendo-se que a concessão de um monopólio implicará a restrição de liberdade de iniciativa de terceiros, o procedimento administrativo deverá obedecer aos princípios de publicidade dos atos administrativos, de ampla defesa e do contraditório, todos contidos no princípio maior do devido processo legal. Ele se materializa, por exemplo, na medida em que o depósito do pedido de privilégio é publicado em revista oficial, a fim de que terceiros interessados possam a ele se opor ou apresentar subsídios ao exame do invento. Afinal, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, “a tutela jurídica do direito à defesa é dever do Estado, qualquer que seja a função que esteja desempenhando”¹³.

Aliás, não se pode olvidar que o princípio da publicidade tem guarida constitucional, tanto em matéria processual, quanto administrativa, haja vista o teor dos artigos 93, IX e art. 137 caput da Constituição Federal.

E, mais adiante:

Por tais características, se assegura sempre que as exclusivas tecnológicas sejam deferidas apenas após *procedimento administrativo de caráter especial*¹⁴. Assim relatamos em nosso *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*, 2ª. Ed. 2003, Lumen Juris: *O exame técnico do pedido, realizado pelo INPI, procurará*

¹³ Jessé Torres Pereira Jr., in *O Direito de Defesa na Constituição de 1988*, apud José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Júris, 4ª ed., p. 630

¹⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2002, p. 454-455, pareceria ter uma perspectiva mais restritiva do alcance do direito administrativo em face da propriedade industrial: “Em sede de Direito Administrativo, interessa o exame das relações do titular da propriedade intelectual com o Estado, em caráter de subordinação, relativamente ao sistema administrativo de garantias, e, eventualmente, à intervenção econômica a que estão sujeitas”. No entanto, logo em seguida, falando do sistema de licenças compulsórias, o autor revela sua convicção quanto ao potencial interesse público envolvido no instituto: “Em ambos os casos, como se observa, é manifesta a prevalência do interesse público específico sobre o privado, o que justifica a imposição do regime especial sobre a riqueza econômica representada pela invenção patenteada. Todavia, se o interesse público a tanto o exigir, o ordenamento poderá assumir a forma radical de intervenção dominial, procedendo-se à desapropriação do privilégio pela União (art. 39)”.

avaliar a satisfação dos requisitos legais para a concessão da patente. O procedimento é multilateral e dialogal, importante em participação de todos interessados, e cooperação recíproca entre o órgão público e o depositante. Findo o exame, após os eventuais manifestações e recursos, a patente é enfim deferida ou recusada.

A REGRA PROCEDIMENTAL DA CONGRUÊNCIA

É exatamente pela natureza do procedimento (sendo um monopólio, ou seja, um *novo* objeto de direito, com oponibilidade *egra omnes*) que se precisam garantir os interesses juridicamente protegidos de terceiros. Com muito mais razão – em se tratando de um procedimento estatal no qual se tutelam interesses não só do requerente, mas de todos terceiros pertinentes – ocorre aqui a norma da *congruência* dos pedidos.

No âmbito processual (judicial e administrativo) vige o princípio da correlação ou congruência, consagrado no CPC (arts. 128 e 460), que estipula a estrita observância pelo julgador do pedido efetuado pelas partes, sob pena de julgamento *extra petita* ou *ultra petita* conforme o caso¹⁵.

Ainda que se alegue a inexistência de caráter litigioso no procedimento inicialmente instaurado perante o INPI (se é que já não existe em face da autarquia), é inegável que o mesmo pode vir a ter tal natureza em face de terceiros, na medida em que estes podem se opor ao pedido inicialmente efetuado.

A consagração da regra de congruência no direito da Propriedade Intelectual

A regra é assente e incontroversa.

No magistério do clássico *par excellence*, Eugene Pouillet, o pedido fixa a extensão do direito; e o fixa de tal forma que não possa ser reivindicado além dos mesmos termos que se fez o depósito. Para o autor francês, o depósito do pedido constituiria a manifestação de vontade do depositante que, encontrando a declaração receptícia da lei que prevê a

¹⁵ “I - É o autor que fixa, na petição inicial, os limites da lide, sendo que o julgador fica adstrito ao pedido, juntamente com a causa de pedir, sendo-lhe vedado decidir aquém (citra ou infra petita), fora (extra petita) ou além (ultra petita) do que foi pedido, nos termos do artigo 460 do CPC.” (STJ, REsp 658715, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 06/12/04).

proteção das marcas, fixa a extensão da exclusividade nos limites que ele mesmo – o depositante - pediu ¹⁶.

Quase um século depois, Paul Roubier aponta não ter mudado a regra:

3° Le dépôt donne à la marque un caractère de fixité ou de certitude, qui élimine toutes les difficultés sur l'étendue du droit à la marque : en effet, le dépôt détermine l'étendue du droit de propriété. Cette conséquence du dépôt empêche, il est vrai, le déposant, comme on le verra, de rien revendiquer au-delà de ce qui a été déposé, c'est donc à lui à préciser exactement ce qu'il entend protéger par le dépôt de sa marque ; mais dans ces limites la protection légale lui sera accordée pour toute l'étendue précisée par le dépôt ¹⁷.

Diz Pontes de Miranda, sobre o nosso direito:

4. EXTENSÃO DO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL.

- O depósito protege tudo que nele se compreende enquanto não se decide desfavoravelmente o pedido; se, afinal, se denega o registro a eficácia declaratória negativa da decisão administrativa afasta

¹⁶ Pouillet, Eugène. *Traité des Marques de Fabrique et de la Concurrence Déloyale En Tous Genres*. Paris : Imprimeurs-Éditeurs, 1892, p. 147-149 : « 112. Le dépôt fixe l'étendue du droit. – Le dépôt détermine le droit du propriétaire de la marque ; il en fixe l'étendue, de telle sorte que rien ne peut être revendiqué au delà des termes mêmes dans lesquels a été fait le dépôt. La marque déposée constitue le contrat qui se forme entre le déposant et la société, entre le déposant qui fixe lui-même l'étendue de son domaine et la société qui lui en assure la jouissance dans les limites qu'il a lui-même fixées. Lors donc qu'une action en contrefaçon est engagée, il est très important de consulter le dépôt et d'examiner non le procès-verbal de dépôt, oeuvre du greffier essentiellement sujette à contestation, mais la marque déposée elle-même, laquelle, on le verra (1), est à la disposition de tous, soit au greffe du Tribunal de Commerce, soit au Conservatoire des Arts et Métiers, où chacun peut s'en faire délivrer copie. Du dépôt, en effet, il peut résulter que le déposant a fait consister sa marque non dans tel élément pris isolément, par exemple dans une dénomination particulière, mais dans un ensemble de caractères divers, dont la réunion seule forme sa propriété. Il s'ensuivra que le juge correctionnel pourra, devra même parfois, au regard de la marque déposée, renvoyer le prévenu de contrefaçon, encore que l'imitation qu'il aura faite de certains éléments puisse, devant une autre juridiction, constituer une véritable concurrence déloyale. Autre chose est la contrefaçon d'une marque, autre chose la concurrence déloyale, et la répression, dans les deux cas, est fort différente.

(1) V. Paris, 26 mars 1873, Peter Lawson, Pataille.73.83; Amiens, 21 juin 1873, Peter Lawson, Pataille.73.378; Rej. 21 mai 1874, même affaire, Pataille.74.153.

¹⁷ ROUBIER, Paul. *LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE*. 22, Rue |Soufflot, PARIS(5°) : Éditions Du Recueil Sirey, 1954, p.597-598.

qualquer efeito que se atribuiu, no pretérito, ao depósito. O depósito só protege o que nêle se compreende. Qualquer indagação sobre extensão do direito real do requerente há de ser feita no depósito, e não” alhures, inclusive no que se discutir antes ou depois.

O depósito é que diz o que se considera a marca, quais os elementos característicos, quais os produtos ou artigos, á que a marca se destina, qual o gênero do negócio. A marca destinada a rádios não é protegida se aplicada a aparelhos de televisão, nem a vitrolas ¹⁸.

E não menos a jurisprudência:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL - Tutela antecipada deferida
- Proibição de uso de marca figurativa no formato boca/beijo
- Liberação para reprodução da mesma figura sem, porém, repetição do mesmo desenho tridimensional, que não caracteriza revisão da ordem judicial anterior - Proteção restrita ao formato objeto de registro no INPI - Recolhimento dos produtos já distribuídos contendo a figura reconhecida como contrafeita
- Necessidade - Providência que facilita a verificação do cumprimento da determinação judicial e impede sua eventual burla
- Concessão, todavia, de prazo superior para a execução da medida ante a exigüidade daquele inicialmente deferido pelo juízo *a quo* - Agravo parcialmente provido. (grifos nossos) (TJ/SP, Relator: Galdino Toledo Júnior, Registrado em 12/09/2007).

AS MUTAÇÕES ENTRE O REIVINDICADO E O CONCEDIDO

Nos sistemas de Propriedade Intelectual cuja proteção depende de procedimento administrativo de concessão (patentes, marcas, variedades de plantas, desenho industrial, topografias de computador) ou regime ancilar de concessão (dados confidenciais, nome de empresa), desta feita, não se pode conceder mais do que foi originalmente postulado.

No entanto, uma das conseqüências inevitáveis do procedimento administrativo de concessão é que ele possa não acolher a totalidade do pretendido. Para adequar o pedido aos limites do que a lei autoriza con-

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p 77-78.

ceder, a autoridade pode restringir, adequar, limitar, *apostilar*, enfim, introduzir tais restrições ao objeto do pedido quanto imponha o Direito, num rito plenamente vinculado.

Assim, muito já se escreveu sobre o poder da administração de restringir o inicialmente reivindicado pelo titular do pedido de patente ¹⁹, e o pelo titular do pedido de marcas ²⁰.

Assim, não se terá a todo tempo aquilo que foi reivindicado, pois só será concedido aquilo a que o reivindicante tenha direito; mas – mesmo que houvesse pretensões do requerente além do pedido – só se defere o direito *até o limite do pedido*, e nunca além.

OS LIMITES DA CONCESSÃO E O ESCOPO DO DIREITO

A exclusiva concedida, por todas as razões já indicadas, deve ser interpretada estritamente; mas não literalmente:

Mas, enquanto se recompensa a invenção útil, os “direitos e o bem-estar da comunidade devem razoavelmente ser considerados e eficazmente guardados”. Para esses fins, os pré-requisitos de obtenção da patente tem de ser observados estritamente, e quando a patente é concedida, **as limitações ao seu exercício devem ser aplicadas também estritamente.** (...) Uma vez a patente seja concedida: **a) deve-se interpretar-la estritamente [...]**²¹ (tradução livre; grifos nossos)

¹⁹ Vide, em nosso *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*, 2ª. Ed., Lúmen Júris, 2003, o extenso texto sobre a modificação de reivindicações, e os limites impostos pelo devido processo legal. Neste caso, o limite legal da mutação é o anteriormente descrito, mas as mutações quanto ao inicialmente reivindicado seguem necessariamente os requisitos do devido processo legal quanto ao interesse de terceiros.

²⁰ Vide *Apostilamento em Direito de Marcas* em nosso BARBOSA, Denis Borges, *A Propriedade Intelectual no Século XXI - Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 199 e seg. .

²¹ *Sears, Roebuck & Co. V. Stiffel Co.*, 376 1964, tendo o Sr. Ministro Black como relator. Texto original: “The grant of a patent is the grant of a statutory monopoly; indeed, the grant of patents in England was an explicit exception to the statute of James I prohibiting monopolies. Patents are not given as favors, as was the case of monopolies given by the Tudor monarchs, but are meant to encourage invention by rewarding the inventor with the right, limited to a term of years fixed by the patent, to exclude others from the use of his invention. During that period of time no one may make, use, or sell the patented product without the patentee’s authority. But in rewarding useful invention, the rights and welfare of the community must be fairly dealt with and effectually guarded. To that end the prerequisites to obtaining a patent are strictly observed, and

ESTRITO, NÃO LITERAL

Ocorre, no entanto, que em cada direito de exclusiva, a proteção se dá *ao bem imaterial circunstrito pelo ato concessivo*, mas não exatamente à literalidade do instrumento da concessão.

O CASO DOS DIREITOS AUTORAIS

A proteção dos direitos autorais se dá sem qualquer intervenção da autoridade administrativa: a exclusiva eclode do simples ato de criação, sem pedido, exame ou concessão. Não obstante, o exemplo da proteção autoral é a mais fácil de se entender.

Protege-se a *forma*, não as idéias e conceitos ínsitos na obra, nem, de outro lado, as aplicações utilitárias da criação autoral²². Mas a proteção da *forma* não se resume à literalidade superficial do texto: uma tradução não usará talvez nenhuma palavra ou construção gramatical do original, mas nem por isso deixará de ser colhida pela exclusividade.

Pois o elemento protegido é o *bem imaterial*, que transcende mesmo à forma protegida, sem dela exceder.

O CASO DAS PATENTES

No caso das patentes de invenção e modelo de utilidade, essa aplicação estrita mas não literal se dá através da chamada Doutrina da Equivalência²³:

Mas o alcance da reivindicação, necessariamente, não é formal e literal²⁴. Como em quase todos os campos do Direito

when the patent has issued the limitations on its exercise are equally strictly enforced. To begin with, a genuine “invention” [...] must be demonstrated “lest in the constant demand for new appliances the heavy hand of tribute be laid on each slight technological advance in an art.” Once the patent issues: [...] it is strictly construed [...].”

²² Lei 9.610/98, art. 8º.

²³ BARBOSA, Denis Borges . Doutrina dos Equivalentes. In: Manoel J. Pereira dos Santos, Wilson Jabour. (Org.). Criações Industriais. São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁴ Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co., 339 U.S. 605, 607 (1950). Vide Festo (2002): “It recognizes that words may not always be able to aptly

de Patentes, é obrigatório iniciar com o magistério de Gama Cerqueira:

Os elementos característicos da invenção, porém, devem ser examinados e apreciados de acordo com a função que desempenham e não sob o seu aspecto material. Do contrário, ilusória seria a proteção legal, pois bastaria a simples modificação de um ou outro elemento, sem alteração substancial de sua função, ou a sua substituição por elemento equivalente, para isentar o infrator da responsabilidade pela infração. Este princípio aplica-se a todas as espécies de invenção e é particularmente importante quando se trata de invenções de processos. (CERQUEIRA, 1952, p.320)

Como o quer o autor, o fim precípuo do instituto é evitar que a literalidade de uma reivindicação impeça que a patente seja utilizada adequadamente, promovendo o inventivo em criação tecnológica. A introdução de variações irrelevantes ou cosméticas poderiam tornar a exclusividade inoperante, se não houvesse aplicação substantiva – não formal – do privilégio²⁵.

E mais adiante, apontando como se apura o que é *equivalente*, mas não literal:

Teste tripartite de equivalência:

- o elemento acusado realiza substancialmente a mesma função que o elemento da reivindicação? (S) (+/-) (N)

convey the basis of an invention. It also recognizes that “to permit imitation of a patented invention which does not copy every literal detail would be to convert the protection of the patent grant into a hollow and useless thing”. “Note-se, porém, do que lembram Romuald Singer e Margarete Singer, (1995, 69.02???)”: “In Germany, certain circumstances can arise in which a court, dealing with the issue of infringement, may nonetheless interpret claims exactly in accordance with their wording, rather than permitting any extension to cover equivalents. This can occur if, in the course of an infringement action, the patent is wholly, or in a divisible area, identical with the prior art, but the defendant has not brought any action for nullity before the German patents court.”

²⁵ Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co., 339 U.S. 605, 607 (1950).: “One who seeks to pirate an invention, like one who seeks to pirate a copyrighted book or play, may be expected to introduce minor variations to conceal and shelter the piracy. Outright and forthright duplication is a dull and very rare type of infringement. To prohibit no other would place the inventor at the mercy of verbalism and would be subordinating substance to form. It would deprive him of the benefit of his invention and would foster concealment rather than disclosure of inventions, which is one of the primary purposes of the patent system.”

- realiza a função substancialmente do mesmo modo que o elemento da reivindicação? (S) (+/-) (N)
- produz substancialmente o mesmo resultado que o elemento da reivindicação? (S) (+/-) (N).

O CASO DAS MARCAS

O elemento figurativo, nominativo ou tridimensional protegido no certificado do registro, configura o núcleo da proteção da marca no seu segmento de mercado pertinente.

No entanto, sendo a função da marca a de distinção e assinalamento, também aqui se protege não a literalidade, mas essa função, nos limites da exclusiva como concedida²⁶:

Assim, iniciemos a análise pela afirmação de que a extensão da proteção de um signo em face de outras marcas decorre:

Em primeiro lugar, da distintividade absoluta da marca-paradigma. Quanto mais distintiva em si mesma, mais amplo o espectro de proteção em face de terceiros. Esta distintividade resulta de dois fatores:

- 1) O efeito da criação originária da marca
- 2) O efeito do investimento publicitário

Em segundo lugar, da distância das marcas em comparação no tocante:

- 1) Às atividades econômicas em relação às quais a marca é utilizada (proximidade de mercados)
- 2) Às relações simbólicas existentes entre as marcas em comparação.

EM TODOS OS CASOS: PROTEÇÃO ESTRITA AO REIVINDICADO

No entanto, o efeito da exclusiva não excederá jamais o *bem imaterial* protegido; nas hipóteses, como a de marca tridimensional, em que a constituição da exclusiva depende de atuação da autoridade estatal, o pedido fixa a extensão *máxima possível* que o direito eventual possa vir a ter.

²⁶ Da nossa Nota sobre a metodologia de confrontação de marcas, em BARBOSA, Denis Borges, *A Propriedade Intelectual no Século XXI - Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Tomemos o exemplo de Pouillet ²⁷: depositou-se o pedido de uma marca constando de um pássaro aquático, combinado com uma coroa mural, letras iniciais entrelaçadas e uma denominação... “phospho-guano”. Mas o depósito reivindicava os elementos figurativos, não enunciando a denominação. Julgada posteriormente a infração da marca por concorrente que indicava seu produto como sendo phospho-guano, não se apurou qualquer violação²⁸.

²⁷ Op. Cit., loc. Cit.: “Un exemple mettra cette marque en évidence et la fera bien comprendre: Un fabricant d’engrais avait déposé une marque composée d’un oiseau aquatique, combinée avec une couronne murale, des lettres initiales entrelacées, et une dénomination, celle de phospho-guano. Le dépôt revendiquait expressément l’ensemble de ces caractères, sans attacher la moindre importance à la dénomination, qui, d’après les termes du dépôt, semblait même être reconnue pour ne pas appartenir privativement au déposant. D’autres fabricants de produits similaires prirent à leur tour cette dénomination, mais en l’associant, à des éléments absolument différents, en remplaçant, par exemple, l’oiseau par des lions, et en supprimant d’ailleurs la couronne murale. Ils se virent néanmoins poursuivis devant la juridiction correctionnelle à raison de l’emploi des mots phospho-guano; mais ils opposèrent avec raison les termes du dépôt, et, s’appuyant d’une part sur ce que ce dépôt ne revendiquait pas la dénomination prise isolément, d’autre part, sur ce que l’ensemble des marques ne permettait aucune confusion, ils triomphèrent de la prévention. C’était justice (1). 112 bis. Jurisprudence. – Il a été jugé en ce sens: 1° que l’emploi, par un fabricant rival, d’un emblème analogue à celui appliqué précédemment par un autre fabricant constitue, en pareille circonstance, une usurpation de marque, encore bien qu’il ne soit pas la reproduction exacte de l’autre; mais, pour que cette usurpation puisse donner lieu à une action en justice, il faut que le plaignant ait préalablement effectué le dépôt de sa marque au siège du tribunal de commerce de son domicile (Trib. Corr. du Havre, 30 mars 1857, Rec. Du Havre. 57.1.59); 2° que la propriété d’une marque doit être restreint au type déposé (Bordeaux, 9 août 1865, Deniset Monnier, Pataille.66.430); 3° que la formule, adoptée par le greffier dans le procès-verbal de dépôt qu’il a rédigé, ne peut prévaloir contre les termes de la légende joint au dépôt (Trib. Corr. Seine, 27 fév. 1873, Laterrière, Pataille.73.294); 4° que, lorsqu’il résulte d’un acte de dépôt de marque que le déposant a entendu faire porter son droit privatif, non sur la dénomination (dans l’espèce, phospho-guano) qui fait partie de la marque, mais sur l’ensemble seulement des signes qui la composent, c’est avec raison que les juges du fait refusent de condamner comme contrefacteur un commerçant qui, tout en employant la même dénomination, la fait entrer dans l’ensemble d’une marque absolument différente (Rej. 30 déc. 1874, Goubeau et Goudenove, Pataille. 75.314). V. *Infrà*, n° 121.

²⁸ O Phospho-guano era um tipo de adubo, fabricado com guano do Peru e aditivos fosfatados. Não se encontram mais exemplos da marca de 1854 descrita por Pouillet, mas a usina em Poitou-Charentes, ostentando a denominação não protegida, é tombada pelo Patrimônio Cultural Francês. Vide <http://www.flickr.com/search/?q=phospho&w=37902992@N06>.

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ATENDIMENTO HOSPITALAR

Flávia Moreira Guimarães Pessoa¹

Resumo

O artigo analisa a necessidade de observância dos direitos fundamentais pelos Hospitais, quer da rede pública, quanto da rede privada de saúde, a luz da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, focando no atendimento às parturientes e na Lei 11108/05.

Palavras-chave - direitos fundamentais, eficácia privada, atendimento hospitalar.

Abstract

The article examines the need for respect of fundamental rights by hospitals, public or private, through the theory of the horizontal effectiveness of rights, focusing on care for pregnant women and Law 11108/05.

Key Words - Fundamental rights, private effectiveness, health care

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação direta dos direitos fundamentais nos ambientes hospitalares, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Há que se assinalar, neste ponto, a importância prática do assunto, tendo em vista o constante desrespeito aos direitos fundamentais no interior de hospitais.

Note-se que a análise não visa a verificar o desrespeito aos direitos fundamentais decorrentes da ausência de hospitais, precariedade de recursos, deficiência de quantidade de médicos, imensas filas nos serviços públicos de saúde etc.

¹ Professora Adjunto da Universidade Federal de Sergipe. Doutora em Direito Público. Mestre em Direito, Estado e Cidadania. Juíza do Trabalho (TRT 20ª Região)

Para constatar que tais deficiências ferem o mínimo existencial não seria necessário um artigo científico. A ofensa ao mínimo de dignidade humana é tão clara em tais casos que não há porque recorrer a qualquer pensamento mais elaborado.

A questão deste artigo é outra. Não trata da precariedade do atendimento público de saúde. Trata, isso sim, do desrespeito aos direitos fundamentais mesmo nos hospitais particulares e conveniados, mesmo nas hipóteses dos ditos serviços privados, sem qualquer vinculação ao Sistema Único de Saúde.

Uma das discussões mais atuais dentro do debate relativo à publicização do direito privado ou mesmo da superação da dicotomia entre Direito Público e direito privado é aquela relativa à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A questão se coloca tanto no sentido se existe tal vinculação, bem como, respondendo-se afirmativamente à primeira indagação, em que medida se dá tal vinculação.

Esse trabalho, portanto, volta-se à análise do tema, o que é empreendido através da análise: do conceito dos direitos fundamentais; do princípio da dignidade da pessoa humana; das teorias sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais; dos parâmetros necessário para a aplicação dos direitos fundamentais e da aplicação dos direitos fundamentais nos hospitais.

O artigo finaliza com um exemplo prático de desrespeito aos direitos fundamentais relativo à proibição de acompanhantes às parturientes, determinada pela Lei 11108/05.

2 - DEFINIÇÃO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS

A conceituação do que sejam direitos fundamentais é particularmente difícil, tendo em vista a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico. Aumenta essa dificuldade, o fato de se empregarem várias expressões para designá-los, como “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais”² etc.

² Consoante assinala José Afonso da Silva (2005, p. 55) a expressão direitos naturais refere-se “àqueles inerentes à natureza do homem; direito inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem”. Já direitos humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais, sendo terminologia pouco usada na doutrina, salvo para

A expressão direitos fundamentais, consoante assinala José Afonso da Silva (2005, p. 56) não significa esfera privada contraposta à atividade pública, mas sim “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”. Da definição exposta pelo autor, verifica-se sua posição no sentido de limitar a expressão ao campo de abrangência da proteção dos particulares contra o Estado.

Uma noção mais atualizada dos direitos fundamentais, porém, conduz à conclusão de que estes representam a constitucionalização dos direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história e que são reconhecidos como condição para o exercício dos demais direitos. Haveria, dessa forma, “um conteúdo mínimo de direitos fundamentais que caracterizam o direito de um Estado Democrático” (SAMPAIO, 2006, p. 17).

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 58), os direitos fundamentais teriam os seguintes caracteres: a) historicidade; b) imprescritibilidade; c) irrenunciabilidade. São, assim, os direitos fundamentais históricos, o que rechaça qualquer fundamentação no direito natural. São imprescritíveis dada a sua natureza de direitos personalíssimos de natureza em geral não patrimonial; são, por fim, irrenunciáveis, embora possam deixar de ser exercidos.

Numa perspectiva atual reconhecem-se os direitos fundamentais como tendo uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Em sua significação objetiva “os direitos fundamentais representam as bases do consenso sobre os valores de uma sociedade democrática, ou seja, sua função é a de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático escolhido pelos cidadãos (SAMPAIO, 2006, p. 34). Já em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais “têm a função de tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança dos cidadãos, não só em suas relações com o Estado, mas em relação aos demais membros da sociedade” (SAMPAIO, 2006, P. 35).

referir-se aos direitos civis ou liberdades civis. Os direitos públicos subjetivos constituem “um conceito técnico-jurídico do Estado Liberal, preso, como a concepção direitos individuais, à concepção individualista do homem (SILVA, 2005, p. 55). Liberdades fundamentais ou liberdades públicas são expressões ligadas à concepção dos direitos públicos subjetivos e direitos individuais”.

3 – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ressalta Canotilho (1989, p. 200) os princípios jurídicos constitucionais podem ser classificados em: a) *princípios jurídicos fundamentais*, assim entendidos os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional; b) *princípios políticos constitucionalmente conformadores*, entendidos como tais os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte; c) *princípios constitucionais impositivos*, entendidos assim os princípios constitucionais nos quais subsumem-se todos os princípios que no âmbito da constituição dirigente impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas; d) *princípios-garantia*, nos quais incluídos outros princípios que visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos.

Os princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana são considerados normas jurídicas, sendo dotados de coercitividade e de imperatividade, submetendo todo o conjunto normativo inferior às suas disposições expressas e aos desígnios dos valores consagrados em seu bojo.

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais pode ser apontada em cinco aspectos, bem deduzidos por Boldrini (2003, p.2). Num primeiro aspecto, segundo o autor, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como unidade de valor de uma ordem constitucional e, principalmente, como unidade de valor para os direitos fundamentais. Num segundo aspecto, como elemento de habilitação de um sistema positivo dos direitos fundamentais, a proteção e a promoção da dignidade do homem sustenta e afere legitimidade a um Estado e a uma sociedade que tenham a pessoa humana como fim e como fundamento máximos. Numa terceira acepção, a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana seria uma relação de “praxis” no interior teórico da ordem constitucional. Num quarto, tem-se a perspectiva da dignidade da pessoa humana como parâmetro na dedução de direitos fundamentais implícitos, seguindo a concepção de que a própria dignidade consistiria um direito fundamental na medida em que se manifestasse *stricto sensu*. Por fim, tem-se a a perspectiva da dignidade da pessoa humana como limite e função do

Estado e da sociedade, na dupla vertente de que tanto um quanto outro devem respeitar e promover a dignidade.

O que importa ressaltar das acepções vislumbradas é que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser visto tanto como fundamento quanto paradigma e fim dos direitos fundamentais.

4 – TEORIAS SOBRE A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme visto, atualmente existe certa tendência da doutrina em aceitar a eficácia privada dos direitos fundamentais, o que, entretanto, não excluem as concepções que negam a eficácia frente terceiros. Contudo, em termos gerais, pode-se dizer que a grande discussão atual é em que medida ou intensidade se dá essa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ou, conforme ressalta Alexy (2002, p. 511) as questões a serem equacionadas são o “como” e o “em que medida” se dá a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Dessa forma, para analisar tal questão, mister apontar-se as teorias ou concepções sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o que se procede mediante a análise de cinco teorias principais que :1) negam a eficácia perante terceiros; 2) atribuem eficácia mediata; 3) atribuem eficácia imediata; 4) formulam imputação ao Estado; 5) teoria integradora.

Como menciona Juan Maria Bilbao Ubillos (2003, p.299), as concepções que negam a eficácia frente a terceiros têm a convicção de que tal eficácia “pode ser uma espécie de cavalo de tróia que destrua o sistema construído sobre a base da autonomia privada”. Com efeito, são cada vez menos autores que negam a relevância dos direitos fundamentais na esfera do direito privado, mas ainda há aqueles que consideram desnecessária ou perigosa tal aplicação.

A teoria da eficácia mediata, ou eficácia indireta, foi inicialmente formulada por Günther Düring e recebeu apoio decisivo ao ser adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão no famoso caso Luth. Os postulados dessa teoria foram assim resumidos por Wilson Steinmetz (2004, p. 136-137): 1) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado; 2) a eficácia de direitos

fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e Tribunal, em segundo plano; 3) ao legislador cabe o desenvolvimento concretizante dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; 4) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado, sobretudo daqueles textos que contêm cláusulas gerais³.

Fixados tais pontos principais, verifica-se que para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio ou como sistema de valores ou ordem objetiva de valores. Dessa maneira, possuem uma eficácia “modulada” legislativamente ou segundo parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos específicos do direito privado.

A teoria da eficácia imediata ou direta, por seu turno, foi inicialmente formulada por Hans Carl Nipperdey e adotada pela primeira vez, segundo Wilson Steinmetz (2004, p. 164) pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho na Alemanha em 1964. Tal teoria tem reduzida influência na Alemanha, contudo vem se desenvolvendo na Itália, Portugal e sobretudo Espanha.

Da mesma forma que a teoria da eficácia mediata, essa teoria também atribui aos direitos fundamentais uma dupla dimensão, objetiva e subjetiva, e uma eficácia operante em todo ordenamento jurídico. A diferença básica está no fato de a teoria da eficácia imediata propor a aplicação direta de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Wilson Steinmetz (2004, p. 168) resumiu as premissas básicas desta teorias: 1) as normas de direitos fundamentais conferem ao particular uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares; 2) os direitos fundamentais são e atuam como direi-

³ As cláusulas gerais constituem em formulações legais de caráter genérico e abstrato, com natureza de diretriz, cujos valores serão preenchidos pelo juiz na análise do caso concreto. Têm a função de dotar o Código de maior mobilidade, mitigando regras mais rígidas. Ademais, têm função de integração dos diferentes princípios e direitos adotados em nossa sociedade pluralista, consistindo na possibilidade de o juiz aplicar a lei com ampla liberdade axiológica, ponderando os interesses em conflito no caso concreto. Têm, ainda, função de instrumentalizar as normas jurídicas aos fins teleologicamente considerados pelo legislador.

tos subjetivos constitucionais, independentemente de serem públicos ou privados; 3) como direitos subjetivos constitucionais, a não ser que a constituição estabeleça de forma diversa, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado.

A teoria da imputação ao Estado, desenvolvida por Jürgen Schwabe, aponta que tanto os problemas que a teoria dos direitos à proteção pretende resolver como o problema da vinculação aos particulares a direitos fundamentais são explicados e resolvidos no marco teórico dos direitos fundamentais como direitos de defesa ante o Estado (STEINMETZ, 2004, p. 175). Segundo Schwabe, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão ou não proibição estatal.

A teoria integradora, por seu plano, propõe um modelo em três níveis que integra as três teorias básicas: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação. Foi desenvolvida por Alexy e possui três níveis: 1) o dos deveres do Estado; 2) o dos direitos ante o Estado e 3) o das relações jurídicas entre particulares (ALEXY, 2002, P. 516).

A teoria da eficácia mediata, para Alexy, situa-se no nível dos deveres do Estado. Os direitos ante o Estado situam-se no segundo nível, seguindo-se a teoria de Schwabe. O particular, em conflito com outro particular, tem o direito fundamental a que o judiciário leve em consideração os princípios fundamentais que apóiam a sua posição. Já no terceiro nível, situa-se a eficácia imediata de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Contudo, nos três casos, resulta uma eficácia imediata dos direitos fundamentais, uma vez que Alexy define a eficácia imediata como sendo que “por razões fundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências que, sem essas razões, não existiriam”(ALEXY, p. 521).

5 – A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO:

A necessidade de fixação de parâmetros

Apontadas as teorias relativas à aplicabilidade das normas fixadoras de direitos fundamentais nas relações privadas, destaque-se a tendência

jurisprudencial dos Tribunais brasileiros em aplicar diretamente os direitos fundamentais. Tal tendência foi reforçada pela decisão do STF, nos autos do Recurso Extraordinário 201.819/RJ, julgado em outubro de 2005, através do voto divergente do Ministro Gilmar Mendes que decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais concernentes ao contraditório, ao devido processo legal e à ampla defesa ao processo de exclusão de sócio de entidade⁴.

Conquanto a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas venha ganhando espaço no cenário jurídico nacional, o que importa deixar patente são os critérios para a referida aplicabilidade. Com efeito, conforme ressalta Ingo Sarlet (2006, p. 400), “o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre os particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas”.

Neste aspecto, convém ressaltar que no julgamento do RE 201.819, Acórdão já mencionado no início desse item, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes foi enfático ao afirmar a necessidade de verificação das peculiaridades da cada caso concreto, tanto assim que conclui a decisão afirmando que “estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos (...), peço vênua para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela eminente relatora”.

Tal aplicação diferenciada justifica-se porque em realidade quando se pugna pela aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas está-se diante de um conflito de direitos fundamentais. Por um lado, o princípio da autonomia privada. Por outro, o princípio fundamental que se requer a aplicação. A solução, então, seria a mesma dos diversos casos de conflitos entre direitos fundamentais: a ponderação em cada caso concreto⁵.

Nesse contexto, muito importante é a fixação de parâmetros ou “standards” para o estabelecimento de pautas para os casos de colisão,

⁴ Interessante consultar a íntegra do Acórdão, que discorre sobre as diversas teorias, bem como aponta o estágio atual de discussão da matéria.

⁵ Nesse sentido, a posição de Ingo Sarlet (2006, p. 401): (...) no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipótese de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõe sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratado de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.

com o objetivo de se garantir a segurança jurídica⁶, já que, consoante menciona Daniel Sarmento (2006, p. 271) a fundamentação jurídica das decisões judiciais tem sido deficientes nesse ponto.

Um dos fatores fundamentais ressaltado por Daniel Sarmento (2006, p. 272) como elemento para a ponderação é a “existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos”. Dessa forma, quanto mais intensa for a desigualdade, mais intensa será a proteção do direito fundamental em jogo. Consoante ressalta o autor, o princípio da igualdade material “não apenas permite, mas antes impõe, na ordem jurídica brasileira, a proteção das partes mais débeis nas relações privadas” (SARMENTO, 2006, p. 274).

Outro fator destacado por Daniel Sarmento é a autonomia do ator privado, mesmo na hipótese de uma relação jurídica manifestamente assimétrica. É que a autonomia privada constitui um valor essencial nos Estados Democráticos e também exprime “uma importante dimensão da idéia de dignidade da pessoa humana” (SARMENTO, 2006, p. 278). Contudo, nem todas as manifestações da autonomia privada dispõem da mesma proteção constitucional com a mesma intensidade. Nesse sentido, vale frisar a lição de Daniel Sarmento (2006, p. 278), no sentido de que na nossa ordem constitucional, a tutela da autonomia privada, no que se refere ao que chamamos

⁶ É a segurança jurídica que traz estabilidade às relações sociais juridicamente tuteláveis, em face da certeza a ela inerente. A segurança jurídica inibe o arbítrio e a violência e dá amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si. De acordo com a concepção tradicional, a ordem é essencial tanto à vida individual quanto à vida coletiva. Segundo Theophilo Cavalcanti Filho (1964, p. 8), essa necessidade de ordem, que traz consigo a segurança, é de tal modo profunda que tem todas as características de um fato espontâneo e natural. Assinala o autor que o objetivo primeiro do direito é a exigência de ordem e de segurança. Aponta que da mesma maneira que o homem cria segurança, no que diz respeito ao ambiente natural, através do conhecimento científico e da técnica, estabelece, através das normas “uma certeza e segurança na sua vida de relações, de modo a permitir a vida em sociedade”. (CAVALCANTI FILHO, 1964, P. 54). A perspectiva contemporânea da segurança Jurídica aponta, por seu turno, sua dúplice natureza. Consoante lição de Almiro do Couto e Silva (2005, p.3), a segurança jurídica se ramifica em duas partes. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que tradicionalmente envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo quando estes se qualificuem como atos legislativos, ou seja, se refere à proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Já a perspectiva subjetiva da segurança jurídica volta-se à idéia da proteção à confiança. Couto e Silva (2005, p. 6) ressalta, ainda, que os princípios da segurança e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, o que acaba provocando tensão com as tendências modernizadoras do Estado.

de questões existenciais é muito mais intensa do que a conferida às decisões de caráter econômico-patrimonial, podendo a ordem jurídica transgredir muito mais com as restrições à liberdade contratual do que com aquelas impostas a outras liberdades mais fundamentais, ligadas às opções e projetos de vida de cada pessoa humana.

Conforme ressalta Daniel Sarmento, no campo das relações econômicas, a essencialidade do bem é um critério importante na aferição da intensidade conferida à proteção à autonomia privada. Desse modo, “quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada” (SARMENTO, 2006, p. 278).

Outro ponto é que a lesão do direito fundamental pode decorrer não apenas de um ato unilateral de outro agente privado, mas também de algum negócio bilateral, cuja validade dependa do consentimento formal do próprio afetado. Essa questão liga-se à controvérsia sobre a validade da renúncia ao exercício de direitos fundamentais, existindo, nesse caso, dois limites a serem respeitados, os quais foram bem expostos pelo autor: a vontade do titular do direito deve ser autenticamente livre e a renúncia do exercício não pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo. (SARMENTO, 2006, p. 282).

Apontados alguns critérios para a ponderação de interesses no âmbito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, passa-se à análise da aplicação dos direitos fundamentais no atendimento hospitalar.

6 – A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ATENDIMENTO HOSPITALAR

Para verificar-se a obrigatoriedade de aplicação dos direitos fundamentais pelas entidades hospitalares, mesmo privadas, é mister salientar que nos hospitais fica nítido o grau de desigualdade fática entre os envolvidos.

O paciente é aquele que chega para fazer o atendimento ou operação e não tem direito a voz nem nada. Na entrada da sala de cirurgia é despido de todos os seus bens e a partir daí não tem o menor controle

do que ocorrerá. Nítido, assim, que o grau de desigualdade impõe a necessidade de observância dos direitos fundamentais como limite à discricionariedade dos estabelecimentos hospitalares.

Conforme foi visto no item anterior, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada. É evidente, assim, que em hospitais, onde se está em jogo a vida, integridade física e psíquica dos pacientes, devem ser observados os direitos fundamentais.

Por fim, uma nota sobre a renúncia. Às vezes, como protocolo para se dar entrada em hospitais, é exigida renúncia prévia a direitos. É nítido que essa renúncia é viciada, já que a vontade do titular do direito não é, neste caso, autenticamente livre, além de importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

7 – À GUIZA DE CONCLUSÃO:

Um exemplo concreto de violação a direitos fundamentais pela a não autorização de acompanhante às parturientes

Estabelece a lei 11.108/2005, em seu art. 19 J, que os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de um acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. Estabelece ainda o § 1º do mesmo artigo que o acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.

À primeira vista poderia parecer que o artigo se aplica unicamente aos usuários do SUS, o que não pode prevalecer, uma vez que, conforme foi visto nos itens anteriores, existe a necessidade de observância, pelos hospitais, dos direitos fundamentais, de forma que impõe-se a aplicação da medida em todo o sistema público e privado de saúde.

Veja-se que a situação dos pacientes atendidos pelo Sistema Único de Saúde é mais grave, uma vez que em geral as parturientes tem medo até de chorar ou gritar de dor do parto, tendo em vista que temem represálias das enfermeiras.

Também no tocante ao SUS, é necessário salientar o não fornecimento de anestesia em partos normais. Ainda que possam existir pes-

quisas apontando eventual caráter positivo de tal procedimento, urge salientar que em respeito aos direitos fundamentais basilares, em especial o da dignidade da pessoa humana, seria importante que o acesso à anestesia fosse uma opção da parturiente do sistema único de saúde.

Ainda no tocante aos hospitais que prestam atendimentos a convênios de saúde e a particulares, é necessário observar, por óbvio, o respeito, não apenas à Lei 11108/2005, como também aos demais direitos fundamentais, como o acesso à informação sobre os medicamentos que estão sendo prescritos, o respeito à autonomia de vontade do paciente e à dignidade de sua existência humana.

8 – REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 271-298.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4171>>. Acesso em: 24 dez. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. De Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.339-357.

LOBO, Paulo Luiz Neto Lobo. **Princípios de Direito de Família**. Palestra apresentada no Ministério Público do Estado de Sergipe. 2008.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-284.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 12 jun. 2009

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.299-338.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS E O REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA NO ÂMBITO DAS UNIVERSIDADES FEDERAIS BRASILEIRAS

Henrique Ribeiro Cardoso¹

Resumo

O texto que se apresenta intenta analisar o regime de trabalho de dedicação exclusiva de professores universitários no âmbito das Universidades Federais brasileiras e sua compatibilidade com a garantia constitucional de acumulação de cargos públicos. Busca interpretar, sempre com orientação constitucional, as normas legais e infralegais aplicáveis à solução dos conflitos que versem sobre acumulação de cargos públicos, trazendo novos elementos de interpretação para o debate, colacionando ampla fonte jurisprudencial e recentes decisões administrativas que deverão pautar a atuação da Administração Pública na solução dos litígios. A ênfase dada será à situação de acumulação de cargo de Professor Universitário em regime de dedicação exclusiva com o de membro do Ministério Público, podendo as conclusões apresentadas ser estendidas às demais situações de acumulação lícita de cargos, pautadas pela comprovação de efetiva compatibilidade de horários.

Palavras-chave - Acumulação de cargos; professor universitário; dedicação exclusiva; Ministério Público.

Abstract

The text presented intends to analyze the regime of exclusive dedication within the Federal Universities in Brazil and their compatibility with the constitutional guarantee of accumulation of public positions. It pursues to interpret, always with constitutional guidance, the statutory and regulatory

¹ Doutor e Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF); Especialista em Direito Constitucional Processual (FAPESE/UFS); Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (PRODIR/UFS) e do curso de graduação (Direito Administrativo e Filosofia do Direito) da Universidade Federal de Sergipe (DDI/UFS); Primeiro Promotor de Justiça da Fazenda Pública em Sergipe (MPSE). Email: henrique@ufs.br

provisions applicable to the solution of the conflicts that deal with the accumulation of public offices, bringing fresh elements to the debate, collecting comprehensive source of leading cases and recent administrative decisions that must guide the actions of the Public Administration in solving disputes. The emphasis will be given to the situation of a tenure-track Professor in a Brazilian Federal Public University, in exclusive dedication work regime, in addition to the office of Prosecutor in Public Ministry. The conclusions may be extended to other situations of constitutional authorized accumulation, guided by proven compatibility of workload hours.

Key Words - Accumulation of positions; professor; exclusive dedication; prosecutors.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A burocrática Administração Pública brasileira enfrenta em seu cotidiano o desafio de aplicar um direito plasmado por diversas fontes do direito, de normas de origem constitucional a normas de índole meramente administrativas, passando por normas emanadas pelo Judiciário, este cada vez mais ativo.

Nesta miscelânea de princípios e de regras de direito, de variadas fontes, o administrador deverá pautar sua atuação pelo princípio da legalidade. Ocorre, entretanto, que na prática – quem atua em lides de índole administrativa vivencia isso – o administrador prefere qualquer ato administrativo normativo à lei ou até mesmo à Constituição.

Se no atacado – *atos administrativos gerais e abstratos* – a questão não é questionada diretamente por potenciais prejudicados, no varejo – *atos administrativos individuais e concretos* – o cidadão se vê obrigado a defender seu direito, tolhido que é por determinado ato de autoridade. Daí a crescente demanda por justiça em Varas Cíveis da Justiça Federal e em Varas Especializadas da Fazenda Pública da Justiça Comum, assoberbadas por demandas em face do Estado.

O texto que se apresenta versa sobre a aplicação indiscriminada e irrefletida de um ato administrativo normativo – o Decreto Federal n.º 94.664/1987 – a situações de acumulação de cargos constitucionalmente asseguradas, gerando um sem-número de conflitos, atingindo direitos de cidadãos aptos ao exercício de cargos públicos relevantes.

Mais especificamente, a situação funcional de candidatos aprovados em concursos públicos para os cargos de professor universitário de Uni-

versidade Federal brasileira em regime de dedicação exclusiva, previsto no edital do concurso, em situação de acumulação com o cargo de vereador, ou com outro cargo de professor, ou com o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas, ou com o cargo de magistrado, ou ainda com o cargo de Membro do Ministério Público. Em razão da proximidade com o tema, o enfoque maior será o da situação do Membro do Ministério Público.

2. CONSTITUCIONALIDADE DA ACUMULAÇÃO DOS CARGOS PÚBLICOS

Para a correta compreensão da matéria, cabe apontar as cinco regras constitucionais que veiculam a possibilidade de acumulação lícita de cargos públicos:²

a) Regra geral

Art. 37. [...]

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

b) Regra aplicável a Vereadores

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo,

² Além das previsões constantes no texto principal, há também a previsão constante no ADCT, que trata da acumulação de cargos de médicos militares, prevendo, excepcionalmente, a acumulação de três cargos – um militar e outros dois civis.

e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

c) Regra aplicável a Membros do Tribunal de Contas

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

d) Regra aplicável a Membros do Poder Judiciário

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício,

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

e) Regra aplicável a Membros do Ministério Público

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 128. O Ministério Público abrange:

§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

II - as seguintes vedações:

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

Nota-se que por razões construídas por cada um dos grupos de interesse representados na Assembléia Constituinte, a Constituição estabe-

leceu os casos e as condições para a acumulação de cargos. Não há, à exceção dos profissionais da saúde, nenhuma distinção essencial quanto aos casos de acumulação. A diversidade é meramente tópica e de boa técnica legislativa, buscando ampliar o comando constitucional contido na regra geral do art. 37, XVI. Desta forma, a regra geral da possibilidade de acumulação vem no art. 37, XVI, e as regras especiais aplicáveis a categorias diversas de agentes políticos – Vereadores, Membros dos Tribunais de Contas, Membros da Magistratura e Membros do Ministério Público - são estabelecidas nos respectivos Títulos e Capítulos acerca da Organização do Estado e da Organização dos Poderes. As hipóteses são análogas, como também as soluções encontradas pelos Tribunais.

Fazendo uma releitura do conjunto de regras postas acima, sob a ótica da situação funcional constitucionalmente assegurada ao professor, pode-se extrair o seguinte comando: *o professor pode acumular seu cargo público com outro cargo público: a) de professor; b) técnico ou científico; c) de vereador; d) de membro do Tribunal de Contas, e) de magistrado; ou f) de membro do Ministério Público.*

A razão para a permissão constitucional é óbvia: *permitir que os alunos aprendam com professores que atuam efetivamente na área de ensino, associando a teoria à prática, sempre em atenção à formação acadêmica e profissional dos alunos.* A par das exigências de formação acadêmica – graduação, especialização, mestrado e doutorado -, é patente a escolha posta pelo Constituinte, externada nas permissões de acumulação de cargos públicos. Esclareça-se que não se trata de privilégio concedido a determinadas carreiras, mas sim de um permissivo para integrar o ensino teórico – especialmente em cursos superiores – ao prático.

No estudo do Direito, não se pode esquecer que seu conteúdo é eminentemente prático – uma ciência da razão prática, no dizer de Alexy – e que busca respostas à seguinte pergunta: O que devo ou devemos fazer no caso concreto? Nesta linha de raciocínio, quem melhor do que um advogado militante para lecionar recursos na disciplina de Direito Processual Civil? Quem melhor do que um Juiz de Direito para lecionar os elementos de uma sentença civil ou criminal? Quem melhor do que um Promotor de Justiça para lecionar os requisitos de validade de uma denúncia? Foi este o sentir do Constituinte; é esta a vontade objetiva veiculada em normas constitucionais.

Embora a Constituição Federal seja clara, ainda assim, há, por vezes, questionamentos levados aos Tribunais, especificamente por servidores ou agentes políticos que vêm tolhido seu direito subjetivo à acumulação de cargos em hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição.

3. OSIGNIFICADODAEXPRESSÃO“DEDICAÇÃOEXCLUSIVA”

Qual o significado da locução “regime de trabalho de dedicação exclusiva”? Há compatibilidade entre este regime e outros cargos cuja acumulação esteja prevista constitucionalmente? O ordenamento jurídico – e variadas fontes do direito – respondem a estas perguntas.

Por *dedicação exclusiva ou plena* entende-se a vedação ao exercício de outra atividade de magistério além da realizada no âmbito da respectiva Universidade Federal. O professor de uma Universidade Federal em regime de dedicação exclusiva somente poderá lecionar na respectiva Universidade Federal, não lhe sendo permitido *vínculo trabalhista* com qualquer outra instituição privada de ensino.³

Hely Lopes Meirelles é quem melhor esclarece o real sentido da locução “dedicação exclusiva”, correntemente adotada pela Administração Pública:

A diferença entre o regime de tempo integral e o de dedicação plena está em que, naquele, o servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que neste (regime de dedicação plena), o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função sem qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatíveis com o da dedicação plena. No regime de tempo integral o servidor só poderá ter um emprego; no de dedicação plena poderá ter mais de um desde que não desempenhe a atividade correspondente à sua função pública exercida neste regime. Exemplificando: o professor em regime de tempo integral só poderá exercer as atividades do cargo e nenhuma outra atividade profissional pública ou particular; *o advogado em regime de dedicação plena só poderá exercer a advocacia para a Administração da qual é servidor, mas poderá desempenhar a atividade de magistério ou qual-*

³ Conforme adiante se demonstrará, por expreso permissivo constitucional, há a possibilidade de acumulação de um cargo de professor em regime de dedicação exclusiva com outro cargo de professor, desde haja compatibilidade de horários.

*quer outra, para a Administração (acumulação de cargos) ou para particulares.*⁴

Este entendimento doutrinário é *pacífico* no âmbito da legislação federal. *É neste sentido que as carreiras da Administração Pública Federal são organizadas.* Como exemplos, o disposto na Lei n.º 11.890/2008, que em seus diversos artigos (3.º, 6º, 10 c/c 17, 22, 31, 65, 100 e 133), ao disciplinarem o regime jurídico de carreiras federais, prevêem a “dedicação exclusiva”, *permitindo o exercício da atividade de magistério, desde que compatível com o horário de trabalho.* Desta forma, estão em “regime de dedicação exclusiva” os Procuradores da Fazenda Nacional, os Advogados da União, os Procuradores Federais, os Auditores Federais, os Gestores Governamentais, os Especialistas do Banco do Brasil, os Diplomatas, os Analistas Técnicos da SUSEP, os Analistas e Inspectores da CVM, os integrantes de diversas carreiras do IPEA, e *todos eles, em “regime de dedicação exclusiva”, podem exercer o magistério havendo compatibilidade de horários.* Está na lei! E nem há previsão constitucional expressa, para cada uma destas carreiras, que autorize tal acumulação de cargos.

De modo semelhante, a Lei n.º 11.526/2007 permite, além da acumulação de cargos efetivos, a acumulação de cargos em regime de dedicação exclusiva com cargo de direção (CD) ou função gratificada (FG) em Instituições Federais de Ensino – art. 2.º, § 1.º.

Analisando a situação específica do membro do Ministério Público, cujo exercício cumulativo de atividade docente foi disciplinado pela Resolução n.º 03/2005,⁵ pode-se trilhar o seguinte raciocínio: se a Resolução n.º 03 do CNMP permitiu o mais, estabelecendo como carga máxima de trabalho a prestação de 20 horas de efetivo trabalho em sala de aula, sem limitar o número de vínculos com instituições de ensino, por certo permite o menos - e este é seu desiderato: *a vinculação exclusiva a uma única instituição de ensino superior, com carga horária limitada ao máximo de 20 horas em sala de aula.*

⁴ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2001, pp. 455-456.

⁵ Resolução n.º 03, de 16 de dezembro de 2005. Dispõe sobre o acúmulo do exercício das funções ministeriais com o exercício do magistério por membros do Ministério Público da União e dos Estados. Art. 1º. Ao membro dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, ainda que em disponibilidade, é defeso o exercício de outro cargo ou função pública, ressalvado o de *magistério, público ou particular; por, no máximo, 20 (vinte) horas-aula semanais, consideradas como tais as efetivamente prestadas em sala de aula.*

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei n.º 9.394/1996 – estabelece, em seu art. 52, III, que as Instituições de Ensino Superior deverão ter um terço de seus docentes em regime de tempo integral. Tal dispositivo foi regulamentado pelo Decreto n.º 2.207/1997, art. 5º, § 4º, significa:

§ 4º Para os fins do inciso III, do art. 52, da Lei n.º 9.394, de 1996, entende-se por regime de trabalho em tempo integral aquele com obrigação de prestar quarenta horas semanais de trabalho, *na mesma instituição*, nele reservado o *tempo de pelo menos vinte horas semanais, destinado a estudos, pesquisa, trabalhos de extensão, planejamento e avaliação*.

Em igual sentido, o vigente Decreto n.º 5.773, de 09 de maio de 2006:

Art. 69. O exercício de atividade docente na educação superior não se sujeita à inscrição do professor em órgão de regulamentação profissional.

Parágrafo único. O regime de trabalho docente em tempo integral compreende a *prestação de quarenta horas semanais de trabalho na mesma instituição, nele reservado o tempo de pelo menos vinte horas semanais para estudos, pesquisa, trabalhos de extensão, planejamento e avaliação*.

Tornando claro o disposto em Lei e em Regulamento: no âmbito do Ensino Superior Federal, o regime de 40 horas, com ou sem dedicação exclusiva, implica em, no máximo, 20 horas efetivas em sala de aula. Na prática, é o Chefe do Departamento de Direito de cada uma das Universidades Federais que estabelece, caso a caso, as horas efetivamente prestadas em sala de aula, respeitados os limites máximo (20h) e mínimo (12h) – limites estes estabelecidos em normas internas das IES (Instituições de Ensino Superior) federais.

Numa pequena digressão, e sob a ótica da preservação do interesse do Ministério Público na delimitação da atividade de professor por um de seus membros, estaria permitido que este fosse professor em cinco faculdades, contanto que ministrasse quatro horas-aula diárias. Qual a situação que melhor atenderia ao interesse do Ministério Público: a) uma única atividade de magistério, com o mínimo de 12 horas e o má-

ximo de 20 horas efetivas em sala de aula, em regime de dedicação exclusiva a uma instituição de ensino superior federal, ou b) cinco diferentes vínculos empregatícios com o total de 20 horas em sala de aula? Por certo, o sentido da norma é impedir excessos, e não estimular a pluralidade de vínculos. Este raciocínio está no sentido do que dispõe a Constituição, ao permitir *uma única função* de magistério.

4. DA ILEGALIDADE E DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO N.º 94.664/1987

O regime de trabalho de dedicação exclusiva é previsto *unicamente* no regulamento aprovado pelo Decreto n.º 94.664, de 23 de julho de 1987 – *anterior à Constituição Federal de 1988, portanto*. Estabelece tal Decreto:

Art. 14 - O Professor da carreira do Magistério Superior será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho:

I - dedicação exclusiva, com obrigação de prestar 40 (quarenta) horas semanais de trabalho em 2 (dois) turnos diários, completos e impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada;

II - tempo parcial de 20 (vinte) horas semanais de trabalho.

§ 1º - No regime de dedicação exclusiva admitir-se-á:

- a) participação em órgãos de deliberação coletiva relacionada com as funções de Magistério;
- b) participação em comissões julgadoras ou verificadoras, relacionadas com o ensino ou a pesquisa;
- c) percepção de direitos autorais ou correlatos;
- d) colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade e devidamente autorizada pela instituição, de acordo com as normas aprovadas pelo conselho superior competente.

Tal regulamento, aprovado por decreto, como se pode depreender de sua ementa, dispõe sobre o “Plano Único de Classificação de Cargos e Empregos de que trata a Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987.”

A primeira ilegalidade que macula o Decreto n.º 94.664 é patente: a norma administrativa traz limitação não prevista, nem mesmo genericamente

mente, na lei regulamentada. A questão do “*impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada*” exorbita do comando legal, restringindo direitos fundamentais, como o exercício da liberdade de ofício ou mesmo o direito à ocupação lícita de cargos públicos.

Além do excesso da norma regulamentar, que enseja o reconhecimento de sua ilegalidade já em seu nascedouro, há outra ilegalidade, superveniente, que fulmina o referido decreto: a Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987 foi *revogada* pela Lei n.º 11.784, de 22 de setembro de 2008. Esta lei dispõe, integralmente, sobre o “Plano Geral de Cargos e de Retribuição do Poder Executivo”, incluindo expressamente uma seção que disciplina a “Carreira do Magistério Superior”:⁶

Lei n.º 11.784, de 22 de setembro de 2008.

Dispõe sobre a reestruturação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, de que trata a Lei n.º 11.357, de 19 de outubro de 2006, do Plano Especial de Cargos da Cultura, de que trata a Lei n.º 11.233, de 22 de dezembro de 2005, do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, de que trata a Lei n.º 11.091, de 12 de janeiro de 2005, *da Carreira de Magistério Superior, de que trata a Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987*, do Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Federal, de que trata a Lei n.º 10.682, de 28 de maio de 2003 [...].

A referida lei, em seu Capítulo I, “*Das Carreiras e dos Cargos*”, trata, na Seção IV, “*Da Carreira do Magistério Superior - CMS*”. Não há no texto da lei, que trata especificamente do tema – *carreiras e cargos do magistério superior* –, *nenhuma menção à existência de vedações ao regime de dedicação exclusiva do magistério superior*. A lei prevê, em seu anexo, os valores de cada um das três parcelas que integram o sistema remuneratório do professor universitário: *vencimento básico; retribuição por titulação - RT; e gratificação específica do magistério superior - GEMAS*. Não há na seção específica que trata do magistério superior – art. 18 a 24 -, tampouco em seus anexos, que estabelecem

⁶ No sentido da revogação da Lei n.º 7.596/87 e do Decreto n.º 94.664, confira-se artigo de Mauro Roberto Gomes de Mattos: *Processo administrativo disciplinar e enquadramento da improbidade administrativa: Revogação tácita dos dispositivos dos estatutos dos funcionários públicos federais, estaduais e municipais que tipificam a improbidade genericamente*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6104>, com acesso em 15 de maio de 2009.

valores relativos a cada uma das parcelas do sistema remuneratório, *qualquer vedação ao exercício de atividades jurídicas ao professores em regime de dedicação exclusiva! A fórmula “impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada” constante no Decreto n.º 94.664/87 foi abandonada – e revogada, portanto - pela legislação em vigor!*

O Decreto n.º 94.664, de 23 de julho de 1987, tornou-se *um corpo sem alma: perdeu seu embasamento legal. A lei a que regulamentava foi revogada!* Nem se venha argumentar que tal decreto possui força de lei, haja vista que se trata de mero *decreto de execução*, e não do sempre rechaçado decreto autônomo, ou mesmo de Decreto-Lei, que fazia as vezes, *mutatis mutandi*, da atual Medida Provisória na Carta Constitucional de 1967/1969.

*O Plano de Cargos e de Retribuição está integralmente previsto na Lei n.º 11.784/08, e em seus anexos, conforme especificado no art. 23 da referida Lei. As limitações trazidas no Decreto nº 94.664/87 não foram adotadas pela lei revogadora. E, como é por demais sabido, um decreto de 1987 não pode, jamais, servir como norma administrativa regulamentadora de uma lei de 2008! Ilegal qualquer limitação que não prevista expressamente em lei; inconstitucional qualquer limitação a direito individual que contrarie a Constituição Federal.*⁷

O referido Decreto n.º 94.664, de 23 de julho de 1987, não possui qualquer amparo constitucional na atual Carta. E mais: ainda que derivasse de um esdrúxulo poder normativo anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, alguma espécie de regulamento autônomo, teria sido expressamente revogado pelo disposto no Ato das

⁷ Neste sentido, da revogação da Lei n.º 7.596/87, é expresso o seguinte acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: Acórdão AC 407032/01/AL. EMENTA: Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. Recurso improvido. 1. Os embargos de declaração constituem o meio específico de que dispõe a parte para escoimar a sentença ou acórdão de falhas que possam ser danosas para o cumprimento do julgado, tendo como finalidade completar a decisão omissa ou, ainda, aclará-la, dissipando assim obscuridades ou contradições. 2. Inexistência de qualquer omissão no acórdão embargado. Apreciação da matéria pela E. 1ª Turma que entendeu não ter o embargante direito ao reajuste da função comissionada vinculada à *correção do vencimento pago aos docentes titulares doutores com dedicação exclusiva em virtude de que a lei n.º 7.596/87, que disciplinava as funções comissionadas foi extinta pelas leis 8.216/91 e 8.168/91*, as quais determinaram a conversão das FC's em CD's e FG's. 3. Embargos de declaração conhecidos e improvidos. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira Diário da Justiça - 13/02/2009 - página: 333 - nº 31, 2009.

Disposições Constitucionais Transitórias. É com absoluta clareza que dispõe a Carta Magna:

Art. 25. Ficam revogados, *a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei*, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

Não é demais repetir: o Decreto n.º 94.664, de 23 de julho de 1987 *é simultaneamente ilegal e inconstitucional, por exceder ao comando legal, por se referir a uma lei já revogada e por restringir direito assegurado expressamente na Constituição.*

5. DA SITUAÇÃO ESPECÍFICA DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Estabelece a Constituição Federal de 1988, em relação ao Ministério Público, a seguinte regra sobre acumulação de cargos:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

II - as seguintes vedações:

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

A Constituição Federal não traz qualquer restrição à acumulação dos cargos de membro do Ministério Público ou da Magistratura com o

de professor. É expressa e auto-aplicável ao permitir a acumulação de um cargo público de magistério. Não exige, ademais, a comprovação prévia e abstrata da compatibilidade de horário.

Neste sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 3126, em que se questionou a constitucionalidade da Resolução n.º 336 do Conselho da Justiça Federal. A decisão liminar, exarada em 30/01/2004 pelo ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente no exercício da Presidência, é expressa ao afirmar que: “*A questão está no tempo que o magistrado utiliza para o exercício do magistério “vis a vis” ao tempo que restaria para as funções judicantes*”. Nos mesmos autos, em 17/02/2005, o Plenário da Excelsa Corte firmou seu entendimento: “*Considerou-se, no caso, que o objetivo da restrição constitucional é o de impedir o exercício da atividade de magistério que se revele incompatível com os afazeres da magistratura. Necessidade de se avaliar, no caso concreto, se a atividade de magistério inviabiliza o ofício judicante.*”

No sentido de aclarar a norma e, mais precisamente, de afastar os excessos de alguns membros do Ministério Público dos Estados e da União que assumiam compromissos excessivos no âmbito do ensino superior e de cursos preparatórios para concursos, em detrimento do bom exercício de suas atividades ministeriais, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), *único órgão competente para impor, no âmbito do Ministério Público, restrições à regra veiculada na Constituição Federal*, dispôs, como já especificado acima, *o limite máximo semanal de 20 (vinte) horas-aula, consideradas como tais as efetivamente prestadas em sala de aula*. Toda e qualquer restrição ou embaraço criado por instituições de ensino ou por normas que não as emanadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público ou por leis de iniciativa do respectivo Ministério Público a que esteja vinculado o membro do *Parquet* padecerão do *inegável vício de inconstitucionalidade*.

Com maior razão (*a fortiori*), uma *Portaria do Reitor ou um Edital de Concurso no âmbito de uma Universidade Federal não pode fazer tábula rasa da Constituição Federal*. Num Estado de Direito há uma inegável hierarquia de normas e em seu ápice estará a Constituição Federal. Normas internas que estabeleçam vagas para novos concursos de Professor Universitário “em regime de trabalho de dedicação exclusiva” não podem revogar a Constituição; não podem prevalecer em face do disposto na Constituição Federal. Entendimento contrário tornaria sem efeito o direito constitucionalmente assegurado na Constituição, que se refere especialmente à acumulação de cargos públicos.

Tornando claras as assertivas apresentadas até o presente momento, com a necessária sistematização:

a) O Decreto n.º 94.664/87 que prevê o regime de dedicação exclusiva *não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988*, não podendo produzir qualquer efeito; b) Qualquer norma que restrinja ou embarace a atividade de magistério por *membro do Ministério Público, veiculada por lei que não seja de iniciativa privativa do Ministério Público, ou ainda oriunda do Conselho Nacional do Ministério Público*, afronta a Carta Constitucional e deverá ser refutada por *vício formal e material de inconstitucionalidade*, não podendo produzir qualquer efeito no âmbito do Ministério Público. c) Editais de concurso público para o provimento de cargo de professor universitário, ao estabelecerem regime de dedicação exclusiva, não se sobrepõem à Resolução do CNMP, à Lei Orgânica do Ministério Público, tampouco à Constituição Federal, não podendo negar vigência ao Direito Constitucional de acumulação de cargos, expressamente assegurado ao Membro do Ministério Público, independentemente do regime de trabalho.

6. JURISPRUDÊNCIA ACERCA ACUMULAÇÃO DOS CARGOS COM PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A jurisprudência não destoa do que se sustenta neste estudo.⁸ Há amplo lastro para embasar a legalidade da acumulação de cargos públicos, especialmente nas hipóteses previstas constitucionalmente. Em questões envolvendo restrições devido à dedicação exclusiva, lastrada no já referido – *ilegal e inconstitucional* - Decreto n.º 94.664, de 23 de julho de 1987, o Supremo Tribunal Federal (STF) não chega a se pronunciar,

⁸ Há grande dificuldade prática na compatibilização de cargos de professores, especialmente na acumulação de cargos de professores de 1º e 2º grau de esferas distintas – Federal, Estadual e Municipal -, ou ainda com cargos técnicos destas mesmas esferas, cada uma delas regida por regras próprias no que se refere aos regimes de trabalho. Daí a existência de decisões esparsas pela não cumulação, aplicáveis unicamente aos casos concretamente apreciados pelo referido Juízo, de cargos de professor. As decisões refletem a dificuldade prática na compatibilização dos horários, no exercício de cargos de professor de 1º e 2º graus.

vez que normas infralegais emanadas pela Administração, a exemplo de regulamentos de execução, não se sujeitam ao controle de constitucionalidade concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. O Superior Tribunal de Justiça é, em regra, quem dá a última palavra sobre o tema.

Ocorre que *o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou conclusivamente sobre o tema*. Tal decisão embasa toda uma cadeia de decisões dos Tribunais Regionais Federais e de Juízes Federais. É do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a decisão líder – *leading case* – assim ementada:

RESP - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - PROFESSOR- CARGO – CUMULAÇÃO - A HIERARQUIA DAS NORMAS JURIDICAS AFASTA A VIGENCIA DE LEI QUANDO CONTRASTAR COM A CARTA POLITICA. ESTA ADMITE ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE PROFESSOR, QUANDO HOVER COMPATIBILIDADE DE HORARIOS (CF/1988, ART. 37, XVI, “A”). *O ATUAL REGIME DE TRABALHO (DEDICAÇÃO EXCLUSIVA), POR SI SO, NÃO É OBSTACULO*. EVIDENTE, DEVERA CONFERIR A NECESSARIA ATENÇÃO AS DUAS DISCIPLINAS NO TOCANTE AO HORARIO. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (STJ - RESP 97551/PE DJ - Data: 25/08/1997)

Tal decisão vem sendo reafirmada pela referida Corte Superior – STJ -, a exemplo da recente decisão:

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. *REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA*. APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO COM OS PROVENTOS DE APOSENTADORIA ANTERIOR, EM CARGO ESTADUAL. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS. *POSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS NÃO-CONFIGURADA*. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Havendo compatibilidade de horários, é permitida a acumulação remunerada de um cargo de professor com outro técnico ou científico, nos termos do art. 37, inc. XVI, letra “b”, da Constituição Federal.

2. A recorrida aposentou-se no cargo de biólogo-técnico científico, no quadro de servidores do Estado do Rio Grande do Sul,

antes de tomar posse no cargo de Professor Adjunto da UFRGS.
3. Assim, remanesceu atendido o requisito constitucional da compatibilidade de horários, uma vez que a recorrida jamais acumulou os referidos cargos públicos, não tendo sido desatendida a regra constitucional de inacumulabilidade.

4. Recurso especial conhecido e improvido.

REsp 970368 / RS RECURSO ESPECIAL 2007/0170910-2.

Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado em 16/09/2008

É também do Superior Tribunal de Justiça a seguinte decisão:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR ANISTIADO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. TECNOLOGISTA DO IBGE. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS NÃO CONFIGURADA. SEGU-RANÇA CONCEDIDA.

1. Havendo compatibilidade de horários, é permitida a acumulação remunerada de um cargo de professor com outro técnico ou científico, nos termos do art. 37, inc. XVI, letra "b", da Constituição Federal.

2. O IMPETRANTE foi admitido como Professor da UnB em 11/4/62. Foi demitido por razões políticas em 10/11/65. Por força da Emenda Constitucional 26/85, foi anistiado e reintegrado em 1º/7/88, tendo sido, imediatamente, beneficiado com licença sem vencimentos até a data de sua aposentadoria nesse cargo, em 14/4/92, que se deu sob o regime de **dedicação exclusiva**, conforme Decreto 94.667/87. Nesse intervalo, foi admitido, em 17/10/72, no cargo de Tecnologista do IBGE, lá permanecendo até sua aposentadoria, ocorrida em 24/11/97.

3. Assim, remanesceu atendido o requisito constitucional da compatibilidade de horários, uma vez que, no período de acumulação na ativa, compreendido entre 1º/7/88 e 14/4/92, o impetrante cumpria integralmente o horário de trabalho referente ao cargo de Tecnologista. Sequer foi, nesse período, remunerado duplamente pelo erário.

4. Desse modo, porque não questionada a natureza técnica do cargo de Tecnologista, em que se deu a aposentadoria no IBGE, e porque não houve a efetiva incompatibilidade de horários, não se tem

como desatendida a exceção à regra constitucional de inacumulabilidade, conforme art. 37, XVI, letra “b”, da Lei Fundamental.

5. Segurança concedida.

MS 11566 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0052166-5

Em igual sentido, ressaltando a possibilidade de acumulação de cargos e de aposentadorias de professores, exigindo unicamente a compatibilidade de horários, a mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, em, 19/02/2009:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PROFESSOR. **DEDICAÇÃO EXCLUSIVA**. APOSENTADORIA NO CARGO ANTERIOR. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência deste Sodalício entende pela possibilidade de acumulação de dois cargos de professor, sendo o segundo de **dedicação exclusiva** se o servidor já encontrar-se aposentado no primeiro cargo.

2. Agravo regimental improvido.

AgRg no Ag. 1118050 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
2008/0248997-0

As decisões parcialmente transcritas acima são paradigmáticas ao permitirem a acumulação de aposentadoria e de cargo público em razão de *somente serem acumuláveis os proventos de aposentadoria quando os cargos forem acumuláveis em atividade*. Reconhecer a *legalidade da acumulação de proventos dos inativos é reconhecer a legalidade de acumulação de vencimentos dos ativos!* Neste sentido, o disposto na Constituição Federal e na Lei n.º 8.112/90 – Lei do Regime Jurídico Único:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

LEI N.º 8.112/90

Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.

§3º Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade.

Os Tribunais Regionais Federais (TRFs) vem, neste mesmo sentir, decidindo *acerca da legalidade da acumulação de cargos, em regime de dedicação exclusiva, nas hipóteses autorizadas constitucionalmente*. Tome-se a seguinte decisão do TRF da 5.ª Região, que provocou a decisão líder do STJ (RESP 97551/PE DJ, de 25/08/1997) sobre o tema:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE MAGISTÉRIO EM UMA MESMA INSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, XVI, ALÍNEA A, DA CF.

- A Constituição Federal de 1988, bem como a anterior, ao permitir a acumulação de dois cargos de professor, não estabeleceu qualquer restrição, exceto com relação à compatibilidade de horários (art. 37, inciso XVI, alínea a). Nada impede que os dois cargos de magistério sejam exercidos em uma mesma instituição de ensino.

- A questão da compatibilização dos horários é problema a ser resolvido pela Universidade em momento posterior à investidura.

- Provimento parcial da apelação para assegurar ao IMPETRANTE a reintegração no cargo de Professor Adjunto, no Departamento de Economia da UFPE, independentemente da exoneração do cargo atualmente ocupado no mesmo departamento. Apelação em Mandado de Segurança nº 36.654 – PE

Relator: Juiz Rivalvo Costa

Julgado em 16 de dezembro de 1993, por unanimidade.

De modo semelhante, ao tratar da possibilidade da acumulação de cargos em regime de dedicação exclusiva com cargos em comissão ou funções gratificadas, decidiu o TRF da 5ª Região:

Relator: O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO

Apelante: ASSOCIAÇÃO DOS DOCENTES DA ESCOLA
TÉCNICA FEDERAL DO CEARÁ

Apelada: ESCOLA TÉCNICA FEDERAL DO CEARÁ

Advogado: DR. FRANCISCO CLÁUDIO BEZERRA DE
QUEIROZ

EMENTA

*CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MAGISTÉRIO. REGI-
ME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. FUNÇÕES GRATIFICADAS.
- NADA IMPEDE QUE O PROFESSOR, EM REGIME DE DE-
DICACÃO EXCLUSIVA, EXERÇA FUNÇÃO GRATIFICADA.
- APELAÇÃO PROVIDA.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indi-
cadas, decide a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª
Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, na forma
do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam
fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 16 de março de 1994 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Presidente

VOTO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO (Relator): A questão que
se há de resolver reside em saber se um professor, em regime de
dedicação exclusiva, pode exercer função gratificada.

O Juiz Federal entendeu que não, fundamentando assim o seu
entendimento:

“O art. 37, inc. XVI, da CF vigente, diz que é vedada a acu-
mulação remunerada de cargos públicos, exceto quando hou-
ver compatibilidade de horários. Ora, no caso destes autos, não
existe compatibilidade de horários. O servidor sujeito ao regime
de tempo integral e dedicação exclusiva é obrigado a cumprir
a carga horária de 40 (quarenta) horas semanais e, além disso,
dedicar-se tão-somente aos misteres de seu cargo, emprego ou
função. Logo, não lhe resta horário disponível para, legalmente,
exercitar função gratificada” (fls. 90).

Não me parece que seja assim.

O exercício da denominada função gratificada é, por natureza, cumulativo com o exercício de cargos públicos. Aliás, a própria Constituição diz que “os cargos em comissão e funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei” (art. 37, inc. V).

[...]

Dou provimento à apelação para conceder a segurança.

É como voto.

Este mesmo Tribunal, ao tratar da situação análoga de acumulação, também permitida constitucionalmente, de cargo de *vereador* com o de *professor em regime de dedicação exclusiva*, em decisão recente, publicada em seu Boletim de Jurisprudência nº 4/2008, em 30 de abril de 2008, pp. 51-52, reafirmou seu entendimento:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS – VEREADOR - PROFESSOR EM REGIME DE TRABALHO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA - COMPATIBILIDADE DE HORÁRIO – POSSIBILIDADE.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. VEREADOR-PROFESSOR EM REGIME DE TRABALHO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIO. POSSIBILIDADE. ART. 38, III, DA CEF/88. APLICABILIDADE.

- Trata-se de apelação da sentença que concedeu a segurança pretendida por entender que, ocorrendo a existência de compatibilidade de horários, o servidor público, quando eleito vereador, receberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, mas sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo.

- O art. 38, III, da Constituição Federal de 1988 estabelece que é possível a acumulação de mandato eletivo de vereador com outro cargo, função ou emprego, desde que haja compatibilidade de horário.

- No caso presente, o Impetrante exerce o mandato eletivo de vereador no Município de Paraipaba/CE, sendo as seções ordinárias realizadas quinzenalmente às sextas-feiras, às 17:00 horas. Em relação ao exercício de cargo de professor da UFC, a

carga horária semanal é exercida na terça-feira e quinta-feira, nos turnos manhã e noite.

- Diante dos horários exercidos pelo Impetrante, constata-se que inexistente qualquer óbice ao exercício cumulativo do mandato eletivo de vereador e do cargo de professor em regime de trabalho de dedicação exclusiva, uma vez que a única restrição imposta pela Constituição Federal para a mencionada acumulação é a incompatibilidade de horários, o que não ocorreu no presente caso.

- Acrescente-se, ainda, que as regras do regime de trabalho de dedicação exclusiva previstas na Lei nº 4.345/64 e no Decreto nº 94.664/87 devem ser interpretadas observando-se o regime constitucional supramencionado, em razão da supremacia deste sobre as demais normas.

- Apelação e remessa oficial improvidas

Apelação em Mandado de Segurança nº 85.013-CE

(Processo nº 2002.81.00.008235-5)

Relator: Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino

(Julgado em 29 de janeiro de 2008, por unanimidade)

De modo semelhante, vem decidindo o TRF da 2ª Região ao tratar da acumulação de cargos de professor:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - ENSINO SUPERIOR - PROFESSOR - DEDICAÇÃO EXCLUSIVA - CONVERSÃO DE REGIME DE TRABALHO - POSSIBILIDADE - DECRETO Nº 94.664/87 (PLANO ÚNICO DE CLASSIFICAÇÃO E RETRIBUIÇÃO DE CARGOS E EMPREGOS - LEI Nº 7.596, DE 10.04.1987) - ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 09/88 - ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS PÚBLICOS - COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS - ART. 37, XVI, CF. 1. O Decreto nº 94.664/87, que “aprova o Plano único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987”, em seu art. 47, § 3º, não elenca, como requisito para a concessão do afastamento do docente, a obrigatoriedade de sua permanência no mesmo regime a que estava submetido quando do seu afastamento. É ilegal, portanto, a condição prevista no art. 7º da Resolução nº 09/88 - CEP/

UFES, por extrapolar o Decreto em questão, quando sua verdadeira função seria apenas a de regulamentar suas disposições. 2. *Não é possível, em nosso ordenamento, que um veículo normativo de ordem inferior altere ou extrapole uma norma que lhe seja superior.* 3. Sendo ilegal a condição, imposta pela Resolução, de manutenção do mesmo regime de trabalho da data do afastamento, não é nem menos devida a indenização prevista (tanto no Decreto quanto na Resolução), pois que não houve, na hipótese, desrespeito à norma pelo docente. 4. *Não há qualquer incompatibilidade entre o exercício de atividade remunerada pública ou privada, e o exercício do cargo de professor com dedicação exclusiva. Isto ocorre pelo fato da flagrante inconstitucionalidade da vedação imposta pelo Decreto nº 94.664/87.* 5. *O único requisito exigido pela Carta Magna para que possa haver a acumulação dos cargos enumerados pelas alíneas do inciso XVI, do art. 37 é a existência de compatibilidade de horários. O Decreto nº 94.664/87 restringiu o disposto na Constituição ao impedir a acumulação de cargos, que é constitucionalmente assegurada, quando o professor se encontra em regime de dedicação exclusiva. Essa restrição é INCONSTITUCIONAL, por não estar prevista na Constituição Federal, bem como pelo fato de que limita o exercício de um direito nela assegurado.* 6. *Recurso adesivo do IMPETRANTE improvido.* 7. *Apelação da UFES e remessa necessária improvidas. Sentença mantida”.*

(TRF2 - Apelação em Mandado de Segurança - 67448 - Processo: 2001.50.01.000056-2 - UF: RJ - Relator: Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS - Sexta Turma Especializada - DJU Data: 28/04/2008, p. 182)⁹

7. DA DOUTRINA SOBRE A ACUMULAÇÃO DE CARGOS EM REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA

A doutrina nacional pouco se debruça sobre o tema. É honrosa exceção, repercutindo as decisões das cortes superiores, o estudo *Da possibilidade de acumulação de cargo público de professor universitário*,

⁹ De igual conteúdo, a decisão – voto e acórdão – no Agravo n.º 16662008.02.01.008652-9, também do TRF da 2ª Região, publicada em 15 de outubro de 2008.

*em regime de dedicação exclusiva, com cargo de magistrado federal,*¹⁰ de autoria do Professor Doutor Alberto Nogueira Júnior.¹¹ Sustenta o autor em seu estudo:

Lícito, de todo modo, antecipar a conclusão do argumento que será defendido ao longo deste trabalho: o regime de dedicação exclusiva dos professores de instituições de ensino superior públicas não impede a acumulação do cargo com outro de magistrado [...]

O regime de dedicação exclusiva nada mais é do que um regime de trabalho, não outro cargo específico; [...]

Também em sentido estrito, no regime de dedicação plena o servidor poder ter mais de um emprego, ou de um empregador, desde que diversos da função pública a que se dedica precipuamente; [...]

O regime de dedicação exclusiva dos professores de instituições federais de ensino superior não impede a acumulação dos respectivos cargos com outro de magistrado.

¹⁰ NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. *Da possibilidade de acumulação de cargo público de professor universitário, em regime de dedicação exclusiva, com cargo de magistrado federal*. Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8261&p=3>, com acesso em 15 de maio de 2009.

¹¹ Em sentido semelhante, leciona Mauro Roberto Gomes de Mattos: “Nem a Constituição Federal, nem a Lei no. 8.112/90, ao tratarem da matéria em seus artigos 118 a 120, ressaltam a impossibilidade de acumulação de cargos em razão da carga horária semanal, apenas estabelecem que os horários devem ser compatíveis”, e que, se a “a acumulação de cargos é a possibilidade de duas situações jurídicas do servidor (vínculo) perante o Poder Público, em horários que sejam compatíveis”, entendendo-se “por compatíveis”, “os horários conciliáveis, aqueles que não prejudiquem a regular prestação do necessário serviço público desempenhado pelo servidor”, há que concluir-se que deve prevalecer “a interpretação de que cumprida integralmente a frequência de trabalho, há compatibilidade de horário.” [...] “Por último, há que se recordar a decisão proferida pelo Pleno do Eg. STF, quando do julgamento da ADI no. 3126, (Rel. Min. Gilmar Mendes, dec. p. maioria pub. DJU 06.5.2005), quando decidiu-se que os magistrados, autorizados que estão diretamente pela Constituição Federal, podem exercer dois ou mais cargos de magistério, desde que haja “a compatibilização de horários, que se resolve caso a caso”, como dito pelo Exmo. Sr. Ministro Presidente Nelson Jobim, quando de decisão liminar, ao final referendada pelo Colegiado maior.” MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei n.º 8.112/90 – Interpretada e Comentada*. 2. ed. Ed. América Jurídica: Rio de Janeiro, 2006, pp. 584-585.

8. A NOVA NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: Nota Técnica n.º 884/2010/CGNOR/DNOP/SRH/MP

Em 14 de setembro de 2010 o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), através de sua Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas emitiu a Nota Técnica n.º 884/2010/CGNOR/DNOP/SRH/MP que, *pautando o entendimento a ser adotado pela Administração Pública Federal*, no sentido do sustentado neste estudo, entendeu que a legalidade da acumulação de cargos públicos pauta-se, *exclusivamente*, pela *comprovação da compatibilidade de horários*.

Julgando uma situação *concreta*, de acumulação de um cargo de professor universitário de Universidade Federal brasileira (UFRJ) com outro cargo de professor (rede estadual de ensino, no Rio de Janeiro), *extensível a todos os casos análogos* por força do *poder normativo* conferido às Notas Técnicas do MPOG, consoante esclarece o art. 17, § único da Lei n.º 7923/89, o referido Ministério manifestou-se nos seguintes termos:

Em que pese o disposto no Decreto supra [Decreto n.º 94.664, de 23 de julho de 1987], há de se ressaltar que a Constituição Federal permite a acumulação de dois cargos de Professor, ou de um cargo de Professor com outro Técnico ou Científico, conforme previsto no inciso XVI do art. 37:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

(Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

a) a de dois cargos de professor; (Incluída pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Incluída pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 34, de 2001)

6. Dessa forma, deve-se considerar que a legislação infraconstitucional deve submeter-se à Constituição, não podendo se sobrepor a esta. Assim, verifica-se que a acumulação de dois cargos

de Professor é permitida, sendo necessária, para tanto, a compatibilidade de horários. Destaque-se que Constituição Federal não apresenta qualquer restrição no que se refere ao regime de trabalho de Dedicção Exclusiva - DE.

7. Quanto à acumulação de cargos, em que um deles possui regime de DE, convém colacionar entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, em Recurso Especial nº 97.551-PE (96.0035318-2):

RESP. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROFESSOR. CARGO. CUMULAÇÃO. A HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS AFASTA A VIGÊNCIA DE LEI QUANDO CONTRASTAR COM A CARTA POLÍTICA. ESTA ADMITE A CUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE PROFESSOR, QUANDO HOVER COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS (CF/1988, ART. 37, XV, “A”). O ATUAL REGIME DE TRABALHO (DEDICAÇÃO EXCLUSIVA), POR SI SÓ, NÃO É OBSTÁCULO. EVIDENTE, DEVERÁ CONFERIR A NECESSÁRIA ATENÇÃO ÀS DUAS DISCIPLINAS NO TOCANTE AO HORÁRIO.

8. Destarte, tendo em vista o entendimento acima, observa-se que, mesmo submetido ao regime de Dedicção Exclusiva, pode o Professor acumular tal cargo com outro, desde que cumpra o requisito constitucional da compatibilidade de horários.

9. Nesse sentido, em relação ao caso em tela – ponderando que não há a carga horária do cargo estadual - caso a Universidade Federal do Rio de Janeiro que o interessado cumpria a jornada de trabalho e exercia suas atribuições, mesmo acumulando o cargo de Professor de 3º Grau com o cargo estadual, não haverá a incidência de acumulação ilícita, pois permitida pela Constituição e, por conseguinte, não será necessária a restituição dos valores percebidos a título de DE.

A Nota Técnica n.º 884/2010, com seu caráter normativo, vinculou toda a Administração Pública Federal em relação ao entendimento exposto acerca da legalidade da situação de acumulação de cargos.

Todas as situações de acumulação de cargos públicos, comprovada a compatibilidade de horários, tornaram-se lícitas para a Administração Pública Federal. Todos os *processos administrativos disciplinares* (PAD), instaurados com base em suposta acumulação ilegal de cargos públicos, *deverão ser julgados improcedentes*, reconhecida a legalidade da situação jurídica pela própria Administração. Tal posicionamento, para os que já se encontravam em regime de acumulação de cargos em *14 de setembro de 2010, data da edição da referida Nota Técnica, é imutável para a Administração*. Ocorreu, no campo do Direito Administrativo Disciplinar, analogicamente, a *abolitio criminis* do Direito Penal.

No âmbito do Direito Administrativo, o Princípio da Segurança Jurídica, pautado pela legalidade, é amplamente aceito e prestigiado. Acerca deste princípio, José Afonso da Silva esclarece:

Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, este se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. (SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004)

Ainda tangente a este princípio, assegura Celso Antônio Bandeira de Mello:

Por força mesmo deste princípio (conjugadamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé), firmou-se o correto entendimento de que as orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos

casos ocorridos depois de tal notícia. [BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006)

Neste pensar, Maria Sylvia Zanella di Pietro sustenta:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003)

José dos Santos Carvalho Filho traz algumas notas que clareiam o princípio da segurança jurídica, que incide em sua inteireza na situação em estudo:

Doutrina moderna, calcada inicialmente no direito alemão e depois adotada no direito comunitário europeu, advoga o entendimento de que a tutela da confiança legítima abrange, inclusive, o *poder normativo da Administração*, e não apenas os atos de natureza concreta por ela produzidos. Cuida-se de proteger expectativas dos indivíduos oriundas da crença de que disciplinas jurídico-administrativas são dotadas de certo grau de estabilidade. Semelhante tutela demanda dois requisitos: 1º) a ruptura inesperada da disciplina vigente; 2º) a imprevisibilidade das modificações. Em tais hipóteses, cabe à Administração adotar algumas soluções para mitigar os efeitos das mudanças: uma delas é a exclusão do administrado do novo regime jurídico; outra, o anúncio de medidas transitórias ou de um período de *vacatio*; outra, ainda, o direito do administrado a uma indenização compensatória pela quebra da confiança decorrente de alterações em atos normativos que acreditava sólidos e permanentes. É claro que a matéria está em fase de estudos e desenvolvimento, mas inegavelmente, constitui uma forma de proteger a confiança e as

expectativas legítimas na estabilidade normativa, desejável em qualquer sistema jurídico. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007. p. 31)

Ocorreu inegável reconhecimento pela Administração Pública Federal da legalidade da acumulação de cargos de Professor Universitário com outro cargo público, acumulável nos termos da Constituição Federal, consubstanciado na referida Nota Técnica n.º 884/2010. É oportuno lembrar que os projetos apresentados pelo Governo Federal através do MPOG para **reestruturação da carreira de Magistério Superior** das IES públicas nestes anos de 2009, 2010 e 2011, ainda sem qualquer possibilidade de consenso entre o poder público e as entidades de classe dos professores e das próprias IES federais, relativizam sobremaneira o rigor do regime de dedicação exclusiva, quando não propõem sua pura e simples extinção.

O regime de dedicação exclusiva, isto é fato, não alcançou seus resultados esperados: não há uma vinculação automática entre dedicação exclusiva do professor e excelência em sua atuação em atividades de ensino, de pesquisa e de extensão ou em relação a qualquer outro índice de produção acadêmica; e, por seu turno, a idealizada rígida limitação ao exercício de quaisquer atividades remuneradas a par da empreendida no âmbito das IES federais, estabelecidas no mal fadado Decreto n.º 94.664, de 23 de julho de 1987, não trouxe qualquer contrapartida em termos de tratamento digno ao profissional da educação superior, sendo na atualidade uma das categorias funcionais mais desprestigiadas, em termos remuneratórios, da Administração Pública Federal.

9. CONCLUSÕES

Em síntese do que foi exposto linhas acima, as seguintes conclusões podem ser apresentadas:

A par de todos os argumentos postos neste breve estudo, a aplicação direta, em sua literalidade, da Constituição Federal, assegura a todo brasileiro, aprovado em concurso público o direito posto no art. 37, I, que estabelece que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”, expressão do direito fundamental garantido no art. 5.º, XIII, que prevê ser

“livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Aprovado em concurso público para o exercício do cargo de Professor Universitário, independentemente do regime de trabalho posto em edital, configura-se ilegal e abusiva qualquer restrição ou ameaça a este direito fundamental.

Doutrina e legislação, inclusive a federal, permitem que servidores de diversas carreiras da Administração Pública Federal, em regime de dedicação exclusiva (Procuradores da Fazenda Nacional, Advogados da União, Procuradores Federais, Auditores Federais...) exerçam atividade de magistério;

O regime de trabalho de professor em dedicação exclusiva significa a proibição de exercício de outra atividade de professor, a par da exercida em IES Federal;

O Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987 perdeu sua base legal com a revogação da Lei n.º 7.596/87, não estando apto a produzir quaisquer efeitos jurídicos;

O Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987 não foi recepcionado pela Constituição Federal por restringir direitos individuais assegurados constitucionalmente;

O Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987 não tem força de lei, não sendo fruto de delegação de poder normativo à Administração, prevalecendo o disposto no art. 25 do ADCT;

São análogas as situações dos membros do Ministério Público, dos Magistrados, dos professores, dos ocupantes de cargos técnicos ou científicos, e dos Vereadores, todos autorizados a cumularem seus respectivos cargos com cargos de professor;

Os Tribunais Superiores e Regionais Federais são uníssonos em permitir a acumulação de cargos – e dos vencimentos de ativos e proventos de inativos - prevalecendo a Constituição de 1988 sobre o Decreto nº 94.664, de 1987;

A doutrina é uníssona ao compreender que o regime de dedicação exclusiva não é óbice à acumulação de cargos públicos, em hipóteses expressamente previstas na Constituição;

A Nota Técnica n.º 884/2010/CGNOR/DNOP/SRH/MP, do MPOG, com seu caráter normativo, vinculou toda a Administração Pública Federal em relação ao entendimento exposto acerca da legalidade da situação de acumulação de cargos em regime de dedicação exclusiva, disciplinado e tornando indiscutível para a Administração *todas as situações já constituídas à época de sua edição, que configurem acumulação de*

cargos públicos de professor de Universidade Federal brasileira em regime de Dedicção Exclusiva com demais cargos públicos previstos na Constituição Federal.

A Nota Técnica n.º 884/2010/CGNOR/DNOP/SRH/MP, do MPOG, aplicada a *processos administrativos disciplinares (PAD)*, impõe a *improcedência de qualquer sanção administrativa aos servidores federais e o reconhecimento da legalidade de acumulação* para os que já se encontravam em regime de acumulação de cargos em *14 de setembro de 2010*. Ocorreu, no campo do Direito Administrativo Disciplinar, analogicamente, a *abolitio criminis* do Direito Penal.

O regime de trabalho de dedicação exclusiva não é impedimento à acumulação de cargos, exigindo-se, nos casos previstos na Constituição, a compatibilidade de horário;

Para a delimitação da situação de Membro do Ministério Público ou de Magistrado, em que não há a previsão da compatibilidade de horários na Constituição, há resoluções do CNJ e do CNMP que disciplinam os requisitos para acumulação dos cargos, havendo a necessidade de se avaliar, “caso a caso” se a atividade de magistério inviabiliza o ofício da Magistratura ou do Ministério Público – ADI n.º 3.126/2005.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. **Da possibilidade de acumulação de cargo público de professor universitário, em regime de dedicação exclusiva, com cargo de magistrado federal**. Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8261&p=3>, com acesso em 15 de maio de 2011.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei n.º 8.112/90 – Interpretada e Comentada**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO E O MUNICÍPIO NA CF/88

Jussara Maria Moreno Jacintho¹

Resumo

Este trabalho analisa o direito fundamental ao desenvolvimento de que é titular todo cidadão brasileiro, violado quando o Município deixa de receber as transferências de recursos constitucionalmente devidas, quando devedor dos tributos federais, especialmente contribuições sociais.

Palavras-chaves - Direitos fundamentais; direito fundamental ao desenvolvimento; municipalização; transferências de receitas, políticas públicas.

Abstract

This study examines the fundamental right to development that holds all Brazilian citizens, which is violated whenever the local government doesn't receive their revenues established in the Federal Constitution as a consequence of not paying federal taxes, especially social contributions.

Key words - Fundamental rights, fundamental right to development; transferring revenues, public policies, local government.

I. INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende centrar seu estudo na contradição existente entre as normas jusfundamentais, que consagram direitos, os quais apenas são efetivos quando concretizados e outros postulados constitucionais, apresentados como mecanismos de viabilização do modelo

¹ Professora Adjunta da Universidade Federal de Sergipe. Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito da Cidade pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela FGV/RJ. Vice-Coordenadora da Graduação em Direito e Coordenadora em exercício do Mestrado em Direito da UFS. Pesquisadora do NEIAP/UFS.

econômico-político do país, mas que acabam por impedir a concretização daqueles.

Iremos partir especificamente do direito fundamental ao desenvolvimento, inscrito no art. 3º, II, da CF/88, como um dos objetivos fundamentais da República, seu delineamento conceitual e sua interação com os princípios da municipalização e do federalismo que orienta a realização de políticas públicas,

O nosso trabalho vai analisar o conflito entre o direito subjetivo ao desenvolvimento, de que é titular todo indivíduo e a coletividade, previsto em tratados internacionais de direitos humanos e na Constituição Federal, em seu art.3º,II e o princípio federativo, com ênfase no subprincípio da municipalização das ações governamentais e políticas públicas, conflito esse levado ao paroxismo em razão das restrições impostas por dispositivos constitucionais –especialmente a do art. 160 -- que vedam o acesso aos recursos públicos quando ocorre inadimplência por parte destes, por meio da não emissão de certidão negativa de débito fiscal ou positiva com efeito de negativa, documento hábil a autorizar o aporte dos referidos recursos, para concluir que a prevalência do art. 160 da CF/88 sobre o direito ao desenvolvimento é inconstitucional.

No item I tratamos do direito ao desenvolvimento, seu conceito e sua titularidade; no item II e III, do princípio federativo e seus desdobramentos; no quarto item , discorreremos brevemente sobre a federação e a municipalização das políticas públicas; No item V, tratamos da obrigação estatal de garantir o desenvolvimento municipal. Passamos a discorrer no item VI, sobre a teoria contratualista como fundamento do poder estatal de representar politicamente a vontade do cidadão, para no item VII, fazer um breve comentário sobre a LRF, a Lei n. 11.960/09 e o direito ao desenvolvimento para, ao final, no item VIII, apresentar as nossas conclusões.

II. O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO DO CIDADÃO

A efetividade dos direitos fundamentais encontra toda gama de obstáculos, sejam os da falta de investimento puro e simples na sua realização, sejam no reconhecimento de que um direito dessa natureza

submete-se a um regime jurídico especial, de forma a alcançar a sua concretização, sobretudo na sua interpretação e consequente aplicação de normas jusfundamentais, não apenas pelos órgãos da administração, assim como pelo aparelho judicial de 1ª e 2ª instâncias, os quais não têm se fundado na base antropológica presente na Carta Política, para superar os obstáculos materiais e formais que, ou a própria Constituição oferece ou o faz a legislação infraconstitucional, na concretização de determinada gama de direitos fundamentais.

A interpretação contemporânea, sobretudo a aplicação da Constituição que se pretende democrática, impõe uma mudança no seu eixo gravitacional, passando ela a ser **ex parti populi**, em detrimento do seu viés hermenêutico **ex parti principii**.² A manutenção desse modelo já superado de hermenêutica constitucional—em que se privilegiava seus aspectos formais em detrimentos do conteúdo da norma-- nada mais faz que perpetuar violações já históricas aos direitos fundamentais, mantendo o Estado na posição de grande violador dos direitos humanos, senão o maior.

O direito comparado, a doutrina pátria e ainda uma não consolidada jurisprudência nacional tem indicado o método da ponderação de bens e interesses em conflito como o mais adequado aos propósitos constitucionais de prover ao destinatário da norma a efetivação dos seus direitos. Nada obstante os avanços expressivos na área, na prática há ainda uma reticência significativa quando os tais interesses em conflito são de peso, valor e origem muito diferenciadas. e especialmente quando prestigiam os direitos da população pobre, em detrimento dos interesses do Estado.

É notório que os municípios brasileiros dependem de transferências voluntárias e constitucionais³ – muitos não tendo arrecadação significativa ou sequer projetos de vir a tê-la— e o impedimento para obtenção de Certidão Negativa de Débito-CND tem impacto maior que o que seria razoável supor. É a certidão negativa de débitos, por conseguinte, o passaporte para a sustentabilidade da comuna. Desta depende o aporte de recursos, tal qual afirma o CTN. A não captação dos recursos provenientes de convênios, transferências voluntárias e afins acarreta um sem número de restrições e serviços

² Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 54.

³ Folha de São Paulo, edição do dia 11/05/2011. Pg.A8.

não prestados ao cidadão. Deixa-se de atender o Município em todas as áreas, desde saúde até habitação. Um simples procedimento médico pode ser prejudicado, assim como podem ser subtraídos aos beneficiários serviços que vão desde a construção de banheiros domésticos até o calçamento de ruas, passando pela construção de novas casas até o transporte escolar. Ou seja, o não recebimento de tais transferências condena o Município à exclusão de serviços básicos, ao isolamento social e, por conseguinte, à proliferação e manutenção dos níveis de miséria do povo.

Sair dessa condição de pobreza e dependência, que não é privilégio nosso, só por meio do reconhecimento de que todos temos direito aos mesmos níveis de desenvolvimento humano experimentados por outras nações.

O direito ao desenvolvimento está incluído dentre os que pertencem à terceira geração/dimensão de direitos fundamentais, elencados como um dos direitos de *solidariedade*.

Segundo documento da ONU, traduz-se como um direito humano

*inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos possam ser plenamente realizados.*⁴

O direito ao desenvolvimento é simultaneamente um direito individual fundamental e um direito difuso, oponível ao Estado. Em seus arts. 2º e 8º o citado documento internacional ratifica seu conteúdo:

Artigo 2.

A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.

...

Art. 8

*1. Os Estados devem tomar, a nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar **inter alia**, igualdade de oportunidade para todos em seu acesso aos recursos básicos, educação, serviços de*

⁴ Art. 1º da Declaração da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986.

saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa de renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais.

2. Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

A Resolução 41/128 da Assembléia geral da ONU, por sua vez, entendeu o direito ao desenvolvimento como “processo econômico, cultural, social e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”. Pela conjugação dos dois conceitos vê-se que o direito ao desenvolvimento encerra não apenas o reconhecimento e a promoção das potencialidades imateriais do ser humano em prol do aprimoramento da sua personalidade, assim como a satisfação de suas necessidades materiais.

Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz em seu art 22 a seguinte disposição:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Muito embora a Declaração de Direitos Humanos não seja considerada norma imperativa, integra o **jus cogens** internacional e é a agenda ética a partir da qual os direitos humanos são perseguidos⁵.

Incontroverso, por conseguinte, que existe um direito subjetivo ao desenvolvimento, de natureza fundamental, já inscrito em diplomas internacionais e como tal fazendo parte do nosso texto constitucional por força do art. 5º, §3º, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/ ao

⁵ Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1997. P. 85.

qual combinado com os arts. 1º,3º e 170 da CF, compõem a base a partir da qual se construirá esse desenvolvimento, assim como deixa claro o compromisso do Estado em formular políticas públicas aptas a atingir esse desiderato.

Destarte, a comunicação que hoje existe entre as ordens nacional e internacional, no que diz respeito aos direitos fundamentais tornou-se mais fluida impondo a aplicação de direitos humanos consagrados em tratados internacionais como postulados constitucionais, seja os que orientam a realização de políticas públicas, seja o que concretiza direitos sociais e políticos, em um panorama desenvolvimentista.⁶

A opção do Estado brasileiro está expresso em seus compromissos declarados por meio das suas normas estruturantes, vazadas como princípios, distribuídos ao longo do texto constitucional ou como objetivos fundamentais da República, veiculados como normas principiológicas.

III . MUNICÍPIO BRASILEIRO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

O compromisso firmado, por sua vez, consubstanciou-se em um, cuja concretização depende de uma organização político-administrativa também comprometida com esta realização. As competências materiais concernentes à realização das necessidades básicas da população estão hoje concentradas no Município, razão pela qual este assumiu um perfil diferenciado na nossa República – além, obviamente, do seu legado histórico⁷ -- em comparação com outros modelos de federação existentes, destacando-se ainda como o ente da federação em que todos moramos.

Aqui, a comuna detém não apenas autonomia financeira, como administrativa e política e é, por excelência, o espaço físico em que os direitos fundamentais irão se concretizar. Na nossa estrutura federativa, as competências materiais aptas à realização das políticas públicas voltadas à efetivação do direito ao desenvolvimento, devem ser capitaneadas pelos municípios, em que pese este ente da federação não dispor,

⁶ Idem, *ibidem*. P. 73-103.

⁷ Leal, Vitor Nunes. *Coronelismo enxada e voto*. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1975, 5ª edição, 276 p.

com a mesma generosidade, dos benefícios de uma arrecadação nacional sempre crescente⁸.

A primazia dada ao Município brasileiro pode ser confirmada ao constataremos no texto constitucional, todo um movimento de forma a municipalizar os serviços públicos, assim como a prover mecanismos de controle da atuação do poder público a partir da organização da sociedade em conselhos municipais, conquanto existam os seus congêneres estaduais e federal. Na esteira desse raciocínio, podemos identificar uma cada vez mais presente crença dos poderes constituídos na imprescindibilidade de fortalecimento das comunas de forma a otimizar políticas públicas e ações governamentais dirigidas a atingir os desideratos constitucionais, pela concretização dos direitos da cidadania.

Tudo gira em torno da cidade, a organização econômica do meio rural, inclusive.

Em que pese ser o Município o **locus** preferencial por meio do qual as ações governamentais e políticas públicas de cunho essencialmente social serão engendradas, é certo que a repartição de competências tributárias não o favoreceu, concentrando-se a melhor parte da receita daí resultante, na União e no Estado-membro.

Não se fez isso por acaso, mas como um reconhecimento claro e insofismável de que o pacto federativo nacional está fundado em uma idéia de que, nada obstante as competências materiais estarem primordialmente a cargo do Município --pelo menos as que dizem respeito à políticas básicas de saúde, educação e assistência social--estas apenas se realizarão a medida em que a União e o Estado cumprirem a sua parte, mantendo um fluxo contínuo de transferências de recursos.

Como conteúdo político dessa decisão temos então que, ao tempo em que se fortalece o poder das sociedades comunais, não se abre mão de fortalecer o poder central, claro resquício da forma centrífuga com que foi construída a nossa federação, que teve como um dos seus resultados a velha fórmula coronelista pautada pela troca de favores políticos, mantida acesa pelo sistema atual de repartição de rendas.

Para equilibrar essa distorção, a reforma tributária de 1967 criou o Fundo de Participação dos Municípios, a partir da necessidade já então detectada de contribuir para a sobrevivência financeira do Município e na esteira de um programa federal de transferência de rendas instituído com a Cons-

⁸ Folha de São Paulo, ob. cit.p.08.

tuição de 1946.⁹ A Lei n. 4320/64, de seu turno, que dispõe sobre finanças públicas regulamentou as transferências voluntárias e um sem números de diplomas legais regulamentam as várias modalidades de transferências de recursos da Fazenda estadual e da Fazenda Nacional para os Municípios.

Já afirmou Canotilho, com toda propriedade, que a Constituição é o **estatuto jurídico do político**.¹⁰ Esta tem que ser interpretada, sobretudo aplicada, dentro de uma perspectiva de funcionalidade, de eficácia e de otimização dos seus preceitos.

Decorre daí o nosso entendimento segundo o qual o princípio federativo, com destaque para o subprincípio da municipalização, deve servir de instrumento à concretização do direito ao desenvolvimento do qual é titular todo município brasileiro, não permitindo seja prejudicada essa possibilidade, por qualquer outra razão que não a inexistência de recursos a serem repassados.

DO PRINCÍPIO FEDERATIVO E DA MUNICIPALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Lei Fundamental é uma unidade¹¹. Qualquer conflito porventura existente é aparente, encontrando a sua solução no próprio sistema. A interpretação constitucional é orientada para a unidade constitucional que permitirá que princípios colidentes sejam harmonizados, em face das situações concretas, com o superdimensionamento de um e o subdimensionamento do outro, privilegiando casuisticamente um em detrimento do outro, de forma a que os bens protegidos constitucionalmente encontrem a sua mais apurada realização.

A Constituição é um sistema normativo aberto de princípios e regras, os quais representam as opções político-ideológicas, sociais, econômicas, éticas, culturais etc da sociedade brasileira¹². Ambas as espécies de normas têm idêntica hierarquia, pois que são constitucionais, conquanto tenham dimensão diversa. Os princípios são, por sua natu-

⁹ **Tópicos especiais de finanças públicas**, p. 17, sem autor, disponível no sítio WWW.tesouro.fazenda.gov.br.

¹⁰ Canotilho, J.J. Gomes. **Curso de direito constitucional**. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 1133.

¹¹ Bonavides, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 229.

¹² Idem, *ibidem*, p. 259. Canotilho, *Ob.cit.*, p. 1085/1088.

reza, basilares do sistema, alicerces do ordenamento e vocacionados à interpretação e integração de todo o setor que estruturam, assim como vetores e razão de decidir da atividade jurisdicional¹³. Assumem também o caráter de normas de conduta que servirão como razão de decidir a lide.

As regras jurídicas, a seu turno, diferenciam-se dos princípios em razão da sua definitividade e da sua vocação casuística. O conflito entre essas se resolve pelos critérios da especialidade, cronologia e hierarquia, ou seja, no campo da sua validade,¹⁴ enquanto que a colisão de princípios se resolve pela técnica da ponderação de bens, a qual consiste em uma análise dos valores/bens contrapostos na situação concreta em que emergiu o conflito.

A situação ora estudada tem, de um lado o Município, ente autônomo da federação, pessoa jurídica de direito público e de outro, órgãos da Administração Pública notadamente federal, responsáveis por repasses, transferências e realização de convênios com os Municípios, visando a transferência de receitas necessárias ao cumprimento da agenda do governo central e do governo local.

Como beneficiário constitucional desse fluxo de dinheiro, a população de baixa renda, usuária dos sistemas de garantia de direitos. A comunidade local, sofre duramente os revezes de más administrações sucessivas, que não apenas a espoliam, assim como a excluem do processo de desenvolvimento que, lenta porém progressivamente, poderia estar usufruindo, em razão da opção político-jurídica da União, de descentralização e municipalização de serviços públicos disponibilizados à população do país, sobretudo a que se encontra em estado de vulnerabilidade social.

Vários dispositivos constitucionais condensam um dos princípios que orienta o pacto federativo brasileiro, qual seja, o de que as políticas públicas governamentais radicam a sua força operacional na sua descentralização/municipalização, como forma de concretizar os objetivos fundamentais da República, dentre os quais sobressaem-se a cidadania e a dignidade humana.

Na leitura dialética que o texto constitucional impõe, em que há princípios e subprincípios concretizadores daqueles, há um direito subjetivo fundamental ao desenvolvimento, conforme vimos e este só pode

¹³ Sarmento, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In. Teoria dos direitos fundamentais. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 35-94

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 251.

¹⁵ Sarmento, Daniel. *Ob.Cit.*, p. 38-49.

ser concebido numa relação jurídica, em que sua contraparte é o dever jurídico de prover este desenvolvimento. Este, a cargo do Estado.

Este princípio será concretizado apenas na medida em que as transferências decorrentes ocorram em razão da dependência financeira municipal, conforme já explanado.

No entanto, essa obrigação estatal tem condicionantes, consoante prescreve o art. 160 da CF/88:

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nele compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos:

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

Ao pagamento de seus Créditos, inclusive de suas autarquias;

O dispositivo retro transcrito tem natureza casuística, ou seja, está na categoria das normas-regra. No entanto, não há como negar que toda regra direta ou indiretamente, de forma próxima ou remota remete a um princípio. Vislumbra-se ser a regra ali insculpida inspirada pelo princípio federativo, tanto quanto a municipalização/descentralização das ações e políticas públicas também o é.

Ora, o princípio federativo inspira não apenas esta regra como também o subprincípio da municipalização/descentralização de políticas públicas. No sistema dialético de interpretação constitucional, vê-se que a regra do art. 160 tem ainda dimensão mais reduzida que o subprincípio da municipalização, reafirmado em seu **caput**, inclusive. Este último, reitera-se, só deixará de prevalecer se os Municípios deixarem de pagar tais créditos (dos estados e da União), conforme a exceção do seu inciso.

Na contraface do conflito, temos o direito ao desenvolvimento, de natureza fundamental, inscrito na terceira geração de direitos – os de solidariedade. Toda a base antropológica da nossa Carta Maior está radicada no sistema de direitos fundamentais nela firmado, reiterados pela inscrição da cidadania e da dignidade humana e nos objetivos fundamentais da República.

É com base neste dispositivo e na legislação infraconstitucional que rege a espécie – o Código Tributário Nacional e a Lei n 8.212/9, que trata do regime previdenciário -- que os Municípios brasileiros, apesar de terem sua fundamentalidade reconhecida pela CF/88 não obtêm a

tão desejada Certidão Negativa de Débitos ou Positiva com Efeitos de Negativa, documento hábil a abrir-lhe os cofres do estado e da União, quando estão em débito com esta.

Diante da vocação humanista-concretizadora da nossa Carta Política, não há como afastar o direito ao desenvolvimento do munícipe, para fazer prevalecer a regra do art. 160, ainda que inspirada pelo propósito de descentralização das políticas públicas. Desse modo, não pode esta regra obnubilar o direito de toda aquela sociedade a ser atendida por meio de serviços de saúde, educação, assistência social, saneamento básico, habitação etc.

Negar o acesso a esse direito, não apenas afasta o indivíduo das suas possibilidades de exercer a sua cidadania, como ainda viola o próprio princípio da municipalização, porquanto as políticas de atendimento à população são quase que integralmente custeadas por transferência dos Estados e da União.

De ver-se que o princípio da municipalização/descentralização, a qual autoriza a posição do município como epicentro das ações governamentais e políticas públicas tem ligação visceral com o direito ao desenvolvimento, com o direito à cidadania e à dignidade humana.

De mais a mais, considerando o panorama apresentado, a negativa em conceder a Certidão negativa ou a Certidão Positiva com efeitos de Negativa de Débito aos Municípios, diante da inadimplência do Município, viola tais direitos, na medida em que pune o cidadão e só raramente pune o mau gestor.

A OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE GARANTIR O DESENVOLVIMENTO MUNICIPAL

Em sendo assim, os princípios da República, assim como seus objetivos, não podem ser afastados diante dos obstáculos que se apresentam pela norma constitucional ou pela legislação infraconstitucional. A vedação constitucional do art. 160, da CF/88, encontra sua expressão legal nas prescrições exaradas pelo Código Tributário Nacional e a Lei de Responsabilidade Fiscal, que proíbem a emissão de Certidão Negativa de Débitos fiscais, em razão da inadimplência do Município, normas que, com muito maior razão, dado à sua hierarquia inferior, devem submeter-se à mesma lógica já explanada.

Não se pugna pela inadimplência dos municípios, nem por uma moratória municipal, mas pela criação de um caminho alternativo, caminho esse que, simultaneamente, autorize o recebimento pela União de seus créditos, mas também que não alije o Município de cumprir o seu papel constitucionalmente definido, qual seja, o de fomentar possibilidades de desenvolvimento, não apenas econômico e social, sobretudo humano.

Como primeiro argumento, temos que a opção feita pelo cumprimento da letra fria da lei, sem consideração pelos princípios que a inspiram é inconstitucional, em razão do sistema de hierarquia das normas, porquanto as normas que sustentam a proibição de sua emissão são infraconstitucionais, quando **todo o** sistema constitucional labora no sentido de conferir ao Município competências materiais, as quais apenas se realizarão na medida em que os recursos federais e estaduais lhe forem repassados, o que apenas acontece quando providos de CND. Como segundo, mas não menos importante, tem-se que é inconstitucional porque pune o cidadão seja de que Município for, ao não permitir o exercício de seu direito constitucional ao desenvolvimento, máxime à dignidade humana.

Ademais, tais legislações, ao determinarem a não emissão de certidão negativa de débito ao contribuinte inadimplente, o faz tendo como **ratio** forçá-lo a tornar-se adimplente e, dessa forma concretizar a justiça fiscal. No entanto, quando o comando é aplicado aos entes municipais, dois corolários dessa regra exsurgem: o primeiro, relativo à transcendência da medida punitiva, uma vez que, ao impedir o Município de ter a sua certidão em razão da sua inadimplência, não apenas pune a pessoa jurídica de direito público interno, mas sobretudo o cidadão, daí ser inaplicável a sustentação da proibição em relação às pessoas jurídicas de direito público; o segundo, tem relação com a própria natureza da regra, uma vez que a dívida é impagável e o impedimento de emissão de CND ao invés de atuar como medida sancionadora cuja **ratio** é impulsionar o devedor inadimplente para a situação de adimplência, apenas a agrava mais ainda e tem como único resultado impedir o aporte de recursos constitucionalmente comprometidos à realização de serviços essenciais, fazendo com que o Município deixe de realizar ações e prestar serviços caros à população, de maneira que consiga pagar os referidos acordos já firmados com a Fazenda Nacional.

Na esfera municipal, no entanto, o efeito dessa negativa é devastador e, absolutamente inefetivo. Pois a negativa não impulsionará o Municí-

pio a tornar-se adimplente, apenas o afastará mais ainda dessa condição. Além de, como já explanado, punir o cidadão que mora no Município.

A solução para a questão da inadimplência não está nesta via, mas na punição aos gestores responsáveis pela má-gestão. E punição efetiva, rápida, contundente.

Norma jurídica eficaz é aquela que realiza os fins sociais, políticos, econômicos, culturais, éticos etc para os quais fora criada. Os comandos que impedem a concessão da CND, quando aplicados aos entes de direito público, notadamente quando em situação similar à do Requerente, se configuram como ineficazes. Não se pode comparar um Município com uma pessoa física ou com uma pessoa jurídica de direito privado, que podem criar alternativas quando se deparam na mesma situação.

DA TEORIA CONTRATUALISTA DA FORMAÇÃO DO ESTADO, NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO QUE FUNDAMENTA O PODER DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

“O Estado é coisa do povo e o povo não é qualquer aglomerado de homens reunido de forma qualquer, mas uma reunião de pessoas associadas pelo acordo em observar a justiça e por comunidade de interesses.” Cícero.

O Estado é conceitualmente explicado a partir de três perspectivas cronologicamente ajustadas: a primeira, chamada de organicista, empresta ao Estado a figura de um organismo vivo para lhe dar consistência. Segundo tal concepção, o Estado é um homem de grandes proporções, com membros inseparáveis de sua totalidade e que gera suas características mais marcantes: a dignidade, a unidade. Esta última determinando que o Estado precede às suas partes -- os indivíduos ou grupos de indivíduos. Essa concepção foi construída a partir da experiência grega.¹⁶

A última concepção do Estado é a formalista, Kelseniana, segundo a qual o Estado é a sociedade politicamente organizada

¹⁶ Abbagnano, Nicola. *Verbetes Estado*.

porque se constitui em ordem jurídica coercitiva. Na esteira do pensamento kelseniano, o estado é fundamentalmente forma de Estado, estando a sua substância –se houver de fato, uma—subordinada à sua forma.¹⁷

A concepção segunda, fundada no contratualismo, entende o Estado a partir de uma noção desenvolvida com os filósofos iluministas do século VXII e XVIII, para quem o Estado é obra humana, não tendo dignidade e caracteres para além daqueles que não tenham sido conferidos por quem o produzira. Há, por conseguinte, um contrato, ao qual nos submetemos todos e para cuja existência delegamos aos nossos representantes parcela de nossa vontade, a fim de que estes nos representem na formação da vontade política do Estado.

Ainda segundo essa concepção, o povo é legítimo detentor do poder político – soberania – exercitado pela representação escolhida ou, em determinadas circunstâncias, diretamente. Essa é a expressão predominante no parágrafo único do art. 1º, da nossa Constituição de 1988.

É também noção essencial à compreensão da estrutura político-jurídica do Estado brasileiro.

Estamos constituídos por meio de um instrumento jurídico de natureza contratual, por meio do qual se estabelecem deveres e obrigações recíprocas. Simultaneamente, estabelecem-se relações jurídicas aos moldes de uma representação entre o povo, detentor supremo da soberania e os seus representantes, sejam eles ocupantes do Poder Legislativo, sejam eles ocupantes do Poder Executivo, indistintamente.

Essa delegação de vontade, ao se pautar pelo instituto da representação o faz considerando que ela é limitada intrínseca e extrínseca: limitação interna em razão da própria natureza da relação que estabelece que poder de representação exercido pelo representante está limitado pela liberdade que tem o cidadão de atuar diretamente, seja pelo exercício dos seus direitos fundamentais, seja pelo exercício da sua liberdade de organizar-se politicamente e , extrinsecamente pela lei.

Tanto as limitações intrínsecas ou extrínsecas têm, ambas , mecanismos jurisdicionais de se fazerem valer, comportando desde o mandado de segurança até a ação de improbidade dos agentes públicos.

Enfim, a representação presente no exercício da formação da vontade política do Estado se dá sob critérios, um deles a da responsabilidade

¹⁷ Kelsen,Hans. Teoria do Estado e do Direito. São Paulo:Martins Fontes, 1999.p. 151.

pessoal daquele que a exerce, exorbitando das suas prerrogativas e, especialmente, a responsabilização quando o exercício dessa representação prejudica o representado.

O instituto da representação tem existência tanto no direito público quanto no privado. Estranhamente, com solução muito mais equânime e adequada no direito privado que no direito público. Vejamos.

A representação que se dá além do que prevê o contrato de mandato gera uma repercussão dirigida especificamente ao representante, na forma dos arts. 119 e 662 do Código Civil.

No direito público, em que pese o regime jurídico-administrativo ser principiológico e os interesses de que tratam serem predominantemente de ordem pública, a solução alcançada é diametralmente oposta, sendo o mandante/eleitor/cidadão responsabilizado pelos atos do mandatário/gestor, tal como se afigura com a negativa em emitir a certidão negativa de débitos fiscais ao Município, cujos gestores não cumpriram fielmente com as suas obrigações fiscais.

Ora, em situações semelhantes, a pessoa jurídica de direito privado, quando muito, é impedida de atuar sob aquela sua identificação comercial, podendo constituir-se em uma outra qualquer e continuar as suas operações. Já o município, não pode lançar mão desse expediente. Demais disso, os representantes da empresa privada podem ser atingidos, porquanto em situações de malversação financeira, podem ter seus bens pessoais indisponibilizados, após processo em que são asseguradas todas as garantias processuais e apenas com o reconhecimento do cabimento do instrumento da desconsideração da pessoa jurídica.

Em relação às pessoas de direito público, seus gestores quase nunca são punidos eficazmente, podendo se candidatar ao mesmo cargo e terem seus mandatos preservados, ainda que gerenciem mal o dinheiro público. E essa possibilidade existe, dentre outras razões, porque o processo de prestação de contas e sua subsequente aprovação é lento, moroso e excessivamente burocratizado. Qualquer repercussão jurídica daí advinda é mais demorada ainda, favorecendo a impunidade.

Vê-se já, numa análise perfunctória, que o tratamento dado à pessoa jurídica de direito público fere a garantia da intranscendência da pena, quando carrega para o cidadão/mandatário e não para o mau gestor, repercussões jurídicas de natureza gravosa—tal qual se configura o não recebimento de transferências voluntárias do Estado e da União, com

as suas conseqüências nefastas -- quando há violação da sua delegação de vontade, ou seja, do mandato conferido ao gestor.

Resta claro, por conseguinte, que considerando qualquer aspecto, a não emissão de CND aos municípios inadimplentes, é inconstitucional. Afinal, como resultado dessa medida, a comunidade local é sempre a que sofre os efeitos da medida.

A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL, A LEI N. 11.960/09 E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Em um reconhecimento claro da lógica engendrada pela CF/88, o art. 25, § 3º da LRF¹⁸ excetua das limitações ao repasse de recursos, aqueles destinados à saúde, educação e assistência social.

Nada obstante a previsão legal neste sentido, a prática comum é a sua inobservância pelos órgãos repassadores tanto estaduais quanto federais e até mesmo pelos municípios beneficiários. A não existência de CND tem sido o maior obstáculo a tais transferências.

A situação grave dos municípios brasileiros têm sido alvo de movimentos diversos no sentido da flexibilização dessa limitação e até no sentido de aplicação do art. 25 da LRF.

¹⁸ Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

...

IV - comprovação, por parte do beneficiário, de:

a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;

b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;

...

§ 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetua-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.

Numa tentativa de sanar o problema, foi editada a Lei n. 11. 960/09, instituindo um novo parcelamento de 240 meses para os Municípios. Acusada de eleitoreira, tem o mérito de tentar resolver o **imbróglgio** pela via da composição. No entanto, segundo seus dispositivos, o Município inadimplente pode ter a CND garantida se reconhecer o débito fizer os parcelamentos ali recomendados.

Na prática, tais parcelamentos têm sido apenas aceitos como forma de obtenção imediata de CND, porquanto a sua possibilidade de arcar com os pagamentos é também reduzido. Diga-se, ainda, em favor dos Municípios, que estes muitas vezes reconhecem como débitos o que não é, de fato, devido, ou que já foi considerado pela justiça brasileira, como indevido, ou aqueles sobre os quais se operaram a decadência ou prescrição. Neste particular, a novel legislação trouxe um dispositivo específico excluindo do parcelamento os débitos prescritos ou inexistentes pela decadência, **ainda que já confessados pelo Município, em parcelamentos anteriores.**

Outro aspecto importante da **novatio legis** é a garantia de que a CND será emitida no prazo de dois dias úteis a partir da realização do parcelamento ali previsto. Regra útil que vem bem a calhar diante da situação catastrófica por que passa o Município brasileiro.

CONCLUSÃO

Considerando a argumentação desfiada ao longo do texto, algumas conclusões podem ser tiradas:

O direito ao desenvolvimento é um direito fundamental que engloba tanto a dimensão individual quanto difusa da sociedade;

Considerando essas duas vertentes, o direito ao desenvolvimento faz parte do elenco de direitos fundamentais e está sob a proteção desse regime constitucional;

O modelo brasileiro de federação consagra um pacto federativo em que aos Municípios cabe assegurar o exercício desse direito, ao tempo em que compete à União e ao Estado-membro financiá-los;

Simultaneamente, cabe ao Município a competência para realizar políticas públicas voltadas à concretização do direito fundamental ao desenvolvimento.

O princípio constitucional da federação, que inspira a regra do art. 160 da CF/88, colide com o princípio que consagra o direito ao desenvol-

vimento e, desta colisão de princípios deve preponderar, no caso concreto, o direito ao desenvolvimento, em razão da base antropológica em que deve se fundar a aplicação da Constituição Federal.

Pela mesma razão, também deve prevalecer o direito fundamental ao desenvolvimento, em detrimento das normas que condicionam o recebimento de transferências voluntárias à emissão de CND ou CND-EP, os quais são inconstitucionais, quando aplicados com o fim de impedir a realização de tais transferências.

O gestor da coisa pública é o único a ser responsabilizado pelo desmando com o dinheiro público. Ao impedir transferências voluntárias, a lei transfere a responsabilidade para o cidadão e deixa impune o verdadeiro responsável, que é o gestor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARBOSA, Ana Paula Costa. **A Legitimação dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS. Ana Paula de . **A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da dignidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós modernidade, teoria crítica e pós positivismo)**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, v. 6, set. 2001.

GOMES CANOTILHO, J.J. , **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2005.

LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. São Paulo: Editora Alfa- Omega, 5ª Edição, 1975, 276 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ROTHEMBURG. Walther Claudius. **Princípios constitucionais**.: Sergio Antonio Fabris, 1998.

SARLET. Ingo wolfgang . Dignidade da Pessoa Humana e Direitos

Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens.** In: Torres, Ricardo Lobo (org). Tema dos direitos fundamentais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEDIAÇÃO INTERDISCIPLINAR: Um caminho viável à autocomposição dos conflitos familiares

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva*

Resumo:

A mediação constitui um meio autônomo de resolução de conflitos no qual o mediador é um mero facilitador da comunicação, possibilitando que as próprias partes autodeterminem o desfecho da controvérsia, de modo a possibilitar uma maior satisfação e responsabilidade no cumprimento do resultado final, assim como uma efetiva pacificação social visto que transforma o relacionamento.

Palavras-chave: mediação; resolução; conflitos; pacificação.

Abstract:

The mediation constitutes an autonomous way of resolution of conflicts in which the mediator is a facilitator of the communication, making possible that the own parts arrive the conclusion of the conflict, in way to make possible a larger satisfaction and responsibility in the execution of the final result, as well as an effective social pacification seen that transforms the relationship.

Keywords: mediation; resolution; conflicts; pacification.

* O presente artigo é objeto de estudos realizados no projeto de pesquisa Mediação interdisciplinar: um caminho viável à autocomposição dos conflitos familiares, financiando pelo CNPq (edital universal 2009).

** Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Pós-graduada em Direito do Trabalho; Pós-graduada em Direito Processual Civil; Mestre em Direito do Trabalho, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Pós-graduada em *Derecho del Trabajo: descentralización productiva y dependencia laboral pela Universidad Buenos Aires - U.B.A.* Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe – UFS. Vice-coordenadora da pós-graduação *stricto sensu* (mestrado) em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Membro da Câmara de Assessoramento da Fundação de Apoio à Pesquisa e Inovação Tecnológica do Estado de Sergipe – FAPITEC. Membro da *Asociación Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*. Membro e diretora setorial (nordeste) do *Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

INTRODUÇÃO

O arcabouço do Poder Judiciário somado a práticas judiciais aplicadas de forma convencional não têm demonstrado suficientes para a efetiva e célere solução dos conflitos intra-familiares, tangenciando apenas parte dos problemas e não oferecendo condições para reconstrução da convivência familiar.

Em razão de os litigantes não relatarem os fatos na sua inteireza, omitindo os dados que entendem inadequados à defesa dos seus interesses, e de o processo judicial se contentar com a verdade formal, a despeito de buscar a verdade real, a decisão judicial, muitas vezes, está em descompasso com as reais necessidades das partes, implicando na ineficácia do resultado para resolução da contenda.

Nota-se a existência de um constante estímulo à conciliação como mecanismo de desafogar o Judiciário e aumentar a estatística do juízo sem, contudo, pensar no ponto de vista das partes, vale dizer, sem tomar em consideração a efetiva resolução do conflito¹. Essa realidade vem desaguando em uma crise de confiança por parte dos cidadãos neste poder estatal.

Nesse caminho, Lilia Maia de Moraes Sales² assevera:

“O que se percebe durante o processo judicial é somente o diálogo entre os advogados, juízes e promotores de justiça, buscando uma solução para os problemas que se encontram nos autos processuais. As partes, reais interessadas na questão, pouco são ouvidas, causando insatisfações reprimidas que resultam em novas lides, mesmo após a decisão judicial daquele processo. A decisão judicial fundamenta-se exclusivamente no processo, seguindo a falsa máxima “o que não está nos autos não está no mundo”. Dessa forma, em muitos casos, os reais problemas, os aspectos relevantes da questão não são estudados. A decisão judicial, portanto, resta insatisfatória, dificultando o seu cumprimento e ainda produzindo mais impasses.”

Diante disso, adveio, segundo lecionam Mauro Cappelletti e Bryant Garth³, o *movimento de acesso à justiça*, tratando de analisar e procurar

¹ Em outras palavras, pensa-se na conciliação como mecanismo célere de extinção do feito e não como instrumento de pacificação social dos conflitos.

² *Justiça e Mediação de Conflitos*, p. 65.

³ *Acesso à Justiça*, passim.

os caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que fazem inacessíveis para tanta gente o alcance da justiça substancial.

Como salientam os supracitados autores⁴, há três obstáculos ou ondas de *acesso à justiça*: o primeiro é o obstáculo econômico, isto é, a pobreza de muitas pessoas que pouco acesso têm à informação e a representação adequada; o segundo obstáculo é o organizacional, que se expressam nos chamados direitos e interesses (de grupo) difusos ou coletivos, nos quais o litigante individual seria o titular de insignificante fragmento do dano em questão; e o terceiro obstáculo é processual, no sentido de que o processo litigioso no Judiciário pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos, de maneira que mister se faz reais alternativas aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais.

Destarte, o presente artigo está profundamente envolvido nessa terceira onda, que “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”⁵, na qual se pode inserir a *mediação familiar interdisciplinar* como efetivo instrumento de pacificação do conflito e acesso à justiça.

1. O SENTIDO E ALCANCE DA MEDIAÇÃO

Mediação procede do latim “mediare”, que significa ato ou efeito de mediar, dividir ao meio, intercessão, intervenção ou interposição.⁶

Adolfo Braga Neto⁷ apresenta o seguinte conceito de *mediação*:

“Mediação é uma técnica não-adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas.”

⁴ *Ibidem*, mesma página.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 67-68.

⁶ Grande Dicionário *Larousse cultural da língua portuguesa*. São Paulo: Nova cultural, 1999, p. 603.

⁷ *Os advogados, os conflitos e a mediação*, p. 93. *Apud* SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 24.

Para Águida Arruda Barbosa⁸, a mediação constitui “um método fundamentado, teórico, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos”.

Nas palavras de Jean-François Six⁹, “a mediação consiste em estabelecer ligações onde elas ainda não foram feitas, suscitar o agir comunicacional onde não existe”.

Vale ressaltar, ainda, as lições de Juan Carlos Vezzulla¹⁰:

A mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial que, sem imposições de sentenças ou laudos e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganham.

Nessa senda, podemos dizer que mediação constitui um *meio autônomo de resolução de conflitos*¹¹, em que as partes se aproximam e refletem sobre as contendas, mediante a intervenção de um terceiro (mediador) que proporciona a comunicação dos dissidentes para que cheguem a uma decisão conjunta e a reconstrução do relacionamento, contemplando o futuro.

Embora a mediação se assemelhe a conciliação, com esta não se confunde. Como sustenta Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹²: “Distingue-se dela so-

⁸ *Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. (Orientador Roberto João Elias), 2003 p. 54.

⁹ *Dinâmica da mediação*. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 237.

¹⁰ *Mediação*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995, p. 15.

¹¹ É corrente na doutrina a assertiva de que a *mediação* constitui uma *Alternative Dispute Resolution – ADR*. Como bem leciona Mauro Cappelletti (*Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro de movimento universal de acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, ano 19, n. 74, abr.-jun., p. 82), à designação *Alternative Dispute Resolution (ADR)* costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes *extrajudiciais* ou *não judiciais*, destinados a solucionar conflitos, embora este não seja o único, cabendo ao operador do direito “ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes – *judiciais* ou *não* – que têm emergido como alternativas aos tipos *ordinários* ou *tradicionais* de procedimentos”, através da implementação de uma perspectiva mais ampla na análise do quadro do movimento universal de acesso à justiça. Assim sendo, impende considerar a *mediação* não apenas como “meio alternativo”, mas, também, como “meio essencial” de resolução de conflitos.

¹² *Teoria Geral do Processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.34.

mente porque a conciliação busca, sobretudo, o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência.”

A adesão à técnica mediadora deve se dar por genuíno consentimento das partes; de igual modo, legítima deve ser a concordância das partes em aderir ao resultado obtido com a mediação.

Relevante, para uma mediação frutífera, é o papel desempenhado pelo mediador: terceiro que aproxima as partes dissidentes – diminuindo as suas resistências – e as conduzem efetivamente a um diálogo com a reflexão sobre as questões controversas, informando-as sobre as possibilidades disponíveis para o tratamento da controvérsia e direcionando-as para autoconstrução de uma solução justa.

Frisa-se que na mediação a resolução do conflito é de competência das próprias partes, sendo o mediador um mero facilitador da comunicação. Apropriadas, nessa perspectiva, são as palavras de Lilia Maia de Moraes Sales¹³:

“As partes é que decidirão todos os aspectos do problema sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução dos conflitos, mas não decide.”.

Destarte, a decisão ajustada, oriunda do procedimento de mediação, por ser derivada da vontade livre e consciente - ¹⁴ das partes envolvidas, implica na efetividade da resolução dos conflitos, inclusive de uma forma global, proporcionando a reconstrução do relacionamento.

É de se ressaltar, ainda, que a atividade de mediação pode ser desenvolvida no âmbito *extrajudicial* ou *judicial*, sendo esta parte do sistema de administração e distribuição de justiça estatal. Fala-se, hodiernamente, em *mediação paraprocessual* (para = ao lado de), pretendendo introduzir no âmbito do Poder Judiciário a realização de um método complementar de composição de conflitos.¹⁵

¹³ *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 47.

¹⁴ Vale salientar, o mediador deve explicar, de início, a responsabilidade absoluta das partes pelo ajuste, de sorte que ele não pode sugerir soluções ou oferecer assessoramento legal.

¹⁵ Convém ressaltar, com Juan Carlos Vezzulla, que a mediação judicial não implica a estatização da decisão ajustada, remanescendo com sua característica privada

2. VANTAGENS DA MEDIAÇÃO

Diversas são as vantagens que se auferem com a decisão ajustada por meio da mediação, entre as quais podemos citar: resolução real do conflito, pacificação social, prevenção de futuras contendas, inclusão social e redução da violência.

Na mediação as partes não discutem apenas fatos relativos à lide, trazendo à baila outros problemas periféricos que, em princípio, não estão diretamente relacionados ao conflito que as partes inicialmente buscam resolver. É nessa medida que a mediação proporciona uma *resolução real do conflito*, pois abrange a solução de questões centrais e satélites que afligem o relacionamento das partes dissidentes.

Com isso há uma prevenção de futuros conflitos na medida em que soluciona efetivamente a dissidência, restabelecendo a comunicação e transformando o relacionamento entre as partes, o que enseja a *pacificação social*.

É nesse sentido que Lilia Maia de Moraes Sales¹⁶ expõe ser a *mediação preventiva*, vale dizer, a mediação é transformadora, posto que “ultrapassa o objetivo do acordo entre as partes para modificar a relação entre elas, passando da relação de uma disputa para uma relação de colaboração, estabelecendo comunicação harmônica, mitigando os conflitos futuros”.

Assim, em um processo judicial, o fato de “dar ganho de causa” a uma parte não significa necessariamente que o conflito esteja efetivamente resolvido, já que muitas vezes se põe fim apenas a lide judicial, mas não resolve o conflito e as outras questões a este corolárias.

Não se pode perder de vista que não existem ganhadores e perdedores na resolução ajustada pela mediação, em razão de entre as partes não haver competição (os interesses convergem e não divergem); costuma-se dizer que há uma *relação ganha-ganha* com o resultado frutífero da mediação. Não há, portanto, a lógica determinista binária peculiar a soluções judiciais de conflitos em que se parte da existência de ganhadores e perdedores na decisão imposta pelo Estado.

Ademais, a mediação proporciona a *inclusão social*, uma vez que

mesmo quando realizada no âmbito judicial, pois o que ocorre nas sessões não se tornará público nem constará nos registros judiciais, pertencendo exclusivamente às partes. (*Mediação: teoria e prática. Guia para utilizadores e profissionais*. Lisboa: Agora Publicações, 2001, p. 88.)

¹⁶ *Justiça e Mediação de Conflitos*, p. 31-32.

oferece aos cidadãos uma participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade e de controle sobre os próprios problemas vivenciados.

Também, a mediação promove uma *redução da violência na sociedade*, na medida em que promove a efetiva resolução do conflito. Nas palavras de Luis Alberto Warat¹⁷:

“Quando as sociedades esperam que outros, que o estado, resolva seus problemas, está dando um cheque em branco para a violência. O outro, quando resolve nossos problemas é sempre violento. Resolver pelo outro é já em si mesmo um ato violento.”

Nesse panorama de vantagens por proporcionar uma resolução diferenciada de conflitos, a mediação tem como uma de suas metas dar aos participantes a possibilidade de reorganizar o relacionamento. Com isso, possibilita o alcance de “uma sorte de evolução moral ou ‘transformação’ por meio do aprimoramento da autonomia (ou ‘empoderamento’, enquanto capacidade de decidir sobre os problemas da própria vida) e de ‘identificação’ (como capacidade de reconhecer e simpatizar com a condição alheia)”¹⁸.

3. A MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

Com vistas às vantagens da mediação e à imprescindibilidade de se conceber uma resolução célere, eficiente, satisfatória e ponderada das controvérsias na sociedade contemporânea, caracterizada por uma inegável multiplicação de conflitos, impende consolidar uma mudança de mentalidade por parte dos operadores do direito e dos jurisdicionados para a adoção da *mediação*, imprimindo, assim, eficácia ao direito fundamental de *acesso à justiça*.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁹ salientam que a expressão

¹⁷ *Surfando na pororoca: ofício do mediador*. MEZZAROBÀ, Orides; DAL RI JÚNIOR, Arno; ROVER, Aires José; e MONTEIRO, Cláudia Servilha. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 217.

¹⁸ RISKIN, Leonard L. *Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um mapa para os desorientados*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 26.

¹⁹ *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio

acesso à justiça é de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: ser igualmente acessível a todos e produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Cabe rememorar que *acesso à justiça* não tem o sentido de possibilidade de ingresso em juízo. É preciso não confundir *acesso à justiça* com *acesso ao Judiciário*.²⁰ O *acesso à justiça* está umbilicalmente ligado ao resultado da solução do conflito, no sentido de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*, vale dizer, efetivando a promoção da justiça.

É nesse sentido as lições de Antonio Álvares da Silva²¹:

“...o novo sistema integrado de resolução de litígios deve ter, como consequência, a promoção, pelo Estado, duma política pública de justiça, que inclui os tribunais judiciais e que reconhece, também, aos meios não judiciais legitimidade para dirimir litígios.”

Nesse caminho, com vistas a implementação do acesso à justiça e a paulatina “substituição da cultura de sentença pela cultura da pacificação”²², em 29 de novembro de 2010, adveio a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça que, no parágrafo único do art. 1º, incumbe aos órgãos judiciais oferecer a mediação como meio consensual de resolução de controvérsias.

Promove-se, dessa feita, a existência de um “sistema pluriprocessual de enfrentamento de controvérsias, configurado pela presença no ordenamento de diversos mecanismos diferenciados para o tratamento dos conflitos”²³.

Destarte, a mediação não visa extirpar com as atividades jurisdicionais, até porque nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser subtraída do Poder Judiciário (CF, art. 5º, inc. XXXV), mas se destina a auxiliá-lo na tarefa de resolução de conflitos. Há, por conseguinte, uma relação

Fabris Editor, 1988, p. 8.

²⁰ Não se pode dizer que todo *acesso à justiça* passe necessariamente pelo *acesso à jurisdição*, uma vez que existem formas extrajudiciais de resolução de conflitos.

²¹ *A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 259.

²² WATANABE, Kazuo. *A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil*. In: *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; e LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 10.

²³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 87.

de complementaridade no tocante à prestação jurisdicional, mas não de substituição em relação a ela.

Entretentes, não se pode perder de vista, como bem sustenta Giuseppe Chiovenda²⁴, que a jurisdição deve ser reputada como uma atividade secundária, significando o poder estatal atribuído a uma determinada autoridade para aplicar a norma ao fato concreto, visando à composição de lides em razão da inexistência dessa resolução de controvérsia ter sido alcançada espontaneamente pelas partes.

A par disso, cumpre ter em consideração que em algumas controvérsias, pelas suas peculiaridades, a utilização dos métodos autocompositivos tem pertinência para que haja uma reconstrução satisfatória da vida.

Em razão de nas relações familiares o afeto e a proteção revelarem-se como pontos nucleares, gerando especificidades no trato das controvérsias a estas pertinentes, é essencial disponibilizar elementos para que os membros da família possam reforçar tal instituição de maneira que as próprias partes supram suas necessidades, sem precisar delegar a solução de suas crises a terceiros.

Assim, havendo uma disputa na qual envolve sentimentos e co-responsabilidades parentais, bem como continuidade de relacionamento no futuro, como via de regra acontece em querelas de famílias, é de grande relevo se valer da técnica de *mediação familiar interdisciplinar*.

Isso porque na sentença judicial a resolução do conflito representa uma decisão imposta, de fora para dentro, enquanto que na mediação, a solução do conflito surge de dentro para fora, sendo aceita pelos envolvidos, uma vez que foram eles que buscaram.

Nesse sentido, Juliana Demarchi²⁵ salienta que havendo preponderância de aspectos interpessoais, o meio ideal de resolução da controvérsia é a mediação, já que esta privilegia a pacificação social, e não necessariamente a conclusão de um acordo formal. Enquanto o conciliador busca a celebração do acordo, o mediador atua como facilitador do diálogo, conduzindo as partes a um estado de cooperação.

A propósito, também, oportuno destacar também os escólios de Fernanda Tartuce²⁶:

²⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. II. 2 ed. São Paulo: Ed. Bookseller, 2000, p. 17-18.

²⁵ *Técnicas de conciliação e mediação. In: Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação.* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; e LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 59.

²⁶ *Mediação nos Conflitos Civis*, p. 208.

“A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. A proposta da técnica é proporcionar um outro ângulo de análise aos envolvidos: em vez de continuarem as partes enfocando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos. Como exemplo, imaginemos uma discussão familiar sobre o valor da pensão alimentícia: o conflito geralmente é marcado pelas posições de resistência (do alimentante) e insistência (da responsável legal do alimentando) quanto a certo valor. Caso ambos, consensualmente, se comuniquem para formar o valor devido, listando as despesas da criança e sua pertinência, visualizarão cada gasto e decidirão sobre sua realização ou não. Tal situação permite perceber que mais importante do que a simples posição de cada um é o melhor atendimento do interesse da criança.”

4. A MEDIAÇÃO FAMILIAR INTERDISCIPLINAR

Fazendo um corte epistemológico no tema mediação, focando as relações de direito de família, que envolvem sentimentos e direitos de personalidade, a problemática da legitimidade das decisões judiciais na resolução dos conflitos familiares é notória, sendo de grande relevo a *mediação familiar interdisciplinar*.

Maria Helena Diniz²⁷, citando Danièle Ganancia, ensina que a mediação familiar tem o papel de conduzir que as próprias partes elaborem “acordos duráveis que levem em conta as necessidades de cada um e em particular das crianças em um espírito de co-responsabilidade parental”. Leciona, ainda, que:

“...a mediação procura transformar a crise familiar e a ‘falência’ do casamento em uma relação estável parental, abrindo caminhos para uma reconstrução satisfatória da

²⁷ *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*, vol. 5. 23ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 354.

vida; para tanto, precisará ser aceita pelos protagonistas, acatando a intervenção do mediador, que terá a difícil tarefa de escutar os problemas, esclarecendo pontos controversos e restabelecendo o diálogo, ao fazer o cliente entender que a separação judicial e o divórcio, na verdade, não dissolvem a família, uma vez que a reorganizam, mostrando não só os novos papéis desempenhados pelo pai e pela mãe, voltados ao melhor interesse e ao bem-estar da criança e do adolescente, como também a importância da guarda compartilhada e da conversão do direito de visita em direito de convivência, para que a relação entre pais e filhos sofra um aumento de qualidade, possibilitando um crescimento pessoal, voltado ao respeito humano e social, à dignidade do ser humano, à liberdade e aos limites do conviver.”

A *mediação familiar interdisciplinar* constitui um tema recente, sendo relevante instrumento de pacificação social que incursiona nos ínvios percursos dos conflitos familiares.

Cabe acentuar que por meio dessa técnica de resolução autocompositiva de contendas em seios familiares, o mediador promove a comunicação, restabelecendo um diálogo funcional entre os dissidentes, de sorte a conseguir focar o real interesse das partes e eliminar resistências indevidas e despropositadas que, muitas vezes, são acarretadas por fatores subjetivos estranhos à causa.

Nesse pensar, Maria Berenice Dias²⁸ acentua que a sentença dificilmente consegue pacificar as partes nos conflitos familiares; afinal, nas causas em que estão envolvidos vínculos afetivos, há temores, queixas, mágoas e sentimentos confusos de amor e ódio. A resposta judicial não é apta a responder aos anseios daqueles que buscam muito mais resgatar danos emocionais do que propriamente obter compensações econômicas. Esclarece, ainda, a autora que a mediação não é propriamente um substitutivo da via judicial e, sim, um instrumento complementar que opera para qualificar as decisões jurisdicionais e torná-las verdadeiramente eficazes.

A adoção da *mediação familiar*, portanto, conduz a um melhor equacionamento das querelas relativas a direito de família, uma vez que, por melhor que seja instruído um processo, o juiz não conhece

²⁸ *Manual de direito das famílias*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 73-74.

detalhes da relação controvertida e dificilmente chegará a uma solução satisfatória da controvérsia, possibilitando a reconstrução do relacionamento familiar sobre novo viés.

Cumpra elucidar que a análise da *mediação familiar* requer uma *abordagem interdisciplinar*, tendo em vista que um conflito intra-familiar envolve aspectos não apenas jurídicos, mas também sociológicos, psicológicos e filosóficos, entre outros.

Assim, em sendo os conflitos familiares um fenômeno complexo revela-se fundamental, para sua pacificação, a contribuição de perspectivas diversas e complementares em relação à questão jurídica.

Cabe trazer à baila, mais uma vez, os ensinamentos de Fernanda Tartuce²⁹:

“Ante a presença de tantos elementos sentimentais, exige-se dos operadores do direito envolvidos no tratamento da controvérsia familiar, além de uma sensibilidade mais acentuada, uma formação diferenciada para que possam lidar eficazmente com as perdas e as frustrações das pessoas quando do fim de seus projetos pessoais. A interdisciplinaridade revela-se, então, necessária para a compreensão da situação dos indivíduos: com o aporte da psicanálise, da psicologia, da assistência social e da sociologia, podem ser melhor valoradas as questões sociais e as condições psicológicas das partes, bem como ser melhor compreendida sua realidade.”

Importa acentuar que no século passado (década de 70) Mauro Capelletti³⁰ já salientava a ocorrência de uma perturbadora invasão, sem precedentes, dos tradicionais domínios do direito por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos.

Nesse diapasão, a *mediação familiar interdisciplinar* constitui uma ferramenta de resolução de conflitos de relevante valor social e jurídico que compõe de forma mais adequada e eficaz as controvérsias familiares, podendo, ou melhor, devendo a sociedade e o órgão judicante dela se utilizar em primazia à sentença de cunho autoritário.

²⁹ *Mediação nos Conflitos Cíveis*, p. 279.

³⁰ *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

5. CONCLUSÕES

Em se tratando de relações familiares – que envolvem questões privadas, projetos de vida e, via de regra, a imprescindibilidade de reconstrução do relacionamento – a mediação exerce um papel fundamental, permitindo que se reduzam as ineficácias inerentes a decisões impostas pelo Poder Judiciário, já que ao juiz faltam informações essenciais, de conhecimento apenas das partes dissidentes, para se chegar ao desiderato maior de pacificação do conflito com justiça.

É fundamental, para tanto, o papel do mediador, focalizando e destacando os pontos convergentes à lide, de sorte a auxiliar na formação de um consenso de forma macro - sem, entretanto, intervir diretamente nesta resolução do conflito - de uma maneira mais eficaz e menos onerosa, evitando futuras demandas judiciais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. (Orientador Roberto João Elias), 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo nº 74, p. 82-97.

____ e Bryant Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. II. 2 ed. São Paulo: Ed. Bookseller, 2000.

DEMARCHI, Juliana. **Técnicas de conciliação e mediação**. *In: Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*: guia prático para a instalação do setor de conciliação e media-

ção. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; e LAGRAS-TA NETO, Caetano (coord.). São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**, vol. 5. 23ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIA, José Eduardo. **O Sistema Brasileiro de Justiça**: experiência recente e futuros desafios. Estudos Avançados – USP n. 51, 2004, p.103-125.

FISS, Owen M. **Um novo processo civil**. São Paulo: RT, 2004.

GALANTER, Marc. **Comparado a que? Avaliando a qualidade dos mecanismos de solução de disputas**. Denver University Law Review, n. 66, 1989, p. xi-xiv. Traduzido por Marcos Paulo Verissimo.

Grande Dicionário **Larousse cultural da língua portuguesa**. São Paulo: Nova cultural, 1999.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2002.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. **A reinvenção da tradição do uso da mediação**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, ano 1, n. 3, set.-dez., 2004.

MUSZKAT, Malvina E.; OLIVEIRA, Maria Coleta; UNBEHAUM, Sandra e MUSZKAT, Susana. **Mediação familiar transdisciplinar**: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus, 2008.

RISKIN, Leonard L. **Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador**: um mapa para os desorientados. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Antonio Álvares da. **A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil**. In: TEIXEIRA,

Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARGA, Maria Inês de Cerqueira César. **Mediação em Juízo**. São Paulo: LTr, 2004.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

_____. **Mediação: teoria e prática**. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora Publicações, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. MEZZAROBBA, Orides; DAL RI JÚNIOR, Arno; ROVER, Aires José; e MONTEIRO, Cláudia Servilha. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. **A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil**. In: **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; e LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). São Paulo: Atlas, 2008.

DIREITO E MÚSICA: Dois caminhos e um só rumo¹

Carla Eugenia Caldas Barros²

Resumo

Neste artigo, encantamentos e revelações são abordados, em que se colocam, frente a frente, a história da música e da história do direito, procurando-se uma sensibilidade única. O fato é que, se os seus caminhos são diferentes, o curso é apenas um, porque é aquele em que diferentes metodologias são misturados com coerências e imaginação, colocando em paralelo, de um lado, o dó, ré, mi, fá, sol, la, si e, de outro lado, as evoluções de conhecimentos e doutrinas jurídicas ao longo do tempo. Em ambos, os emaranhados de idéias, sons e sussurros de vida culturalizada, explorados pelos seres humanos desde os primórdios até os tempos.

Palavras-chave: Música e direito; História do direito e da música; interpretações metafóricas.

Abstract

In this article, incantations and revelations are approached, in that is put, in front to front, music's history and law's history, seeking unique sensitivity. The fact is that, if their paths are different, the course is only one, because is one in which different methodologies are mixed with coherences and imagination, putting in parallel, on one side, the do, re, mi, fa, sol, la, si and, on the other, the evolutions of knowledges and legal doctrines over time. In both, the tangles of ideas, sounds and whispers of life culturalized, exploited by humans since beginnings to contemporary times.

Keywords: Music and right, History of music and right, metaphorical interpretations.

¹ Artigo elaborado com base na leitura da obra de Mônica Sette Lopes, "Uma metáfora: a música e direito", publicada pela LTr Editora, São Paulo, 2006.

² Professora da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

Mônica Sette Lopes observa que sua obra “Uma metáfora: música e direito” foi resultado de uma insignificância e de uma metáfora de Paulo Ribeiro Vilhena, a de que Savigny era o Bach do direito. Até que ponto é possível uma só inteligência sobre o direito e a música, sobretudo quanto ao que tange os desenvolvimentos normativos e interpretativos que lhes dizem respeito, ao longo da história? Respaldo-se em Merleau-Ponty, a autora pondera que tais trânsitos, decerto, se restrinjam “ao exercício de *sinestesia*, um exercício da possibilidade de experimentar diversamente as impressões produzidas por duas fontes tão incisivas da realidade humana”³, em que se vislumbram os impactos e as misturas de sensações.

O Direito e a música despontariam, então, “como invenção ou como impulso para a reinvenção da vida”⁴, uma vez que o trânsito nas complexidades da música e do direito suscitaria o espaço e o tempo como frutos da vocação e das revelações criativas. A música ordenaria em si mesma o tempo, conjugando o som e o silêncio. O direito, por sua vez, certamente, organizaria e reconstruiria o tempo espaço como sociais, uma vez que seria possível entendê-lo, nos termos de Roland de Gandé, como “forma social temporalmente estendida”⁵.

No entendimento de Mônica Sette Lopes, a palavra “interpretação” é o elo entre direito e música. Se, de um lado, subsiste a distinção interpretativa entre música e direito, há, de outro, “uma consonância integrativa na vocação de ambos para a expressão e na conexão com o social pela interação com as coisas da vida”⁶.

A autora, remetendo-se à Antiguidade, busca “a compreensão do relacionamento entre os seres no mundo”, porque, no Ocidente, seu ponto de maior expressão se originou entre os gregos. Segundo seus termos, “neles a composição mítica leva à manifestação poética e esta à filosofia como fonte de pensamento organizado”⁷. Assim, “os primeiros filósofos, como os primeiros sons produzidos pelo homem”, estariam ligados à natureza que lhes era possível experimentar, de onde surgiriam os primeiros

³ LTr, 2006, p. 13 (destaque no original).

⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁷ *Ibidem*, p. 23.

instrumentos musicais e os ensaios para o entendimento da vida e da morte⁸. Destaca, nesse empenho, o deus grego Hermes, deus do comércio, dos ladrões, mas também símbolo do intérprete. “Ele pôs as cordas de tripa no casco da tartaruga e produziu a lira” o que permitiria a idéia de que “a interpretação implica um trânsito ágil por várias passagens da vida”⁹.

Sem dúvida, interpretar diz respeito à relação harmonia-desarmônia, já vez que envolve os processos de contextualizações, descontextualizações e recontextualizações contínuas no tempo e no espaço. Certamente, não dúvida que “a lei, numa antevisão de *equilíbrio-desequilíbrio*, *distribui-organiza* os valores absorvidos dos fatos e dos interesses que em relação a eles se dispõem, segundo critérios de apropriação que devem avaliar desigualdades e antagonismos”¹⁰.

Dignas de nota são duas considerações da autora. A primeira considera: “a música organiza-se segundo uma divisão de tempo e de espaço: os lapsos de duração dos sons e das pausas e a específica posição de cada *som-nota* em relação a um determinado conjunto de notas”. Então, a harmonia transitaria entre equilíbrios e desequilíbrios, submetendo-se “à versão do intérprete que reelabora o seu sentido, que retoma, remonta a sincronia de sua divisão original”¹¹.

A segunda assevera: “no direito, a norma submete-se à versão do intérprete que desloca o eixo da abstração para a seara da concretude e busca reencontrar as matrizes de tutela que a impregnaram na distribuição de medidas de interesse e de poder”¹². Os fatos pulsariam na definição de seu sentido jurídico, a partir da sentença, lugar em que a norma define os contornos de uma situação jurídica individualizada e retorna ao momento da divisão, numa revivescência do conflito original.

Ressalta Mônica Sette Lopes que os gregos consideravam a música como força voltada à educação do homem e de seus espíritos. Platão, em “A república”, atentar-se-ia para essa questão, observando que ela leva os indivíduos “a cumprir seu papel nos limites de suas aptidões e das necessidades da Cidade”¹³, o que permite falar em sua conexão com a idéia de justiça. Enfim, “a música teria uma posição ambivalente

⁸ *Ibidem*, idem.

⁹ *Ibidem*, p. 25-27.

¹⁰ *Ibidem*, p. 27 (destaques no original).

¹¹ *Ibidem*, p. 28 (destaque no original).

¹² *Ibidem*, idem.

¹³ *Ibidem*, p. 31.

no que tange à justiça”, uma vez que, sendo a correta, ela moldaria “a alma dos homens de forma a que exercessem na cidade aquilo para que seus espíritos fossem talhados, inserindo-se no ponto de equilíbrio conformador do justo”¹⁴. Em contraponto, a música imprópria seria fator instabilizador das relações, que implicaria a vigência da injustiça.

Aristóteles, por seu lado, em “A política”, consideraria a música como “imitação dos sentimentos morais”, na expressão de Léon Duguit, isso com base, segundo o mesmo doutrinador, nas “diferenças intrínsecas na natureza dos diferentes acordes”¹⁵. Por sinal, Aristóteles teria identificado outra perspectiva para música, visualizando-a também como apenas instrumento de prazer.

O fato é que, com tempo, a música perderia sua natureza puramente educativa, assumindo características plenamente pragmáticas, como mera diversão. Essa foi a conotação mais evidente com que a música se introduziu no mundo romano. Entretanto, ela não perderia, de todo, sua natureza subjetiva. Pondera a autora que, “é entre *dogma* e *zetética* que se podem observar as incursões do direito e da música em Roma, a partir de suas conexões com os fenômenos que lhes eram contemporâneos e de suas projeções para o futuro”¹⁶.

Adiante, ressalta que “a *fórmula*, como repositório concreto do poder disciplinador dos pretores e como manifestação de sua competência para dizer qual era o direito, é um exemplo da expressão oral” e recorre a Assier-Andrieu, para quem “formular é prescrever os limites das ações humanas, estabelecer os marcos, no seio desses marcos, dar o ritmo, marcar o compasso”¹⁷.

Dessa forma, ela sinaliza para a permanência no tempo da relação entre direito e música, quando aponta a questão da oralidade, uma vez que essa oralidade nos remete à relação entre hermenêutica discursiva do direito e a interpretação sonora da música. Ela destaca: “a tradição romana, pela formulação oral do pretor, influenciou a nomenclatura jurídica num intrincado jogo de ações ligadas ao soar da justiça, representando uma atuação em que a voz concreta do caso tinha muita importância”¹⁸.

¹⁴ *Ibidem*, idem.

¹⁵ *Ibidem*, p. 32.

¹⁶ *Ibidem*, p. 37 (destaques no original).

¹⁷ *Ibidem*, idem.

¹⁸ *Ibidem*, idem.

Quase no apagar das luzes da Antiguidade, surgiu Santo Agostinho, como bem ressalta Mônica Sette Lopes, o artífice da ideologia católica que marcou longo tempo da Idade Média e que interveio “na formulação da música e na consecução do direito”¹⁹. Defendia que o princípio da justiça e a música deveriam estar a serviço da vontade divina. Por conseguinte, o religioso, enquanto recomendava aos indivíduos cuidados com a beleza e o poder dissipador da música, para que não ficassem prisioneiros deles, ponderava que a justiça não estaria, segundo Cabral de Moncada, “na natureza das coisas, nem na razão, nem na idéia platônica, *mas unicamente na vontade divina. Justo é simplesmente o que Deus quer e só porque o quer*”²⁰.

Consoante à autora, ainda que a interpretação consignasse “influência técnica pertinente às fontes jurídicas clássicas, o texto religioso tinha como antecedente necessário o fato de trazer em seu conteúdo as *verdades da fé*”²¹. Em suma, a música na Idade Média deveria ecoar como Deus dizia, o mesmo ocorrendo com as leis, pois Deus moldava as palavras e produzia as provas, através dos beneficiados pela graça de sua escolha.

Chegando-se ao Renascimento, marcado pela redescoberta e valorização da denominada Antiguidade Clássica, produziram-se rupturas expressivas, que permitiram o aparecimento de várias correntes filosóficas, entre elas, o Humanismo, o Antropocentrismo, o Racionalismo e até as primeiras manifestações hedonistas, que teria, no Marquês de Sade (1740-1814), sua mais radical expressão. O fato é que a retomada da cultura greco-romana, alterou a relação sagrado-natural, voltando o homem à cena central das preocupações. A esses fatores se soma o avanço da Ciência, que se desvinculou do dogmatismo religioso, apoiando-se no instrumentalismo iniciado por Galileu.

É válido lembrar que o início da Idade Moderna, tanto na música quanto no direito, foi marcado por profundas transformações normativas e interpretativas e modificou, inclusive, seus *lōci*. A pretendida ordem do mundo e a natureza das coisas passaram a ser entendidas não como frutos de um querer divino arbitrário e inacessível, mas de sua própria racionalidade, única e inarredável, o que, até mesmo, validaria junto aos homens o poder soberano dos reis absolutos, dos eleitos divinos, da hierarquia político-religiosa etc. De certo modo,

¹⁹ *Ibidem*, p. 39.

²⁰ *Ibidem*, 39-40 (destaques no original).

²¹ *Ibidem*, p. 40 (destaques no original).

pode-se dizer, Deus, em vez do inexplicável, passou a personificar a própria razão possível aos homens e, por conseguinte, a justiça aplicável a eles e ao mundo.

Então, a “palavra”, aquela que é agente de justiça, e sua interpretação emanariam não mais dos desígnios de Deus, para que os homens a dissessem, mas dos próprios homens para que se dirigissem a Deus. A piedade, que, a rigor, é a devoção religiosa, deixa de ser um ato de obediência à vontade divina, para ser ato de humilde aproximação e glorificação a Deus. A Reforma é que dá mais concretude a esse aspecto. Lutero traduziu a Bíblia não para que os homens apenas a atendessem com mais eficácia, mas, especialmente, para que eles também a interpretassem e alcançassem a “palavra” com que pudessem dirigir-se a Deus.

Situação semelhante ocorreu com a música sacra. Com o advento da Igreja Luterana, a música, como a “palavra”, deixou de ser entendida como obra de motivação divina, tornando-se motivação do homem para dirigir-se a Deus. Isso se constata sem dificuldades em vista dos órgãos de inúmeras igrejas alemãs, onde, quinhentos anos atrás, Reincken, Böhn, Buxtehude e, sem dúvida, Bach executaram composições que até hoje surpreendem e elevam o espírito humano.

Há, ainda, as Grandes Navegações expandiram o mundo conhecido pelos europeus, impondo, de um lado, novas concepções de território e de domínio e promovendo, de outro, o crescimento dos centros urbanos, o que possibilitou focos centralizadores de poder que se sobrepujaram à antiga organização política medieval.

Para Mônica Sette Lopes, a fixação dos homens nas cidades e o aparecimento de focos centralizadores de poder promoveram o “fortalecimento de uma ordem normativa que se expressou na lei ou no direito da cidade, consolidando a idéia de um direito comum”. Ademais, segundo ela, “os músicos inseriram-se nas atividades da cidade que se desenvolviam e assumiram nelas funções públicas”. Ao tempo em que exerciam papel importante durante as cerimônias e festividades religiosas e laicas, também se ocupavam de outras funções, “como a de vigia, que incluía o toque de instrumento para anunciar incêndio ou a chegada de viajantes”²².

Essa época mostra homens que ansiavam por segurança, face às complexidades de um mundo que se tornava diferente, a caminho da

²² *Ibidem*, p. 61.

Modernidade. Como bem diz a autora, com vistas a essa segurança, surgem tendências para harmonizar e uniformizar os regramentos pertinentes ao direito e à música. Ambos refletiriam, de forma paralela quando não conjunta, um ir e vir que seriam parcerias com os fatos, cujos compassos seriam ditados pelo tempo. A Renascença foi profícua em grandes obras criativas, reflexo da liberdade que passava a reinar nos Estados, com reflexos profundos nas obras dos compositores. É nesse período que a dicotomia entre compositores e intérpretes se consolidaria na música. Quanto ao texto cravado na lei, diz a autora que seus intérpretes seriam os que o decodificassem, descerrando-o para a vida concreta, citando como exemplos os advogados, os juízes e os próprios destinatários das normas²³.

Uma das características do Renascimento, importante a quase reiteração, diz respeito às mudanças nas relações do homem consigo mesmo e com o mundo, passando ele a interpretar tudo ao seu redor em função de si mesmo. Isso, no entanto, não teria contribuído para afastá-lo de Deus, uma vez que suas atividades continuaram destinadas à aceitação de Deus, mas, com um novo requisito, o de serem acessíveis e agradáveis a eles próprios, os homens. Em vista disso, a Reforma e a Contra-Reforma não só dividiram a fé, mas também influenciaram, de forma determinante, a música e a teoria jurídica. Em suma, Grotius, um jurista, e Lutero, que foi, inicialmente, sacerdote agostiniano, defenderam idéias favoráveis à simplicidade das formas de propagação do pensamento e da religiosidade, tornando-os acessíveis a todos. Lutero não só traduziu a Bíblia para o alemão, mas tornou essa língua comum nas assembléias religiosas, em substituição ao latim. A ponte entre o Barroco e o Racionalismo persistiria, em sede do direito, na evidência da exacerbada busca, pelo homem da época, da certeza e da segurança. Resolver-se-ia a inquietação da alma humana quando todos, indistintamente, fossem libertos por uma mesma lei²⁴.

Com extrema maestria, a autora nos declina que o Absolutismo francês levou a natureza do direito à música. O poder, que era tão presente e tão marcante na sociedade da época, teria sua reprodução na música: o cantor de ópera, pois, seria absoluto em seu espaço para expressar a liberdade. Para Carpeaux, diria o cantor: “La musique c’est moi!”²⁵.

²³ *Ibidem*, p. 62-63.

²⁴ *Ibidem*, 73-74.

²⁵ *Ibidem*, p. 80.

Os instrumentistas representariam, tão-somente, o povo escondido nas penumbras dos acordes e dos fatos da sociedade, embora guardassem a verdade nos sons que produziam. Telemann e Bach representavam vários mundos em um só mundo, com vários personagens contrapostos. Buscaram sempre o novo em suas investigações e miscigenações de possibilidades, pretendendo sempre uma harmonia nova e paradoxal. Importa ressaltar que, apesar disso, os dois seguiram trilhas diferentes e, em vista disso, esbarram-se em fronteiras diferentes, mas revelaram a sua época complexidades e possibilidades das profundas divergências que marcaram um só tempo e um só espaço²⁶.

Montesquieu, em “O Espírito das leis”, teria pensado o direito, concebendo-o como a dinâmica de uma fuga bachiana. Bach, ao compor suas músicas, desenvolvendo-se em idas e vindas, em pontos e contrapontos, prima-se na diversidade e na dinâmica das vozes, ao construir-lhes harmonias, e não na inalterabilidade do mundo²⁷.

O direito posto só é aceito, se encontra condições favoráveis para a construção de uma base sólida de referência e de controle. Como bem afirma a autora, “a lei passou a ser uma palavra mágica, algo que diz, que dispõe, que reza, na versão popularesca da expressão jurídica. Quando a lei reza, ela revive e reescala a mística”²⁸.

A lei culminaria, então, em ser não só a apresentação, mas também a referência da liberdade, enquanto o contrato seria a exteriorização, o registro das vontades comuns, do querer de um, de outro e de todos. Antes, no Classicismo, o direito e a música teriam registrado ou refletido todas as ambivalências do período. Em vista disso, todos deveriam entender a linguagem, o que seria o instrumento modelador da regra, da norma, bem como da música, devendo essa ser universal, não só na descodificação da linguagem específica para a geral, mas também através dela. Volta a autora, nesse ponto, ao problema da interpretação, ao afirmar que “construiu-se então uma ‘jaula métrica’ para a música e para a compreensão do direito. O fato da vida e a posição do intérprete foram sensivelmente afetados por esta tendência a uma excessiva racionalização”²⁹.

Como nos faz ver Mônica Sette Lopes, o inesperado sempre traz surpresas e a idéia estática de que o direito só se conhece na lei se miti-

²⁶ *Ibidem*, p. 82-83.

²⁷ *Ibidem*, p. 83.

²⁸ *Ibidem*, p. 86.

²⁹ *Ibidem*, p. 87-89.

gou numa racionalização quase inconteste, quando a realidade fática já apresentava outros meios de interpretação, impregnados de ruídos, sons distintos ao ouvido do público. Especificamente na música, “o funcional deu lugar à idéia da arte pela arte e ela veio acompanhada de uma especialização.” A diferença existe: “é o ouvido do público que dá rumo a ela” (Roland Candé)³⁰. Enfim, é o homem romântico que passaria a entender o espírito do povo e, ao mesmo tempo, a dimensão, o espaço do direito. Conseguiria aliar, unir a função interpretativa, da música e do direito, em sua pessoa.

O Romantismo foi o período da afirmação das raízes dos indivíduos como nacionais. Certamente, não por outras razões, consolidaram-se como Estados a Alemanha e a Itália. Para Sette Lopes, os resgates dos tempos históricos teriam seus reflexos na “sistematização das origens”. Eis que “o sonho romântico do presente vertia-se sobre as raízes formadoras das tradições no direito e na música”. Seria no espírito do povo que se atualizava o direito romano e se restabeleciam as memórias tradicionais e nacionalistas da música³¹.

Popularizando-se a música, uma nova figura ganharia destaque, a do crítico musical, que passaria a exercer o papel de ponte entre o autor e o público. Vigoraria, no século XIX, uma preocupação exacerbada com a compreensão do que se divulgava. Isso impunha a necessidade de explicações sucessivas dos “experts” e, certamente, às vezes também dos próprios autores, que se viam obrigados a saírem de seus hermetismos e entregarem-se ao público³².

Quanto ao problema central da interpretação, explica Mônica Sette Lopes que o texto não seria idêntico “à obra, à vontade originária que o gerou, ainda que se fale de partitura onde as marcações pressupõem a identificação de uma mesma linguagem de signos ou que se fale de códigos em que as realidades conotadas juridicamente unificam-se num sistema ou ainda dos conceitos, com que se procura reduzir os campos de apreensão jurídica”³³.

Enfim, a partitura deveria ser “algo fora dela”, capaz de converter-se em som, retumbando seu conteúdo. “Ela precisa de mãos que toquem, de vozes que cantem, de ouvidos que ouçam. Assim também a

³⁰ *Ibidem*, p. 94.

³¹ *Ibidem*, p. 96.

³² *Ibidem*, p. 97-98.

³³ *Ibidem*, p. 98.

norma só se realiza no encontro com a vida e com os ouvidos abertos do intérprete”³⁴.

No século XIX, nota a autora, os conflitos urbanos foram expressões das angústias das lutas de classes e, também, da alma humana, projetando-se Marx e Freud como figuras eminentes da época, circunstâncias que muito influenciaram os entendimentos. Com isso, “a vida do direito deixou o *locus* seguro do dogmatismo e ganhou a cena polivalente, múltipla, valorativa do realismo sociológico, psicológico e lingüístico”³⁵. Como ela ressalta adiante, definir o “sentimento jurídico”, “na perspectiva de todos os momentos de criação normativa”, seria um labirinto em que o operador do direito mergulharia, uma vez que “o psiquismo do juiz e do legislador passou a ser absorvido com dado relevante na arquitetura do direito”³⁶.

O outro marco importante do século XIX foi o aparecimento do Positivismo, considerando como motor exclusivo da evolução humana o cientificismo, o que afetou o saber jurídico da época, que passaria ser entendido como fruto dos mesmos mecanismos e instrumentos das Ciências Naturais. Teria sido nesse período que se forjaram “a Teoria Geral do Direito e as vertentes dos *positivismos*, que tentavam consolidar, com seu dogmatismo, as aquisições do tempo, aí incluída a contribuição do intérprete”³⁷.

No que se refere à música, a autora recorre a Jerome Frank, que se atentou para as sinalizações nas pautas musicais, que indicam níveis de sonoridade, pretendendo-se nortes interpretativos. No caso, “*piano*, *pianissimo*, *forte* são algumas das inúmeras referências que podem ser feitas”. Atendo-se ainda a Jerome Frank, acrescenta: “O realista americano pergunta-se, então, como deveria ser *tocada a lei* e ele mesmo responde: ‘Play it with tenderness’. Ela deve ser tocada *suavemente*”³⁸.

Quanto à sanção, observa que ela “é mais do que a definição de um número ou de um valor”, não está reduzida a uma mera quantificação, uma vez que “ela representa um elo ou um corte no processo de solução do conflito e isto *agrega* ou *desagrega* sob o prisma das partes e da comunidade inteira”. A sanção seria, enfim, resultado “de uma atuação contínua que não se resolve num ato único”³⁹.

³⁴ *Ibidem*, p. 99.

³⁵ *Ibidem*, *idem*.

³⁶ *Ibidem*, p. 100.

³⁷ *Ibidem*, p. 102.

³⁸ *Ibidem*, p. 103.

³⁹ *Ibidem*, *idem*.

No século XX, marcado por grandes transformações e incertezas, a música mais representaria um elo entre os fatos sociais dos períodos em que elas surgiam. O fato é que, ao longo desse século, a arte, ao desnudar a vida em praça pública, teria promovido a idéia de que tudo pode estar disponível e permitido. Por outro lado, a excessiva valorização do conhecimento e do mercado refletiria o anseio humano por novos conceitos e novas maneiras de viver, implicando rupturas, busca do imprevisível e inteiramente novo e, por conseguinte, novos parâmetros reguladores da vida pessoal e da coletiva.

No otimismo exacerbado do início do século XX, percebe-se claramente o predomínio da idéia de que o passado tinha que ficar, rigorosamente, no passado, para permitir-se o inteiramente novo. Mônica Sette Lopes apresenta, como representantes desse aspecto do início do século XX, Schoenberg, na música, e Kelsen, no direito, ressaltando que eles “podem explicar muito do brilho inovador de pessoas que levaram seu talento para a pesquisa e para perscrutá-lo de novas faixas da vida em várias áreas de expressão da criatividade humana”⁴⁰.

E acrescenta: “Em Schoenberg e em Kelsen sobressaía a extrema inclinação para uma abstração minuciosa na base do conhecimento e da expressão em suas respectivas áreas, sempre fundados num rigor que se sintonizava com o aprofundamento de suas composições”⁴¹. No entendimento de Mônica Sette Lopes, a tônica dos dois autores foi o rigor técnico. “A técnica pela técnica”, afirma Emilio Betti, citado pela autora⁴².

Por conseguinte, seria a perfeição técnica a perspectiva perseguida por Kelsen para explicar o direito. Adotando, em sua análise, pureza e perfeição metodológica idênticas à de Schoenberg na música, teria ele pretendido afastar, do direito, elementos intervenientes. Teria desenvolvido, então, uma crítica às sínteses em que se inseriam métodos do conhecimento e de inteligência jurídica exóticos, seguindo padrões estranhos à natureza do direito. Aponta, todavia, que é imprópria a idéia de que as posições de Kelsen e Schoenberg teriam sido premeditadas, uma vez que suas propostas, respectivamente para o direito e para a música, “seriam meros sinais dos tempos”⁴³.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 107.

⁴¹ *Ibidem*, *idem*.

⁴² *Ibidem*, p. 108.

⁴³ *Ibidem*, 109-110.

A propósito, observa ainda que “direito e música amoldaram-se nos anos da implantação nazista ao programa da autoridade”. Por conseguinte, a música e o direito teriam se tornado instrumentos de despotismo e subjugação. Com isso, os termos “escravizar” e “dominar” assumiriam uma “acepção muito mais rudimentar do que as montagens teóricas da concepção marxista que os define como fenômenos vinculados ao modo de produção vigorante em cada tempo”. Conclui a autora: “No sistema em que o poder tem um dono que mata percebe-se a fragilidade das noções de beleza (para a música) e de Justiça (para o direito)” e, devido a isso, “a funcionalidade exacerba-se com vistas a sustentar o processo de destruição e de extermínio a serviço dos interesses dos que tem voz”⁴⁴.

Toma como exemplo, então, a atual guerra no Iraque: “nos capacetes dos jovens soldados americanos [...] ecoa um rock pesado que os deixa nutridos de rancor para guerra. É uma carga de violência auditiva que integra sua ração diária de alimento”. E vale-se de observação de Mário de Andrade sobre a Segunda Guerra Mundial, cuja transcrição é valiosa: “Mas é que nunca o texto decide o valor das músicas políticas, só por si. Ele só importa virilizado em melodia. O canto de guerra, é doloroso dizer, se inclui no gênero dos cantos de trabalho, pois são os trabalhos da guerra que ele ajuda a levar. E a dinâmica mais vibrante da música é que decide”⁴⁵.

Admite-se uma distinção entre música popular e “música séria” ou entre música popular e música erudita, inclusive suas ramificações, tais como atonalismo, dodecafonismo, experimentalismo, bolero, tango, rap etc. Do mesmo modo, é admissível falar em direito vivo e direito erudito, sem distingui-los, no entanto, segundo grau de qualidade. Pondera a autora: “Há um direito praticado e um direito *sério* e não se pode desprezar esta face confusa do real” (destaque no original). Portanto, “teoria pura, tridimensionalismo, retórica, tópica, linguagem, comunicação, sistema, analogia são eixos de compreensão do direito no século XX, os quais transitam entre si e recompõem outras versões presas ao passado”⁴⁶.

No Brasil, especificamente, a tradição seria marcada por uma forte tendência à miscigenação, em que experiências exóticas seriam sempre introduzidas e assimiladas pacificamente. Em decorrência disso, para a autora, “se a implantação de uma teoria constitui uma dificulda-

⁴⁴ *Ibidem*, p. 112.

⁴⁵ *Ibidem*, *idem*.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 114.

de geral para o conhecimento do direito, no caso brasileiro ela se torna mais avassaladora porque a composição do conhecimento não se molda a partir da vivência problemática interna, mas pela apropriação do produto da erudição montada sob angulação cultural e histórica inteiramente diversa”⁴⁷.

Como bem afirma Mônica Sette Lopes, o direito brasileiro investe-se num universalismo que não pode produzir, uma vez que lhe falta a circunstância do “*espaço-tempo* em que os conflitos aparecem e são resolvidos (ou não) sob o especial reflexo de sua tessitura histórica” (destaque no original). Destarte, conforme assegura a autora, o brasileiro recebe os elementos europeus, tanto na música quanto no direito, para reelaborá-los. O fato é que a técnica e a teoria jurídica possuem a condição de “outros”, são “como frestas esquivas de uma realidade apenas parcialmente arrostada”⁴⁸.

Já se referindo à atualidade, Mônica Sette Lopes atenta para os despropósitos da denominada “sociedade de consumo”: “O *acesso à justiça* deixa de ser um instrumento de controle formalmente engendrado e se instala no varejo. A funcionalidade do direito também adere ao consumo”. Como a música, o direito estaria configurado como produto da indústria cultural, não mais importando, portanto, sua substância, mas a viabilidade do retorno financeiro, o que lhe dá a conotação de mera mercadoria. Enfim, “o público é apenas o outro lado das expectativas de venda”⁴⁹.

Acrescenta que, “na interpretação do direito, há o que se aceita e há o que se esconde”⁵⁰. E há outros aspectos relevantes. Um deles é o da votação das leis, que atende o “embate de forças representativas dos vários interesses antagônicos” e não, certamente, as aspirações da nação. Outro é a flexibilidade da lei, ou, nos termos da autora, “sua área de mobilidade”, enorme, para que ela tenha uma eficácia mínima. E continua: “Não é bom falar que a recuperação do fato no processo constitui uma fonte de incertezas. Não é bom falar que os tribunais têm história e que ela interfere no modo como administram seus serviços. Não é bom admitir que se possa encaixar no meio do caminho”⁵¹.

⁴⁷ *Ibidem*, idem.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 115.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 119.

⁵⁰ *Ibidem*, idem.

⁵¹ *Ibidem*, idem.

Ressaltando que “a *indústria cultural* impõe a *imitação da imitação*”⁵², vale-se de um artigo de Caio Blinder, na revista *Bravo*, para apontar o processo judicial como um espetáculo, registrando a descrição do jornalista sobre o arrebatamento de um canal de televisão norte-americano, que transcendia à larga o interesse de apenas informar, diante da possibilidade de serem transmitidos dois julgamentos de grande repercussão: o de Michael Jackson e o de Saddam Hussein.

Em suma, mais valeriam a aparência e a dispersão visual que a substância, levando a importância do fato e da arte ser consonante a suas repercussões públicas. Isso implicaria a prescindibilidade do conhecimento adequado, pois “a audiência não é daqueles que sabem, mas simplesmente dos que vêm, daqueles que se colocam passivamente como senhores da inércia que lhes reserva apenas a plena aptidão para o consumo”⁵³.

PEQUENO PÓS-FÁCIO

A vida precisa de harmonização e uma das formas de alcançá-la, lastreada em *A república*, de Platão, fundamenta-se na idéia de que as “pessoas deveriam ser educadas para o uso da música certa e da ginástica certa para que desenvolvessem suas aptidões”. Dizia Platão, que “a educação pela música é capital, porque o ritmo e a harmonia penetram fundo na alma e afetam-na mais fortemente, trazendo consigo a perfeição e tornando aquela perfeita, se houver sido educado?”

Essa idéia platônica não deixa de estar relacionada ao objetivo de dar a conhecer o direito pela música. Em muitas oportunidades, a música é utilizada como instrumento para se alcançar a justiça. É válido considerar que a experiência musical não é uma “nota isolada”, mas as relações harmônicas entre notas, pausas, silêncio e ritmos estabelecidos ao longo do trabalho do compositor. *Ipsis literis*, podemos ter essa mesma conclusão em relação ao direito. Ele não surge e nem é feito de um único momento. Para chegar a aplicação efetiva da Justiça, que é o fim maior do direito, etapas existem dentro de um mesmo fenômeno.

⁵² *Ibidem*, p. 120.

⁵³ *Ibidem*, p. 121.

Diz Monica Sette Lopes, em *Imagens da justiça*⁵⁴, que “a palavra na dimensão, às vezes, poética da expressão musical, é portanto, vetor das sensações (a percepção do imaginário coletivo) em torno dos conflitos e constitui modo de interpretar a vida tal como faz o direito”.

O ensino jurídico, na versão destinada à formação de profissionais, deve considerar o marco epistemológico de difusão do conhecimento como uma questão essencial. Não existe espaço somente para questões meramente conceituais. Logo, o ensino jurídico precisa ceder espaço a novas leituras, novos olhares, novos saberes, para a visibilidade de vários campos da ação humana, para a conquista de seus objetivos.

Como diz ainda Monica Sette Lopes, “é preciso formar os alunos para diversidade e para a mobilidade com a qual se dá a realização da esfera dogmática, que é apenas uma das linhas conformadoras do direito, ainda que seja um ponto insuperável”⁵⁵.

Tudo significa que devemos lançar mão dos vários instrumentos facilitadores do processo aprendizagem, através de recursos variados. A música brasileira, em especial, é fértil em personificar o cotidiano, os fatos do momento e, por isso, é um manancial da expressão humana em seus mais variados tons. A música é um veículo para a apresentação do direito como uma instituição, como uma realidade.

O rádio, sem dúvida, é um meio de comunicação eficaz, que atinge as almas. E, muitas vezes, compõe um ambiente de forma mais amena do que outros meios de comunicação, o que permite, de forma eficaz”, não apenas a difusão da informação, mas sua assimilação e a tão necessária produção do conhecimento, em outras palavras, fazer a inteligência sobre a informação transmitida. “Sintonizar o direito nas ondas do rádio é um modo de fazê-lo soar, de fazê-lo dispersar-se naturalmente e ao acaso, de fazê-lo entrar nos ouvidos das pessoas como algo que pertence a todos e se faz por todos”⁵⁶, diz Mônica Sette Lopes.

Sobre a Autora:

Mônica Sette Lopes é mineira, tem doutorado em Filosofia do Direito, é professora de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, onde leciona História e Filosofia do Direito e Teoria do Método Jurídico. Estuda violão e canto e é juíza titular da 12ª Vara do Trabalho

⁵⁴ LTr, 2010, p. 176.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 179.

⁵⁶ LTr, 2006, p. 142.

de Belo Horizonte Publicou outras obras como: A convenção coletiva e sua força vinculante (LTR, 1998), A equidade e os poderes do juiz (Del Rey, 1993) e Imagens da Justiça (LTR, 2010), além de vários artigos.

O estudo da obra em que se fundamentou este artigo integra a atividade de extensão aprovado pelo PIBIX, da graduação e do mestrado em Direito da UFS, desenvolvida pela autora deste artigo, intitulada “Direito na música”, em parceria com o Núcleo de Música da UFS, coordenado pelo prof. Christian Lisboa.

O PACTO DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO DIREITO DO TRABALHO PORTUGUÊS

Márcio Granconato^{1*}

Resumo:

A liberdade de trabalho é essencial ao Direito do Trabalho e a cláusula de não-concorrência prevista no Código do Trabalho de Portugal é uma forma válida de se opor a ela. Tal oposição deve ser feita com base nos parâmetros contidos no artigo 136.º desse texto legal, observando-se requisitos como a duração temporal razoável da abstinência, a forma escrita e o pagamento de indenização compensatória ao trabalhador. Uma vez descumprida a cláusula pelo empregador, o empregado estará livre para trabalhar na concorrência; caso o trabalhador a desrespeite, então deverá devolver a indenização recebida e ainda poderá ser condenado a ressarcir os prejuízos que causou.

Palavras-chave: Liberdade de trabalho. Cláusula de não-concorrência.

Abstract:

Freedom to work is essential to the Labor Law and the clause of non-competition provision in the Labor Code of Portugal is a valid way to oppose it. Such opposition should be based on parameters contained in article 136 of that statute, observing requirements like reasonable length of time of abstinence, writing form and payment of compensatory damages to the employee. Once breached the clause by the employer, the employee is free to works in competition; if the employee disregards, then should return the award and can be ordered to make reparation for the damage of he caused.

Keywords: Freedom of work. Clause of non-competition.

¹ * Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Itaquaquecetuba/SP; Pós-graduado em Direito do Trabalho pela FMU/SP; Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP; Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Instituto de Direito do Trabalho), Portugal; aluno do *Curso de Doctorado Sobre Estudios de Derechos Sociales Para Magistrados de Trabajo de Brasil*, promovido pela *Universidad de Castilla-La Mancha*, Espanha, em parceria com a ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas; Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Escola Paulista de Direito – EPD, em São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de trabalho é resultado de grandes lutas sociais ocorridas nos séculos passados e ainda hoje causa preocupação, porque a escravidão e muitas outras formas de opressão do capital sobre o trabalho sobrevivem apesar de tantos avanços obtidos nesse campo.

Essa liberdade é um dos fundamentos do Direito do Trabalho. Sem ela, tal ramo do Direito não existiria ou subsistiria com expressivas dificuldades e limitações. É por isso que qualquer ameaça dirigida contra ela deve ser cuidadosamente avaliada. Em última análise, seu desrespeito pode pôr em risco a eficácia do Direito do Trabalho e, assim, a existência digna em sociedade.

Dentro desse contexto, a análise das cláusulas de limitação da liberdade de trabalho, de que são espécie os pactos de não-concorrência que aqui serão abordados, afigura-se de grande importância para a sociedade em geral e em especial para o jurista. Ajustes dessa natureza podem representar um golpe à liberdade de trabalho e causar desequilíbrios de tal monta que importariam num retrocesso social de conseqüências incalculáveis.

A Consolidação das Leis do Trabalho silencia sobre a matéria e isso maximiza a utilização do direito estrangeiro na abordagem do tema², tornando o estudo aqui proposto de grande relevância para a resolução de questões trabalhistas nacionais dessa natureza.

É com vistas nesse objetivo que será analisado o pacto de não-concorrência na forma prevista pelo art. 136.º do Código do Trabalho de Portugal, cujo texto foi recentemente revisto pela Lei n. 7, de 12 de fevereiro de 2009. A abordagem do assunto será feita com base na legislação portuguesa e sempre que se julgar pertinente haverá remissão às normas legais nacionais, a fim de que este trabalho seja o mais proveitoso possível.

² O art. 8.º da CLT dispõe o seguinte: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. **Parágrafo único** - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

2. A LIBERDADE DE TRABALHO

Durante muito tempo o trabalho foi visto como algo degradante e afeto a escravos e a pessoas de baixa classe social. Expressões como *tripaliare* e *lavoro*, de onde advém as palavras *trabalho* e *labor*, respectivamente, davam-lhe a conotação de sofrimento e fadiga. Também nomes como *operarius* e *proletarius* imprimiam um significado degradante à figura do trabalhador.

Para a sociedade moderna, porém, o trabalho é um bem necessário e útil, pois significa progresso econômico, científico e social e, portanto, mais riqueza e bem-estar. O desenvolvimento dos povos trouxe consigo a necessária valorização do trabalho humano.

Um dos pilares que sustenta a valorização do trabalho é a liberdade. O trabalhador moderno é acima de tudo um homem livre para contratar, apesar de sua inseparável necessidade econômica. De fato, a liberdade chega a ser a peça chave de todo o Direito do Trabalho e não se limita apenas à contratação, mas também a outros aspectos da vida da relação laboral. Assim é que são inválidos os pactos pelos quais o trabalhador se compromete a trabalhar de forma vitalícia e, por outro lado, detém poderes para extinguir seu contrato de trabalho a qualquer momento.

Não é por outro motivo que a Constituição da República Portuguesa, em seu art. 47.º, n.º 1, dispõe que “*todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade*”³. Essa regra consagra o princípio da liberdade de trabalho e é complementada pelo art. 136.º, n.º 1, do Código do Trabalho de Portugal, de acordo com o qual “*é nula a cláusula de contrato de trabalho*

³ Seguindo esse mesmo objetivo, o art. 58.º da Constituição Portuguesa trata do direito ao trabalho nos seguintes termos:

“1. Todos têm direito ao trabalho.

“2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover:

“a) A execução de políticas de pleno emprego;

“b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais;

“c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores.”

ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, por qualquer forma, possa prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato.”

E nesse ponto a Constituição do Brasil não fica atrás e aponta o seguinte em seu art. 5.º, XIII: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*” E mais: o texto constitucional brasileiro ainda reza que o trabalho é um direito social protegido e dá várias garantias ao trabalhador visando à melhoria da sua condição (artigos 6.º e 7.º).

Acontece que a liberdade de trabalho, que, como visto, entre seus muitos desdobramentos, autoriza o empregado a desvincular-se do empregador sempre e como quiser, pode sofrer restrições. Na legislação portuguesa, elas se encontram nos artigos 136.º e 137.º do Código do Trabalho⁴, que tratam, respectivamente, dos pactos de não-concorrência e de permanência. No primeiro caso, o empregado tem sua atividade laboral cerceada após o término do contrato, como será estudado mais adiante; no segundo, ele fica obrigado a prestar serviços ao seu empregador durante certo prazo. Também a doutrina fala na possibilidade existir ajustes prevendo a prestação de serviços exclusivos a um dado empregador: são os chamados *pactos de exclusividade*.

Para o desenvolvimento deste trabalho interessa o estudo dos pactos de não-concorrência, cuja previsão legal, como já foi dito antes, está contida no art. 136.º do Código do Trabalho de Portugal.

3. O PACTO DE NÃO-CONCORRÊNCIA PREVISTO NO CÓDIGO DO TRABALHO DE PORTUGAL

O pacto de não-concorrência é uma forma de limitação da liberdade de trabalho que está inserida no art. 136.º do Código do Trabalho Português nos seguintes termos:

⁴ O art. 138.º do Código do Trabalho de Portugal ainda dispõe que é nulo qualquer acordo entre empregadores no sentido de limitar a admissão de trabalhadores que a eles tenham prestado serviço, assegurando assim também a liberdade de trabalho. Veja-se o texto legal: “*É nulo o acordo entre empregadores, nomeadamente em cláusula de contrato de utilização de trabalho temporário, que proíba a admissão de trabalhador que a eles preste ou tenha prestado trabalho, bem como obrigue, em caso de admissão, ao pagamento de uma indemnização.*”

“1 – É nula a cláusula de contrato de trabalho e de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, por qualquer forma, possa prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato.

“2 – É lícita a limitação da actividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequentes à cessação do contrato de trabalho, nas seguintes condições:

“a) Constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste;

“b) Tratar-se de actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador;

“c) Atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da actividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional.

“3 – Em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador, a compensação a que se refere a alínea c) do número anterior é elevada até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a limitação da actividade prevista na cláusula de não concorrência.

“4 – São deduzidas do montante da compensação referida no número anterior as importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra actividade profissional, iniciada após a cessação do contrato de trabalho, até ao valor decorrente da aplicação da alínea c) do n.º 2.

“5 – Tratando-se de trabalhador afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou com acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, a limitação a que se refere o n.º 2 pode durar até três anos.”

Como se vê, a norma em questão autoriza a ocorrência de um ajuste que impede o trabalhador de exercer de forma irrestrita sua liberdade de trabalho, compensando-o financeiramente por isso.

A doutrina portuguesa majoritária aponta que esse tipo de pacto não viola o art. 47.º da Constituição de Portugal, porque tão somente cria uma restrição transitória e justificada à liberdade de trabalho e escolha de profissão, fazendo-o de forma relativa, na medida em que

nada impede que o trabalhador atue em outra atividade, que exerça sua profissão em empresa que não seja concorrente de seu ex-empregador ou desvincule-se do ajuste desde que promova a correspondente compensação dos prejuízos que causar⁵.

E o que autoriza essa restrição provisória e relativa é a possibilidade de o ex-empregado vir a causar prejuízos ao antigo empregador devido aos conhecimentos adquiridos na época de vigência do contrato de trabalho. Em tais casos, o trabalhador pode vir a ser não apenas um aliado da concorrência, mas um aliado privilegiado em razão das informações que possui.

No exame de validade dessa espécie de cláusula, como não poderia deixar de ser, necessário se faz avaliar a sua conformidade com a lei, sempre com vistas na razoabilidade que deve orientar o intérprete. É o que será feito a seguir, ressaltando-se desde já que todas as condições do art. 136.º, n.º 2, do Código do Trabalho são cumulativas.

3.1 Duração

O prazo de duração do pacto de não-concorrência previsto na legislação portuguesa é de dois anos, contados após a cessação do contrato de trabalho, seja qual for a sua causa.

A norma em comento aceita que esse ajuste seja por tempo maior nos casos em que a atividade do empregado exija uma relação de confiança acima daquela comum, bem como nas hipóteses em que o trabalhador se encontre investido de uma função que lhe dê acesso a informações especiais e que possam colocar em risco de maior extensão o negócio do antigo empregador frente à concorrência (art. 136.º, n.º 5).

A validade dessa estipulação pode sofrer ataques nos casos em que há desproporção entre o tempo de duração do contrato de trabalho e o de abstinência, ainda que respeitado o prazo legal. São casos como o

⁵ Isso ocorreria nos termos do art. 81.º, n.º 2, do Código Civil de Portugal:

“Art. 81.º (Limitação voluntária dos direitos de personalidade)

“1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.

“2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.”

do empregado que se vincula ao empregador por apenas alguns meses e assina um pacto de não-concorrência de dois anos ou mais⁶, por exemplo. Nessas hipóteses extremas, necessário se faz um exame acurado do caso concreto, a fim de que verifique se houve ou não o necessário equilíbrio entre as obrigações das partes contratantes.

Também pode ser questionada a validade da cláusula – em razão da sua duração – nos casos em que o tempo do ajuste ultrapassa o máximo legal, como na hipótese de o trabalhador se obrigar a uma inatividade permanente. Essa espécie de cláusula impediria a recolocação do empregado, tendo em vista sua formação e experiência, atentando contra a liberdade de trabalho. Para esses casos, o Código do Trabalho tem uma saída bastante razoável, que importa na aplicação de seu art. 121.º, de acordo com o qual ficaria restabelecido o prazo de dois anos (ou de três, se for o caso) autorizado⁷.

3.2 Momento e forma

O Código do Trabalho permite que o pacto de não-concorrência venha a ser firmado no início, na vigência ou na cessação do contrato de trabalho, mas sempre de forma escrita (art. 136.º, n.º 2, a)).

Os ajustes firmados no momento da celebração do contrato de trabalho merecem maior cuidado no exame de sua validade. De fato, na admissão o trabalhador muitas vezes tem sua capacidade negocial reduzida ou até suprimida, de tal modo que aceita qualquer tipo de cláusula que lhe é apresentada para obter o novo emprego. Nesses casos é possível que o empregador estabeleça regras menos favoráveis ao

⁶ Analisando este aspecto do art. 21.2 do Estatuto de los Trabajadores espanhol, que trata da abstenção competitiva pós-contratual, assim se posicionam Carlos Molero Manglano *et alii*: “*puede constituir abuso de derecho el extender la obligación de no competencia por una duración superior a la del propio contrato del que trae su causa (STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2002) y respecto a un contrato eventual de 6 meses con pacto de 2 años (STS de 7 de noviembre de 2005)*” (in **Manual de Derecho del Trabajo**, Thomsom Civitas, 2007, p. 330).

⁷ “Art. 121.º (Invalidez parcial de contrato de trabalho)

“1 – A nulidade ou a anulação parcial não determina a invalidade de todo o contrato de trabalho, salvo quando se mostre que este não teria sido celebrado sem a parte viciada.

“2 – A cláusula de contrato de trabalho que viole norma imperativa considera-se substituída por esta.”

empregado, de sorte que não basta apenas o consentimento deste para a validade da cláusula, mas também a análise das condições em que ela foi firmada e se houve a necessária proporção entre as obrigações das partes contratantes.

Já quando a cláusula é firmada durante a sua vigência ou na cessação do contrato os problemas diminuem e se restringem na maioria dos casos à abordagem que envolve o preenchimento dos demais requisitos previstos em lei.

Como dito acima, a lei ainda exige que o pacto de não-concorrência seja feito por escrito. Trata-se de uma forma prevista em lei e que deve ser observada sob pena de nulidade do ajuste.

Com efeito, a exigência legal de que a cláusula de não-concorrência tenha forma escrita sugere mais do que num primeiro momento possa parecer. Esse requisito tem, entre tantas outras finalidades, o objetivo de assegurar ao empregado os reais contornos do ajuste, deixando-o a par do alcance da obrigação a que se comprometeu.

É por isso que essa cláusula deve fazer menção expressa à quantia devida na rescisão contratual a título de compensação pelo período de limitação da atividade (ou ao menos conter critérios para sua fixação), ao prazo de sua duração, às atividades proibidas e tudo o mais que for necessário para que o pactuado possa vir a ser compreendido e cumprido pelas partes sem quaisquer dúvidas.

Omitir essas informações e deixá-las em aberto, para serem decididas unilateralmente pelo empregador, como normalmente ocorre em casos semelhantes, importaria em verdadeiro desequilíbrio na relação contratual, causaria uma vinculação independentemente da contrapartida e, assim, omitiria elementos essenciais à validade do ajuste. Não é possível deixar a execução do acordo ao arbítrio de uma das partes, ainda mais quando ela é a economicamente mais forte.

3.3 Prejuízo

O pacto de não-concorrência é um modo de impedir eventual atividade concorrencial que o ex-empregado queira desenvolver, de forma autônoma ou por conta alheia, após o término do contrato de trabalho.

Essa atividade concorrencial é impedida porque poderá causar danos ao antigo patrão, danos esses eminentemente econômicos e que po-

dem ocorrer por desvio da clientela, utilização de conhecimentos técnicos, divulgação dos planos empresariais futuros, etc.

Em razão do que foi visto no parágrafo anterior, a restrição da atividade do trabalhador a toda e qualquer região somente é admissível quando esse também seja o âmbito de atuação do antigo empregador. Se os concorrentes estão em todo lugar, então se autoriza a restrição ampla; caso eles se limitem a um espaço geográfico reduzido, então é evidente que a este também ficará adstrita a eficácia do ajuste. Entender de forma diferente importaria em subversão da verdadeira intenção da norma legal e, assim em verdadeiro atentado à liberdade de trabalho consagrada na Constituição de Portugal (e Brasileira) e no próprio Código do Trabalho.

Outro ponto que merece destaque é que o Código do Trabalho não exige que os danos ocorram. O art. 136.º, n.º 2, b), fala em atividade que *possa* causar prejuízo ao ex-empregador, ou seja, o importante é que haja a probabilidade de ocorrência do dano caso o trabalho seja realizado na concorrência, por conta própria ou alheia. Assim, a possibilidade de dano, ainda que sem a sua caracterização, já é suficiente para que a cláusula da não-concorrência seja válida e possa ser acionada uma vez violada.

Daí se extrai que não são todos os tipos de atividades junto ao concorrente que podem ser proibidas, mas apenas aquelas que possam causar prejuízos ao anterior empregador. Nada impediria um vendedor, por exemplo, de passar a atuar como mecânico de uma empresa concorrente, porque nesse caso não haveria, em tese, possibilidade de prejuízo: as empresas concorrem entre si, mas o empregado atua em setor no qual não pode causar prejuízos em razão dos conhecimentos que adquiriu junto à antiga entidade patronal.

Em suma, para que esse *possível prejuízo* venha a surgir, basta que o ex-empregado se coloque numa situação de poder causá-lo, seja prestando a sua atividade profissional de forma autônoma no mesmo ramo de atividade da antiga entidade patronal, seja por trabalhar numa função relevante junto a uma empresa que detém interesse direto na implementação e desenvolvimento de atividade econômica concorrente com a exercida pelo anterior empregador.

É só assim que o pacto de não-concorrência se justifica, caso contrário sua fixação não terá fundamento capaz de sustentá-lo e não pasará de um capricho do empregador, insustentável frente à liberdade de trabalho consagrada no texto constitucional e mesmo no “caput” do art. 136.º do Código do Trabalho.

3.4 Compensação financeira

Outro requisito exigido para a validade do pacto de não-concorrência corresponde à fixação de uma compensação financeira ao empregado durante o período de limitação de sua atividade.

Entre todos os requisitos listados pelo Código do Trabalho, talvez esse seja o de maior importância e o que melhor justifique a restrição à liberdade de trabalho imposta pelo pacto de não-concorrência. É que por meio dessa compensação – que tem natureza indenizatória – o empregado encontra um meio de subsistência durante o período de limitação de sua atividade. Presume-se que o trabalhador é mais bem remunerado quando atua em sua profissão e dentro do ramo em que detém experiência, de tal forma que o pacto de não-concorrência traz consigo outro ônus que precisa ser compensado, que é a provável diminuição de rendimentos. Daí, pois, a relevância desse valor a ser pago por ocasião do rompimento do contrato de trabalho, sendo certo que o montante devido poderá ser satisfeito de uma única vez ou em prestações, dependendo do ajuste.

Como já foi visto no subitem 3.2 *supra*, o valor dessa quantia ou a fórmula para sua apuração deve estar expressamente previsto no pacto de não-concorrência. E tanto isso é verdade, que o art. 136.º, n.º 2, c), do Código do Trabalho prevê a possibilidade de uma redução equitativa dessa quantia quando o empregador houver despendido grandes somas com a formação profissional do ex-empregado. Ora, como seria possível estabelecer uma redução equitativa de um valor desconhecido? É óbvio, portanto, que esse requisito – a inclusão do valor da compensação devida ou de critérios para seu cálculo – é imprescindível para a validade do ajuste⁸. Não é outra a opinião de Rita Canas da Silva⁹, que merece transcrição *in verbis*:

⁸ Nesse sentido também a doutrina espanhola: “*Respecto a la cuantía de dicha compensación, que es indemnizatoria (no cotiza a Seguridad Social pero tributa) y no salarial, ésta ha de ser fijada en el momento del pacto, o bien señalar en éste claramente los módulos necesarios para su concreción posterior: Una absoluta indeterminación en esta matéria conduciría a la nulidade del pacto ab origine, sin que fuera posible una subsanación posterior por él órgano jurisdiccional, mediante un pronunciamiento constitutivo.*” (Carlos Molero Manglano *et ali*, **Manual de Derecho del Trabajo**, Thonsom Civitas, 2007, p. 329).

⁹ **O pacto de não concorrência**, Revista de Direito e de Estudos Sociais, n.º 4.

“A falta de estipulação do montante compensatório determina a nulidade do pacto, uma vez que a compensação – e, em concreto, o seu montante ou o critério de determinação – é elemento essencial do acordo.

“Pela incerteza criada quanto ao futuro profissional do trabalhador e indeterminação das conseqüências que uma decisão de desvinculação poderia acarretar, consideramos duvidosa a admissibilidade de pactos que prevejam uma obrigação de não concorrência pós-contratual caso tal venha a ser determinado pelo empregador, sujeitos, portanto, a condição unicamente dependente da vontade do empregador, no momento da cessação do contrato de trabalho. Também, neste caso, o empregador alcançaria, sem custos, a limitação da liberdade de desvinculação do trabalhador na pendência do contrato de trabalho.

“Na ausência de estipulação expressa, não se pode concluir que o pagamento de determinado montante, pelo empregador, em contrapartida de qualquer outro dever assumido pelo trabalhador ou em cumprimento de prestação de outra natureza pelo empregador (por exemplo, complementação de reforma) satisfaz este requisito.”

Outra questão que precisa ser enfrentada aqui diz respeito ao valor da compensação financeira devida pelo ex-empregador. Ela não precisa corresponder ao salário recebido pelo empregado no momento da rescisão¹⁰, mas também não pode ter um valor ínfimo, incapaz de compensar o prejuízo sofrido com a limitação da atividade. De fato, o valor da compensação deve guardar proporção entre o período de inatividade previsto no ajuste e o salário recebido durante a vigência do contrato de trabalho, ou seja, deve haver harmonia entre as obrigações das partes e o necessário resguardo da dignidade do trabalhador.

Para que a compensação seja digna, a doutrina revela que um bom critério para sua fixação envolve prestação equivalente a 50% (cinquên-

¹⁰ Tanto é verdade que a compensação não precisa corresponder ao salário do empregado, que o art. 136.º, n.º 3, do Código do Trabalho, reza que no caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução do contrato por justa causa pelo trabalhador, o montante de compensação é elevado até ao equivalente à retribuição base devida no momento da rescisão do contrato (observada a previsão do n.º 4 desse mesmo artigo), sob pena de não poder ser invocada a cláusula de não-concorrência. Por outro lado, é óbvio que o valor dessa compensação poderá ser maior do que o salário do trabalhador, pois assim também estaria compensando-o condignamente.

ta por cento) do valor do salário mensal por mês de inatividade, referindo-se a exemplos extraídos da Alemanha e da Dinamarca, sob pena de ficar comprometida a subsistência do ex-empregado¹¹.

4. EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DO PACTO

Caso o pacto de não-concorrência venha a ser descumprido pelo empregador, que poderá fazê-lo ao deixar de pagar a compensação financeira a que se obrigou ou por não aumentá-la corretamente nos casos de ter dado justa causa para a rescisão contratual ou realizar um despedimento declarado ilícito (art. 136.º, n.º 3, do Código do Trabalho), então o ex-empregado estará livre para trabalhar em qualquer outra empresa, concorrente ou não, e em qualquer atividade profissional. Nesses casos, a cláusula de não-concorrência não poderá ser invocada.

O ajuizamento de ação judicial por parte do empregado em busca do restabelecimento de referida cláusula também poderá ocorrer, hipótese em que a compensação poderá ser deferida e o trabalhador deverá permanecer obrigado à limitação prevista no ajuste inicial. Nada impede, ainda, que o empregado exija uma reparação alternativa em razão dos prejuízos sofridos durante o contrato de emprego. Explica-se: em função de tal cláusula o trabalhador muitas vezes se vê tolhido na liberdade

¹¹ Na Suécia esse valor é fixado em 60% (sessenta por cento) do salário pago à data da cessação do contrato de trabalho. A esse respeito, a doutrina espanhola citada anteriormente também se manifesta com grande acerto. Veja-se: *“Los criterios de referencia que deben guiar a las partes en la fijación de la cuantía son, principalmente, el salario percibido por el empleado y la duración temporal del pacto. No obstante, la compensación económica no tiene por qué tener como límite mínimo el salario, ni estipularse en función del salario base. Deberá atenderse a las circunstancias concretas del pacto y la limitación de actividad parcial o absoluta que se establezca en el mismo, tratándose, en todo caso, de una cantidad digna. La jurisprudencia sigue un criterio de proporcionalidad o equilibrio de intereses, en cuya virtud hay que conjugar la cantidad que se paga en concepto de indemnización con otras circunstancias que puedan ser relevantes, muy especialmente la relación entre duración del contrato y duración de la obligación de no competencia; así, se han considerado abusivas las cláusulas impuestas por algunas empresas que tras un contrato en prácticas de tres meses fijan un período de no competencia de dos años, y con cantidades además no elevadas (STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de octubre de 2004). Em principio, y con mero carácter aproximativo, cabe señalar que una compensación que equivalga al 50 por 100 o más de la retribución total, o al menos de la retribución fija, cabe considerarla adecuada”* (Carlos Molero Manglano *et ali*, **Manual de Derecho del Trabajo**, Thonsom Civitas, 2007, pp. 329-330).

de escolha de um novo e melhor posto de trabalho durante a vigência do contrato de trabalho, de tal sorte que o descumprimento do pacto de não-concorrência ao final frustraria uma ampla gama de expectativas, deixando para trás prejuízos que devem ser reparados.

Caso o empregado venha a desrespeitar o ajuste entabulado com seu antigo empregador, então duas conseqüências poderão advir: primeiro, o empregado poderá restituir a compensação financeira que recebeu na rescisão contratual, na medida em que seu pagamento não foi acompanhado da correspondente contrapartida, que dizia respeito à inatividade; segundo, poderá haver a reparação dos efetivos prejuízos causados com a atividade do ex-empregado em situação de concorrência¹².

Como não é fácil apurar o valor do prejuízo causado pelo ex-empregado, convém que o pacto de não-concorrência contenha cláusula penal prevendo o valor devido pelo trabalhador para o caso de seu descumprimento.

De fato, a simples devolução da compensação financeira recebida não faria ressarcimento de qualquer prejuízo sofrido pela empresa e sequer penalizaria o empregado faltoso. A aplicação do art. 81.º, n.º 2, do Código Civil de Portugal mostra-se oportuna nesses casos, pois o ideal reparatório importa na devolução da compensação financeira e no pagamento da indenização correspondente aos prejuízos causados à antiga entidade patronal ou, no lugar desta indenização, de uma multa prevista no ajuste.

5. CONCLUSÕES

1. A Consolidação das Leis do Trabalho não contém dispositivo que trate do pacto de não-concorrência, mas seu art. 8.º autoriza o uso do direito estrangeiro nos casos de omissão do legislador. Isso faz

¹² O professor Pedro Romano Martinez, da Universidade de Lisboa, acrescenta o seguinte: “*Do pacto de não concorrência não decorre a invalidade de um contrato de trabalho que venha a ser celebrado em sua violação; nos termos gerais, o incumprimento do pacto de não concorrência constitui um facto gerador de responsabilidade civil contratual em relação ao trabalhador faltoso (arts. 798.º e ss. Do CC) e, eventualmente, de responsabilidade civil delitual com respeito à empresa que tiver contratado esse trabalhador; caso se admita a eficácia externa das obrigações e estejam preenchidos os pressupostos da responsabilidade do terceiro cúmplice.*” (in **Direito do Trabalho**, Almedina, 2005, pp. 619-620).

com que o estudo da matéria à luz do Direito do Trabalho Português ganhe relevância para a resolução de questões trabalhistas nacionais dessa natureza;

2. O pacto de não-concorrência previsto no art. 136.º do Código do Trabalho de Portugal é um meio legítimo de restrição da liberdade de trabalho. Por meio dele, cria-se uma restrição parcial, transitória e justificada à liberdade de trabalho e escolha de profissão;

3. Essa modalidade de ajuste, quando observados os requisitos que os cercam e critérios de razoabilidade, não ofende a liberdade de trabalho na forma preconizada pela Constituição Federal Portuguesa e, assim, não abala a estrutura do Direito do Trabalho;

4. Para que essa restrição seja válida, é necessário que as partes, como em qualquer negócio jurídico, pactuem-na livremente;

5. Outro requisito de validade diz respeito à duração da obrigação de não trabalhar em atividade concorrente e à extensão espacial da cláusula. Ela deve ser proporcional ao tempo de trabalho junto ao ex-empregador, não pode ser pactuada por período superior ao permitido em lei (dois ou três anos, conforme o caso) e pode alcançar todo lugar em que estiver a concorrência;

6. A formalidade é mais um item exigido pelo art. 136.º do Código do Trabalho de Portugal para validade do pacto de não-concorrência. O ajuste deve ser feito por escrito e conter o maior número de informações acerca das obrigações das partes contratantes, sob pena de nulidade;

7. O prejuízo potencial ao ex-empregador é condição necessária para que a cláusula de não-concorrência se justifique, caso contrário não passará de um ato atentatório à liberdade de trabalho;

8. O valor da compensação financeira pela abstinência deve permitir a existência digna do trabalhador. Um critério razoável seria a sua fixação no importe mínimo correspondente a 50% do salário mensal por mês de inatividade;

9. Empregador e empregado podem desrespeitar o pacto de não-concorrência. No primeiro caso, o empregado fica desobrigado do cumprimento da cláusula, pode exigir o seu cumprimento ou, ainda, pedir uma compensação por prejuízos sofridos na vigência do ajuste; no segundo caso, o empregador pode exigir a devolução da compensação financeira que pagou e o ressarcimento dos prejuízos que sofreu, sendo que esta hipótese aconselha a fixação de uma pena no pacto de não-concorrência.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2.^a ed. rev. amp. São Paulo: LTr, 2006.

FERNANDES, Antonio de Lemos Monteiro. **Noções fundamentais de direito do trabalho**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 1976.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. 11.^a ed. Coimbra: Almedina, 2001.

MANGLANO, Carlos Molero et al. **Manual de derecho del trabajo**. 7.^a ed. Navarra: Thomson Civitas, 2007.

MARTINEZ, José António. **Código do trabalho. Comentário a todos os artigos e sua articulação com a legislação anterior**. Lisboa: Livros do Brasil, 2004.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2006

MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del trabajo**. 28.^a ed. Madrid: Tecnos, 2007.

NETO, Abílio. **Código do trabalho e legislação conexa anotados**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho**, partes I e II. Coimbra: Almedina, 2006.

SILVA, Rita Canas da. O pacto de não concorrência. **Revista de direito e de estudos sociais**. Lisboa: Verbo Postal, n.º 4: 283-305, 2004.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Curso de direito do trabalho**. 2.^a ed. atual. Lisboa: Verbo Postal, 2001.

THE DEVELOPMENT OF SYNDICALISM IN BRAZIL AND THE CONVENTION 87 OF THE ILO – CONSTRAINTS AND CHALLENGES¹

Otavio Augusto Reis de Sousa²

“Fans Howl in Protest as Judge Decides X-men Aren’t Human - Judge Judith Barzilay huddled late last year with a telepathic professor and a cast of mutants to ponder an age-old question: What does it mean to be human? Wall Street Journal, January 20, 2003”.

1. INTRODUCTION

In order to address the main concern of this brief paper we choose to start by an enigmatic decision of the U.S. Court of International Trade, in New York, that examined a very sensitive matter: If the X-men were to be considered human or not, do to their unique features or abilities.

In the 30 pages decision after six years of litigation it was decided that they should not be considered humans. The case appears on its face to be a tax matter, if the plastic artifacts imported from China were ruled human Toy Biz Inc. one of Marvels subsidiaries would be subject to 6.8% rate for toys, instead of the 12% import duties for dolls, for the majority of imports during the 1990’s, involving substantial amount of money.

The main reason for litigation, the US tariff code, at the time defined human figures as dolls, while toys would imply a representation of animals or “creatures”³

In law, creating and enforcing a distinction that chooses between two different approaches to the same reality is hardly an easy task.

¹ Trabalho apresentado no Graduate Seminar in Law and Society Law 502, na University of Victoria ao Prof. Judy Fudge

² Professor do Mestrado em Direito da UFS

³ Wall Street Journal, January 20, 2003 article by Neil King Jr. online:

The problem lies on the fact that more often than we would like we find ourselves in what can be described as “blurred boundaries”⁴. These blurred boundaries involve the simple but awkward perception that within the spectrum of colors between White and Black⁵ one can find an infinite shadow of gray, that is hard to classify.

The reason we choose the opening quote, as we will see, is deeply attached to our subject of study in this paper: the trade union movement in Brazil.

To understand the constraints or ways it is shaped by internal law and to identify points of collision to the convention 87 of the International Labor Organization (ILO) will be the main concern of this brief essay.

We will not discuss here if Brazil should ratify convention 87, that will be the essence of our thesis in a future Ph.D. essay. Nor will we even suggest a broader concept to the idea of freedom of association than the one endorsed by the ILO⁶ that is for us clearly narrow. These two issues will be addressed in a proper form and time, as they demand a much broader word limit than is aloud in this essay.

To address the two important concerns above, we will draw on the particular experience in the trade unions that Brazil has. We will also point out the different paths in which important issues, concerning freedom of association, are up held in Brazilian Labour Law⁷.

We will suggest during the essay that the unique nature of Brazilian trade unions can only be understood as a hybrid being, a mutant, but nevertheless a valid and unique form of trade unionism.

1.1 Trade Unionism in Brazil – Origins

Political and Legal Framework.

As the new movie⁸ in the X-men series, the Brazilian trade unions are themselves unique “creatures”⁹.

⁴ Rebecca Johnson. Blurred boundaries: a double-voice dialogue on regulatory regimes and embodied space. *Law Text Culture*. Vol. 9. 2005.

⁵ In optics White is defined as

⁶ We will study freedom of association, as the ILO Digest officially understands it.

⁷ We will study Brazilian trade unions as an “insider”. We deal with the specific legislation as a Judge in a Brazilian Labour Court since 1996 and as a University Professor since 1999.

⁸ Wolverine – Origins. In the theatres on May 12009 explains the life of the most popular X-men Wolverine Who is, for the record, Canadian.

⁹ We use the term between comas to indicate strong disagreement with the court decision.

To understand the trade union movement in Brazil we have to address the formation of unions and labour law in Brazil¹⁰.

Until 1888, while in Europe industrialization was strong and labour movements and industrial rights were the epicenter of a social and legal debate, Brazil was still embedded in slavery.

Only in 1888 with the “Lei Aurea” was slavery banned in permanent term from Brazil after two previous minor attempts¹¹.

In the beginning of the 20th century Brazil could hardly be described as a “industrialized” country.

The reality at the time was a country struggling to get free from a dependency on a single agricultural good, first sugar cane, than coffee.

In this framework President Getúlio Vargas in the 1930’s rose to power with a populist discourse, proclaiming himself the “father of the poor”. In 1937, through revolution, the dictatorship of Vargas was implemented. Vargas amended the Constitution and shuttled down the congress, giving him-self power to legislate.

Precisely in 1942, the Brazilian version of a labour code (CLT)¹² was published, being in effect from 1943.

It is important to stress that the CLT is still the basic legal norm in Brazilian labour system, with some adjustments made by the new Brazilian constitution of 1988.

The legal system designed by the internal law (CLT) to address trade unions was as restrict as it could be. This is because it followed the undeniable perception of the inherent conflict between an effective syndicalism and a dictatorship of the right wing.

One of many curious turns of the design system, since nationalism was emphasized at the time, was that the right to strike was forbidden,

¹⁰ The historic background draws on Irany Ferrari e Amauri Mascaro Nascimento “História do Trabalho”. In: *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. (São Paulo: LTr, 1998); Otávio Augusto Reis de Sousa: *Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho*. (São Paulo: LTR., 2002) 1- e *Direito e Processo do Trabalho*. (Rio de Janeiro: Forense, 2008); Mozart Victor Russomano. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro, Forense, 1997; Francisco Antonio de Oliveira, *Who is Singing L’Internationale Again? A Brazilian Illustration* (London: Boaventura de Sousa Santos ed., 2004) 321-351.

¹¹ Previous legislation liberate slaves older than 60 years old and newborns, with no social effect.

¹² The Consolidation of Labour Law is not a code in the true meaning but a systematic reunion of the most important norms at that time(1943), with few innovations, but it lacks the formal complexity and internal coherence of a codification.

by article 27 of the Constitution of 1937 as an anti-social manifestation. The trade unions had to be previously recognized by the State Authority through the Ministry of Labor, Industry and Commerce. The recognition act was completely discretionary.

In addition, a set of key principles was established: first - workers could only have one union in the same geographic base and the base could not be smaller than a municipality; second – the unions would be sustained by an indirect state contribution, obtained by taxation of 1 day of salary of each worker in Brazil in March of each year that was divided among unions, federations and confederations recognized by state; third – the labour issues that the worker as employers failed to resolve were subject to compulsory judicial arbitration.

The first re-democratization of Brazil was implemented in 1946 after Vargas left power, but until today Brazil relies on the same basic industrial law, the “CLT”.

In the 1970’s, as with much of the South American countries, Brazil was again a dictatorship. However, the major point for Brazil was with the new Constitution of 1988, which once again re-democratize Brazil, and successfully cut off part of the State intervention over trade unions.

Substantial changes were implemented, the most relevant was the possibility of the existence of trade unions without the need of the State compliance and authorization, according to article 8 from Brazilian Constitution.¹³ The same provision proscribes State intervention or dissolution of trade unions, revoking the contrary provisions of the CLT.

The right to strike is explicitly recognize by article 9 of the constitution and regulated afterward by the Law 7889/89.

Despite important legislative changes, the norms regarding trade unions in Brazil still collide with convention 87 of the ILO.

1. 2. Sociological Framework

Considering the legal and political framework discussed above, it is important to stress that unionization was a sociological endeavor and that the evolution regarding labour law and therefore was one of its most important aspects: freedom of association is tied to the way the specific country industrialized and internalized the capitalist mode of production.

¹³ Article 8:

One concept has to be made clear, wage labour¹⁴ is a capitalist reality created by the industrial revolution and re-enforced by the law on a daily basis and not, as ideology sometimes suggests a universal concept, therefore it evolved differently in each country and culture¹⁵.

Unionism, as a social process, is typical of the industrial revolution and the perception of the existence of class struggle. Capitalism was structured over three main ideas: generalized production of commodities, production of commodities for profit and wage labour¹⁶.

The third is wage labour and in order to make it possible capitalists deprived the worker from propriety, since the enclosure of land in England, but through a process of “primitive accumulation” that is still an on going process in the developing countries. The modern form it takes in our days in Brazil is privatization. In essence, the violence is inherent of capitalism and necessary to extract and concentrate private propriety with the capitalists and oppressing the majority of population that are deprived and are forced to sell the only commodity they have, labour, in order to be included in the economy.¹⁷

Wage labour is the visible face of labour as a commodity, and if

¹⁴ The usual form associated as wage labour is the employment relation that can not be confused with work. “Despite the fact that during the 20th century employment has come to be treated as synonym for work, these terms are not equivalent. Employment is a mere subset of the broader domain of work, it emerged as a specific legal category in England in the 19th century to specify the rights and obligations that comprised a bilateral labour market contract. Work, by contrast, captures a much broader range of productive activity, including the labour of small independent producers and women in the household” Judy Fudge and Eric Tucker. *Law, Industrial Relations and the State. Pluralism or Fragmentation? The Twentieth-Century Employment Law Regime in Canada* in *Labour/Le Travail*, 46, (Fall 2000), 251/306 at 251.

¹⁵ Ulrich Bech, *A thousand Worlds of Insecure Work in Brave New World* (Cambridge: 2000) 92-109. “Talk of Brazilianization sets aside any assumption that the establishment of the western work society (omissis)... is a universal process. For industrialization does not stipulate any particular social or political accompaniment; neither the structure of income and employment, nor the mobility and regulation of labour, nor the organization of interest, has to be of a certain kind for the industrialization process to occur. Rather these aspects will depend upon the specific cultural conditions and the actors involved” The article draw on the so called “brazilianization” of Europe, in reverse euro-centrism, denied by the author. The cultural premises are well founded, despite the undeniable prejudice in the way the analyses flow and the important objection that most of Brazilian laws regarding flexibility over industrial relations were copied from european norms, particularly from Spain.

¹⁶ Alfredo Saad-Filho, *Anti-Capitalism – a Marxist Introduction* (London, Pluto Press, 2003) 30.

¹⁷ See

capitalism is based upon the primitive accumulation by dispossession, even Marxist ideas, of the distinction between free and unfree labour would have inevitable shortcomings.

The first antecedents of unionism in Brazil occurred in 1872 by the so-called “Ligas Operarias de Socorros Mutuos” (Multiple Assistance Workers Gatherings) but since then real development has started, after the end of slavery, by unions of agricultural workers. The first of these was legally recognized in 1903¹⁸. This led to a natural development since Brazil, as we showed previously, was at the time mainly a rural economy. Urban unions were formally allowed in 1907¹⁹.

The union movement in Brazil was heavily influenced in the beginning from the strong process of immigration.²⁰

The settlement of European immigrants²¹ in the Southeast, particularly in the far South of Brazil, changed the actual face of the population in the three Southern provinces. The provinces now are for the majority white and have preserved much of their original culture, including the immigrants’ particular political views of the world, but is important to remember that most of them were anarchists.

Even with the arrival of new immigrants after the Second World War, there were mostly Italians, but by this time, there were even immigrants from Japan. The unionism in Brazil, after the foundation of the Communist Party in 1922, took a different political curve. The Marxist unionism became more influential as stated by Oliveira: “the only competitor to communist-oriented unionism ended up being the Getulista labor movement.”²²

In the 1970’s Brazil went through the “economic miracle” with internal wealth growing at rates near 10% a year under the military regime.

The contemporary syndicalism in Brazil was formed, or re-born, in the context of our real industrial revolution that only took place in the 1970’s, mainly during the military regime 1964-1984.

¹⁸ Decreto 979/1903

¹⁹ Decreto 1637/1907

²⁰ In the beginning of the century Brazil was flooded by immigrants from Italy, Spain and Portugal.: “the presence of anarchism and anarchy-syndicalism in the South and Southwest flourished in a pre-second industrial revolution environment”. Francisco Antonio de Oliveira, *Who is Singing L’Internationale Again? A Brazilian Illustration* (London: Boaventura de Sousa Santos ed., 2004) at 334.

²¹ Brazil has the largest Italian population outside of Italy. See -----

²² Francisco Antonio, *supra* note 18 at 334.

The major settlement of the most important auto-maker at the time (Volkswagen, Fiat, GM and Ford) in the cities surrounding Sao Paulo area (the ABC region²³).

Sao Bernardo was the birthplace of the most important union in Brazilian syndicalism, the Metalworkers Union. The importance of this union is evidenced in the fact that the current president of Brazil, Luis Inacio Lula da Silva, was previously the most influential leader of this trade union.

During the dictatorship a important process of political change faced syndicalism and left behind the communism political view.²⁴ The country moved forward in a de-ideologization process of acceptance of capitalism and as the Fordist agreement, alienation of labour in exchange for better wages as described in by Braverman: "In this move (Henry Ford's payment of a US\$5,00 daily wage) can be seen a second element in the adjustment of workers to increasingly unpopular jobs. Conceding higher relative wages for a shrinking proportion of workers in order to guarantee uninterrupted production was to become, after the Second World War, a widespread feature of corporate labor policy, especially after it was adopted by union leadership".

The re-born syndicalism escaped the legal framework, forming two major alliances at the national level. Besides the unions, federations and confederations that were bound by the law to definitions by professions or sectors a spontaneous movement emerged forming the most powerful feature of Brazilian unionism called "centrais". Two major "centrais" emerge CUT (Central Unica dos Trabalhadores) and CGT (Central Geral dos Trabalhadores). Their existence was not a legal phenomena but a social one, they were not tied to the concepts of professions or sectors, they reunited unions from a variety of sectors, from auto-makers to agricultural workers, their main difference was ideological.

The first one (CUT) was essentially left wing *with strong ties* to the landless social movement and to the *Workers Party*. In essence, CUT was until 2004 opposed to the state political project towards, labour and the economy that aligned with the neo-liberal movement. The CGT was, at least until 2004, less political but inclined to a unionism the recalled the Getulism project of the 1930's and essentially, not opposed to the established state power.

²³ Three cities named the ABC region: Santo André, Sao Bernardo and Sao Caetano.

²⁴ In our days communist view minority inside (CUT) and in its political counterpart the workers Party.

After the workers party rose to power, the boundaries were not as clear. The presidential election of 2004 and the re-election of 2008 set the major “central” in a dilemma. CUT’s discourse was based on a radical opposition to state power. How can it be preserved after the worker’s party achieve the Presidency?

CUT’s new ideological project for the future is unclear.

The new trend is for the legal reception in 2008 of the “centrais” in the legal framework of the industrial relations regime. The new law²⁵ defines “centrais” as a reunion of more than 100 unions, split among at least 3 different regions of Brazil²⁶, in at least 5 different economic sectors. And the most astonishing piece of the new legislation requires that the central represent at least 7% of the workers in Brazil. As it currently is, the legal framework explicitly avoids creation of new “centrais” and secures the monopoly of CUT and CGT.

Law 11.648/2008 only avoids fragmentation in the higher level of trade unions structure²⁷ (centrais) The unions at the base level have become too large during the last five decades and are, for the majority, weak. The numbers are not confirmable, but records from the Ministry of Labour show the existence of over 20,000 different unions in Brazil and this number is undoubtedly increasing.

As in the rest of the world the levels of active participation is decreasing in unionism but the growing number of unions is easily explained by the indirect public financing of unions - the so called “imposto sindical” (union taxation).

Shades of Gray, between Black and White, or as we defined it earlier, our trade union system is a *mutant* system, empowered by norms from two opposite systems (Brazilian internal and contradictory law and fractions of the 87 and 98²⁸ conventions) and irreducible to just one of them.

And the questions persist:

Should we change Brazilian trade unions legal system to make it look more European and let it live?

²⁵ Law 11.648/2008

²⁶ Brazil has five different geographic regions.

²⁷ Brazil has 4 levels: unions, federations, confederations and centrais.

²⁸ Brazil ratified in 1952 convention 98 but the ILO has made observations about the failure in compliance with some important aspects, such as the existence of compulsory settlement of collective disputes by labour courts. See Brazilian Constitution - article 114,§2 and § 3.

Or, perhaps worse, at least for a long time Marvel fan, should the *mutant* system (of Brazilian trade unions) be terminated, to protect the humans (the legal systems that follow convention 87 and therefore are not “abominations”)?

2. CONVENTION 87 AND FREEDOM OF ASSOCIATION – THE HUMAN PERSPECTIVE OF TRADE UNIONS AND THE MUTANT COUNTERPART – BRAZIL – NORMATIVE COMPARISON

Freedom of Association cannot be studied in the context of this paper without a brief explanation of convention 87 and the idea of core labour rights.

The development of freedom of association is rooted in two main documents, both from 1948. Convention 87 and the Universal Declaration of Human Rights, despite the fact they were not the first ones to address the issue as stated by Swepston²⁹:

“The inclusion of this principle in the universal Declaration had been preceded less by its inclusion in three important ILO instruments. The first of these is the ILO Constitution... When in 1944 the ILO adopted the Declaration of Philadelphia, the second of these fundamental texts, and in 1946 incorporated it into the Constitution, it reaffirmed freedom of association ... The third of these fundamental texts was the freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948(No 87)”

The development of freedom of association also led the United Nations, in 1966, to codify “the principles laid down in the declaration in two seminal text: the International Covenant of Civil and Political Rights, and the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights. Both Covenants came into force ten years later, once they had received a sufficient number of ratifications”³⁰.

²⁹ Lee Swepston. Human rights Law and freedom of association: Development through ILO supervision, *International Labour Review*, Vol. 137 (1998), no2, 169-184 at 170.

³⁰ *Ibid.* at 172.

This field evolved more recently with the new concept of core labour rights, when in 1998 Mundlak³¹ summarized the idea in a few words “core labour rights distinguish the right of freedom from forced labour, the prohibition of child labour, and the guarantees of freedom of association and gender equality in the labour market from the other labour standards promulgated by the ILO”.

The so called “core labour rights” that we address in other chapter of our on going thesis are strongly criticized by the reductionist list of rights and by critics both inside and outside the ILO. Engaged in complement with the “decent work agenda ...it seeks to complement the short-list with three other pillars, namely – promoting widespread access to jobs and income, strengthening social protection, and strengthening social dialogue”³²

The international legal framework is intertwined with Regional instruments³³, which also protect the concept of freedom of association. Brazil’s freedom of association is also upheld at the regional level by the American Convention on Human Rights (Pact of San Jose, 1969), which in article 16 amplified the idea of Freedom of Association, affirming that no one should be compelled to belong to a trade union.

Is easy to realise that freedom of association is a concept, rooted and recognized in most of the occidental world and for a growing number of scholars it is attached to the human rights agenda,³⁴ but what does freedom of association means to the ILO?

We are forced to recognize that far from a comprehensive concept of freedom of association,³⁵ convention 87, from the ILO, sustained a liberal concept that could be “a double edged sword”³⁶ in countries with “a powerful labour movement”³⁷.

³¹ Guy Mundllak, *The right to work – the Value of Work* -----at 348.

³² Ibid. at 349.

³³ For other examples see in for Europe – The European Convention on Human Rights (1950) and The European Social Charter (1961).

³⁴ See Guy Mundllak, *supra* note 29 and Lee Swepston *supra* note 27.

³⁵ A problem addressed in a previous chapter on our thesis as yet still undefined but that should be define in a way to strength the labour movement, instead of weakening it.

³⁶ Teri L. Caraway, *Freedom of Association: Battering ram or Trojan horse?*, *Review of International and Political Economy*, 13:2, May 2006: 210-232 at 212.

³⁷ The case study in the article is Argentina but we think it applies, to Brazil as well, since the two legal systems have in this matter many similar provisions..

Convention 87 attempts to impose a competitive relation between unions that might collide in Brazil with the strongest form of syndicalism we have, the “centrais” and have the adverse, and opposite outcome of weakening the trade union system.

As Caraway explains: “This liberal interpretation of freedom of association views ‘freedom’ as a market for unions in which entry barriers, competition, and equality of treatment must be respect. A regulatory environment of free competition, however, has potentially negative effects on the power of unions. Low membership requirements and multi-unionism at the plant level facilitate fragmentation.”³⁸

The ILO definition found in convention 87 is comprised of some essential components. First, it emphasizes the workers and employers right to establish their organizations, and join organization of their own choosing (article two); to control the internal affairs of this organization free from State interference or dissolution, with a few exceptions (articles three and four); and that the acquisition of legal personality should not be subject to conditions in a way that restricts articles two, three or four (article seven).

The Brazilian legal system partially rejects some of the concepts described above. The Brazilian Constitution (B.C.) of 1988 embraces the right to constitute unions, but does not recognize multi-unionism; on the contrary it imposes a trade union monopoly. Article 8, II, of the B.C. prohibits the creation of more than one trade union representing workers or employers in the same territorial area, which cannot be smaller than the area of a municipality. .

The inherent conflict is inevitable.

According to the Digest of Decisions of the Committee on Freedom of Association³⁹ the respect of the principle demands two constraints.

First: internal law should not demand an overwhelming number of members to create a trade union⁴⁰. Since the Brazilian legislation, after the 1988 Constitution, does not demand a certain amount of workers, this interpretation is not problematic.

However, the second constraint is more appealing. According to paragraph 286, combined with paragraph 287, of the Digest “unification of

³⁸ Caraway, *supra* note 34 at 219.

³⁹ The Digest reflects the official position of the ILO regarding the implement of Convention 87.

⁴⁰ The Digest **suggests** that 20 members, for example, is an acceptable number, but 100 is excessive (paragraph 254).

the trade unions movement imposed through state intervention by legislative means runs counter to the principle embodied in Articles 2 and 11”.

Brazil’s legislation imposes a monopoly over trade unions, it could be argued that the ratification of 87 is impossible unless Brazil removes the Constitutional provision of article 8, II.

Nonetheless the question persists even though Brazilian authorities have signed the intention to comply - should Brazil change this constitutive feature of internal trade unionism?

Historically, the outcome of the provision was to avoid a even greater fragmentation on the base of trade unions, since the strongest part of the trade unions movement in Brazil is the “centrais” and it is not the first, second or third levels (unions, federations and confederations) we explained earlier. To enforce the interpretation of freedom of association would cause an increase in the number of unions in Brazil (which are already overwhelming) and result in deeper fragmentation and weakening of the system.⁴¹

Another difference has to be addressed, Brazil ratified the pact of San Jose and therefore the Brazilian Constitution in addition to containing the right to join a trade union, also recognizes the negative counterpart⁴² – affirming that no one should be compelled to belong to a trade union. The note is very important because in systems like Brazil, trade union security clauses⁴³ and practices are void. In this frameworks, the forceful unification of the trade union movement became increasingly important since unions are deprived from any coercive means of being representative and increasing their numbers, among workers, such as the popular North American use of closed shop clauses.

The second differential constitutive of Brazil’s Legal System over trade unions is the existence of a compulsory trade union tax, also referred to in article 8 or the Brazilian Constitution. This system of financial support over trade unions⁴⁴ collides with article three and to the whole idea of financial independence regarding the state. As Lee Swepston explains:

⁴¹ For a glimpse of a similar system (Argentina) colliding with the interpretation held by ILO regarding freedom of association, see also Caraway, supra note 34 at 224.

⁴² The convention 87 does not recognize the right not to join a trade union, which remains under internal law.

⁴³ Such as closed shop, or yellow dogs.

⁴⁴ CLT article -----

“Concerning financial administration, the committee of Freedom of Association has stated that...provisions which give the authorities the right to restrict the freedom of a trade union to administer and use its funds as it wishes for normal and lawful trade unions purposes, are incompatible with the principles... which presuppose financial independence.”⁴⁵

In Brazil the state has the role of partially managing this compulsory trade union tax. This state management is not compatible with convention 87, but once more, creates a new perspective, since the tax is a way to strengthen the trade union system. It involves a highly debated question in contemporary syndicalism, how to sustain trade unions in a global reality where the number of members and union representatives is declining.

CONCLUSION

Brazilian reports to the ILO suggest future reforms in the trade union system. The union reform before 2004 and the election and re-election of president Lula was strongly supported by the major power in Brazil trade unionism (CUT).⁴⁶

After the failure of the National Labour Forum, which was established in 2004, and in which we participated⁴⁷ the reforms did not developed as expected and no significant changes were implemented.

Brazil remains not in compliance with Convention 87, but the analyses of the particular way we address union financing or even multi-unionism, can be in some ways helpful, particularly, in countries with

⁴⁵ Swebston *supra* note 27 at 185.

⁴⁶ CUT changed the original position in order not to address the themes anymore after it conquered state power with its political arm – workers party. For the original political discourse see Roberto Veras, Metalworkers, the “Strike Festival” and the possibilities of a National Collective Contract *in* Another Production is possible (London: Boaventura de Sousa Santos ed, 2004) 352-380. See also Mozart Victor Russomano. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

⁴⁷ The National Forum of Labour held discussion in each province over the most important and contemporary issues in Brazilian Industrial relations law, with scholar, workers, employers and State Authorities. After that the Executive proposed legislative changes, most of them never implemented. We participated in the first round of debates held by the ministry of labour in Sergipe lecturing over globalization and how it impacts Brazilian Labour Law.

an insipient degree of trade union development. The example of Brazil regarding union financing is applicable, even in developed countries.

We are not talking about Brazilianization of the West⁴⁸ but asserting that in comparative law studies, in some extent, “borrowing is often creative.”⁴⁹

We predict, that some concepts, as the Brazilian way of financing unions, can be transported to “English legal soil” or other soils as “legal irritant” or a “healthy infusion” with potential “to trigger whole series of new and unexpected events” in the process of internalizing the transferred norms.

Maybe the Brazilian way regarding the two conflicting aspects referred to above, can be transported and internalized in a different and creative way by the ILO instead of the other way around, with focus on empowering the trade union movement.

To do so, with have to be able to “accept diversity and not to attempt to create sameness.”⁵⁰ In comparative law, similarity is not a necessity for fruitful cross-fertilization.⁵¹

Not only legal evolution but also human evolution was made by disagreement and diversity. Acknowledgment of diversity is therefore essential in our path to a more human system of industrial relations and syndicalism, but also being able to accept difference and to embrace it.

To answer the initial question posed at the beginning of this paper, instead of been frightened, or belligerent with the “other” – the mutant - we should embrace the concept that in the end there is always an important and overwhelming similarity that defines humanity.

The mere fact of having “extraordinary and unnatural...power” as Judge Judith Barzilay described⁵², or even the ability to easily heal and have

⁴⁸ The negative way the word is defined and the whole framework draw by Ulrich Beck *supra* note 13 ignore the concept of “legal irritant” see Andrew Harding and Esin Orucu, *Comparative Law in the 21st Century* (London: 13-03-09

⁴⁹ Teubner at 12.

⁵⁰ Orucu *supra* note 46 at 12.

⁵¹ The question is posed by Orucu *supra* note 46 at 16 and we anticipated the answer.

⁵² The conflict between mutants and normal humans is often compared to conflicts experienced by minority groups in America such as Jews, African American. Also, on an individual level, a number of X-Men serve as metaphorical function as their powers illustrates points about the nature of the outsider. Do to the nature of this quote based on comic books we draw this ideas from the controversial wikipedia. Is important to realize that the same dynamic referred above applies to the political conflict between the G-8(developed countries) x G-20(developing countries) . De-

indestructible claws as Wolverine, or telepathic power as Professor Xavier is not the only factor in determining someone's humanity, the overwhelming fact is that the mutants have a "distinctive individual personality."⁵³

We will not try to innovate the most ancient question of what defines humanity.⁵⁴ But we can be certain that our humanity does not lie on our physical form or abilities. Our humanity lies in another non-superficial component yet to be defined.

"The X – men are hated, feared and despised collectively by humanity for no other reason than that they are mutants. So what we have here, intended or not, is a book that is about racism, bigotry and prejudice"⁵⁵

In the end of the day, X-men and Developing countries, as Brazil, are engaged in the same fight, trying to be accepted without denying who they are.

THE END

REFERENCES

Bech, Ulrich A thousand Worlds of Insecure Work in **Brave New World**. (Cambridge: 2000) 92-109

Caraway, Teri L., **Freedom of Association**: Battering ram or Trojan horse?, Review of International and Political Economy, 13:2, May 2006: 210-232

Fudge, Judy and Eric Tucker. **Law, Industrial Relations and the State**. Pluralism or Fragmentation? The Twentieth-Century Employment Law Regime in Canada in *Labour/Le Travail*, 46, (Fall 2000), 251/306 at 251.

Harding, Andrew and Esin Orucu, *Comparative Law in the 21st Century* (London: 13-03-09

veloping countries are often described and treated in the political arena as barbaric and their cultural differences are most of the time ignored in international forums.

⁵³ Wall Street Journal, January 20, 2003 article by Neil King Jr. online:

⁵⁴ We leave to the reader the task of finding out what defines humanity that might take a lifetime.

⁵⁵ *Uncanny X-men*, from the writer Chris Claremont – 1981.

Johnson, Rebecca. Blurred boundaries: a double-voice dialogue on regulatory regimes and embodied space. *Law Text Culture*. Vol. 9. 2005.

Mascaro Nascimento, Amauri e Irany Ferrari “História do Trabalho”. *In: História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. (São Paulo: LTr, 1998)

Mundllak, Guy **The right to work – the Value of Work**.

Oliveira, Francisco Antonio de, Who is Singing L’Internationale Again? A Brazilian Illustration (London: Boaventura de Sousa Santos ed., 2004) 321-351.

Russomano, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. Rio de Janeiro, Forense, 1997

Saad-Filho, Alfredo, **Anti-Capitalism – a Marxist Introduction** (London, Pluto Press, 2003)

Sousa, Otavio Augusto Reis de, **Direito e Processo do Trabalho**. (Rio de Janeiro: Forense, 2008).

Sousa, Otavio Augusto Reis de, **Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho**. (São Paulo: LTR., 2002)

Swepton, Lee. **Human rights Law and freedom of association: Development through ILO supervision**, *International Labour Review*, Vol. 137 (1998), no2, 169-184

Veras, Roberto, Metalworkers, the “Strike Festival” and the possibilities of a National Collective Contract *in* Another Production is possible (London: Boaventura de Sousa Santos ed, 2004) 352-380.

Wall Street Journal, January 20, 2003 article by Neil King Jr. online:

TEORIA DOS BENS E A ESSENCIALIDADE DOS MEDICAMENTOS: A funcionalização da propriedade em prol dos valores existenciais

Pedro Marcos Nunes Barbosa¹

Resumo: O artigo analisa (e propõe) releitura à Teoria dos Bens, de modo a funcionalizar os direitos das propriedades em prol dos valores existenciais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, propriedades, valores existenciais.

Abstract: The article examines property rights as a path to the realization towards constitutional rights.

Key Words: Fundamental rights, property rights, moral rights.

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho será abordada a teoria clássica dos bens, bem como as vicissitudes históricas que levaram a tutela da propriedade conviver e conflitar com outros direitos de igual ou maior importância.

Um tanto distante do direito de propriedade “*inviolável e sagrado*”, tal como propunha a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789, o direito real “por excelência” sofre mitigações distintas de um ar sacro e invencível.

Após o capítulo que cuida do viés proprietário - enquanto título ao invés de função -, será enfrentada a divergência existente entre titulares e não titulares, além do direito ao “patrimônio” mínimo dos últimos em especial no que cuida do polêmico tema da saúde pública.

Nesse sentido, será avaliada a jurisprudência que cuida dos embates entre partes privadas, e dos particulares para com os entes públicos.

¹ Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Propriedade Intelectual pela PUC/RJ, Professor e Coordenador da Pós-Graduação em Propriedade Intelectual da PUC/RJ, advogado associado do escritório Denis Borges Barbosa.

Ato contínuo será enfocada a relação das patentes para com o direito de acesso, os abusos cometidos pelos titulares, e os remédios existentes para que tantos embates judiciais sejam adequadamente resolvidos.

Por fim, relacionaremos os aspectos proprietários em consonância com os valores existenciais almejando uma ponderação pertinente de direitos – hoje – contrapostos.

2. UM POUCO DE HISTÓRIA

A visão clássica da propriedade abrangia o senhor feudal com o objeto de sua riqueza: gigantescos latifúndios onde os vassalos e vilãos exerciam suas atividades. A corvéia era a contraprestação dada ao dono do feudo pela proteção e uso da gleba².

Com o advento da revolução francesa, “*O indivíduo [se torna] proprietário de sua própria pessoa e tem capacidade de agir independente dos outros. Essa autonomia significa liberdade de agir; liberdade confunde-se então com propriedade. Ser proprietário significa ser livre. Justifica-se a propriedade na liberdade, e a liberdade na propriedade*”³.

Portanto, não ser titular-proprietário significava ser excluído de sua plena liberdade. Os derradeiros ideais iluministas *égalité et fraternité* – factualmente -jamais saíram do imaginário. Na prática, tal constatação resulta na seguinte conclusão:

*“quem pode ter é sujeito de direito, mas somente **será** sujeito na medida em que **tenha**. É a propriedade que qualifica o sujeito. Os não-proprietários (apesar de poderem, aos olhos do direito, sê-lo) são como ausentes da ordem jurídica, verdadeiros fantasmas à luz do dia. Nesses quadrantes tudo ainda se reduz a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de direito: aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar e até contrai núpcias. Para estes, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do direito civil; para os demais, o limbo”⁴.*

² KOSHIBA, Luiz. *História do Brasil*. 7. ed. São Paulo: Atual Editora, 1996, p. 4

³ CORTIANO, Eroulths Junior. *O Discurso Jurídico da Propriedade seus Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2002, p.91.

⁴ *idem* p. 121.

Mas no desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos, tal ótica se tornou insustentável, pela exclusão da grande maioria dos destinatários. HART preceituava que apenas um sistema igualitário faculta a manutenção de uma estrutura jurídica:

Se o sistema for justo e assegurar genuinamente os interesses vitais de todos aqueles de quem pede obediência, pode conquistar e manter a lealdade da maior parte, durante a maior parte do tempo, e será consequentemente estável. Pelo contrário, pode ser um sistema estreito e exclusivista, administrando segundo os interesses do grupo dominante, e pode tornar-se continuamente mais repressivo e instável, com a ameaça latente de revolta. Entre estes dois extremos, podem encontrar-se várias combinações destas atitudes para com o direito, frequentemente no mesmo indivíduo⁵.

Na prática, os não titulares passaram de uma atitude passiva, conformista, para uma luta social em busca de seu “*lugar ao sol*”, de sua terra, posse, de seus bens⁶, de sua cidadania⁷.

Assim, temos hoje uma perspectiva distinta da clássica visão proprietária da sociedade, ainda que a integração completa dos destinatários do ordenamento pareça algo utópico.

3. TEORIA DOS BENS: *A propriedade continua sendo conceituada como forma (título) ao invés de efetividade (utilização)*⁸.

A teoria dos bens abrange parte considerável do direito civil, basicamente incidente sobre os direitos reais, mas, hoje, também, defende-se sua aplicação sobre os direitos obrigacionais.

⁵ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, p. 218.

⁶ Entre outros grupos destacamos a atuação – nem sempre republicana – do Movimento dos Sem Terra: <http://www.mst.org.br/especiais/9>, acessado em 08.09.2009, às 14:23.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 3: “*O sujeito ativamente é cidadão e passivamente é súbito*”.

⁸ Completando a assertiva de Eroulths Cortiano Junior, Luiz Edson Fachin arrebatou: “Se o direito de propriedade deve ser individual, o seu exercício deve ser social”, *in op cite* p. 66.

Em que pese à existência dessa subdivisão clássica, a doutrina bem aponta sua atual e inescusável aproximação⁹. Tal convergência também pode ser apurada tendo em vista a importância dada ao princípio da boa-fé objetiva, perpassando eventuais contraentes, para a realização do que foi pactuado, enquanto objetivada a segurança jurídica¹⁰.

Mas a concepção vetusta da propriedade enquanto algo abstrato, de poder indefinível, lhe garantiu - por muito tempo - a possibilidade continua e sua ilimitada permanência.

A propagação ideológica de que a legislação deverá ter como escopo normas abstratas¹¹, acabou por sepultar o exercício da igualdade material perante sujeitos tão desiguais.

Os princípios da solidariedade, a pressão por medidas que atinxissem a igualdade material, bem como o reconhecimento recíproco da subjetividade social em face da subjetividade abstrata, permitiram *“que [fosse] expressa uma nova realidade econômica, principalmente no que toca à distribuição de renda, à assistência às classes desfavorecidas e ao uso não egoístico dos bens, renovan-*

⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2007, P. 204: *“As situações reais não se reduzem ao exclusivo dever genérico de abstenção por parte de terceiros; elas, especialmente aquelas limitadas de gozo, caracterizam-se pela presença de obrigações específicas integrativas. Não existe, portanto, uma precisa separação entre situações creditórias e reais: frequentemente situações obrigacionais integram-se com interesses mais amplos e constituem situações complexas”*.

¹⁰ *“é o princípio da boa-fé objetiva, não já a função social do contrato, o fundamento para a proteção do crédito em face de terceiros: “(...) o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros”*. Notas sobre a função social dos contratos. in TEPEDINO, Gustavo José Mendes. e FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹¹ É importante frisar que os mitos do caráter abstrato e do viés neutro da Lei foram rechaçados pela doutrina: *“Pecam as teorias que se julgam neutras, desprovidas de qualquer valor no corpo de sua análise sobre um determinado objeto, pois a intenção de neutralidade é em si dotada de um valor filosófico, uma escolha que, se verdadeira em si, não necessitaria construir-se em oposição ao privilégio: a neutralidade analítica é impossível, bem como, paradoxalmente, a intenção de neutralidade é sem dúvida um valor social dotado de uma finalidade – de que o pensamento jurídico não deve encontrar fundamento na empiria social, mas tão somente na lógica científica”*. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 35.

do, assim, os institutos jurídicos da propriedade e da autonomia contratual”¹².

A lei *abstracta* apenas se revela justa para os detentores do *status quo* dominante, motivando a indiferença e a manutenção dos desagregados da luz proprietária.

O que permitiu o declínio do império patrimonialista ilimitado foi o crescimento da perspectiva social dos institutos¹³. Falemos já em “função”¹⁴ ao invés de privilegiarmos as “estruturas”, tal como se falássemos em Luhmann ao invés de focarmos em Parsons.

No entanto, a tradição patrimonialista estabeleceu uma relação unilateral de poder no qual a sociedade sempre se via obrigada para com os proprietários, mas os últimos nenhuma (ou quase) comutatividade deveriam oferecer¹⁵.

Nesse diapasão, mesmo o discurso acerca da aposição do direito de propriedade dentro do rol dos direitos fundamentais, no artigo XVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não significa dizer que ele existe - e persiste - sozinho.

*“Tampoco debe olvidarse que el ejercicio de los derechos fundamentales ya reconocidos no es ilimitado, sino que puede ser restringido en defensa de la dignidad, la seguridad, la libertad o la simple convivencia social”*¹⁶.

Por tanto, as vicissitudes decorrentes das alterações dos *standards* sociais e legais podem ser bem observados na atual Teoria dos Bens.

¹² CORTIANO, Eroulths Junior, p. 140.

¹³ *“A função social significa ruptura do discurso proprietário na medida em que, enfrentando a abstração de seu modelo, remete o operador do direito para análise da situação concreta em que se insere cada situação proprietária”* in CORTIANO, Eroulths Junior, p. 150.

¹⁴ *“espera-se a compreensão de que o patrimônio individual não é apenas fruto das oportunidades individuais, mas algo que é antes definido pelo coletivo, dotado de um sentido social”*, in FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p39.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 103: *“Para o direito de propriedade e as pessoas nele relacionadas, o sistema encontrou a obrigação passiva universal porque não há relação entre proprietário e a coisa, que é o objeto da sua apropriação”*.

¹⁶ FERNÁNDEZ, Eusebio, p. 80.

4. PATRIMÔNIO MÍNIMO: “Não ofereceu nenhum a Macabéa [que] Não cobiçou o bombom pois aprendera que as coisas são dos outros”¹⁷.

O fato de termos hoje a primazia¹⁸ do existencial sobre o patrimonial não implica no decréscimo da importância do segundo. Ele apenas teve sua função alterada, de modo a comportar um meio ao pleno desenvolvimento do primeiro, sem, contudo, significar que o existencial prescindia completamente dos bens materiais.

A existência plural daqueles desprovidos de qualquer patrimônio material, alguns até carentes de um mínimo de privacidade¹⁹, trouxe uma constatação de que não vivemos um momento de crise, *mas uma crise do momento*.

A constatação diária de que a sociedade se “enriqueceu” de personagens próximas a Macunaímas e Macabéas trouxe a irrefutável indagação: *Como garantir um patrimônio mínimo?*

Alem de garantias ao direito de propriedade, a sociedade também clama ao direito de acesso aos bens tutelados, além de seu uso em *prol* das relações familiares²⁰.

“A proteção à dignidade humana e o propósito da redução das desigualdades exigem a proteção do excluído, e esta proteção leva à discussão da acessibilidade aos bens: “Nessa esteira, passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo que o direito de propriedade também começa a ser um direito à propriedade”²¹.

¹⁷ LISPECTOR, Clarice. *A hora da estrela*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998, p. 71.

¹⁸ Tal primazia também é notada no campo da responsabilidade civil: “O dano causado a bens materiais há de ser, em tudo e por tudo, diferenciado e de menor importância do que o dano (injusto) causado à pessoa humana”, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2003, p.163.

¹⁹ Como os moradores de rua que não optaram pela falta de privacidade, ao contrário de participantes de “reality shows” que “dispõem” voluntariamente sobre tal valor existencial.

²⁰ “O patrimônio, por sua vez, somente é relevante para proporcionar aos familiares as melhores condições de desenvolvimento de suas relações familiares e sociais, em harmonia, em respeito e em solidariedade, permitindo que cada um possa, com a colaboração de todos, atingir o ideal de felicidade e de bem-estar social”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 128.

²¹ *idem*, p. 153.

O direito deve ser usado como moto promocional aos seus destinatários, dentro da visão utilitarista de Bentham cujo *“critério de justiça é determinado pelo que produz a maior satisfação ou a maior felicidade ao maior número de cidadãos. Isso liga o direito a objetivos sociais práticos e concretos, uma vez que o objetivo da legislação deve ser sempre o de satisfazer o maior número de pessoas²²”*.

Assim divergem entre si a antiquada visão patrimonial em oposição a necessidade de integração social, a dignidade da pessoa humana excluída de patrimônio.

No Brasil, não há espaço para aqueles que defendem uma aplicação – apenas – vertical dos direitos fundamentais, pois a *“definição concreta do objeto dos direitos a prestações e da sua possível vinculação (direta e/ou indireta) na esfera das relações privadas exige em primeira linha uma ponderação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial (ou do núcleo essencial, quando não idêntico ao conteúdo em dignidade) dos direitos e prestações, por um lado, e da autonomia privada ou outros bens fundamentais, por outro²³”*.

Portanto, mesmo longe de uma relação entre *particular* e *Estado*, os primeiros devem exercer suas atividades, e usar suas propriedades em benefício de seus pares, na aplicação integral dos valores fundamentais de modo “horizontal”.

No tópico subsequente, avaliaremos a relação do direito de acesso aos medicamentos como garantia ao patrimônio mínimo da pessoa humana: direito à vida.

4.1 Patrimônio mínimo e relações proprietárias

Como uma solução hábil ao direito de acesso, Eroulths Cortiano propõe a utilização dos instrumentos de direito administrativo – tal como a desapropriação – não apenas nas hipóteses de sanção ao titular do direito²⁴.

²² ARNAUD, André-Jean e M^a José Fariñas Dulce. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2000, p. 62.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*, p. 140-141.

²⁴ *“Disso se deduz que institutos de direito administrativo, como a desapropriação, à luz da Constituição, não são mais utilizáveis somente com o fim de assegurar a função social de produção da propriedade, mas também com o fim de tornar acessível a todos a propriedade privada”*, Eroulths Cortiano Junior, p. 154.

“Segundo qualquer noção aceitável de direitos humanos, [a manutenção do modelo proprietário] requer igualdade do direito à mera subsistência física: requer igualdade do direito aos meios de vida e aos meios de trabalho que toda sociedade é capaz de propiciar conforme seu grau de domínio sobre a natureza.

Portanto, a própria natureza dos seres humanos requer dois tipos de propriedade individual. O primeiro, a propriedade dos meios de vida, é a posse de coisas materiais. Trata-se necessariamente de uma propriedade exclusiva: eu preciso ter o direito de excluir você de minhas roupas, de minha refeição, de minha escova de dente e do meu leito”²⁵.

Eros Grau, por sua vez, entende que, na hipótese de descumprimento da função social por parte do proprietário, o caso não seria de desapropriação, mas de perdimento do bem²⁶.

O patrimônio mínimo, portanto, tal como ocorre com o “bem de família”, não representa uma limitação ao crédito ou ao direito de propriedade, mas apenas retira a sobrevivência do devedor ao voluntarismo do credor²⁷.

A jurisprudência também tem ponderado acerca da maior importância do direito de acesso a medicamentos diante de valores patrimoniais tais como a vontade descrita no testamento:

“Pretensão de benefício, atingido pelo vírus da AIDS e em estágio avançado da doença, de liberar-se o gravame, alienando-se o bem e aplicando o numerário daí defluente no tratamento de sua saúde. A proteção do benefício, que era a vontade da testadora, deixaria de ocorrer se, impossibilitado de vender o imóvel gravado, ficasse ele reduzindo à miséria, sem recursos para minorar-lhe os sofrimentos nos últimos tempos de vida. Compatibilização, no caso, da regra do art. 1676 do CC, com a do art. 5º da Lei de Introdução do mesmo ordenamento e com a interpretação teleológica da cláusula. Deferimento do pedido, com depósito do produto da venda em caderneta de poupança à disposição do Juízo, liberando-se gradualmente o numerário para custeio do tratamento”.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, AI 1948/94 RJ, 5ª Câmara Cível. – julgado em 14295 – Rel. Dês. Humberto de Mendonça Manes.

²⁵ Eroulths Cortiano Junior, p. 155.

²⁶ Eroulths Cortiano Junior, p. 158.

²⁷ FACHIN, p. 67.

A conclusão atingida pelo Tribunal fluminense não poderia ter sido outra, posto que o cumprimento do testamento toma *a priori* o bem estar do beneficiário, e tal só pode se dar com ele vivo.

Outra fonte incessante de conflito entre particulares é o da obrigatoriedade das farmácias alienarem medicamentos aos idosos, em decorrência de legislação estadual:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI ESTADUAL Nº 3542/01. DIREITO À SAÚDE. DESCONTO PARA IDOSOS NA COMPRA DE MEDICAMENTOS. 1. Súmula nº 58 deste Tribunal. Decisão agravada contrária à lei. 2. Ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, que teve a liminar indeferida e ainda não teve o mérito julgado. Assim, a referida Lei Estadual é constitucional e deve ser aplicada. 3. Direito à vida que deve sempre preponderar face ao da livre iniciativa”
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 6ª Câmara Cível, Dês. Benedicto Abicair, AI 2009.002.03090, DJ 19.02.2009

Numa outra senda, já não abrangendo apenas os particulares, temos que os entes federativos – solidariamente – detém a obrigação de fornecer acesso aos fármacos essenciais à vida do administrado, ainda que tal medicamento não esteja presente na listagem do SUS.

Tais julgados refletem o papel preponderante do poder público na disponibilização de bens essenciais, de modo a permitir a dignidade da pessoa humana através da sobrevivência do cidadão.

“1. No que se refere especificamente aos portadores do vírus HIV, dispõe o artigo 1º da Lei nº 9.313/96 que “os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento. (...)”

4. Embora o medicamento ora pretendido (KALETRA) não esteja inserido nas recomendações do Ministério da Saúde, fundamental é que o fornecimento gratuito deve abranger toda medicação necessária ao tratamento dos soropositivos, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente.

5. *Os exames e medicamentos necessários são ainda indeterminados, estando, pois, ligados ao quadro evolutivo da doença, sendo cabível na espécie a formulação de pedido genérico, a teor do disposto inciso II do artigo 286 do CPC.*”

TRF 2ª Região – AC nº 2001.51.01.020530-7, 8ª Turma Especializada, unânime, Rel. Juiz Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJU 20.04.2005, p. 423/424.

O precedente *supra* labora com o pensamento de que o Estado não pode gerir, de modo negativo, com a vida de seus “súditos”. Assim, tal como a proibição – genérica – da pena de morte, não pode o ente público por ação, ou omissão, dispor sobre a existência de um cidadão²⁸.

Quando a determinação *in limine* do não resolve a questão, o Poder Judiciário tem utilizado de medidas extremas para o cumprimento da decisão “ignorada” pelo Poder Executivo, sem que isso implique numa violação constitucional ao “patrimônio orçamentário”.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO SEQUESTRO DE DINHEIRO PUBLICO POSSIBILIDADE PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DIREITO A VIDA E A SAUDE AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTOS. Autora portadora de meningeoma paraselar. Seqüestro de verba pública. Possibilidade. O seqüestro de verba pública para compra de medicamentos essenciais à vida da Autora, ora agravada, não afronta o disposto nos artigos 730 do Código de Processo Civil e 100 da Constituição Federal. Muito pelo contrário, atende aos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito à Saúde e à Vida, sendo certo que no confronto com o Princípio da Impenhorabilidade dos Bens Públicos há que se aplicar os primeiros. AGRAVO IMPROVIDO.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 15ª Câmara Cível, Dês. Celso Ferreira Filho, AC 200800215797, DJ 09.09.2008.

Tal entendimento se encontra convergente com o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. “*Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar*”.

²⁸ Especificamente sobre a pena de morte, pertinentes são os pensamentos de BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 162.

Destarte, podemos concluir que na relação entre proprietários ou entre aquele que almeja ser ‘titular’ do direito de permanecer vivo e o Estado, a Carta da República assegura a prevalência da existência digna.

4.2 Patrimônio mínimo e relações contratuais

Ingo Sarlet bem aventa uma hipótese clara de primazia do direito de acesso a medicamentos, à saúde, numa hipótese contratual: *“Um dos casos dignos de nota refere-se ao reconhecimento, por parte dos tribunais, da obrigação de empresas gestoras de planos de saúde privados arcarem com o pagamento de tratamentos não previstos nas cláusulas do contrato”*²⁹.

Precedentes³⁰ recentes do Tribunais Estaduais bem refletem as tendências pretorianas de alcançar obrigações paralelas, ainda que não expressamente previstas nos contratos:

SEGURO SAÚDE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO TRATAMENTO QUIMIOTERAPICO CDC PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Agravo. Decisão que concedeu a tutela antecipada para determinar

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*, p. 140-141.

³⁰ *“Pretensão da agravante de que seja reformada a decisão agravada, por entender que o contrato celebrado não prevê a obrigação de fornecer medicamento para a realização de exame médico. O remédio em discussão nada mais é do que um ato preparatório para a realização do exame, sendo parte do procedimento, pelo que deve ter seu custo coberto pela agravante”*.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 12ª Câmara Cível, Dês. Nanci Mahfuz, AC 200500216814, DJ 18.11.2008.

“Se o contrato mantido entre as partes não exclui, expressamente, a cobertura para a patologia, deve a seguradora fornecer o tratamento através de medicamento, ainda que sem internação hospitalar, quando este é ministrado em associação ao tratamento indicado”.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 6ª Câmara Cível, Dês, Liege Puricelli Pires, 08.06.2009.

“Os contratos de plano de saúde podem estabelecer as doenças alvos da cobertura, mas não podem limitar o tipo de tratamento a ser alcançado ao paciente”.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Dês, Leo Lima, 25.03.2009.

ao Plano de Saúde o fornecimento de medicamento essencial ao tratamento quimioterápico. Recurso da UNIMED sustentando que inexistem qualquer previsão legal ou contratual a respeito do fornecimento dos medicamentos solicitados e demais procedimentos ao tratamento médico da paciente. Desprovemento. (...) Ausência de demonstração de prejuízo, ante a possibilidade de regresso contra o Estado, que a Agravante sustenta ter o exclusivo dever de fornecimento dos medicamentos, enquanto que a falta do remédio representa para o consumidor a diferença entre a vida e a morte, pelo que a prevalência da cláusula restritiva importa em desequilíbrio contratual.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 13ª Câmara Cível, Dês. Azevedo Pinto, AC 200800222515, DJ 01.10.2008.

Teresa Negreiros ao tangenciar o paradigma da essencialidade sugere uma distinção quanto à exegese contratual, especialmente quando há, de um lado, bens supérfluos, e, de outro, bens fundamentais.

No primeiro caso, em hipótese de disputa, a disciplina deverá ser mais liberal, ao contrário da segunda, onde será sujeita a um regime de caráter tutelar³¹. A legislação consumerista (CDC) também denota a preocupação do legislador nas hipóteses de trato farmacêutico: o artigo 76, V, imputa como agravante dos crimes contra o consumidor aquele que envolver medicamento.

Portanto, a missão do intérprete é a ponderação adequada sobre os valores jurídicos conflitantes, pois “a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade”³².

5. A PROPRIEDADE INTELLECTUAL E O ACESSO A MEDICAMENTOS

Após uma abordagem crítica do enfrentamento da propriedade “comum” e a essencialidade dos medicamentos de cunho humano, o pre-

³¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª Edição, 2006, p. 31 e 32. Logo em seguida a autora continua: “a classificação dos bens segundo o critério da utilidade existencial incorpora-se, por esta via ao direito contratual, fornecendo parâmetros para a hierarquização concreta dos valores individualistas e solidaristas que coexistem na ordem social e econômica estabelecida pelo Texto Maior”, p. 39.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: tendência*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direitos, p. 109.

sente capítulo explicitará a forma com a qual a tutela da propriedade industrial afeta, diretamente, o acesso aos fármacos.

Numa visão concreta da propriedade intelectual no que é pertinente ao acesso a medicamentos, temos de um lado a patente de invenção, e, de outro, o consumidor final (além da própria concorrência).

Destarte, será percebida a relação conflituosa entre o direito de excluir e a necessidade de incluir³³, bem como os remédios existentes no ordenamento jurídico para permitir a convivência de ambos os valores.

Como proposta final, almeja-se formular hipóteses onde o título de exclusiva não poderá ser oponível, seja pela hierarquia dos valores em questão, ou seja pela onerosidade excessiva daquele que carece do uso da tecnologia em questão.

5.1 Patente é Propriedade?

Antes de tangenciar as peculiaridades da licença compulsória, principal medida existente ao combate das situações extremas que violam o acesso dos fármacos patenteados, se faz mister tecer algumas linhas acerca do direito de patente, sobre a qual recairá a licença obrigatória.

Em nosso sentir, há uma equivocada difusão do direito de exclusiva nos moldes clássico-liberal-patrimonialista, voltado à conduta voluntária de seu titular.

Temos que a patente não concede propriedade ao titular, pois, como bem alerta a doutrina: “*Não obstante, o simples fato de empregar a lei a expressão propriedade nem sempre autoriza a concluir que seja essa a natureza que atribui ao direito imaterial, não só porque a denominação pode ser usada sem intenção de definir o direito, como também porque a ciência jurídica evolui e a concepção legal hoje adotada podem, amanhã, ser tida como errônea, passando-se a considerar inexata e desapropriada a denominação da lei*”³⁴.

³³ “A definição da titularidade leva em conta afastar os outros com aquela visão clássica de que o fato que se passa é direito do titular único e exclusivo, o que, evidentemente, está superado. Hoje, o direito se mostra em relação a outro, para operar um juízo de inclusão e respeito. Daí porque a marca em objeto da relação jurídica e não em objeto de direito”, FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro; 2003, p. 160.

³⁴ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. São Paulo: Sarai-va, 1946, Vol I, p. 90.

Num simples confronto do artigo 1.228 do Código civil junto ao artigo 42 da Lei 9.279/96, temos que a Lei de Propriedade Industrial (doravante LPI) concede direitos bem mais restritivos do que aqueles conferidos na forma clássica do direito real de propriedade. Não há – necessariamente – o direito de usar ou gozar, mas há o dever de fazê-lo³⁵.

Assim, temos que a patente se aproximaria do conceito de concessão monopolista, como, v.g, o fornecimento de energia: “*A concessão de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio da qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos*”³⁶.

No entanto, parte majoritária da doutrina e da jurisprudência vislumbram as patentes como uma espécie do gênero propriedade³⁷.

Neste viés, os juristas apontam: “*Não existe, assim, uma única propriedade, não existe uma noção rígida, definida de propriedade. Isto significa que não é mais possível discorrer acerca da unidade do domínio; não é possível sustentar que a propriedade é conceito unitário, síntese de quaisquer poderes de gozo e disposição; que não há propriedade se não existem aqueles poderes; que se existem aqueles poderes, existe propriedade, que se falta um só daqueles poderes é de duvidar da existência do direito de propriedade. A verdade é que hoje não existe mais a unidade do domínio, em boa parte é conhecimento preciso – não só dos interpretes mas também do legislador – que existe uma pluralidade de domínios*”³⁸.

Dentro da visão predominante, um dos lastros de sua estrutura é o exercício observando a função social: “*O direito de propriedade, que*

³⁵ Trechos extraídos da obra *A Proteção dos Dados de Testes Sigilosos Submetidos à Regulação Estatal*. Revista Criação. II ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213-254, BARBOSA, Pedro Marcos Nunes Barbosa.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pg.501.

³⁷ Vide Pontes de Miranda - *Tratado de direito privado – parte especial*. São Paulo: RT, 1983, Tomo XVI, 4ª edição, 2ª Tiragem, p. 193, e precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, AI 2008.02.01.000078-7, Des. Messod Azulay Neto, publicado no DJ do dia 18.03.2008.

³⁸ CORTIANO, Eroulths Junior. *O Discurso Jurídico da Propriedade seus Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2002, p. 160.

se assegura em toda sua plenitude, para que possa seu titular dispor da coisa livremente, fruindo-a a seu bel-prazer ou alienando quando lhe aprouver, sofre restrições advindas do respeito a direitos alheios ou fundados no próprio interesse coletivo, em face dos princípios jurídicos que transforma a propriedade numa função social”³⁹.

Portanto, 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*”⁴⁰.

Se há severas críticas a visão do privilégio de invenção como direito de propriedade, também há aqueles que consignam a inexistência de um modelo único do instituto, sendo o mesmo grande gênero de muitas espécies.

Dessa forma, ainda que tenhamos o aludido direito como propriedade, a licença compulsória, como veremos a seguir, serve exatamente como garantia à função social da patente.

5.2 Licenciamento Compulsório como instrumento de acesso aos medicamentos

Antes de adentrarmos a seara das licenças obrigatórias, uma visão sistemática constitucional nos parece útil à compreensão do instituto que labora com o viés necessidade social *versus* interesse privado⁴¹.

Na observância do axioma da supremacia do interesse público⁴² há alguns institutos no ordenamento jurídico pátrio que se assemelham ao instituto objeto do estudo:

*** Requisição (artigo 5º, XXV da CF) - “O apossamento consiste numa atuação material, por meio da qual a Administração Pública se investe fisicamente no uso e fruição da coisa,**

³⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível de nº 2001.001.14417, julgado em 27 de novembro de 2001.

⁴⁰ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pg. 499.

⁴¹ O trecho seguinte foi parcialmente inserido no artigo *Uma visão propedêutica do licenciamento compulsório de patentes farmacêuticas*, no prelo, de BARBOSA, Pedro Marcos Nunes.

⁴² “A maioria reconhece a necessidade de subordinar o princípio manchesteriano de autonomia da vontade à relevância do bem público”, FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 2.

que poderá ser móvel ou imóvel”⁴³.

*** Empréstimos Compulsórios (artigo 154 da CF)** – *“A união poderá instituir: II – na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação”.*

*** Expropriação (artigo 243 da CF)** – *“As glebas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”*

*** Desapropriação (artigo 184 da CF)** – *“Compete à União desapropriar por interesse social (...) mediante prévia e justa indenização...”.*

Entre os institutos ora consignados, a licença compulsória se assemelharia – mais – com a desapropriação, pois há a devida retribuição pecuniária. No entanto, como discorreremos abaixo, o titular da tecnologia não perde a “posse” de seu bem, suprimindo-se, tão somente, a exclusividade ao direito.

A licença compulsória vem a resolver um problema prático: a concorrência entre o titular da patente e do licenciado compulsório minorará os preços dos produtos farmacêuticos⁴⁴.

No entanto, o Brasil tem uma parca história no uso de um mecanismo tão hábil ao problema crônico dos medicamentos.

Na prática, o problema da judicialização excessiva dos pleitos que visam acesso aos medicamentos poderia ser resolvido com a expedição de algumas licenças compulsórias.

Contudo, inovando na história nacional, através da Portaria 886/2007 do Ministério da Saúde, foi objeto de licença obrigatória, recentemente, o medicamento Efavirenz.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pg.417.

⁴⁴ “*Daí surge o problema do acesso. Porque há uma grande quantidade de indivíduos que não tem possibilidades de pagar o preço que se estipula por bens essenciais. Deste modo, a lógica do mercado provoca uma exclusão que redundará intolerável para os valores jurídicos.*” LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, 1998, p. 99.

Segundo dados do SUS, o “Efavirenz é medicamento importado mais utilizado na terapia anti-retroviral. Atualmente 38% dos pacientes utilizam esse medicamento. Estima-se que até o final de 2007, 75 mil, das 200 mil pessoas em terapia anti-retroviral estarão usando esse fármaco. Além disso, a programação de compra para 2007, somente do Efavirenz 600mg, ao custo atual (US\$ 1,59/comprimido) equivale a US\$ 42.930.000, ou seja, cerca de US\$ 580 por paciente/ano”⁴⁵.

No entanto, o preço praticado pela MERCK era 138% maior que era estipulado em outros países, como a Tailândia. Após longa negociação com o titular, a proposta de redução de 2% do valor, junto com a necessidade pública envolvida resultaram no licenciamento compulsório com o pagamento de 1,5% em royalties.

Com tal licença, estima-se que o valor economizado pelo Estado atinja a marca de US\$236.852.000,00.

Tal constatação não importa numa – mera – análise econômica do direito⁴⁶ às avessas, mas sim na apuração de que o direito do dono da patente pode – e em alguns casos deve – ser mitigado de modo a garantir valores existenciais dos não proprietários.

5.3 Exceção ao poder patentário: as farmácias magistrais

As normas atinentes à propriedade industrial não se limitam a cuidar – apenas – das licenças obrigatórias no que diz respeito aos direitos de terceiros.

No dispositivo seguinte aos direitos do titular do privilégio de invenção, a LPI⁴⁷ prevê - em seu artigo 43 - diversos casos onde o direito de excluir não incidirá.

Numa das hipóteses cuidou o legislador de retirar do escopo da patente a incidência dos medicamentos preparados pelas farmácias de manipulação. Tal exceção tem como fundamento a necessidade de

⁴⁵ http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalle.cfm?co_seq_noticia=29719, acessado em 20.04.2008, às 19:29.

⁴⁶ “*Tal perspectiva, prescindindo da credibilidade dos resultados aplicativos, é criticável em si como metodologia, pela sua unilateralidade e pela substancial função individualista, materialista e conservadora certamente em contraste com a legalidade constitucional: o mercado não é critério autônomo de legitimidade*”, in PERLINGIERI, Pietro Luigi. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 106.

⁴⁷ Lei 9.279/96.

elaboração personalizada do fármaco à cada cliente, de modo que, diferentemente daquele fabricado em escala industrial, não haveria uma concorrência direta entre o dono da patente e o dono da farmácia.

A *mens legis* foi de permitir a oponibilidade patentária apenas àqueles que podem ser legitimamente excluídos do acesso à concorrência. Tal questão já foi objeto de percuente análise pelo Poder Judiciário:

“De um lado, é inegável a proteção constitucional aos direitos do titular de patente; de outro, deve ser prestigiado e preservado, pela sua alta relevância social, o direito constitucional à saúde e o acesso aos instrumentos que lhe asseguram. O legislador ordinário previu a atividade das farmácias de manipulação, que são instrumento relevante de acesso personalizado a medicamentos. Para esse fim, instituiu exceção ao privilégio concedido ao titular de patente, mediante a exclusão do regime de proteção, a atividade desenvolvida nesse seguimento. Trata-se, pois, de limitação imposta ao direito de propriedade do titular de patente, motivada, repita-se, por razões de saúde pública, de alta relevância social. (...) Diante desses dispositivos, de ordem pública, não se pode conferir às patentes da segunda agravada o efeito de impedir as farmácias de manipulação e seus fornecedores de comercializarem as substâncias objeto do privilégio.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Dês. André Fontes, AI 2008.02.01.015342-7, 15.10.2008.

O interesse público sempre penderá para o direito ao acesso do que pela simples tutela à propriedade. Contudo, movimentos corriqueiros por parte dos titulares de patente têm vedado o livre desenvolvimento das farmácias magistrais, no que tange a importação dos princípios ativos⁴⁸.

5.4 A Participação da ANVISA no processo concessório de patente

Outro instituto concebido pelo legislador de modo a conciliar os interesses dos titulares com os da sociedade foi a introdução do dispositivo legal (artigo 229-C) na Lei 9.279/96, que outorgou a necessidade de oitiva

⁴⁸ Como exemplo de tal “atuação”, destacamos a medida ajuizada pela Sanofi Aventis nos autos de n.º 2008.61.19.006267-8, perante a 1ª Vara Federal de Guarulhos.

da ANVISA antes da concessão patentária peculiar à matéria farmacêutica.

Tal previsão foi extremamente impugnada pelos titulares de pedidos de patente, que não queriam uma “dupla” análise de mérito no procedimento concessório.

Contudo, o Judiciário tem se posicionado de modo a garantir o interesse público ao acesso, ao revés do interesse privado da patente.

Não há como dissociar do interesse social a saúde pública, englobando todas as políticas públicas empreendidas nessa área, dentre as quais as políticas de acesso aos medicamentos por parte das coletividades mais desfavorecidas da população. A ANVISA TEM ATRIBUIÇÃO LEGAL PARA EXAMINAR OS PEDIDOS DE PATENTE DE PROCESSOS E PRODUTOS FARMACÊUTICOS SUBMETIDOS AO INPI, por ser Agência destinada a zelar pela adequada concessão de patentes no setor de remédios, prevenindo prejuízos às políticas governamentais de saúde decorrentes de patentes irregularmente concedidas.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, JC. Márcia Helena Nunes, AMS 2004.51.01.513854-7, 15.17.2008.

Portanto, concluí-se que o ordenamento pertinente à propriedade industrial segue atenta a matriz constitucional de estabelecer, apenas em casos excepcionais um óbice a livre concorrência no que tange os medicamentos.

Tal como nas previsões afeitas ao direito ordinário de propriedade, na seara dos bens imateriais, o poder público deve fiscalizar o uso adequado dos poderes privados de modo a garantir o equilíbrio desejado para com o interesse público.

5.5 Preço: “mãos ao alto, é um assalto”

A mera existência de uma patente concedida faz com que seu titular – costumeiramente – abuse do seu direito de excluir: um preço fora da realidade da própria necessidade de lucrar.

Com o advento dos genéricos no Brasil⁴⁹, a média do preço final do produto objeto de uma patente expirada costuma cair, no mínimo, 66%, razão pela qual se faz mister indagar acerca do lucro obtido pelos donos

⁴⁹ Lei 9.787/99.

de patente e seus efeitos nefastos perante o direito de acesso.

Trazemos à baila alguns exemplos⁵⁰ de patentes em vigor, seu objeto, e seu preço “disponível” ao consumidor:

PI 1101036-3, medicamento ALIMTA usado no tratamento de Câncer de Pulmão, ao custo de R\$6.824,59.

PI 1100090-2, medicamento TRACLEER usado no tratamento de Hipertensão Arterial Pulmonar, ao custo de R\$14.653,00.

PI 1100238-7, medicamento que trata de Acromegalia, ao custo de R\$7.410,33.

A primeira conclusão que se atinge ao analisar os valores envolvidos é: o fato do produto estar nas prateleiras não significa haver real disponibilidade ao consumo.

Não se cuida aqui de produtos fungíveis, ou de algo que se admite outra tecnologia, razão pela qual o paciente poderá, apenas, escolher entre vida e morte, sendo que a primeira lhe será imposta a um custo alto, e, na maioria das vezes, simplesmente inatingível *per se*.

Provavelmente, em grande parte dos casos, nem mesmo o Estado poderá arcar com a despesa para possibilitar o acesso aos cidadãos.

Dessa forma, uma saída possível para não excluirmos àqueles que não possam adquirir um fármaco vital, ou mumificar totalmente o orçamento do Estado, seria estabelecer um paradigma de não incidência da patente além dos preceitos do artigo 43 da Lei 9.279/96.

Contudo, o caráter taxativo do referido artigo é defendido com “unhas e dentes” por parte da doutrina⁵¹, que se baseia – entre outros fundamentos – no artigo 13 do Acordo TRIPS⁵².

Por outro lado, a melhor doutrina consigna que “*Tratando-se de*

⁵⁰ Tais informações estão disponíveis no sítio: <http://www.consultaremedios.com.br/>, acessado em 08.09.2009 às 17:01.

⁵¹ “Como regra geral, uma vez que o artigo acima trata de exceções aos legítimos direitos do titular da patente, suas disposições devem ser interpretadas de modo restrito”, in, DANNEMANN, Comentários à Lei da propriedade industrial e correlatos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106

⁵² “Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito”.

restrições a uma norma excepcional, como é a das patentes, as limitações são interpretadas extensamente, ou melhor, com toda a dimensão necessária para implementar os interesses que pretendem tutelar”⁵³.

Subscrevemos a visão segundo a qual o rol do artigo 43 da Lei 9.279/96 é meramente enumerativa; e, para a satisfação de um núcleo de direitos indisponíveis como a saúde pública e a dignidade da pessoa humana, tal como as exigências da Lei 1060/50, deveria ser estabelecido - na ponderação casuística entre princípios - uma inoponibilidade da patente àqueles que não podem pagar por seu objeto.

Tal medida não prejudicaria em demasia o dono da patente, mesmo porque a pessoa em questão não faz parte de sua clientela, mas carece – imediatamente – do acesso a tecnologia.

Certamente tal solução não agradará os amantes da economia enquanto fonte “influente” das normas, mas a “*proteção dos direitos por vezes requer decisões que do ponto de vista da economia são ineficientes*”⁵⁴.

Se o direito de patente não significa, em si, qualquer abuso, seu exercício monopolístico de modo a ultrajar preços é um avilte à sociedade, carecendo de coibição pelo Estado, ou ponderação casuística pela inaplicabilidade pelo Poder Judiciário.

6. CONCLUSÃO

Concluimos com as palavras de CORTIANO segundo o qual “*a compreensão do direito de propriedade passa por saber o que está sendo oculto, e que não pode ser exposto por conta das próprias limitações do discurso. Essa a perspectiva que deve ser usada pelo professor e pelo aluno: tentar desvendar o que não se mostra. Onde se fala em proprietário, encontrar o não-proprietário; quando se cuida da propriedade, visualizar as propriedades; no momento em que se alude à tutela da propriedade, pensar as tutelas de acosse à propriedade*”⁵⁵.

A clássica teoria dos bens é hoje inaplicável posto que foi parida “*de cos-*

⁵³ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 484.

⁵⁴ in PERLINGIERI, Pietro Luigi. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 106.

⁵⁵ Eroulths, p. 262.

*tas para o presente*⁵⁶, e, para remediarmos os aviltos históricos aos valores da personalidade e defendermos o Direito, é preciso renová-lo⁵⁷, interpretando-o em prol do interesse comutativo entre a seara privada e a pública.

Portanto, a propriedade industrial pode ser um dos instrumentos hábeis ao direito de acesso, seja pelo uso da licença compulsória, pela aplicação das exceções aos direitos de patente, ou pelo meio mais raro: a oponibilidade comedida por parte de seu titular.

7. BIBLIOGRAFIA

ARNAUD, André-Jean e M^a José Fariñas Dulce. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2000.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes Barbosa. **A Proteção dos Dados de Testes Sigilosos Submetidos à Regulação Estatal**. Revista Criação. II ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CORTIANO, Eroulths Junior. **O Discurso Jurídico da Propriedade seus Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

KOSHIBA, Luiz. **História do Brasil**. 7. ed. São Paulo: Atual Editora, 1996, p. 4

⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro; 2003, p. 11.

⁵⁷ Idem, p. 321.

LISPECTOR, Clarice. **A hora da estrela**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil: tendência**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direitos.

_____. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2007.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro**, Coimbra: Almedina, 2007.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. e FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ESTADO CONSTITUCIONAL E PARTIDOS POLÍTICOS: Sistemas e crises

Ubirajara Coelho Neto¹

Resumo:Essenciais à democracia representativa, até há pouco tempo, a existência dos partidos políticos desenvolveu-se fora da Constituição e mesmo das leis. As tipologias dos sistemas partidários são examinadas sob diversas perspectivas, sendo que no presente trabalho ficaremos restritos ao aspecto numérico, utilizando a classificação dos sistemas partidários em unipartidarismo, bipartidarismo e pluripartidarismo. Estudaremos os principais atores políticos na Democracia participativa, quais sejam os partidos políticos e os diversos grupos de pressão (associações, reuniões, lobbies, sindicatos); além do que, torna-se imprescindível a análise da nova atuação popular por meio dos mecanismos de democracia semidireta e uma reformulação no mecanismo de atuação partidária.

Palavras-chave:Democracia representativa; partidos políticos; grupos de pressão.

Abstract:Essential to representative democracy until recently, the existence of political parties developed outside of the Brazilian Constitution, and even of the Law. The typology for party systems is examined under various perspectives, although the present work keeps its scope limited to the aspect of numbers, through the use of the classification of systems into single-party, two-party and multi-party systems. The main political actors within the participative Democracy are studied regardless of parties or pressure groups (associations, committees, lobbying, unions); moreover, the vital analysis of the new popular action via semi-direct democracy means, and a reform in the mechanisms of party action.

Key Words:Representative democracy; political parties; pressure groups.

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal de Sergipe (Graduação e Mestrado). Especialista em Direito Constitucional (UFMG), Mestre em Direito Constitucional (UFMG) e Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Ex. Professor adjunto da UFRN, da UFT e da UFMG. Avaliador Institucional e de Cursos do MEC/INEP.

1. INTRODUÇÃO

A dificuldade de exercer o governo diretamente pelo povo torna imprescindível a existência de representante para que possa governá-lo. Alienando parte de sua liberdade, coloca-se, o povo, à administração de seus escolhidos.

Considerados hoje como essenciais à democracia representativa, até há pouco tempo, a existência dos partidos políticos desenvolveu-se fora da Constituição e mesmo das leis, desde que os textos constitucionais escritos e as leis os ignoravam.

O exame dos partidos políticos está ligado ao dos regimes contemporâneos, desde que guardam estreita relação com os sistemas partidários, que podem variar em função do número de partidos que compõem o processo.

As tipologias dos sistemas partidários são examinadas sob diversas perspectivas, sendo que no presente trabalho ficaremos restritos ao aspecto numérico, utilizando a classificação dos sistemas partidários em unipartidarismo, bipartidarismo e pluripartidarismo.

Não se pode tratar da democracia contemporânea, democracia social, democracia de massas, democracia representativa, sem aludir aos partidos políticos, intermediários entre a nação e a representação. Até hoje não se descobriu maneira melhor de dar representação ao povo senão através dos partidos políticos.

A evolução coordenada pela necessidade histórica de maior proximidade e participação popular na tomada das decisões políticas torna necessário o estudo dos principais atores políticos na Democracia participativa, quais sejam os partidos políticos e os diversos grupos de pressão (associações, reuniões, lobbies, sindicatos); além do que, torna-se imprescindível a análise da nova atuação popular por meio dos mecanismos de democracia semidireta e uma reformulação no mecanismo de atuação partidária.

No Brasil não há tradição partidária, seja pelo exagerado personalismo que domina a vida política brasileira e a dos próprios partidos, levando ao desapareço pelos programas e diretrizes partidárias, seja pelo acentuado regionalismo que tem servido de base e orientado a sua formação.

Analisaremos diversos ângulos diferentes da relação do dinheiro e da política, ou seja, um dos assuntos mais importantes da democracia, das suas qualidades e das possibilidades da reprodução de uma fórmula que permita a expressão e a coexistência de uma sociedade complexa.

A nossa principal intenção é demonstrar até onde é possível perceber os riscos existentes na competição democrática que os partidos inevitavelmente enfrentam como seus grandes agentes, quase sempre prisioneiros do mercado ou, até mesmo, de grupos de interesse que opera à margem da legalidade. É que os partidos precisam urgentemente de proteção das pressões incorporadas ou ilegais advindas da sua dependência financeira com centros ou grupos de poder econômico, social ou institucional.

2. ESTADO CONSTITUCIONAL E PARTIDOS POLÍTICOS

O problema de governar por representantes surge do princípio de que cada um possui aspirações sobre as características dos governantes. Como as preferências não são totalmente discrepantes entre os indivíduos, aparecem grupos que se organizam em torno de determinadas ideias. Essas ideias são postas a averiguação dos governados. Se essas correntes filosóficas forem compatíveis com suas aspirações da maioria, eleger-se-á um representante ligado aquele grupo. O representante do povo está escolhido. A função do partido político está nascida.²

São considerados como produto dos costumes e da tradição, fruto da experiência da nação e não resultado da ação formal de qualquer autoridade legalmente constituída.

Segundo ORLANDO DE CARVALHO, os partidos políticos:

“só aparecem nas Constituições no meado do século XX. Na Constituição de Weimar, de 1919, há referência apenas à representação proporcional dos partidos. Na Itália de 1946, há três artigos sobre os partidos políticos, mas é uma novidade. Estamos diante de coisa nova nas instituições do Estado Moderno. De maneira que os partidos políticos se apresentam hoje como indispensáveis ao Estado democrático moderno e integram a estrutura do poder. (...)”³

A legislação brasileira, no que se refere aos partidos políticos, vistos sob a perspectiva do Direito Constitucional moderno, apresenta-se como precursora.

² COELHO NETO, Ubirajara. *Estado Constitucional e Partidos políticos*.

³ CARVALHO, Orlando. *Os Partidos Políticos e a legitimação do processo político brasileiro*, p. 61.

É preciso que saibamos colocar os partidos políticos dentro dos regimes políticos democráticos, para que eles sejam representativos das forças políticas modernas. Não devem perder a influência nas grandes transformações que estão surgindo, nem deixar que os grupos de pressão e de interesses ocupem os seus lugares, pela omissão e desajustes dos mesmos.

Os partidos políticos são considerados como essenciais à democracia representativa, desde que são elementos fundamentais na dinâmica de sua estrutura jurídico-política. Constituem um dos fenômenos mais característicos dos Estados modernos.

2.1 Conceito de partido político

Para que a representação possa bem servir a democracia há de ser sempre atual. Tal atualidade dependeria de uma renovação dos representantes a todo o instante? Não, porque há um novo objeto, de validade comprovada, de tornar a representação uma situação sempre legal: os partidos políticos.

Aqui estamos tratando da representação em sentido específico, qual seja a representação que depende de eleição.

Dentro da verdadeira democracia têm os políticos de fundar partidos que estejam em comunhão permanente com o povo. Só assim, sentindo o povo dia a dia os líderes políticos, através dos partidos, poderão servir à Democracia, projetando na área específica da atuação dos representantes do povo os anseios renovados das diversas camadas sociais.

Nas palavras de SAHID MALUF,

“... ficou demonstrado que o sistema democrático representativo consiste, formal e substancialmente, numa organização estatal fundada na existência de partidos políticos, considerados como órgãos de coordenação e manifestação da vontade popular, visto que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”.⁴

Nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “o partido político é uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo”.⁵

Segundo PIETRO VIRGA, “são associações de pessoas com uma

⁴ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*, p. 303.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 397.

ideologia ou interesses comuns, que, mediante uma organização estável (Partei-Apparat), miram exercer influência sobre a determinação da orientação política do país”.⁶ A função dos partidos políticos tem dois aspectos principais: a) a organização do eleitorado com o propósito de obter uma maioria; b) a manutenção de uma conexão contínua e responsável entre os representantes e os comícios de uma eleição a outra.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA,

“a doutrina, no geral, admite que os partidos têm por função fundamental organizar a vontade popular e exprimi-la na busca de poder, visando a aplicação de seu programa de governo. Por isso, todo partido político deveria estruturar-se à vista de uma ideologia definida e com um programa de ação destinado à satisfação dos interesses do povo”.⁷

Desde meados do século XVII quando surgiram os dois grandes partidos ingleses, que os mesmos ocuparam alternadamente o governo britânico até meados do século XIX, a ciência política ignorou a existência dos partidos políticos. Tal é que em 1850 nenhum outro país do mundo, com exceção dos Estados Unidos e Inglaterra conhecia partidos políticos no sentido moderno da palavra: havia tendência de opiniões, clube popular, associações de pensamentos, grupos parlamentares, porém não partidos propriamente ditos. Acontece que os partidos políticos não se desenvolveram senão quando se estabeleceu de maneira duradoura o regime representativo e o seu progresso foi paralelo ao da ideia democrática.

No atual desenvolvimento da ciência política não mais é possível discutir a função essencialíssima que os partidos políticos cumprem na democracia representativa, cuja dinâmica requer indispensavelmente a existência e o funcionamento daqueles, até mesmo a ponto de justificar a qualificação de governo de partidos que alguns costumam atribuir hoje à democracia.

Segundo KELSEN a democracia significa identidade de dirigentes e dirigidos, do sujeito e objeto (povo) do poder, do Estado, e governo do povo para o povo. E como há uma distinção nítida entre a parcela do povo sem opinião nem critério próprio obedece a influência de outros que inspirem uma direção ao processo de formação

⁶ VIRGA, Pietro. *Libertà Giuridica e Diritti Fondamentali*, p. 243.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 404.

da vontade coletiva. Tal investigação conduz ao descobrimento dos partidos políticos. A democracia moderna descansa sobre os partidos políticos, cuja significação cresce com o fortalecimento progressivo do princípio democrático.

A existência dos partidos políticos resulta da mesma essência das instituições democráticas. A democracia supõe a diversidade de opiniões com relação a política que o Estado deverá seguir.

A representação política e a eleição no Estado constitucional presuppõe a existência de partidos políticos no país e a possibilidade da constituição de partidos políticos, livres e iguais, na vida política nacional é um dos cânones fundamentais do regime constitucional. Em todo o Estado há necessariamente diversidade de tendências, de interesses, de opiniões sobre os assuntos do Estado, sobre as medidas legislativas, administrativas e financeiras a adotar, como também em geral quanto à orientação política do governo.

Para OLIVEIRA BARACHO,

“os partidos políticos são considerados como essenciais à democracia representativa, desde que são elementos fundamentais na dinâmica de uma estrutura jurídico-política. Constituem um dos fenômenos mais característicos dos Estados modernos”.⁸

2.2 Representação política e democracia

A defesa de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao autoritarismo e concentração de poder. Como ensina VERGOTTINI, o estado autoritário, em breve síntese, caracteriza-se pela concentração no exercício do poder, prescindindo do consenso dos governados e repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais.⁹

DUVERGER, ao analisar a complexidade da conceituação da Democracia, nos aponta que “a definição mais simples e mais realista de democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres”.¹⁰

⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos Partidos Políticos*, p. 22.

⁹ VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*, p. 589.

¹⁰ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*, p. 387.

Destaca FERREIRA FILHO que, de fato:

“... a Democracia, no plano político, que é a máxima identificação dos governantes e dos governados, implica num estatuto do poder. Um estatuto tal que os governantes sejam a imagem dos governados”, para a seguir concluir que “a Democracia, como Proteu, muda freqüentemente de aparência. Quem tentar examiná-la no pormenor na maior parte das vezes ficará desnordeado. Depois de haver consagrado tantos capítulos à Democracia, ei-la que retorna com uma nova roupagem”.¹¹

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado no *caput* do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, para mais adiante, em seu artigo 14 proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito; referendo; iniciativa popular”.

CANOTILHO e MOREIRA informam o alcance do princípio democrático, dizendo que:

“A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. Tal como a organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema econômico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluridimensional. Primeiramente, a democracia surge como um *processo de democratização*, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antiéticas: por um

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*, p. 99; Conferir, ainda, sobre a definição de democracia: CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais X representação política*, p. 09.

lado, acolhe os mais importantes elementos da *teoria democrática-representativa* (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da *teoria participativa* (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação da participação popular directa, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática, etc.).¹²

Como é possível verificar, a partir do Direito Constitucional, modernamente a soberania popular é exercida em regra por meio da Democracia Representativa, sem, contudo descuidar-se da Democracia Participativa, uma vez que são vários os mecanismos de participação mais intensa do cidadão nas decisões governamentais (plebiscito, referendo, iniciativa popular), bem como são consagrados mecanismos que favorecem a existência de vários grupos de pressão (direito de reunião, direito de associação, direito de petição, direito de sindicalização).¹³

CARL J. FRIEDRICH define a representação política como sendo,

“o processo por meio do qual a influência de toda a cidadania, ou parte dela, sobre a ação governamental, se exerce, com sua aprovação expressa e em seu nome, por um pequeno número de pessoas, com efeitos obrigatórios para os representados”.¹⁴

Ressalte-se, porém, que a representação política não deve ser meramente teórica, pois uma Democracia autêntica e real exige efetiva participação popular nas decisões governamentais, e, em especial, na escolha de seus representantes. *Mister* se faz a adequação de mecanismos que ampliem a eficácia da representatividade, sejam preventivos, a partir de um maior interesse do cidadão nas eleições, sejam repressivos, por meio de práticas de democracia semidireta, pois, como adverte DALLARI,

“... a crise da democracia representativa pode gerar regimes autoritários, pois “se o povo não tem participação direta nas decisões políti-

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*, p. 195.

¹³ Como salienta Dalmo Dallari, “a atividade de governo é essencialmente política e só por inconsciência ou demagogia é que alguém, participando de um governo, pode afirmar-se apolítico” (*O renascer do direito*, p. 93).

¹⁴ FRIEDRICH, Carls J. *Gobierno Constitucional Y Democracia*, p. 16 e segs.

cas e se, além disso, não se interessa pela escolha dos que irão decidir em seu nome, isso parece significar que o povo não deseja viver em regime democrático, preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja os postos políticos por outros meios que não as eleições”.¹⁵

2.3 Sistemas partidários

Segundo FÁVILA RIBEIRO, “o exame dos partidos políticos está ligado ao dos regimes contemporâneos, desde que guardam estreita relação com os sistemas partidários, que variam em função do número de partidos que compõem o processo”.¹⁶

As tipologias dos sistemas partidários são examinadas sob diversas perspectivas, sendo que para o presente estudo usaremos apenas a que diz respeito ao número de partidos.

Para OLIVEIRA BARACHO,

“muitas das classificações dos sistemas partidários acomodam-se a três sistemas: pluripartidarismo, bipartidarismo e unipartidarismo. Mas convém salientar que dentro destas fórmulas ocorrem outras denominações como sistema de bipartidarismo puro, sistema de partidarismo imperfeito, sistema de multipartidarismo com partido dominante”.¹⁷

Em virtude da proposta acima apresentada, três são os sistemas partidários. O sistema de partido único, que é inerente ao Estado autoritário moderno; sistema de dois partidos ou bipartidarismo; e sistema de vários partidos, ou pluripartidarismo.

Há um consenso geral de que o Estado constitucional supõe um dos dois últimos sistemas de partidos.

2.3.1 Sistema de partido único

O sistema de partido único ou unipartidarismo, não parece compatível com a democracia, que é um regime de discussão, de diálogo e de

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*, p. 131.

¹⁶ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*, p. 230.

¹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes políticos*, p. 243.

diversidade; não pode senão servir à ditadura de uma maioria, a miúdo mais aparente que real e para nós a democracia puramente majoritária, ou oriental, ou massiva, como se costuma dizer, não é democracia.

O sistema de partido único só encontra clima institucional possível para a sua existência e operação dentro da concepção do estado autoritário ou despótico, e chegou a seu apogeu no período compreendido entre as duas grandes guerras mundiais. Como adverte DUVERGER “geralmente se considera o partido único como a grande inovação política do século XX”¹⁸, o que institui um erro. De fato se a ditadura é velha como o mundo, a ditadura partidária apoiada em um partido constitui um sistema novo.

Na Europa foi a Rússia o primeiro país que levou a prática o sistema do partido único em 1917; a Turquia, em 1919; a Itália (período Fascista) em 1919; a Alemanha em 1919 (Partido Nacional Socialista); Portugal (União Nacional) em 1933; a Espanha, com a Falange.

2.3.2 Sistema bipartidário e pluripartidário

Descartado o sistema unipartidário, no plano do Estado constitucional unicamente cabe discutir as vantagens e inconveniências do bipartidarismo e do pluripartidarismo.

Para DUVERGER,

“o bipartidarismo suprime os conflitos secundários, levando todas as oposições a exprimirem-se no quadro de um antagonismo fundamental, ao passo que o multipartidarismo aumenta os conflitos secundários e fraciona os grandes antagonismos”¹⁹.

Segundo GIOVANNI SARTORI, tomado por seu valor aparente:

“o pluralismo partidário indica simplesmente a existência de mais de um partido; mais a conotação é a de que os partidos no plural são o produto do ‘pluralismo’. Mas o fato de que a legitimação e o funcionamento normal do pluralismo partidário se baseia na aceitação do pluralismo *tout court*, sem adjetivos, continua sendo um fator secundário. Não contribui para explicar, entre outras coisas, por que os sistemas partidários se desenvolveram de uma deter-

¹⁸ DUVERGER, Maurice. *Introdução à Política*, p. 107.

¹⁹ DUVERGER, Maurice. *Introdução à Política*, p. 109.

minada maneira, nem o papel que o sistema partidário chegou a desempenhar dentro do sistema político geral.”²⁰

A realidade é que nesta matéria, como de vista em todas as demais da ciência política, não cabem afirmações genéricas e concludentes, pois o que pode parecer exato ou conveniente para uma nação em um momento determinado, pode não sê-lo para outro país ou para este mesmo Estado em outro instante de seu futuro histórico.

Os fatores geográficos, raciais, políticos, históricos, econômicos, sociológicos etc. podem influir decisivamente em um ou outro sentido. Se bem que a existência e a operação de dois partidos fortes e orgânicos, como ocorre nos Estados Unidos e na Inglaterra, impressiona muito favoravelmente, desde o ponto de vista das transcendentais funções que incumbem a operações partidárias como verdadeiros instrumentos de governo, cabe não deixar de ter em conta a necessidade de que possam operar outros partidos, de modo que a diversidade de opiniões e tendências possam refletir mais fielmente na dinâmica institucional. Há de assinalar-se, por outra parte, que o sistema de dois partidos, cujos expoentes típicos são os países anglo-saxões, na realidade não se dá com o máximo de pureza, já que nos Estados Unidos e Inglaterra, ao lado dos grandes partidos, atuam outros ainda de importância muito desigual.

2.4 Status jurídico do partido político

Inobstante o desconhecimento total que por longo tempo adotou o direito positivo com relação aos partidos políticos, eles vingaram como realidade sociológica.

Para XIFRAS HERAS, “O partido se manifesta sempre como uma organização de um grupo social, que se propõe influir na orientação política”.²¹

No plano sociológico, essa organização de fins políticos firmou-se no meado do século XIX. O legislador do Estado Liberal prefere ignorá-la, reputando-a como um fenômeno extra constitucional, ainda que no Direito Constitucional encontrasse sua base de sustentação como forma de exercício da liberdade de associação.

A sociedade é uma necessidade natural do homem, e é derivada da sua natureza social, conforme já sustentava ARISTÓTELES no IV século a.C.

²⁰ SARTORI, Giovanni. *Partidos e Sistemas Partidários*, p. 39.

²¹ HERAS, Jorge Xifras. *Curso de Direito Constitucional*, p. 202.

Só um bruto ou um Deus – dizia – isto é, algo menor ou algo mais que um homem pode existir fora da conveniência social. E esse caráter necessário da sociedade aparece corroborado pelo fato histórico, só que ainda em épocas mais remotas se encontram agrupações humanas, as mais rudimentares e imperfeitas possíveis, porém agrupações e nunca indivíduos isolados.

Tal observação é suficiente para compreender o aparecimento das associações profissionais, culturais, desportivas e o que interessa agora as associações políticas, de que se originaram os partidos políticos.

A existência dos partidos explica-se, então, não como anomalia ou enfermidade dos povos, mas, ao contrário, pela natural diversidade de ideias, sentimentos e interesses que dividem aos homens em toda a sociedade culta e civilizada.

No entanto, as Constituições liberais sequer se referiam ao partido político, realidade sociológica inevitável como vimos. Ao redor delas formou-se verdadeira conspiração do silêncio. Perdurava, por conseguinte, no fundo de todas essas omissões o ressentimento pregado por ROUSSEAU a respeito dos partidos.

Antes que se operasse a transição de nossos dias (a crescente valorização dos partidos como o mais significativo evento na função dos mecanismos democráticos contemporâneos), os partidos políticos constituíam então apenas um fenômeno sociológico, desprovido de conteúdo jurídico.

Os partidos, como instituições extralegais pertencem ainda a uma concepção de democracia contra a qual eles bracejam ou inerte e que vem a ser a democracia liberal. O lugar dos partidos políticos, porém é no Estado social, na democracia de massas, aonde chegam à plenitude do seu poder e reconhecimento jurídico.

Negar, porém acolhimento constitucional aos partidos políticos nos sistemas contemporâneos significa simplesmente, segundo KELSEN, fechar os olhos à realidade.

Com efeito, o surto constitucional do primeiro pós-guerra quebrou o tabu segundo o qual as constituições não deveriam referir-se aos partidos políticos.

Doravante, o que temos visto é o legislador constituinte variar daquela posição de indiferença aos partidos para sancionar corajosamente a nova realidade político-partidária como realidade constitucional. Os partidos se tornam cada vez mais instituições oficiais, que recebem subsídios de agências governamentais e se convertem, pois, em órgãos do poder estatal.

Na Inglaterra, por mais paradoxal que seja, pois tal país foi o pioneiro da organização partidária, é das democracias que mais retardadas se apre-

sentam ainda no reconhecimento legal daquelas organizações, visto que ali, conforme assinala FIELDS, citado por BONAVIDES, nenhum ato do Parlamento ou decisão judicial mencionou jamais o nome dos partidos políticos, entidade, por conseguinte destituídas de direitos e obrigações legais.²²

Como destaca STARR, dista muito de falar-se claramente definido o status legal dos partidos políticos nos Estados Unidos. Por um lado, encontramos um vasto corpo legislativo e jurisprudencial que verdadeiramente erige a agrupação partidária em um ramo do governo. Por outro lado sua situação é parecida com a imperante na Inglaterra, com os partidos políticos praticamente sem regulamentação, salvo o disposto por leis encaminhadas a controlar as agrupações subversivas, tendo em vista ainda coibir fraudes e abusos nas convenções e eleições, bem como tolher a perversão do sufrágio pelo suborno eleitoral. É que a Constituição não menciona direta nem indiretamente os partidos políticos; seus fundadores não previam a ulterior existência dos partidos políticos.

No entanto, verifica-se que foi dado ao partido político na totalidade das constituições recentes um status legal indiscutível.

A Constituição brasileira de 1988 consagrou definitivamente o sistema democrático do pluripartidarismo, assegurando a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos. Os limites dessa liberdade situam-se no resguardo da soberania nacional, do regime democrático, do pluralismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17, da CF/88).

Os partidos políticos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil, e registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (art. 17, § 2º, da CF/88).

Isto posto, não resta dúvida sobre a natureza institucional dos partidos. O Código Eleitoral de 1950 já declarava os partidos políticos como pessoas jurídicas de direito público interno, dando-lhes já personalidade jurídica desde o seu registro pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Atualmente, a Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995, que dispõe sobre partidos políticos e regulamenta os arts. 17 e 14, §3º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, transformou o partido político em pessoa jurídica de direito privado, destinado a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.²³

²² BONAVIDES, Paulo. *Direitos Políticos e Partidos Políticos*.

²³ Código Eleitoral. p. 118 e ss.

Esta posição é a única que não entra em conflito com a realidade sociológica subjacente. De fato o partido deve ser considerado como instituição. O seu ato de criação instaura uma situação permanente que é fonte de direitos e obrigações, de relações jurídicas diversas, suscetíveis de variação, pois não são determinadas definitivamente. Esse ato dá origem a um organismo com um fim distinto, que não se confunde com os interesses de seus membros considerados como indivíduos, o que permite subordinar os direitos e os interesses privados aos fins que o organismo se propõe a atingir. E mais, fortifica um poder de direção comum às Assembleias e ao corpo eleitoral que é talvez a principal das funções que os partidos políticos exercem, segundo HAURIUO.²⁴

Do ponto de vista jurídico o partido se apresenta, portanto, como Instituição. Os estudos a respeito dos partidos não devem de forma alguma ficar restrito à disciplina jurídica, mas também apontar os seus pontos de contato com os motivos que determinam o seu surgimento. As modificações partidárias não podem excluir nem as perspectivas jurídicas, nem as políticas, nem mesmo as sociais.

A institucionalização de qualquer sistema partidário não deve conter-se, apenas, dentro de suas características formais. Representando as bases eleitorais diferenciadas, os quadros partidários têm de acompanhar o dinamismo social, para que possam responder as aspirações da sociedade contemporânea.

Por fim, é preciso que saibamos inserir os partidos dentro dos regimes políticos democráticos, para que eles sejam representativos das forças políticas modernas. Não devem de maneira alguma perder a influência que exercem nas grandes transformações que estão surgindo, nem mesmo deixar que os grupos de pressão e de interesses ocupem os seus lugares, pela omissão e desajuste dos mesmos.

2.5 Crise no sistema representativo

Diferentemente do Estado Liberal, onde o Poder Legislativo enquanto detentor da vontade geral do povo predominava dentre os demais poderes, a partir do Estado Social, o Poder Executivo vem assumindo, cada vez mais, o papel de grande empreendedor das políticas governamentais, relegando a um segundo plano o Parlamento

²⁴ HAURIUO, André. *Derecho Constitucional e Instituições Políticas*.

e, conseqüentemente, os partidos políticos, e fazendo surgir, com mais força e vitalidade, por absoluta necessidade, outros atores da competição política.

Assim, a ideia básica do Estado Liberal, onde a crença da soberania popular e da representação política permaneciam intocáveis, como instrumentos infalíveis da participação da sociedade no poder, foi afastada pela chegada do Estado Social, como bem salientado por COMPARATO, demonstrando, claramente, que diante das grandes transformações socioeconômicas, os representantes do povo muito pouco decidem e os que decidem carecem de grande representatividade política.²⁵

O problema central da representação política, portanto, acaba por consistir na impossibilidade de aferir-se à compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar.

Dentre outras importantes causas, poder-se-ia apontar três primordiais para esse distanciamento entre representantes e representados: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de *pressão perante o Parlamento*.²⁶

A crise representativa demonstra uma maior necessidade de reaproximação do povo com o governo, ou seja, dos representados com os representantes.²⁷

A reaproximação do povo com o governo traz novamente à tona o combate entre as ideias de representante-delegado e representante-fiduciário. A primeira ideia consiste no mandato imperativo defendido por ROSSEAU, apontando que a soberania:

“não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alheada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta vontade não se representa. É a mesma ou é outra, e nisto não há termo médio. Os deputados do povo não são, pois, nem podem

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder *el ali*. *Brasil sociedade democrática*, p. 398.

²⁶ Maurice Duverger, em relação à representação política, afirma que “o problema fundamental consiste em medir o grau de exatidão da representação, isto é, o grau de coincidência entre a opinião pública e a sua expressão parlamentar” (*Os partidos políticos*, p. 406).

²⁷ Dalmo de Abreu Dallari faz consciente análise da crise do Estado e crise de Governo: *O renascer do direito*, p. 96 e segs. Conferir, ainda, sobre a crise e deformação do sistema representativo: SILVA, José Afonso da. *Perspectivas do direito público*, p. 145.

ser seus representantes, são simplesmente seus comissários que não estão aptos a concluir definitivamente. Toda lei que o povo pessoalmente não retificou é nula e não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre e engana-se. Não o é senão durante a eleição dos membros do Parlamento. Uma vez estes eleitos, torna-se escravo e nada mais é. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca.”²⁸

A Segunda consiste na ideia de mera representação, com características bem definidas, como ressaltado por BOBBIO:

“as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria.”²⁹

Nesse sentido, DALLARI afirma que,

“é indispensável que se queira, efetivamente, melhorar o sistema representativo. Como é evidente, a manutenção de falhas e dos vícios aumenta o descrédito dos corpos representativos e o conseqüente desinteresse popular pelas eleições”.³⁰

A crise no sistema representativo faz com que haja o crescimento das reivindicações pela desburocratização das práticas e das organizações da representação política, para que os processos decisórios tendam a uma maior informalidade e participação da vontade geral. Paralelamente a essa crise das instituições políticas, desenvolve-se uma grave

²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 105.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 42.

³⁰ Nesse mesmo sentido salienta Mônica Caggiano, ao analisar a representação política, afirmando haver necessidade de “nova abordagem da mecânica representativa, agora já não mais quanto a ótica do veículo, mas colocando sob mira precisa e direta as técnicas utilizadas no âmbito do processo pelo qual o povo intervém no jogo político, selecionando e indicando seus representantes” (CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais & representação política*, p. 02).

e séria crise das formas de trabalho, da organização econômica, das relações dos vários setores do capital, do sistema empresarial, do sistema sindical, do papel do Estado no sistema produtivo. Essas ideias somadas acabam por desaguar, inexoravelmente, na crise dos partidos, do engrandecimento dos movimentos sociais e no neocorporativismo.

A crise partidária caracteriza-se, basicamente, pela incapacidade dos partidos em filtrar as demandas e reclamos sociais e transformá-las em decisões políticas. Conforme já ressaltado, a crescente presença do Estado na ordem econômica e o crescimento da burocracia estatal terminaram por fazer dos partidos meros indicadores de burocratas para a ocupação de cargos de relevância e não mais verdadeiros defensores dos ideais populares pelos quais seus representantes foram eleitos.

Desta forma, o partido político deixa de constituir-se no único, e talvez deixe também de constituir-se no mais importante, coletor das aspirações populares e direcionador das decisões políticas do Estado.

Em virtude disso, FRIEDRICH, após analisar inúmeras formas de representação política, aponta seus diversos problemas e conclui pela necessidade de uma reformulação na ideia de fundar a democracia na representação política territorial - representantes/representados - entendendo necessária uma maior participação popular, por meio de grupos de pressão.³¹

A partir do declínio do sistema representativo político, surgem diversos grupos de participação política que, juntamente com os partidos políticos, tornam-se importantes atores da competição, pois, como lembra CAGGIANO que,

“o que se busca hoje, na realidade, é a identificação máxima entre sujeitos e titulares do poder, porquanto nos moldes democráticos deve restar assegurado aos próprios governados o exercício do poder político”.³²

A ausência de correspondência da Democracia meramente representativa aos anseios populares, portanto, abriu caminho para a democracia participativa, onde os grupos de pressão surgem para exigir seu espaço no cenário do exercício do poder político.

³¹ FRIEDRICH, Carls J. *Gobierno Constitucional Y Democracia*, p. 16 e segs.

³² CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais & representação política*, p. 06.

Na democracia participativa é inevitável a ideia de existência de grupos de pressão que passam a dividir com os partidos políticos a participação no processo decisional. Essa maior participação eleva os custos da democracia, por provocar a politização dos diversos segmentos sociais, porém diminui os riscos externos da decisão ser afastada por ausência de legitimidade popular.

Portanto, a partir da crise enfrentada pelo sistema representativo, bem como pela acentuada substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, deixa o partido político de ser o único ator nas decisões governamentais, passando a atuar paralelamente com as associações gerais, as associações especificamente com finalidades políticas (*lobbies*), os grupos institucionais (sindicatos), os grupos anônimos e a própria imprensa. A par desse ingresso da democracia participativa na tomada de decisões governamentais, valorizam-se os instrumentos de participação mais direta do povo nas decisões políticas, revitalizando-se os institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei.

Essa constatação é confirmada por F. BADIA ao lembrar que:

“já há algum tempo, os cientistas da política vêm dispensando atenção cada vez com maior freqüência e com um maior conhecimento do assunto, à influência que as forças econômicas, sociais, espirituais organizadas vem exercendo sobre todos os regimes políticos, na sua atividade legislativa e governamental, mas em especial sobre os regimes de democracia pluralista. Em anos recentes, houve uma proliferação de estudos sobre essa questão, em particular nos países anglo-saxônicos e na França”, para concluir que “a cada ambiente histórico, cultural, econômico e social ou institucional, correspondem - segundo SARTORI - grupos de pressão que, em certo sentido, serão únicos, isto é, corresponderão aos sistemas em que operam”.³³

2.5.1 Distanciamento do parlamentar com seu partido político

A Constituição Federal regulamentou os partidos políticos, como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado

³³ BADIA, F. *Partidos - grupos de pressão*, p. 21.

Democrático de Direito, afirmando a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os preceitos de caráter nacional; proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral e funcionamento parlamentar de acordo com a lei.³⁴

A necessidade de organização de partidos políticos surge com a perspectiva de racionalização do poder, que, conforme salienta FERREIRA FILHO, é,

“segundo MIRKINE-GUÉTZÉVICH, o pai da expressão, um esforço para *enfermer dans le réseau du droit écrit l'ensemble de la vie politique*”, concluindo que foi ela, inicialmente, “uma tentativa de suprir, por meio de regras jurídicas, a ausência das condições necessárias ao desenvolvimento da Democracia”.³⁵

Os partidos políticos são instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, devendo o ordenamento jurídico consagrar plena liberdade de criação, organização, funcionamento e extinção.³⁶

Porém, a crise do sistema representativo encontra-se umbilicalmente ligada à crise dos partidos, pois, conforme salienta REALE JÚNIOR:

³⁴ Raul Machado Horta, ao analisar historicamente a importância do surgimento dos Partidos Políticos, recorda que “o funcionamento do regime de governo é fortemente influenciado pela atuação dos partidos políticos e muitas vezes essa influência altera as regras jurídicas que estruturam o regime nas normas constitucionais... A emergência do Partido Político deslocou o centro das decisões no regime parlamentar. Mathiot assinalou que o elemento essencial do parlamentarismo continental europeu, como no regime parlamentar, de modo geral, reside na responsabilidade do Governo perante a Câmara, enquanto no parlamentarismo britânico a atuação dos Partidos Políticos modificou a relação para tornar a responsabilidade política de natureza eleitoral e não apenas parlamentar” (Estudos de direito constitucional, p. 704).

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel G.. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*, p. 21.

³⁶ Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “conseqüência lógica da concepção “molecular” da Democracia, a liberdade de criação dos partidos é consagrada pela ordem constitucional democrática..... Adotam assim a tese pluralista, considerando que a possível fragmentação da vontade política do povo é um mal menos grave do que a sua apropriação por um grupo, que logo degenerará em oligarquia” (*Os partidos políticos nas constituições democráticas*, p. 114).

“enquanto na Europa vive-se a *crise da democracia dos partidos*, partidos de massa que se revelam incapazes de satisfatoriamente aglutinar os segmentos sociais, de se fazerem intérpretes das aspirações concretas, veículos impróprios para efetiva participação política, no Brasil é *mister* iniciar a obra da *ligação entre a Sociedade Civil e o Estado pelo fortalecimento dos partidos políticos*.”³⁷

A Democracia de partidos, portanto, apresenta diversos problemas que devem ser solucionados e adequados aos novos métodos políticos, desde a própria existência de democracia interna até a própria imposição majoritária de suas ideias em respeito aos direitos da minoria.³⁸

Os partidos políticos e o próprio jogo democrático, portanto, enquanto instrumentos de formação e expressão da vontade política popular devem sofrer alguns aprimoramentos, sempre com a finalidade já ressaltada de aproximação da vontade do povo àquela expressa pelo Parlamento.

Esse aprimoramento inicial deve surgir em relação às regras de participação partidária e acesso à disputa de cargos eletivos, uma vez que nossa Constituição Federal somente permite a elegibilidade por meio de filiação partidária.³⁹

DALMO DALLARI reforça os defensores da necessidade de uma reforma política urgente, acrescentando que:

“o interesse popular só virá com a melhoria do sistema de escolha dos representantes. E para que isso ocorra é indispensável um debate amplo e sem condicionamentos prévios, para que da própria realidade brotem soluções, de nada adiantando a fixação teórica e artificial de preceitos e diretrizes, muito bons em tese, mas completamente desligados da realidade.”⁴⁰

³⁷ REALE JR, Miguel. *Casos de Direito Constitucional*, p. 113.

³⁸ Antonio D'Antena salienta a necessidade de tutelarem-se os interesses políticos da minoria, no sistema majoritário, afirmando, inclusive, a substituição da expressão “princípio majoritário” pela expressão “princípio majoritário-minoritário” (*Il Principio Democratico Nel Sistema Dei Principi Costituzionali. Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da constituição de 1976*, p. 446).

³⁹ O sistema eleitoral brasileiro na atualidade é analisado por Clémerson Merlin Clève (*Temas de direito constitucional*, p. 91).

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*, p. 132. Conferir, ainda, sobre a necessidade de uma Reforma urgente: TEMER, Michel. *Constituição e política*, p. 32.

DUVERGER nos aponta alguns problemas relacionados à democracia de partidos, afirmando que:

“a estrutura interna dos partidos pode modificar, muito profundamente, esse estado de coisas. Os partidos de quadros, que não tem base financeira sólida e vivem em perpétuas dificuldades de dinheiro, são sempre sensíveis aos candidatos que custeiam os gastos da campanha: oficialmente, o partido escolhe o candidato; praticamente, a investidura se obtém sem grandes dificuldades.... O grau de centralização do partido exerce, igualmente, influência sobre a liberdade das candidaturas. Em partidos descentralizados, os candidatos são escolhidos no escalão local, por diretórios que sofrem facilmente, a influência das personalidades da terra; nos partidos centralizados, em que a direção nacional aprova as candidaturas, a investidura partidária se obtém menos facilmente.”⁴¹

Essa maior democracia interna nos partidos políticos evitaria a indesejada proliferação partidária, com a criação de inúmeros partidos sem qualquer mensagem ideológica ou social, simplesmente como “meras legendas de aluguel”, que ao invés de fortalecerem a Democracia acabam por fragilizá-la e ridicularizá-la perante o eleitorado.⁴²

Essa fragilização da Democracia, em virtude da proliferação partidária, também é salientada por DALLARI, ao verificar o pressuposto de que:

“cada partido político representa um diferente ponto de vista quanto a aspectos básicos da organização social ou quanto à orientação política do Estado”, e, logo após, concluir que “é inútil do ponto de vista político, e sem qualquer autenticidade, um sistema de partidos que, além de não serem veículos de ideias e aspirações, são muito semelhantes entre si e não têm qualquer

⁴¹ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*, p. 393.

⁴² A multiplicação partidária é criticada por Ferreira Filho da seguinte forma: “Na verdade, salvo casos excepcionais de partidos programáticos, o partido é visto no Brasil como um *instrumento*, e nada mais do que isso, para a conquista do poder, ou, talvez, mais precisamente, para o acesso ao poder. Aquele que pretende alcançá-lo, elegendo-se governador, ou Presidente da República, entra para um dos grandes, o que o mais das vezes se tornaram grandes por terem sido o partido do governo ou o partido da oposição em visas de se tornar governo.” (*O parlamentarismo*, p. 83).

interferência nas modificações da estrutura social e muito menos na composição e orientação do Governo.”⁴³

Concordamos, pois, com a crítica feita por FERREIRA FILHO, em relação à multiplicação infinita dos partidos, ao expor que as democracias:

“não pretendem, contudo estimular a multiplicação infinita dos pequenos partidos. Ao mesmo tempo em que deixam a porta aberta à formação de novos partidos correspondendo a novas ideias, a novas necessidades, tentam impedir a constituição de pequenas facções, de pequenos grupos inexpressivos, mas, por vezes, perigosos. De fato, tais grupos são mais facilmente corrompidos pelo dinheiro, ou conquistados por uma camarilha, do que defluem interferências indevidas no processo de formação da vontade geral. Em si mesma, a multiplicidade dos partidos é um obstáculo ao funcionamento do regime parlamentar, pois, se nenhum dos partidos tem a maioria absoluta, os governos são necessariamente de coalizão e, em conseqüência, quase tíbios e instáveis.”⁴⁴

Relacionados esses problemas de organização partidária, retorna-se à ideia da necessidade de equacionamento de um dos grandes problemas da democracia representativa: a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento e outros órgãos do Governo. O citado problema representa tão grave perigo à democracia representativa e aos partidos políticos que será tratado em tópico autônomo.

2.5.2 Enfraquecimento dos partidos políticos

Impotência e abandono por parte dos partidos políticos, caracterizando uma crise na democracia representativa, fazem com que os diversos grupos sociais se dirijam direta ou indiretamente aos governantes para exigir destes uma determinada posição política ou político-legislativa ou para opor-se a já adotada, criando-se os denominados “grupos de pressão”.

Dessa forma, esses grupos de interesse ou de promoção passam por um crescimento quantitativo e qualitativo surpreendente, pois todo

⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*, p. 134.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*, p. 114.

grupo social que se veja prejudicado em seus objetivos corporativos, e abandonados em razão do distanciamento de seus representantes no Parlamento, passa a procurar mecanismos, nem sempre legais ou moralmente aceitáveis, para influenciar diretamente as Instituições do Estado, ou indiretamente a opinião pública, para que isso reflita nas decisões governamentais. Obviamente, os procedimentos de pressão serão mais ou menos variados, dependendo do tipo de meios de participação na vida pública existentes, da qualificação dos integrantes do grupo de pressão e de sua situação econômica - financeira.

Esse fenômeno tornou-se mais latente porque os recentes e modernos interesses sociais são pouco amoldáveis nas arcaicas estruturas partidárias tradicionais.

Importante salientarmos alguns fatores sociais que contribuem para a crise partidária, tais como, perda de centralidade do conflito entre trabalho e capital; excessiva fragmentação dos interesses sociais; fenômenos das agremiações transitórias; perda da centralidade do circuito governo-parlamento como itinerário das decisões políticas; redução da política econômica à política conjuntural e de manobra monetária; acabaram por inspirar o surgimento e fortalecimento de diversos grupos de interesse, de promoção e de pressão.

Surgem, nesse contexto, os movimentos sociais que congregam vários segmentos heterogêneos da população, passando a constituírem-se formas de mobilização que ocorrem fora do espaço dos partidos políticos, das associações e dos sindicatos.

Dessa forma, ocupam um espaço político próprio, diverso dos tradicionalmente ocupados pelos demais atores da competição política, utilizando-se de antigos e tradicionais direitos constitucionalmente consagrados: direito de reunião, direito de associação, direito de petição e direito de sindicalização.

Importante a observação de BADIA, para quem:

“os grupos de interesse e de promoção crescem cada dia mais. Ora, todo grupo de interesse ou de promoção que veja prejudicada a sua razão de ser e seus objetivos por causa de extra-limitações do poder público ou da prepotência de outros grupos de sua espécie, e que não ache meios adequados de participação política e social para defender os seus interesses e as suas causas, ver-se-á obrigado a influenciar diretamente sobre as instituições do Estado para salvaguardar seus objetivos próprios ou, então, influenciar

indiretamente sobre a opinião pública, tornando-se dessa forma - e circunstancialmente - um grupo de pressão. Os procedimentos de pressão serão mais ou menos variados, dependendo do tipo de maior de participação na vida pública existentes.⁴⁵

Ressalte-se, porém, que o grande problema dos movimentos sociais reside na ausência de mecanismos internos para aceitação de oposição às ideias da maioria. Essa ausência para reconhecer posições divergentes talvez seja a maior diferença entre os movimentos sociais e a representação política tradicional.⁴⁶

Além disso, as condutas e decisões corporativas estão livres das pressões do processo eleitoral e da responsabilidade institucional das decisões políticas. Os arranjos corporativos implicam numa troca de benefícios entre governo e as elites organizadas corporativamente. Essa compensação de vantagens envolve, de um lado, a prestação de serviços estatais de natureza social, de outro, os créditos, subsídios. Atendem-se, com essa troca de benefícios, duas exigências: legitimação política mediante os serviços públicos e reprodução do capital através da gestão política da economia.

No caso dos partidos políticos há possibilidade de fixação da responsabilidade de seus representantes, porém na democracia participativa existe grande dificuldade em responsabilizar os demais atores da competição, e em especial, os grupos de pressão. Verifica-se, pois, uma ausência de visibilidade. Necessário, portanto, a regulamentação da atuação dos demais atores da competição política, para que a tomada das decisões possa se dar em um quadro de maior visibilidade e transparência.

A ampliação do cenário político aceita a participação de atores invisíveis, ou seja, que acabam tendo influência no processo decisório das grandes questões político-institucionais do país, mas sem se identificar, o que gera a total ausência de responsabilidade. É esse o grande problema dos *lobbies*, pois são grupos profissionalizados que atuam nos bastidores do poder, sem qualquer regulamentação e sem responsabilidade pelas pressões camufladas que exercem. Esses grupos, apesar de estarem por detrás de diversas decisões políticas, não assumem qualquer responsabilidade por elas, sendo, pois, atores invisíveis.

⁴⁵ BADIA, F. *Partidos - grupos de pressão*, p. 19.

⁴⁶ Conferir: NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribucion al estudio de los grupos de interes*, p. 32.

Os partidos políticos pretendem conquistar e exercer o poder, enquanto os grupos de pressão não tentam isso, pois procuram exercer uma influência sobre os poderes públicos, em benefício próprio, mas não substituí-los.

Diferentemente dos partidos políticos que são organizações próprias de regimes democráticos ou que querem parecer-se democráticos, os grupos de pressão - em sua acepção mais lata - podem ser encontrados em todos os regimes (socialistas, democratas, totalitários, etc.), em todas as épocas.

Os grupos de pressão agem por meio de dupla ação: a) pressão direta sobre o poder político; b) pressão indireta sobre a opinião pública.

A pressão indireta é exercida sobre o público e sobre os governantes, sempre atentos à opinião pública. A opinião condiciona o comportamento dos governantes, especialmente nos regimes de democracia pluralista. Todo o poder, independentemente do regime político, leva em consideração a opinião pública. Nesse sentido, o interesse demonstrado pelos grupos de pressão em obter as simpatias da opinião pública, pois, agindo sobre o público pode-se agir diretamente sobre o poder.

Os grupos de pressão podem ser classificados em: a) grupos de massa - são aqueles baseados no número; b) grupos de quadros - são aqueles baseados não no número, mas sim na qualidade; e, c) escritórios ou organizações - são os grupos de pressão que se dedicam, profissionalmente, a realização de campanhas públicas.

Não raro os grupos de pressão estão enxertados nos partidos. No dizer de BONAVIDES, “sua atividade introduz na ordem constitucional um elemento novo de poder, que não se acha nos textos, e sem o qual o sistema partidário pelo menos ficaria inteligível”.⁴⁷

Referente a essa interpretação, PASQUINO vislumbra três situações:

- a) Os grupos de pressão controlam o partido, não só com o financiamento de campanha, mas chegando a escolher os dirigentes e determinando a política a seguir, o que engessa a atuação partidária, impedindo combinações que busquem um apoio mais amplo;
- b) Os grupos de pressão são dominados pelos partidos, o que os impede de articularem autonomamente as questões atuais da sociedade, ideologizando suas ações e diminuindo, assim, sua capacidade de fazer compromissos, e
- c) Existe identidade de interesses entre alguns grupos e alguns

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 429.

partidos sobre temas importantes, mas jamais sobre os temas politicamente relevantes, mesmo porque os programas partidários não são redutíveis a tão-somente as pressões de grupos.⁴⁸

2.5.3 Grupos de pressão

A ação dos grupos sobre o processo político, conforme salienta ARAGÃO, não é um fato recente na história da humanidade, pois os sistemas políticos da antiguidade já o conheciam. Citando KARL DEUTSCH, o autor relembra que os antigos reinos nos vales dos rios da Índia, Mesopotâmia e Egito permitiram dois grupos de pressão: guerreiros e sacerdotes; os guerreiros pretendiam tornar-se nobres e os sacerdotes aspiravam ser proprietários de terras.⁴⁹

Seria um erro evidente considerarmos o fenômeno dos grupos de pressão como sendo privativo do século XX, pois o século XIX oferece exemplos relevantes de pressões. O que acontece é que, no seio do *Welfare State* aumentou enormemente a esfera de competência dos poderes públicos, que traz consigo a natural consequência da progressiva dependência dos governados e de seus interesses no processo decisório político. Daí o aumento, em progressão aritmética em alguns casos, em outros geométrica do número de grupos de pressão que tentam defender - influenciando - os seus interesses perante o Estado ou através do Estado.

Como salientado por LASSALLE⁵⁰, os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade “são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”. A seguir o autor indica vários fatores reais do poder: Monarquia, aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária. Por fim afirma que: “Esse é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”.

Ocorre, entretanto, que esses fatores reais de poder, ao perceberem a ineficiente representatividade popular dos partidos políticos e, conseqüentemente, dos parlamentares, acabam por organizarem-se em grupos de pressão.

Conforme se verifica historicamente, a atuação organizada de grupos de pressão sobre o Poder Legislativo no Brasil é comprovada desde o século passado, pois como salientado por SANTOS, ao exemplificar

⁴⁸ PASQUINO, Gianfranco. *Grupos de Pressão*. p. 565.

⁴⁹ ARAGÃO, Murillo. *Grupos de pressão no congresso nacional*, p. 18.

⁵⁰ LASSALLE, Ferdinand. *O que é a Constituição? Essência da constituição*.

os grupos de pressão, a Associação Comercial da Bahia, entidade fundada em 1811, atuou em defesa de diversos interesses de seus associados junto ao Congresso Nacional durante a Primeira República.⁵¹

HUGO NATALE, por sua vez, argumenta que “a preponderância dos grupos de pressão e de poder constituem uma herança das intrigas de palácio”.⁵²

Na doutrina nacional, importante salientarmos a conceituação de BONAVIDES⁵³ e NUSDEO⁵⁴. Para o primeiro, grupo de pressão se define pelo exercício de influência sobre o poder político, para eventual obtenção de uma determinação da medida do governo que lhe favoreça os interesses, enquanto para o segundo, grupos de pressão seriam definidos como qualquer conjunto de pessoas ou entidades que procura obter normas, dispositivos e respectivas interpretações, bem como medidas de um modo geral favorável aos seus intentos.

Relembre-se o discurso do Vice-Presidente MARCO MACIEL, então Senador da República, pronunciado em 21 de setembro de 1984, no Senado Federal, definindo a origem do termo *lobby*:

“a atuação dos grupos de pressão junto aos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e aos Partidos Políticos é conhecida, como se sabe, segundo a expressão inglesa *lobby*, significando as antecâmaras ou ante-salas das repartições ou edifícios utilizados originalmente pelos representantes de tais organizações como locais onde desenvolviam, preferencialmente, o exercício de seus trabalhos. Do vocábulo derivaram *lobbyists*, que designa pessoas que se dedicam àquela atividade e *lobbying*, que exprime o procedimento dessa atividade.”⁵⁵

2.5.4 Ligações entre grupos de pressão e partidos políticos no Brasil

São visíveis as ligações entre grupos de pressão e partidos políticos no Brasil. Os grandes grupos econômicos não só apoiam e financiam a

⁵¹ SANTOS, Mário Augusto. *Associação Comercial da Bahia na Primeira República*.

⁵² NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribucion al estudio de los grupos de interes*, p. 17.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 19.

⁵⁴ NUSDEO, Fábio. *O direito econômico e os grupos de pressão*.

⁵⁵ MACIEL, Marco. *Grupos de pressão e lobby*.

maioria dos partidos, como têm parlamentares e dirigentes partidários saídos dos seus quadros. Exemplos mais claros são a Confederação Nacional da Indústria, a Federação das Indústrias de São Paulo e as associações ruralistas, como a recentemente ressurgida União Democrática Brasileira, bem como as grandes empreiteiras nacionais, Odebrecht, Andrade Gutierrez, entre outras.⁵⁶

Os movimentos de trabalhadores, por sua vez, utilizam, no plano político, os partidos cujos parlamentares tenham sido apoiados eleitoralmente pelos sindicatos e entidades de trabalhadores ou partidos que possuem vinculação com áreas sindicais, de acordo com o seguinte esquema:

- a) PT – Partido dos Trabalhadores: CUT – Central Única dos Trabalhadores;
- b) PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro: CGT – Confederação Geral dos Trabalhadores e CGT II – Central Geral dos Trabalhadores;
- c) PTB – Partido Trabalhista Brasileiro: CGT Confederação Geral dos Trabalhadores e USI – União Sindical Independente;
- d) PDT – Partido Democrático Trabalhista: CGT – Confederação Geral dos Trabalhadores e CGT II – Central Geral dos Trabalhadores.⁵⁷

2.5.5 Regulamentação e controle dos grupos de pressão

NATALE expõe com muita propriedade o fato de que “um grupo ter a pretensão de impor seu interesse privado ao interesse público e geral da sociedade não é uma novidade na história, nem um perigo. O que é uma novidade e importa um grave perigo, é que efetive essa pretensão por meio da utilização de técnicas de domínio e de quebraamento”.⁵⁸

Portanto, uma boa maneira de controle sobre os meios utilizados pelos grupos de pressão é a de, uma vez reconhecida a justiça de seus interesses e das suas pretensões particulares, estabelecer os meios e ins-

⁵⁶ No tangente à participação das empreiteiras no trato com os parlamentares, vejam-se os episódios da Comissão Parlamentar de Inquérito da corrupção, dos “anões do Orçamento”, que revela ligações da Construtora Odebrecht financiando campanhas de quase todos os partidos.

⁵⁷ ARAGÃO, Murillo. *Grupos de Pressão no Congresso Nacional*. p. 53.

⁵⁸ NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribucion al estudio de los grupos de interes*, p. 17.

tuições através dos quais estes possam defender seus legítimos interesses e causas, de forma legal e transparente.

Além disso, importante realçarmos que a reestruturação dos partidos políticos, a descentralização do poder, a efetividade das formas democráticas semi-diretas e a democracia participativa são outros meios de fortalecimento institucional da Democracia e da representatividade popular, e, conseqüentemente, de enfraquecimento sensível dos grupos invisíveis de poder no cenário político.

A Reforma Política do Estado obrigatoriamente deve estar centrada na necessidade de maior proximidade da vontade popular com a vontade expressa pelo Parlamento, para o aprimoramento e fortalecimento da Democracia.

Desta forma, a edição de uma legislação eleitoral mais rígida que garanta maior transparência no financiamento e atuação dos partidos políticos e dos grupos de pressão é essencial para o fortalecimento da Democracia.

Apesar das dificuldades do sistema representativo e dos complicadores naturais existentes da dinâmica democrática, não podemos deixar de salientar que permanecem os partidos políticos em posição de extrema relevância no cenário decisional brasileiro, pois enquanto detentores da atividade legiferante, são os únicos que - influenciados ou não por demais grupos de interesses, de promoção e de pressão - efetivamente acabam por tomar decisões definitivas que vinculam toda a sociedade por meio de leis.

A organização e regulamentação dos partidos políticos e sua participação da democracia representativa, permite uma maior alternância do Poder e democratização das decisões, com respeito e voz aos direitos das minorias. Além disso, o controle e responsabilização das decisões políticas dos partidos apresentam-se mais plausível com a necessária transparência e visibilidade do sistema democrático, diferentemente do que ocorre com diversos grupos de pressão que, sob o manto do anonimato e articulações de bastidores, tornam-se atores invisíveis do cenário político, de grande influência, mas totalmente irresponsáveis politicamente.

3. EVOLUÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL

Os partidos políticos no Brasil foram institucionalizados com a Constituição de 1946, dizendo BONAVIDES:

“que não andaria exagerado quem datasse dessa Constituição ‘a existência verdadeira do partido político em nosso país, existência que começa com o advento dos partidos nacionais. Os cem anos antecedentes viram apenas agremiação que, à luz dos conceitos contemporâneos, relativos à organização e funcionamento dos partidos, dificilmente poderiam receber o nome partidário’.”⁵⁹

Durante o império o partido conservador e o liberal não possuíam outra função a não ser a de chegar ao poder.

Os liberais do Império exprimiam na sociedade os interesses urbanos da burguesia comercial, o idealismo dos bacharéis, o reformismo progressista das classes sem compromissos diretos com a escravidão e o feudo.

Os conservadores eram o partido da ordem, o núcleo das elites satisfeitas e reacionárias.

Porém não havia um liame que diferenciava esses partidos, chegando-se a dizer que “não havia nada mais conservador que um liberal no poder; e nada mais liberal que um conservador no poder”.

Em 1870, no meio de uma crise que afetava os partidos conservador e liberal, que vinha desde o fim da guerra do Paraguai, é lançado o programa republicano. Com as crises do final do Império, pôs-se termo à existência dos dois grandes partidos da época: o Conservador e o Republicano.

Após a proclamação da república, houve um retrocesso. Com o federalismo, passou a existir uma maior descentralização. As oligarquias estaduais queriam o antipartidarismo nacional, e dessa maneira governaram o país por quase meio século.

Em 1930 uma revolução pôs fim ao antigo sistema eleitoral. Começava uma nova era para a afirmação dos partidos políticos no Brasil.

Com a Constituição de 1934, houve um enfraquecimento dos partidos estaduais. Não havia a denominação de partidos políticos pela Constituição, mas entendia-se por vezes.

O progresso conseguido com a Constituição de 34 foi arrebatado com a Constituição do Estado Novo. Extinguiram-se os partidos políticos, nem mesmo o partido único existia. Com a queda do nazi-facismo europeu, veio a redemocratização do país e com esta a Constituição de 1946, que conservou as conquistas de nosso segundo Código Eleitoral, baixado no final da ditadura quando esta guinava-se para a democracia.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 470.

As conquistas da Constituição de 1946, que foi a primeira a reconhecer os partidos políticos, foram sufocadas com a revolta de 1964. Instituiu-se com esta Constituição o bipartidarismo, mas o que havia era um partido da situação que absolvía o da oposição, que não era tão oposição assim. Com a redemocratização, é eleito em 1985 um presidente civil. É o fim do regime militar que veio para suprimir uma crise institucional criada com a saída de JÂNIO QUADROS e se transformou numa mancha negra na história política brasileira.

Com a Constituição de 1988, “é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”, diz no seu art. 17.

Não amadurecido o bastante para ter partidos fortes e estáveis, o Brasil vê uma oscilação partidária no cenário nacional. A ideologia partidária não, por vezes, corresponde à ideologia dos integrantes, que usam o partido para galgar o poder. Outras vezes a ideologia do partido guina-se contrária a de seus partidários.

Para uma melhor compreensão da matéria, dividiremos a evolução histórica partidária no Brasil segundo a égide de cada Constituição vigente na época, visando com isso dar um aspecto lógico e didático.

A Carta de 1988 mantém e amplia as diretrizes das Constituições anteriores, relativa aos direitos fundamentais, objeto de título próprio, que se desdobra em capítulos dedicados sucessivamente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, aos Direitos Sociais, da Nacionalidade, dos Direitos Políticos e dos Partidos Políticos.⁶⁰

É livre a formação de partidos políticos, de caráter nacional, segundo os requisitos que a lei estabelecer.

A Justiça Eleitoral, órgão integrante do Poder Judiciário, supervisiona e coordena o processo eleitoral e a existência e funcionamento dos partidos políticos, que perante ele devem-se registrar.

O princípio da pluralidade partidária, amplamente garantido no processo de restauração democrática, de que a nova Constituição representa o ápice, vem facilitando a dispersão de correntes partidárias.

Permanece a proibição do recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes, ficando os mesmos obrigados a prestarem suas contas à Justiça Eleitoral.

⁶⁰ TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988*, p. 28-29.

É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária.

Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral e terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.⁶¹

A vigente Constituição definiu-os como pessoa jurídica de direito privado, ao teor do art. 17, §2º. Adquirem personalidade na forma da lei civil porque são pessoas jurídicas de direito privado, devendo, pois, registrar-se no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, segundo o disposto na Lei dos Registros Públicos⁶², depois disso é que seus estatutos serão levados a registro no TSE.

Têm os partidos políticos direito a recursos do fundo partidário para a realização de qualquer serviço, trabalho ou empreendimento da agremiação, e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei (art. 17, §3º).⁶³

No Brasil, com o fim compulsório do bipartidarismo, em dezembro de 1979, a Arena e o MDB foram extintos por uma lei que deu um prazo de 180 dias para a organização de novos partidos. O resultado foi que o País saltou para uma situação em que, de 1982 a 1994, nada menos que 68 partidos apareceram na cena política. Desses, 23 figuravam, em 1995, como partidos devidamente legalizados e só 18 tinham representantes no Congresso. Apenas 8 alcançaram a marca de 5% dos votos nas eleições de 1994. Hoje, 27 partidos têm registro no TSE.

Na verdade, no Brasil, a democracia competitiva só foi efetivamente exercida no período 1946/64 – época da UDN, do PSD e do PTB – e no período pós-1985. Partidos políticos precisam de tempo para sua maturação. Durante a transição democrática, o País chegou a ter grandes partidos que não participaram de nenhuma eleição, como o caso do extinto PP, que atuou em 1980/81 e depois foi incorporado ao PMDB. Após a redemocratização, poucos foram os partidos que conseguiram alcançar algum grau de inserção social. A maioria das legendas não tem qualquer identidade e só tem vida nas campanhas eleitorais. Há também o caso dos “partidos relâmpagos”, criados para dar sustentação a projetos políticos individuais, como

⁶¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 259.

⁶² BRASIL. Lei n.º 6.015. Art. 114.

⁶³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*, p. 260.

o PRN, fundado por COLLOR, em 1989, e o PRS de HÉLIO GARCIA, em 1990.

A fragmentação partidária no Brasil só não leva à polarização, que em outros países costuma ser sinônimo de crise e instabilidade, devido à ausência de divisões ideológicas sérias entre os partidos. O que se vê no País são arremedos de partidos com registro provisório, criados sob o argumento da liberdade de expressão e organização.

Na opinião dos estudiosos, é preciso tornar a criação de partidos algo mais sério, dificultando a proliferação de legendas que acabam servindo a outros propósitos que não o de serem agremiações políticas representativas de interesses existentes no seio da sociedade. A Lei nº 9.096, de 1995, prevê a cláusula de desempenho – para que um partido possa ter representação no Congresso – a partir das eleições de 2010, mas há quem defenda que a vigência desse dispositivo poderia ser antecipada já para o pleito de 2002.

A legislação partidária no Brasil é considerada rigorosa e minuciosa com relação às exigências para que um partido consiga registro definitivo e, ao mesmo tempo, excessivamente liberal no tocante ao acesso dos partidos ao Parlamento e aos recursos políticos, como fundo partidário e programas na TV. Mas, na prática, as exigências estabelecidas pela legislação têm sido, muitas vezes, simplesmente ignoradas. O exemplo das eleições de 1982 é significativo. Naquele ano, a legislação exigia que, para ter representação na Câmara dos Deputados, um partido necessitava obter 5% (cinco por cento) dos votos, distribuídos por nove Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles. Se fosse aplicada, a lei deixaria de fora do Congresso, partidos como o PDT, o PTB e o PT, e o País voltaria ao bipartidarismo. Mais uma vez, prevaleceu o “jeitinho” brasileiro.

É preciso criar barreiras que impeçam a proliferação de pequenos partidos. Diversas democracias adotam a chamada cláusula de exclusão ou cláusula de barreira, estabelecendo o limite mínimo de votos – que pode ser nacional ou regional – que um partido precisa alcançar para ter direito a representação parlamentar. O exemplo mais conhecido é o da Alemanha, onde, para ter acesso à Câmara dos Deputados (Bundestag), a legenda precisa receber, pelo menos, 5% (cinco por cento) dos votos. Na Grécia, esse patamar é ainda maior: 17% (dezessete por cento) para os partidos e 30% (trinta por cento) para as coligações. Atualmente, no Brasil, o único instrumento que funciona como uma espécie de cláusula de exclusão é o quociente partidário, que impede que um candidato,

mesmo que bem votado, seja eleito caso seu partido ou coligação não alcance determinada quantidade de votos.

As eleições de 1998 deixaram uma lição que vem sendo repetida há anos, mas, até hoje, não foi bem assimilada pela elite política do País. É a necessidade de se promover uma ampla reforma política, capaz de fortalecer as instituições democráticas e reforçar a importância do exercício da cidadania e a legitimidade dos mandatos conquistados pelo voto.

Cientistas políticos e sociólogos são unânimes ao enxergar, no atual quadro partidário, marcado pela proliferação de legendas, e na ausência de uma legislação eleitoral duradoura, um risco à estabilização da democracia brasileira.

O primeiro passo para que a reforma política fosse feita democraticamente e contribui-se para o fortalecimento das instituições políticas seria fazer com que o debate extrapola-se as paredes do Congresso e das Casas Legislativas, o que infelizmente não foi feito.

Certamente, não passa pela cabeça da imensa maioria dos eleitores que, em outros países democráticos, a escolha dos representantes do povo possa acontecer mediante procedimentos completamente diferentes daqueles adotados no Brasil. Quem sabe, por exemplo, que em Israel e na Holanda os parlamentares, ao invés de representar um estado ou distrito, representam todo o país? Ou que na maioria das democracias o eleitor não escolhe candidatos individuais, mas vota em listas previamente preparadas pelos partidos? Ou que na França os deputados são eleitos em dois turnos e na Alemanha um partido só poderá ter representantes no Parlamento se receber, pelo menos, 5% do total dos votos? Ou, ainda, que na Suíça um eleitor pode votar em vários nomes de diferentes partidos ou dar dois votos no mesmo candidato? Ou que na Itália uma parte dos votos é apurada nos estados e outra nacionalmente? Ou que na Inglaterra apenas o candidato majoritário de cada distrito é eleito?

Como se vê, democracia não é algo que dependa de uma fórmula específica. Há uma grande variedade de modos de se determinar a preferência eleitoral e a vontade dos cidadãos, transformando-as em poder parlamentar. E cada um deles leva a um resultado diferente. A opção por um ou outro modelo é reflexo da estrutura social, do grau de maturidade do eleitorado, do interesse pelo processo político e, claro, dos conflitos entre as diversas facções da elite política do País. Há seis anos, o Senado constituiu uma comissão para estudar a reforma política, que já tem alguns projetos prontos e privilegiam alguns itens da pauta.

4. CONCLUSÃO

A reforma política do Estado necessita, pois, de uma maior democratização nos quadros partidários, possibilitando o acesso e disputa igualitários a todos aqueles que pretendam disputar cargos eletivos.

A Ciência Política e a Teoria Constitucional têm-se debruçado sobre este tema, na medida em que os grupamentos influenciam as relações reais de poder numa sociedade, várias vezes de forma determinante, embora quase nunca de maneira institucionalizada.

O aperfeiçoamento da Democracia deve buscar a necessária visibilidade na atuação política e a responsabilidade pela influência na tomada de decisões, não somente em relação aos partidos políticos, mas também em relação aos grupos de pressão. A regulamentação seria o conjunto mínimo de interesses comuns, incluindo especialmente interesse comum de buscar o fair play entre os interesses privados e particulares.

Entendemos que os partidos políticos são organismos vitais dos sistemas de representação plural e, conseqüentemente, entidades de autêntico interesse público, cuja existência merece ser sustentada com capitais públicos, não existindo soluções mágicas nem verdades absolutas em matéria eleitoral.

A importância alcançada pelos partidos para a vida e a reprodução do Estado democrático. Eles adquiriram a atenção neste ponto, porque o dinheiro dos partidos não só representa uma questão excelente para as quantidades implícitas ou para suas fontes de origem, mas porque os partidos tornaram-se a espinha do Estado democrático.

Que o dinheiro na política tenha um manejo transparente e que propicie uma competição aberta e livre, sem contrapesos, conveniente a todos os partidos e aos regimes que lhes dão sustento.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Murillo. **Grupos de Pressão no Congresso Nacional**. São Paulo: Maltese, 1994.

BADIA, F. **Partidos - Grupos de Pressão**. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes Políticos**. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral dos Partidos Políticos**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, s/d.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Direitos Políticos e Partidos Políticos**. 2. ed., Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1977.

BRASIL. Lei n.º 6.015, de 31.12.1973. **Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências**. Brasília: *DOU*, 2 de janeiro de 1974.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Sistemas Eleitorais & Representação Política**. São Paulo: Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Orlando. **Os Partidos Políticos e a legitimação do processo político brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.º 64, out./dez., 1979.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 6. ed., rev. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CÓDIGO ELEITORAL. Organizadora: Norma Murad; Coordenadora: Sandra Julien Miranda. São Paulo: Rideel, 2000.

COELHO NETO, Ubirajara. **Estado Constitucional e Partidos políticos**. (Monografia de Mestrado). Faculdade de Direito da UFMG, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder *et. al.* **Brasil Sociedade Democrática**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.

D'ANTENA, Antonio. **Il Principio Democratico nel Sistema dei Principi Costituzionali. Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976**. Organização: Jorge Miranda. v. 1, Coimbra: Almedina, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Renascer do Direito**. 2. ed., Sarai-va, 1996.

- DUVERGER, Maurice. **Introdução à Política**. Lisboa: *Estúdios Cor*, 1972, Tradução de Mário Delgado.
- DUVERGER, Maurice. **Os Partidos Políticos**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1970.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Parlamentarismo**. Saraiva, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os Partidos Políticos nas Constituições Democráticas**. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais - edição da Revista brasileira de estudos políticos, 1966.
- FRIEDRICH, Carls J. **Gobierno Constitucional Y Democracia**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- HAURIOU, André. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Barcelona: Editora Ariel, Traducción Castellana de José Antonio Gonzales, 1980.
- HERAS, Jorge Xifras. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., Tomo II, Barcelona: Casa Editorial, 1957.
- HORTA, Raul Machado Horta. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é a Constituição? Essência da Constituição**. 3. ed., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- MACIEL, Marco. **Grupos de Pressão e Lobby**. Brasília: Senado Federal, 1984.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- NATALE, Hugo E. Alvarez. **Contribucion al estudio de los grupos de interes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.
- NUSDEO, Fábio. **O Direito Econômico e os Grupos de Pressão**. Revista de Direito Mercantil, nº 31- 1978.
- PASQUINO, Gianfranco. **Grupos de Pressão**. In: BOBBIO, Norberto.
- REALE JR, Miguel. **Casos de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1992.
- RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995. Tradução Antônio de P. Machado.

SANTOS, Mário Augusto. **Associação Comercial da Bahia na Primeira República. Um Grupo de Pressão**. 2. ed., Salvador: ACB, 1991.

SARTORI, Giovanni. **Partidos e Sistemas Partidários**. Tradução de Waltensir Dutra, Brasília: Ed. Brasileira, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Perspectivas do Direito Público**. Coordenação: Carmem Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras: 1988**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

TEMER, Michel. **Constituição e Política**. São Paulo: Malheiros, 1994.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale Comparato**. Padova: Cedam, 1981.

VIRGA, Pietro. **Libertà Giuridica e Diritti Fondamentali**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1947.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Termo de Ajuste de Conduta**. São Paulo: LTr, 2004.

Resenhas

GONÇALVES DA SILVA, Luciana Aboim Machado. Termo de Ajuste de Conduta. São Paulo: LTr, 2004.

A Lei n. 7.347/85 (art. 5º, § 6º) traz a previsão do instituto do termo de ajustamento de conduta - TAC. Suas origens, no entanto, remontam à Lei n. 7.244/84, que o classificou como título executivo extrajudicial, natureza jurídica esta, inclusive, que prevalece atualmente no âmbito da doutrina majoritária. Firmado entre o empregador e um dos órgãos públicos legitimados para propor a ação civil pública, indigitado instituto é figura jurídica de grande relevância, e, por vezes, extremamente necessária para solucionar conflitos metaindividuais. É por meio do termo de ajuste de conduta que as partes envolvidas, pautadas pelo princípio da razoabilidade, conseguem atingir uma convergência, determinando o modo, lugar e prazo para que o inquirido possa adequar sua conduta, previamente à interposição de Ação Civil Pública. Nesse diapasão, a Prof. Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, traz em sua obra Termo de Ajuste de Conduta, importantes pontos a respeito dessa figura jurídica.

Pois bem, no que toca a legitimidade para ajuizamento da Ação Civil Pública, a Lei n. 7.347/85 determina que esta é concorrente e disjuntiva, ou seja, todos os legitimados são independentes para promover a referida ação, bem como prevê que os órgãos públicos legitimados poderão tomar o termo de ajuste de conduta do inquirido. Mas, é cediço que o Ministério Público é o órgão mais bem aparelhado para tais misteres. A obra em estudo traz à baila a interpretação da expressão “órgãos públicos legitimados” contida no art. 5º, § 6º, da citada Lei n. 7.347/85, advogando a aplicação do brocardo jurídico “onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”, de modo que, como a lei cabalmente distinguiu e qualificou de públicos os órgãos legitimados para o TAC, não há como admitir a legitimidade da associação sindical, embora a autora critique tal limitação legislativa à legitimidade, com vista ao princípio da coerência e harmonia, inclusive com o texto constitucional (CF/88, art. 8º, III). Levanta-se, ainda, a ausência de previsão do Distrito Federal no referido rol, o que fora devidamente suprimido pela Lei n. 8.078/90.

A propositura da ação civil pública, conforme citado acima, é concorrente e disjuntiva. Normalmente referida ação é precedida de inquérito civil ou procedimento investigatório prévio, sendo o primeiro exclusivo do Ministério Público e previsto no art. 129, III da CF/88, bem como no art. 10 da Lei n. 7.347/85. Destarte, o termo de ajuste de conduta

ocorrerá no âmbito desses dois institutos acima mencionados. Embora o procedimento de investigação prévia tenha sofrido críticas por parte da doutrina, uma vez que seus objetivos convergiriam para os do inquérito civil, havendo uma coincidência entre ambos, é salutar esclarecer que referido procedimento não elimina o inquérito civil, sendo mais uma forma de que dispõe o Ministério Público para viabilizar o TAC, e, além disso, é o único meio de que detém os outros legitimados à feitura do termo.

No tocante aos requisitos do termo de ajustamento de conduta, vislumbra-se ser imprescindível (para que obtenha a força executiva) conter obrigação certa e determinada, além das cominações cabíveis, bem como a legitimidade do órgão tomador, a espontaneidade do inquirido, a clareza das disposições e a reparação total dos danos. Nesse diapasão, alguns autores argumentam pela necessidade de homologação do termo por parte do Ministério Público do Trabalho, quando o mesmo for tomado por outros dos co-legitimados, o que é discordado pela obra em estudo. Para tal, a autora traz três fortes argumentos. A priori, não há na lei nenhuma exigência nesse sentido; segundo, o fato de vir à tona um TAC insuficiente ou mal feito não será obstáculo para eventual propositura da ação civil pública pelos outros legitimados; e por fim, não se pode olvidar que no termo de ajuste de conduta não há que se falar em direitos disponíveis, podendo inclusive ser impugnado mediante ação anulatória se houver violação dos mesmos.

Nesse ponto da obra a autora traz à tona o conteúdo do termo de ajustamento de conduta, esclarecendo que o TAC sempre fora tomado mediante um compromisso do inquirido em obrigações de fazer ou não fazer alguma coisa, mas que atualmente atingiu maior contorno uma vez que abrange também obrigações de dar. Salutar mencionar que a reparação do dano, em forma de indenização terá dois destinos, dependendo do tipo de direito atingido: se individuais homogêneos destinar-se-á ao empregado, no entanto, se direitos difusos ou coletivos, ao FAT.

Outro aspecto importante de que não se pode olvidar é o fato de que o termo de ajuste de conduta não se confunde com o instituto da transação. Nesta última há, entre outros aspectos diferentes em relação ao termo, concessões recíprocas, dubiedade em relação ao direito e possibilidade de dispor do mesmo. Já no termo de ajuste de conduta não há concessões recíprocas (uma vez que o infrator se obriga a ajustar a sua conduta, pois esta transgredir a lei e não é possível a imediata reparação da lesão), a obrigação objeto do termo de ajuste é certa e determinada e o direito é indisponível.

É bem de ver que existe celeuma na doutrina quanto à natureza jurídica da cominação contida no termo de ajuste de conduta, teria ela natureza de cláusula penal ou de astreinte? Nesse sentido, o art. 11 da Lei n. 7.347/85 vaticina que será aplicada uma multa diária. Ora, apesar de, numa primeira interpretação, pensar-se que se trataria de cláusula penal, é com muito afinco que a obra ora em estudo defende que em verdade trata-se de astreinte. Para tanto, traz valiosos argumentos que passamos a citar, ainda que superficialmente, quais sejam, a multa apresenta caráter coercitivo, não configurando indenização (sendo, inclusive possível sua cumulação com esta), mas sim uma pressão econômica insuportável, que estimula o inquirido a cumprir a obrigação ora prometida; da mesma forma, a astreinte contida no TAC, diferentemente da cláusula penal não precisa obedecer o limite máximo do valor da condenação, não se aplicando aqui a Orientação Jurisprudencial n. 54 da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, além disso, o valor da astreinte pode ser modificado pelo próprio magistrado, quando este verifique que se tornou excessivo ou insuficiente.

Interessante mencionar que existe uma linha de pensamento que entende ser a astreinte aplicável apenas à obrigação de fazer e não fazer, e não aplicável quando se tratar de obrigação de dar. Observa-se que a excelente obra ora em análise refuta tal entendimento, advogando que, primeiramente não se pode despendar ao art. 11 da Lei n. 7.347/85 apenas o mais pobre dos métodos interpretativos, que é o gramatical; no mais, o art. 5º, § 6º, da indigitada lei não fazer qualquer diferença entre as obrigações, apenas trazendo a expressão “cominações”; por fim, não se pode restringir o êxito do termo de ajuste, não aplicando uma sanção apenas por se tratar de obrigação de dar, pois o bem maior tutelado é a paz social. Tanto é assim, que o termo de ajuste de conduta apresenta uma significativa vantagem, qual seja, a celeridade de obtenção da adequação do inquirido, sem que os ofendidos precisem enfrentar a morosidade do judiciário, logo, sem que haja a propositura da ação civil pública, através do TAC as partes têm a oportunidade de se comporem alcançando o bem comum.

Uma vez tomado o termo de ajustamento de conduta, mister observar que o órgão legitimado que o celebrou deverá fiscalizar o seu efetivo cumprimento, o que não obsta a Delegacia Regional do Trabalho de também fazê-lo. Nesse diapasão, levanta-se a discussão sobre a possibilidade ou não de o termo de ajustamento de conduta ser executado na Justiça Laboral. Havia três diferentes correntes a respeito do tema, sendo que, corretamente, prevaleceu a que entende plenamente possível

a execução do TAC pela justiça especializada, nesse sentido, inclusive, o art. 876 da CLT.

Embora indigitado dispositivo legal traga em seu texto apenas os termos de ajuste de conduta firmados pelo Ministério Público, em obediência ao princípio do acesso à justiça, não se pode olvidar dos outros órgãos públicos legitimados para tomar o TAC. Logo, tanto o termo firmado com o Ministério Público, quanto o firmado com os outros legitimados constituem títulos executivos extrajudiciais, que trazem em seu bojo a vantagem de evitar que as partes enfrentem uma ação judicial para que tenham seus direitos resguardados, podendo da mesma forma ser executados na Justiça do Trabalho. Tal execução poderá ser de duas formas: tratando-se o compromisso de obrigação de dar a execução será por quantia certa, já versando sobre obrigação de fazer ou não fazer a execução será específica.

Por fim, a obra em apreço traz à baila a questão da competência. Resta claro que se o termo de ajuste de conduta se refere a direitos trabalhistas metaindividuais será a Justiça Juslaboral a competente para executá-lo, conforme disposto no art. 114 da CF/88, sendo mais precisamente competente uma das varas do trabalho, e não do Tribunal, como querem alguns, uma vez que não se pode confundir ação civil pública com dissídio coletivo.

Já quanto à competência para a execução da cominação imposta no termo de compromisso há quem entenda que deveria ser da Procuradoria da Fazenda Nacional, junto a Justiça Federal. Tal entendimento, no entanto, tornou-se obsoleto com o advento da emenda constitucional n. 45 de 2004. Para outra parte da doutrina, com a qual se filia a autora, a competência para execução das cominações impostas nos termos de compromisso é da Justiça Especializada, uma vez que elas têm caráter acessório, devendo ser executadas no mesmo juízo da obrigação principal, o que, inclusive obedece ao princípio da segurança jurídica.

Logo, verifica-se que a excelente obra ora em estudo é de extrema importância para aqueles que querem conhecer e se aprofundar no tema termo de ajuste de conduta, instituto jurídico de relevante importância quando se fala em direitos metaindividuais e instrumento de convergência das partes envolvidas em busca da paz social, concretizando os princípios da celeridade, da economia, do acesso à justiça e da eficiência.

Anna Catharina Fraga Machado, advogada, consultora jurídica e especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes de Ribeirão Preto/SP.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1. Submissão de trabalhos

- a. Os artigos podem ser enviados diretamente ao e-mail institucional da revista ou através do conselho editorial. Artigos enviados serão submetidos a 2 pareceristas.
- b. São aceitos de artigos, resenhas, debates em português, francês, inglês, italiano e espanhol.
- c. O conselho editorial pode aceitar ou não os trabalhos submetidos e também sugerir modificações aos autores, para adequar os trabalhos às normas da revista.

2. Normalização

- a. Os artigos deverão ter título, centrado na página; abaixo, à direita, nome do autor; segue-se à esquerda o resumo de três a quatro linhas, e abaixo dele, as palavras-chave (até cinco) ; abaixo do resumo em português, deve ser colocado o abstract e as key words; informações sobre vinculação institucional e dados acadêmicos do autor devem constar em nota de rodapé na primeira página; no final do artigo, abaixo da última linha, deverá constar o e-mail do autor.
- b. Os artigos, resenhas, e demais escritos deverão seguir as normas da ABNT.
- c. Solicita-se que as notas sejam colocadas no rodapé da página ;a bibliografia completa pode aparecer no final do trabalho, em ordem alfabética de sobrenomes.
- d. A digitação deve ser em Word for Windows 97 ou superior com fonte em Times New Roman 12.
- e. Os títulos de obras e nomes de revistas devem aparecer em itálico ou negrito.
- f. Nas resenhas, o cabeçalho deverá conter o sobrenome do autor em caixa alta, o nome em letras normais, o título da obra em itálico, local de edição, editora, data e eventualmente número de páginas ou edição.

PUBLISHING NORMS

1. Criteria for papers submission

- a. The papers can be directly sent to the institutional e-mail of or through the editorial commission. The articles will be analyzed by two referees.
- b. The review accepts papers and reviews in Portuguese, French, English, Italian and Spanish.
- c. The scientific committee can accept or not the articles submitted as well as suggest some modifications to adapt the text to the review norms.

2. Submission Guidance

- a. The article have to contain title, centered on the page; below, at the right, the name of the author; besides, the abstract between three or four lines and after that the keywords (only five). Right under the abstract in Portugese it must be put the abstract and keywords in English. The institutional and academic information must be in the article in the footnote in the first page. At the end of the paper, below the last line, it must contain the author's e-mail;
- b. The articles, reviews and other writings have to follow ABNT's guidance;
- c. It is asked that the notes have to be put in the page's footnote; the entire bibliography may be at the end of the paper, in alphabetic order of the last names;
- d. The paper has to be typed in Word for Windows 97 or superior in 12-point, Times New Roman font.
- e. The works' titles and journal's names must be or in italics or in bold;
- f. On the reviews, the heading must contain the author's last name capitalized, the first name written normally, the work's title in italics, edition's city, publisher, date and the number of pages eventually or edition.

