



LITERATURA JURÍDICA? (IMPRESSÕES DE UM LEITOR)
Jorge Manuel Coutinho de Abreu

INCIDÊNCIAS DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÓNIO
CULTURAL EM PORTUGAL E NO BRASIL
José Luís Bonifácio Ramos

APONTAMENTOS PARA UMA EFETIVA COMPARAÇÃO EM
DIREITO
Felipe Araújo Castro

FRANCISCO CAMPOS E O CINISMO CONSTITUCIONAL
Francisco Rogério Madeira Pinto

O ESTADO DE DIREITO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A
VONTADE DE PODER: UMA CRÍTICA FILOSÓFICA À
INFLUÊNCIA DECISIONISTA NA MAGISTRATURA, MEDIANTE
UMA REFLEXÃO EM NIETZSCHE E SCHMITT
Fernando Antonio Alves

SEGURANÇA AÉREA E ABATE DE AVIÕES: ASPECTOS
JURÍDICO-FUNDAMENTAIS
Leonardo Simchen Trevisan

CALCULO DE VIGÊNCIA DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS
E PRODUTOS AGRÍCOLAS DEPOSITADOS NO SISTEMA
"MAILBOX" NO BRASIL
Cristiano Starling Erse

ANÁLISE SOBRE AS DECISÕES DO STF E STJ SOBRE DIREITO
À INFORMAÇÃO E INFORMAÇÃO AMBIENTAL
Vanessa Vogado Correia
Ana Cláudia Farranha Santana
Amanda N. L. Espiñeira Lemos

REVISTA JURÍDICA



REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

Editor-Chefe

Dr. Rafal Lamera Giesta Cabral
(UFERSA | Mossoró, RN)

Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauar Leite
(UFERSA | Mossoró, RN)

Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores (UFRGS | Porto Alegre, RS)

Dra. Ana Cláudia Farranha Santana (UnB | Brasília, DF)

Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes (UFF, Niterói, RJ)

Dr. Cristiano Paixão (UnB | Brasília, DF)

Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro (UnB | Brasília, DF)

Dr. Fernando César Costa Xavier (UFRR | Boa Vista, RR)

Dr. Gustavo César Machado Cabral (UFC | Fortaleza, CE)

Dr. Gustavo Silveira Siqueira (UERJ | Rio de Janeiro, RJ)

Dr. Mário Sérgio Falcão Maia (UFERSA | Mossoró, RN)

Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral (UFERSA | Mossoró, RN)

Dr. Samuel Rodrigues Barbosa (USP | São Paulo, SP)

Dr. Sérgio Said Staut Júnior (UFPR | Curitiba, PR)

Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu (FDUC | Coimbra, Portugal)

Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia (FDUC | Coimbra, Portugal)

Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semiárido
v. 2, n. 4, (jul./dez. 2018) – Mossoró, 2018 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semiárido.

CDD: 340

CDU: 34

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120



REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

Pareceristas desta Edição

Dr. Deilton Ribeiro Brasil (UIT | Itaúna, MG)
Dr. Luciano dos Santos Diniz (CEFET | Belo Horizonte, MG)
Dra. Mariane Camargo D'Oliveira (FEEVALE | Campo Bom, RS)
Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques (IDP | Brasília, DF)
Dr. Walter Guandalini Junior (UFPR | Curitiba, PR)
Me. Alexander Seixas da Costa (UFF | Niterói, RJ)
Me. Arleide Meylan (UnB | Brasília, DF)
Me. Cristiano Aparecido Quinaia (UNITOLEDO | Araçatuba, SP)
Me. Daniel de Oliveira Araújo (UNINASSAU | Natal, RN)
Me. Lucas Santos de Almeida (UNISAL | São José dos Campos, SP)
Me. Priscilla Cardoso Rodrigues (FDUC | Coimbra, Portugal)

Assessoria Técnica

Daniel Félix Gondim Barbosa (UFERSA | Mossoró, RN)



NOTA EDITORIAL

O novíssimo número da REJUR está repleto de notícias. No ano de 2018, registramos conquistas significativas com novas indexações de nossa revista junto as bases DOAJ e REDIB, migramos nossa plataforma para a versão mais recente da OJS e iniciamos o registro de DOI para os artigos já publicados em nossa revista.

As últimas novidades foram dadas em primeira mão nas redes sociais da REJUR neste mês de dezembro/2018, quando anunciamos que a Conselho Técnico-Científico do Ensino Superior da CAPES recomendou a abertura do primeiro Programa de Mestrado Acadêmico em Direito a ser ofertado por uma Universidade Pública no interior das regiões Nordeste e Norte do país. Trata-se do PPGD/UFERSA. O Mestrado em Direito de nossa instituição passou a ser uma realidade para Mossoró e toda região do semiárido e já prepara seu processo seletivo para o primeiro semestre de 2019, com a oferta de até 20 vagas.

Com área de concentração em Direito, democracia e conflitos socioeconômicos, o PPGD/UFERSA dispõe de duas linhas de pesquisas, integrandos os estudos de Constituição, desenvolvimento e as transformações na ordem econômica e social (linha 1) e Estado, conflito e direitos fundamentais (linha 2).

A REJUR tem um papel importante nessa conquista. Nossas linhas de pesquisa foram utilizadas como parâmetro para consolidar a proposta do Mestrado, demonstrando que o trabalho coletivo iniciado tempos atrás começou a produzir resultados expressivos em nossa instituição.

A consolidação destas atividades, iniciada desde o ano de 2016, quando a Revista Jurídica da Ufersa tomou seu primeiro formato até a publicação de nosso primeiro volume e número em maio de 2017, insere a REJUR em um novo projeto, vinculando-a oficialmente como um produto do Programa de Pós-Graduação em Direito, em nível de Mestrado Acadêmico.

Esse elo reforça nossa missão institucional de promover um intercâmbio científico entre pesquisadores nacionais e internacionais, viabilizando, deste modo, um diálogo refinado entre as pesquisas produzidas no âmbito de nosso Programa de Pós-Graduação com os demais institutos de pesquisa.

Nesta edição, a REJUR também anuncia que no próximo mês lançará em sua plataforma a versão bilíngue Inglês/Português para os seguintes elementos editoriais: linha editorial, normas de submissão, indicação de periodicidade e informações gerais sobre nosso periódico. O objetivo é ampliar o alcance da REJUR, ao tempo em que está em sintonia com as inovações e constantes aprimoramentos no processo editorial das revistas jurídicas no país.

Com o novo número, a REJUR encerra as publicações do ano de 2018 com 18 artigos, mantendo uma média de 20% de contribuições estrangeiras. Os dois primeiros artigos que inauguram o Vol 2, n. 4, são de autores de lusitanos, diretamente de Coimbra e Lisboa.

De Portugal, o Professor Catedrático JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, abre nossa edição com um instigante texto sobre Direito e Literatura. No texto, o autor buscou – de forma criativa – estabelecer conexões entre as narrativas literárias e as possibilidades de questionar os limites e as possibilidades dos sentidos do direito em contextos diversos, experimentados pelo homem na sociedade.

O Professor Associado JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, apresenta um texto de uma conferência sobre Direitos Culturais e como o patrimônio cultural tem sido tutelado em Portugal e Brasil. A contribuição apresentada pelo professor decorreu de suas atividades no I Encontro Internacional de Direitos Culturais, realizado na UFERSA, em outubro de 2017, sob a coordenação do Dr. Rodrigo Vieira Costa, professor do curso de Direito da UFERSA.

De Minas Gerais, o professor Doutor FELIPE ARAÚJO CASTRO, recém titulado pela Universidade Federal de Minas Gerais e vinculado ao curso de Direito da UFERSA desde 2015, trouxe contribuição relevante de revisão crítica da literatura especializada sobre direito comparado. O autor buscou destacar o direito comparado dentro dos parâmetros i) ciência autônoma ou ii) método de investigação do Direito para discutir a relevância prática ou não desta discussão dentro da área de direito comparado.

Na sequência, o professor Doutor FRANCISCO ROGÉRIO MADEIRA PINTO, vinculado à Universidade de Brasília, apresentou uma pesquisa sobre um dos juristas mais presentes na história constitucional brasileira. Com o título Francisco Campos e o cinismo constitucional, o autor investigou como as ideias propostas por Francisco Campos foram recepcionadas nos meios jurídicos como alternativa legitimadora do governo Getúlio Vargas, na ditadura do Estado Novo.

Com o título *O Estado de Direito entre o ativismo judicial e a vontade de poder: uma crítica filosófica à influência decisionista na magistratura, mediante uma reflexão em NIETZSCHE e SCHMITT*, o professor Doutor FERNANDO ANTÔNIO ALVES produziu uma investigação que buscou refletir, a partir da filosofia política, o conceito de vontade de poder acerca do fenômeno do decisionismo praticado pela magistratura nacional. A contribuição do autor reside em sua capacidade de identificar o estado da arte das discussões levantadas nos últimos anos sobre os limites do ativismo judicial e decisionismo.

Do Rio Grande do Sul temos a contribuição do doutorando em Direito (UFRGS) LEONARDO SIMCHEN TREVISAN, que preocupado com o uso de meios de transporte aéreo para o cometimento de delitos, investigou a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a respeito do

abate de aviões como ponto de referência para avaliar e problematizar a legislação brasileira sobre segurança aérea, direito à vida e abate de aeronaves.

A contribuição de CRISTIANO STARLING ERSE tem como foco a discussão sobre o cálculo de vigência de patentes “mailbox” de medicamentos e produtos agrícolas no Brasil, a partir da exegese do art. 40, parágrafo único, da Lei n. 9.279/1996. O centro da questão reflete uma discussão jurídica com alto impacto econômico: se houver a flexibilização no prazo de proteção de algumas patentes já reconhecidas pelo governo brasileiro, via revisão judicial das cláusulas protetivas, a pretendida adequação dos prazos permitirá o ingresso de genéricos no mercado, com redução de gastos relevantes pelo governo federal, ao mesmo tempo em que impactará nos lucros de sociedades empresárias detentoras das patentes. Desde 2013, mais de 200 ações tramitam na Justiça brasileira, visando adequar o prazo de validade das patentes de 247 medicamentos e produtos de natureza agrícola. É uma contribuição significativa que considera tanto a análise econômica do direito quanto as regras de registro de propriedade intelectual.

Por fim, as pesquisadoras da Universidade de Brasília, VANESSA VOGADO CORREIA, Doutora ANA CLÁUDIA FARRANHA SANTANA E AMANDA ESPIÑEIRA LEMOS apresentam trabalho que analisou as jurisprudências do STF e STJ acerca do direito do acesso à informação e da informação ambiental, com vistas a compreender como as cortes brasileiras vêm interpretando esses temas. A pesquisa tem um ponto de partida relevante para verificarmos, na prática, como o Poder Judiciário tem assegurado (ou não) a fiscalização da sociedade sobre informações relevantes que contribuem para a construção de nossa cidadania.

Neste número você encontrará uma diversidade de pesquisas que dialogam com nossas linhas de pesquisa e área de concentração. Desejamos que todos tenham uma boa experiência de leitura com esta edição. Como sempre tenho reiterado nas notas editoriais da REJUR, não posso deixar de agradecer a contribuição de meu editor-adjunto, professor Doutor MARCELO LAUAR LEITE, pela preciosa contribuição e esforço para a concretização de nossa revista e ao estudante Daniel Félix Gondim Barbosa, que prestou assessoria técnica nesta edição. Na oportunidade, estendo meus agradecimentos a todos os autores, avaliadores ad hoc e conselheiros editoriais da REJUR, na expectativa de renovarmos parcerias a curto prazo.

Boa leitura!

PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL
EDITOR-CHEFE | DEZEMBRO 2018



SUMÁRIO

LITERATURA JURÍDICA? (IMPRESSÕES DE UM LEITOR) | **1-6**
DR. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU

INCIDÊNCIAS DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÓNIO CULTURAL EM PORTUGAL
E NO BRASIL | **7-19**
DR. JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS

APONTAMENTOS PARA UMA EFETIVA COMPARAÇÃO EM DIREITO | **20-38**
DR. FELIPE ARAÚJO CASTRO

FRANCISCO CAMPOS E O CINISMO CONSTITUCIONAL | **39-66**
DR. FRANCISCO ROGÉRIO MADEIRA PINTO

O ESTADO DE DIREITO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A VONTADE DE PODER:
UMA CRÍTICA FILOSÓFICA À INFLUÊNCIA DECISIONISTA NA MAGISTRATURA,
MEDIANTE UMA REFLEXÃO EM NIETZSCHE E SCHMITT | **67-81**
DR. FERNANDO ANTONIO ALVES

SEGURANÇA AÉREA E ABATE DE AVIÕES:
ASPECTOS JURÍDICO-FUNDAMENTAIS | **82-102**
ME. LEONARDO SIMCHEN TREVISAN

CALCULO DE VIGÊNCIA DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS
AGRÍCOLAS DEPOSITADOS NO SISTEMA "MAILBOX" NO BRASIL | **103-127**
ME. CRISTIANO STARLING ERSE

ANÁLISE SOBRE AS DECISÕES DO STF E STJ SOBRE DIREITO À INFORMAÇÃO E
INFORMAÇÃO AMBIENTAL | **128-140**
VANESSA VOGADO CORREIA
DRA. ANA CLÁUDIA FARRANHA SANTANA
AMANDA N. L. ESPIÑEIRA LEMOS



LITERATURA JURÍDICA? (IMPRESSÕES DE UM LEITOR)

LEGAL LITERATURE? (IMPRESSIONS OF A READER)

JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU*

RESUMO

No texto *Literatura Jurídica?*, o autor apresenta suas impressões sobre os sentidos polissêmicos da palavra literatura para aproximar os pontos de conexão entre Direito e Literatura. Com linguagem clara e envolvente, o autor promove uma contribuição significativa para compreendermos os sentidos do Direito a partir dos textos literários.¹

Palavras-chave: Literatura; Direito; Sociedade.

ABSTRACT

In "Legal Literature?", the author develops his impressions on the polysemic meanings of the "literature" word to approximate the points of connection between Law and Literature. With clear and engaging language, the author promotes a contribution to understand the meanings of Law from literary texts.²

Keywords: Literature; Law; Society.

* Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC).
Professor Catedrático da FDUC.
jabreu@fd.uc.pt

Recebido em 27-11-2018 | Aprovado em 27-11-2018³

¹ Elaborado pelos Editores.

² Written by Editors.

³ Artigo convidado. Texto com o qual o autor participou do evento "Mundos em Diálogo" – Colóquio Internacional sobre Literatura e Direito organizado pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.



“A literatura jurídica sobre o tema”; “na literatura jurídica nacional”; “veja-se sobre esta figura, na literatura alemã”; “na literatura de direito comparado”... Formulações deste tipo são utilizadas frequentemente no discurso jurídico para referir obras doutrinárias de direito (livros, artigos).

“Literatura” aparece aí como sinónimo de “bibliografia”. Que é um dos significados daquele polissémico vocábulo. Mas não o mais expressivo, nem hodiernamente o mais usual.

Um conhecimento mais ou menos empírico da obra literária (poesia ou prosa) ou um entendimento mais ou menos impreciso da literariedade aconselham retirar a obra de direito do campo da literatura. Por respeito ou em homenagem desta.

Aparentemente, a obra de literatura e a obra de direito ocupam-se da mesma massa: homem, sociedade, mundo físico. Mas de jeito diferente. E com propósitos diversos.

O *homem*-personagem (principal ou não) da(s) literatura(s) é homem concreto, singular mas também plural: livre / acorrentado, conformista / resistente, frontal / dissimulado, honesto / desonesto, medroso / corajoso, sóbrio / vaidoso, vertical / subserviente, poético / prosaico, instintivo / convencional, leal / desleal, egoísta / altruísta, reconhecedor / invejoso; com alegrias e sofrimentos, esperanças e desesperos, triunfos e humilhações, amores e ódios, ignorâncias e sabedoria...

Não admira então que a *sociedade*, feita destes homens, ora a sós, ora em grupos, camadas e classes sociais, apareça viva, movimentada, penetrada por acção, raciocínio, emoção; crua ou transfigurada, legitimada ou contestada.

E também o *mundo físico*, na minudência ou no panorama, aparece oferecendo-se aos sentidos e ao pensamento: com formas, cores, sons, cheiros, sabores, confortável ou desagradável, opressivo ou libertador.

As obras jurídico-doutrinárias referem-se, claro, ao direito. Que (felizmente) não entra em todos os espaços da vida.

O *homem* que nelas aparece não revela muitos dos seus pensamentos e emoções; é quase sempre um homem abstracto e parcial: sujeito jurídico anónimo e sem feições em determinada posição ou desempenhando determinado papel, homem-tipo (“declaratório normal”, “bom pai de família”, “gestor criterioso e ordenado”, etc., etc.). Mesmo quando o texto doutrinário se debruça sobre o caso jurisprudencial-judicial, o retrato das pessoas surge muito incompleto e largamente impessoal — busca-se com o caso ilustrar o geral-abstracto ou neste remeter o singular e concreto.

A *sociedade* das pessoas apresenta-se não apenas com homens mas com outras criaturas — pessoas jurídicas ou colectivas (Estado, autarquias, associações, sociedades comerciais, etc.) que, como os homens, aparecem como sujeitos de direito; relações jurídicas descarnadas ligam uns e outros; frios factos são permitidos, proibidos, promovidos. Tudo entretido em estrutura ou sistema geométrico, maquinal, normalizado, sem o pulsar infra-estrutural e marginal; descreve-se ou explica-se a construção, raramente se desconstrói, a mudança é vislumbrada acanhadamente nos limites do *de jure condendo*...

O *mundo físico* é aprisionado em categorias e conceitos universalizados. A obra de direito não é capaz de se maravilhar ante um demarcado campo em Abril florido — insensível às ervas, flores, arbustos, designá-lo-á “prédio rústico” de “propriedade privada” (protegido,

portanto, de certos olhares do público); um rio sereno ou revoltoso desaguará nos “bens do domínio público”; um casebre insalubre não deixará de ser “prédio urbano”; quase tudo é incolor, insonoro, inodoro, insípido.

Dizia Pessoa que um poema “não é mais que uma carne de emoção cobrindo um esqueleto de raciocínio”. O mesmo valerá, em geral, para os demais textos literários. Não para o texto jurídico doutrinário. Aí reina o esqueleto, às vezes imerso em palha de que o grão (que encarna) há muito se escapuliu.

A *ficcionalidade* é, em maior ou menor medida, essencial na literatura. Mais ou menos ligada à realidade, ainda que “realista” ou “neo-realista”, ela não deixa de ser irrealista: fantasia, sonha, imagina e inventa personagens e enredos, metamorfoseia passado e futuro em presente, ausência em presença, transgride e possibilita o impossível. O “eu”-narrador, ainda quando referido ao autor do texto, é também ficcional.

Ao invés, a obra jurídico-doutrinal visa a realidade — a realidade normativa — e, por vezes, o dever-ser que não é mas que se quer real. É obra real ou pretensamente *realista*. Interroga, interpreta e sistematiza fenômenos jurídicos, normas legislativas, princípios regulativos, decisões judiciais, antecipa ou promove soluções jurisprudenciais e legais, constrói noções, conceitos e institutos jurídicos. Tudo, ou quase, vinculativo-necessário. A invenção fantasista, a imaginação mágica, a libertação onírica estão interditas. Quando ocorrem, são levadas à conta de descuido ou falta (consciente ou inconsciente) de realismo. Imaginação sim, mas normativo-analítica e/ou problematizadora. Pretende o jurista-autor ilustrar com o que não é mas pode ser, e logo adverte: “imaginemos que A e B...”, “suponha-se o seguinte caso”... E tudo, ou quase, científico se afirmando — com o máximo de realismo, pois. A esta ciência do direito (ou a parte dela) chamam mesmo os juristas “dogmática jurídica” (bela designação — a evitar). Dogmática que, inclusive, cobre com sua capa de cientificidade o ideológico-ocultador...

É certo que há *ficções jurídicas* (ficções legais, sobretudo). Por exemplo, a lei considera que o devedor foi interpelado para cumprir quando não houve qualquer interpelação porque ele a impediu; ou que uma sociedade extinta por efeito de fusão existe para efeitos do exercício de direitos que resultem da fusão a favor dela ou contra ela. Outro exemplo, agora doutrinal (mas bem contestável): a personalidade jurídica ou colectiva é considerada como se fosse personalidade humana.

Mas estas ficções são raras (a ficcionalidade não é conatural ao direito). E são fruto, não tanto da liberdade criadora, sim da necessidade reguladora.

Por sua vez, o “eu”-autor aparece na obra de direito como real. Curiosamente, o tão divulgado e aconselhado “nós” é que surge amiúde fictício...

O *traçado* da obra jurídico-doutrinal é, generalizadamente, o de *obra fechada*: com princípio, meio e fim. Muitas vezes com o princípio *antecipando* o meio e o fim e este, complementado pelo índice geral, a *recordar* aqueles. E muito frequentemente, do princípio ao fim, com profusão de notas (bibliográficas, complementares, acessórias, laterais, etc.).

A obra literária (mormente o romance), ainda quando fechada (e é aberta não raramente), *não se desnuda antecipadamente*. Ao menos no “meio”, a trama é concebida para criar e manter incerteza, expectativa. E o leitor não tem de desprender-se do texto por efeito do ruído de notas (de pé-de-página ou de páginas inteiras).

O jurista-autor quer que a sua *mensagem* seja lida com o *sentido* com que ele a escreveu. Busca por isso a palavra ou a expressão marcada por denotação e o discurso monossignificativo, evita o conotativo e o polissêmico. No vocabulário jurídico encontra signos solidamente codificados. Outros não. E não pode prescindir da linguagem corrente, onde a vaporosidade e polissemia dos vocábulos e locuções são em geral maiores. Trabalha então na contextualização; remete para significados em outros lugares explicitados; explica e exemplifica, formula definições — tarefa em que não deseja ver metido o legislador... O discurso, já se vê, *dispensa figuras de estilo*. A metáfora é ambígua. A hipérbole é inconveniente (real, realismo, não exagerar). A ironia é provocativa e lúdica. E o direito é sério, austero, não sorri. Logo, também o jurista e seu jurídico discurso não devem fazer rir. Certas expressões da gíria jurídico-profissional, aos “leigos” aparentando ironia, devem ser tomadas à letra ou, ao menos, seriamente. Por exemplo (a propósito de sentença insustentável): discordamos do acórdão, “aliás douto”.

A obra literária não é avessa à *conotação* e *polissemia*, calculadamente concede lugar à ambiguidade; dispensa as definições e não descompõe os rodapés com notas; não pretendendo dizer tudo com palavras, administra silêncios em e entre frases; trabalha na oficina dos *recursos técnico-estilísticos*; reinventa palavras, frases e construções, sem desmentir as de ontem nem rechar negação pelas de amanhã.

Não quer tudo isto dizer que o *belo* tenha de estar arredado do discurso jurídico. Há beleza nas palavras precisas de frase rigorosa, na sequência lógica e construção coerente; na finura do argumento convincente; na escrita clara, ágil, ritmada. Mas é beleza instrumental, serve da comunicação eficaz de ideias. Consequentemente, também o prazer da leitura é mais cerebral, não sensual.

Depois de termos vislumbrado o (sobre) que, para quê e como escreve o jurista doutrinador — sendo certo que o quê determina em medida larga o para quê e o como —, podemos dizer, acompanhando Roland Barthes, que ele é *escrevente, não escritor*. “Os escreventes, esses, são homens ‘transitivos’; estabelecem uma finalidade (testemunhar, explicar, ensinar) de que a fala não é senão um meio; para eles, a fala suporta um fazer, não o constitui. Eis pois a linguagem reduzida à natureza de um instrumento de comunicação, a um veículo do ‘pensamento’. (...) O escrevente não exerce nenhuma acção técnica essencial sobre a fala; ele dispõe de uma escrita comum a todos os escreventes” na qual muito raramente é possível distinguir estilos. Escreventes no direito, etc., escritores na literatura. Apreciação, não depreciação.

A obra do jurista-escrevente não é, pois, obra de literatura. Também o não é (menos ainda) a *obra do legislador*, nem a *sentença do juiz*.

Não se lê literariamente um código civil. Nem ele se transforma em poema quando desdobrado em versos rimados (como em *Le Code Napoléon mis en vers français*, 1811). Se a poesia teve algum cantinho no direito antigo (o nosso Theophilo Braga da *Poesia no direito*, na esteira de Vico, Grimm e Michelet, acreditou nisso), nunca morou no direito legislado.

Algumas audiências de julgamento são palco de teatro. Mas não é literatura dramática o escrito que as reproduz; nem as sentenças judiciais (escritas) respectivas (teatro anatómico?).

Por sua vez, a obra de literatura, evidentemente, não é obra de direito. Ainda quando nela encontramos fragmentos de direito ou ausência notada do mesmo. Não espanta haver

direito na literatura. Pois se ele é dimensão essencial, visível ou invisível, do “mundo da vida” inteiro, pluridimensional nela traduzido...

Porém, o direito aparece aí em *modo bem diverso*. Em *O jogador* de Dostoievski, a velha senhora jogadora efémera mas obsessiva possui “bilhetes de cinco por cento”, “letras de câmbio”, “papéis de crédito”, “obrigações de Estado”, “ações” que desesperadamente manda “trocar” em “cambistas” cobradores de altos “juros”. Imaginem agora o que faria este material jurídico num manual de direito comercial... Recordemos ainda, a propósito da (não) realização do direito pelos tribunais, tão-só o *Juiz da Beira*, de Gil Vicente, *A exceção e a regra*, de Bertolt Brecht, *Quando os lobos uivam*, de Aquilino Ribeiro. Páginas tão diversas entre si e todas tão diversas do produto jurídico não literário...

Não obstante, a literatura — inclusive a que não convoca explicitamente questões jurídicas — *faz bem* ao jurista-escrevente que a leia (bem como ao legislador, ao juiz, etc.). Ter chamado a atenção para isso é talvez o mérito maior do movimento “law and literature”.

Na verdade, a literatura contribui:

— Para compreender os homens (princípio e fim do direito), os interesses, valores, contradições, conflitos que legitimam ou reivindicam certo direito;

— Para compreender como compreendem e sentem os homens o direito com que vivem;

— Para aperfeiçoar a escrita (se a técnica da narrativa se encontra mais na prosa do romance ou da novela, já a arte do muito dizer com pouco se encontrará mais na poesia);

— Para, sem a sensaboria tecnicista da argumentação jurídica, revelar o que importa relevar. A este propósito, retomo aqui com prazer trechos de várias páginas de *As vinhas da ira*, de John Steinbeck, que ilustram, com o saber, sabedoria e sabor da grande literatura, o lado oculto da “máquina” pessoa jurídica ou colectiva:

Se um banco ou uma empresa financeira era o dono da terra, o seu delegado dizia: “O Banco — ou a Companhia — precisa, quer, insiste, exige”, como se o Banco ou a Companhia fosse um monstro, com ideias e sentimentos, que os tivesse apanhado na rede. Estes não tomavam responsabilidades em nome dos bancos ou das companhias porque eram homens e escravos, ao passo que os bancos eram ao mesmo tempo máquinas e patrões.

(...)

Um homem pode ter terra de renda, se ela lhe dá para comer e pagar impostos: assim pode tê-la. / Sim, pode tê-la até que um dia as colheitas falham e ele tem de pedir dinheiro emprestado ao banco. / Vocês bem vêem; um banco ou uma companhia não podem viver assim, porque essas entidades não respiram ar, não comem carne. Respiram lucros; comem juros sobre o dinheiro. Se os não obtiverem, morrem do modo por que vocês morrem: sem ar e sem carne. É uma coisa triste, mas é assim mesmo. Precisamente assim.

(...)

— E nós nascemos aqui. Esses que estão ali às portas — os nossos filhos — nasceram aqui. E o pai teve de pedir dinheiro emprestado. O banco achou-se então dono da terra, e nós ficámos, mas apenas com uma pequena parte daquilo que colhíamos. / — Nós sabemos isso, tudo isso. Não somos nós, é o banco. Um

banco não é um homem. E um proprietário de cinquenta mil acres também não é como um homem. É um monstro.

(...)

— Sim, mas o banco só se compõe de homens. / — Não, vocês enganam-se nisso; enganam-se redondamente. O banco é alguma coisa mais do que homens. Acontece que todos os homens odeiam o que o banco faz, e todavia o banco fá-lo. O banco é alguma coisa mais que do que os homens, acreditem. É o monstro. Os homens fizeram-no mas não podem controlá-lo. / Os rendeiros bramaram: / — O avô matou Índios, o pai matou cobras por causa da terra. Talvez nós nos disponhamos a combater para conservar a nossa terra, como fizeram o pai e o avô. / E então chegou a vez de os senhorios ficarem zangados. / Vocês têm de sair daqui.

(...)

O tipo que veio falava com a doçura de um pastel de nata. “Vocês têm de sair. A culpa não é minha”. “Então, disse eu, de quem é a culpa, que eu vou dar cabo do sujeito?” “É da Companhia Schawnee de Terras e de Gado. Eu apenas recebi ordens”. “Quem é a Companhia Schawnee de Terras e de Gado?” “Não é ninguém. É uma companhia”. Punham um homem maluco.

Este vosso escrevente-jurista pode ter andado mal neste exercício de escrita. Mas terminou bem: lendo literatura.



INCIDÊNCIAS DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÓNIO CULTURAL EM PORTUGAL E NO BRASIL

IMPLICATIONS OF THE LEGAL TREATMENT OF CULTURAL HERITAGE IN PORTUGAL AND BRAZIL

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS*

RESUMO

Trata-se de um fragmento da conferência de abertura do I Encontro Internacional de Direitos Culturais da UFRSA, realizada em Mossoró, 2017. O objetivo desta apresentação foi abordar uma noção geral de bem cultural em cotejo com os diferentes planos normativos concretizados tanto em Portugal quanto no Brasil, identificando suas zonas de proteção e posterior ênfase no patrimônio cultural subaquático. Após revisão e atualização, a conferência tomou formato de artigo e passa a ser compartilhada com os leitores brasileiros¹.

Palavras-chave: Direito; Cultura; Patrimônio.

ABSTRACT

This is a fragment of the opening conference of the First International Meeting of Cultural Rights of UFRSA, held in Mossoró, 2017. The purpose of this presentation was to address a general notion of cultural asset in comparison with the different normative plans concretized both in Portugal and in Brazil, identifying their protection zones and subsequent emphasis on underwater cultural heritage. After reviewing and updating, the conference was formatted as an article to be shared with Brazilian readers².

Keywords: Law; Culture; Patrimony.

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas.

Professor Associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal (FDUL).

jramos@fd.ulisboa.pt

Recebido em 6-2-2018 | Aprovado em 6-2-2018³

¹ Elaborado pelos Editores.

² Written by Editors.

³ Artigo convidado. Texto com o qual o autor participou do evento "I Encontro Internacional de Direitos Culturais da UFRSA" – organizado em 09 a 12 out 2017.



SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES GERAIS; 1 DA NOÇÃO DE BEM CULTURAL; 2 OS DIFERENTES PLANOS NORMATIVOS; 3 AS ZONAS DE PROTEÇÃO; 4 O PATRIMÓNIO CULTURAL SUBAQUÁTICO; CONCLUSÕES

■ CONSIDERAÇÕES GERAIS

Em primeiro lugar, devo agradecer, muitíssimo, ao Professor Rodrigo Vieira Costa, o convite para participar no I Encontro Internacional de Direitos Culturais do Semiárido, na UFERSA de Mossoró. Convite, aliás, que fora formulado, primeiramente, no ano transacto e que neste ano se renovou e concretizou. Devo dizer, a esse propósito, que aceitei o convite com muito gosto. Não só porque o Rio Grande do Norte é um dos Estados que prefiro, como tenho especial apreço e admiração pelo Professor Rodrigo Vieira Costa enquanto entusiasta estudioso das matérias atinentes ao Direito da Cultura e do Património Cultural. Aliás, permito-me evocar o evento em que nos conhecemos — o I Congresso Luso Brasileiro de Património Cultural, realizado em Ouro Preto, Minas Gerais. Salvo erro, em Março 2011. Depois já nos encontramos em outros momentos, designadamente em Seminários, Mesas Redondas ou Congressos que tiveram lugar em Fortaleza e Lisboa, sem prejuízo de uma estimulante troca de correspondência acerca da temática cultural.

Em segundo lugar, umas palavras, em jeito de introito, explicativas do tema proposto. Ou seja, porque procurarei reflectir acerca de alguns aspectos do direito português e brasileiro, escolhi o seguinte título: Incidências da Tutela Jurídica do Património Cultural em Portugal e no Brasil. Deste modo, cumpre indagar sobre alguns tópicos atinentes à problemática protectora do património cultural que, de algum modo, contrastem nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, sem que, no entanto, esta análise procure resvalar para uma abordagem de direito comparado. Ora, isso requer outros instrumentos e outra metodologia⁴, além de conhecimentos mais aprofundados, acerca do direito brasileiro de que não disponho.

Esclarecidos os pressupostos da minha comunicação, importa ainda indicar as incidências que me permitirei abordar, no tempo que me foi destinado. Por conseguinte, além da ideia de bem cultural, procurarei reflectir acerca de alguns aspectos dos níveis normativos de protecção do património cultural, concretizados no plano constitucional, legal e regulamentar. Em especial, a ideia do Estado de Cultura, a função das zonas de protecção gerais e especiais e, por último, uma temática que tem merecido um estudo especial de minha parte- o património cultural subaquático. Estas escolhas, em especial as duas últimas, ficam a dever-se ao contraste apresentado entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português que, por isso, justificam reflexão e propiciam um natural debate de ideias.

1 DA NOÇÃO DE BEM CULTURAL

⁴ Acerca das modalidades de comparação jurídica e das funções propiciadas pelo Direito Comparado, cf. VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. v. 1. 3. ed. Coimbra, 2015, p. 19 e ss.

Quanto à ideia de *bem cultural* ou de *património cultural*, uma vez que equiparamos as duas expressões, reconhecemos a dificuldade da sua caracterização, atendendo, sobretudo, à polissemia dos termos empregues e à convivência imprecisa e difusa com outros substantivos conotados com o universo cultural. Designadamente a *obra de arte*, o *objecto artístico*, o *objecto histórico*, o *monumento histórico ou cultural*, o *tesouro*, o *bem arqueológico*, o *bem paleontológico* e o próprio *bem ambiental*. Com efeito, como procurámos demonstrar noutra oportunidade, o bem cultural revela-se a locução mais ampla e mais abrangente sem que isso pretenda significar uma intencionalidade de suprimir aqueles outros termos⁵. Ou seja, um objecto artístico é um bem cultural, como o é, de idêntico modo, o bem arqueológico, um tesouro, um monumento histórico, um bem paleontológico ou mesmo um bem subaquático.

Subsequentemente importa dilucidar a *distinguo* entre bens culturais materiais e bens culturais imateriais. Assim, bem sabendo que o património imaterial ou o conjunto dos bens culturais imateriais deve integrar a tipologia atinente aos bens culturais, não é menos verdade que existem importantes diferenças entre estas duas categorias de bens que importa não esquecer. Aliás, a esse propósito, Fechner afirma que o bem cultural não pode incluir o bem imaterial por dizer respeito a uma realidade fisicamente tangível⁶. No entanto, sendo certo de que este autor está a ser demasiadamente restritivo, sustentamos que os bem imateriais ainda são bens culturais, devendo constar da respectiva tipologia. Contudo, importa não escamotear as diferenças que resultam, de modo muito especial, dos respectivos regimes jurídicos de protecção e de preservação⁷, motivados por diferenças essenciais recíprocas.

Como sabemos, os direitos reais, designadamente a posse e a propriedade, aplicam-se ao aproveitamento de coisas corpóreas, ao passo que o direito de autor dispõe de mecanismos diversos, destinados a regular os bens intelectuais, enquanto bens imateriais. Por conseguinte, enquanto o aproveitamento de coisas corpóreas, propiciado pelos direitos reais, é assegurado pelo exclusivo controlo do seu objecto, de uma coisa determinada, os bens autorais revelam uma característica distinta, a ubiquidade, destinada a permitir que diversos sujeitos, situados em locais diferenciados, um dos outros, fruam de uma mesma obra intelectual⁸. Ademais, ainda quanto aos direitos autorais, importa dilucidar entre o denominado *corpus mysticum*, relativo à obra ou bem imaterial, e o *corpus mechanicum*, atinente a seu suporte físico⁹.

Importa não esquecer que o património cultural imaterial é constituído por práticas, representações, expressões, conhecimentos e aptidões a que, quanto muito, se lhe associam instrumentos e artefactos que as comunidades, os grupos e os indivíduos reconheçam como fazendo parte integrante daquele património¹⁰. Ou seja, o património cultural imaterial manifesta-se, nomeadamente, nas tradições e expressões orais; artes do espectáculo; práticas sociais, rituais e eventos festivos; conhecimentos e práticas relacionadas com a natureza e o universo ou aptidões ligadas ao artesanato tradicional¹¹. Mormente, o património cultural

⁵ Vide nosso *Achamento de Bens Culturais Subaquáticos*, Lisboa, 2008, pp. 299 e segs.

⁶ Cf. Frank Fechner, "Prinzipien des Kulturgüterschutzes: Eine Einführung" in *Prinzipien des Kulturgüterschutzes: Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht*, coord. por Frank Fechner, Thomas Oppermann e Lyndell Prott, Berlim, 1996, p. 18.

⁷ A este propósito, Anette Hipp, *Schutz von Kulturgütern in Deutschland*, Berlim, 2000, p. 11 e segs.

⁸ Cf. Luís Menezes Leitão, *Direito de Autor*, Coimbra, 2011, pp. 11-2.

⁹ Cf. Rodrigo Rodríguez-Cano, *Manual de Propriedad Intelectual*, 6ª ed., Valência, 2015, pp. 20-1.

¹⁰ Cf. nº 1 do artigo 2º da Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial de 2003.

¹¹ Cf. nº 2 do artigo 2º da Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial de 2003.

imaterial deve ser transmitido de geração em geração, recriado pelas comunidades e grupos, em função do seu meio, da sua interacção com a natureza e da sua história, incutindo-lhes um sentimento de identidade e de continuidade, contribuindo para a promoção do respeito pela diversidade cultural e pela criatividade humana.

Na verdade, o conteúdo da própria Convenção da UNESCO, adoptada em Paris em 2003, reconhece a importância do património imaterial, gerador da diversidade cultural e garante do desenvolvimento sustentável. Aí são notórias as diferenças em face do património material. Basta atentar, por um lado, num bem material, v.g. um quadro, uma estátua ou um objecto arqueológico ou, por outro, num bem imaterial, v.g. uma prática ritual, social ou festiva. Ademais, cumpre evocar aqueles que distinguem os bens culturais-actividade e os bens culturais-coisa¹², correspondendo, aos bens culturais imateriais, a primeira categoria e a segunda, aos bens culturais materiais. Bem como o testemunho dos que estudaram a história dos bens de Cultura, quando reconhecem as alterações efectuadas em diversos textos legais, de forma a adaptar o regime vigente às especificidades dos bens culturais imateriais¹³. Ou ainda aqueles que sublinham a especificidade da protecção do património cultural material, em face do conjunto de bens integrantes do património imaterial¹⁴.

Em suma, se reconhecemos a importância do património cultural imaterial, as diferenças estruturais e de regime jurídico, tanto no direito interno, como no direito internacional, do qual a Convenção da UNESCO para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial é um bom exemplo, não podem ser escamoteadas. Destarte, se recusamos qualquer tentativa de esbatimento daquelas diferenças, em prol de uma visão unitária, centralista ou tendencialmente uniformizadora, não podemos acompanhar aqueles que procuram identificar aspectos imateriais, no património cultural material, e um alegado suporte físico, no património cultural imaterial¹⁵, de modo a procurar demonstrar uma unicidade que carece de suporte e fundamentação. Rejeitando, portanto, a unicidade ou perspectiva demasiadamente unitária, alude-se ao risco de patrimonialização do imaterial¹⁶, recusando uma ideia de uniformidade, em prol da defesa de um regime jurídico que permita distinguir a protecção e valorização dos bens culturais imateriais dos bens culturais materiais¹⁷.

Por outro lado, ainda acerca da noção de bem cultural, dilucidada a *distinguo* entre bem material e imaterial, uma palavra para a locução cultural. Na verdade, se a Cultura desempenha um papel de referência, de chave mestra do ordenamento jurídico, o substantivo cultural permite uma melhor compreensão. Daí importar referir que a ideia de Estado de Cultura deve ser afastada do património cultural. Consequentemente, a liberdade do indivíduo e o reconhecimento do Direito à Cultura relega o Estado para o papel de garante da intervenção cultural do Homem na sociedade, não permitindo que o poder público intervenha activamente no domínio cultural¹⁸. Isso compromete, como não pode deixar de ser, a ideia

¹² Cf. Sabino Cassese, “I Beni Culturali da Bottai a Spadolini”, in *Amministrazione dello Stato*, Milão, 1976, pp. 57 e segs.

¹³ Cf. Lyndell Prott, “Normas Internacionales sobre el Patrimonio Cultural” in *World Culture Report*, Paris, 1999, p. 223.

¹⁴ Cf. Sérvulo Correia, “Procedimento de Classificação de Bens Culturais” in *Direito do Património Cultural*, coord. por Jorge Miranda, João Martins Claro e Marta Tavares de Almeida, Lisboa, 1996, p. 330.

¹⁵ Neste sentido, Mário Pragmácio Telles, “Património Cultural Imaterial do Rio de Janeiro: Uma Construção da Identidade Cultural Carioca?” in *Conflitos Culturais: Como Resolver? Como Conviver?*, coord. Humberto Cunha Filho, Fortaleza, 2016, pp. 211-2.

¹⁶ Cf. João Martins Claro, “Aspectos Jurídicos do Património Cultural Imaterial” in *Separata de Museus e Património Imaterial*, Lisboa, 2009, p. 143.

¹⁷ Cf. João Martins Claro, “Aspectos Jurídicos...” in op. cit., p. 143.

¹⁸ Cf. Max-Emanuel Geis, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit*, Baden-Baden, 1990, p. 21.

do Estado de Cultura, dado que a Cultura não se destaca por referência ao Estado, mas existe para além dele.

2 OS DIFERENTES PLANOS NORMATIVOS

Diferente do Estado de Cultura será a tónica que encontra na teoria da Constituição o paradigma da Ciência Cultural. Deste modo, como explica Häberle, a Constituição não se reconhece apenas enquanto obra normativa, mas representa o estádio de desenvolvimento cultural de uma determinada comunidade e, sobretudo, assume-se como meio de auto-representação cultural de um povo¹⁹. Além disso, não deparamos, propriamente, com um arquétipo cultural, mas com culturas ou sub-culturas. Com efeito, se a Cultura não deve significar uma visão dirigista do Estado, pois nem representa algo de unitário, dada a pluralidade de referências que encerra, assente na liberdade do indivíduo. Daí que, em face do pluralismo e da diversidade cultural, faz mais sentido adoptar o qualificativo *cultural*. Assim, *cultural* será tudo aquilo que permita ou favoreça a sobrevivência de uma Cultura pelo que a observância das políticas mas também do bens de cultura ou bens culturais revele primacial importância. Em suma, a ideia de Cultura, transmite-se mais através de objectos, através dos bens culturais, do que por meio de ideias ou teorias, tantas vezes desajustadas de uma realidade em constante devir.

Devemos também sublinhar a ideia de teoria da Constituição enquanto Ciência da Cultura. Recordemos que Häberle, não satisfeito com o plano nacional atinente a cada uma das constituições estaduais, defendeu a ideia de cultura jurídica europeia, identificando as características identitárias. Por conseguinte, se a Cultura é objecto da constituição estadual, devemos atentar nos planos supra estaduais e até infra-constitucionais. Não devemos olvidar a importância de outros instrumentos internacionais, como as convenções internacionais ou os Regulamentos e Directivas da União Europeia, onde grande parte da problemática da protecção dos bens culturais se coloca e se tudo se joga. Será, em nossa opinião estultícia reduzir o debate do património cultural a um debate meramente de índole constitucional.

Contudo, o objecto da presente comunicação não permite, obviamente, uma análise exaustiva destes planos, pelo que nos permitimos destacar, apenas alguns tópicos ou incidências, ilustrativos de diferentes opções legislativas, sem que isso signifique, muito naturalmente, qualquer juízo de índole qualitativa. Tanto mais que somos daqueles que, no que respeita aos assuntos em apreço, somos críticos de qualquer das soluções apresentadas, sobretudo, no que diz respeito ao ordenamento jurídico português.

3 AS ZONAS DE PROTECÇÃO

A experiência demonstrou que as sanções de natureza civil e administrativa, aplicáveis aos bens ambientais e culturais não bastaram para os proteger. Foi necessário erigir instrumentos capazes de punir as actividades e as condutas lesivas do património cultural. Na verdade, quanto a este aspecto, devemos fazer notar que a Constituição portuguesa não

¹⁹ Cf. Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., Berlim, 1996, pp. 30 e segs.

prevê uma obrigação de criminalizar os atentados ao património cultural, ao invés da Constituição brasileira. Esta última determina, salvo erro, no artigo 216º, o seguinte: “os danos e ameaças ao património cultural serão punidos na forma da lei”. Mas isso não significa que, no que respeita à Constituição portuguesa, a protecção da Cultura e do património cultural deixem de estar tutelados constitucionalmente. Pelo contrário. Aliás, o artigo 9º enumera, enquanto tarefas fundamentais do Estado, a protecção e a valorização do património cultural e, além disso, diversos outros preceitos aludem à problemática de preservação, defesa e valorização do património cultural.

Todavia, é ao nível da legislação ordinária que o ordenamento jurídico atinente à protecção do património cultural se concretiza com maior eficácia e visibilidade. E será a propósito desse plano que destacaremos as zonas de protecção. Apesar de não ter possibilidade de explicitar, por falta de tempo, as origens do quadro normativo daquelas zonas protectoras, designadamente a ideia moderna de monumento, assumindo um valor histórico preponderante, de acordo com as ideias do historicismo romântico²⁰, diremos que a tutela se concentrou, fundamentalmente, na conservação do bem cultural imóvel. Ao passo que, no que respeita ao património cultural móvel, as preocupações eram de outra índole, ligadas, por exemplo, à contestação relativa à apropriação de bens dos povos vencidos e a correlativa exigência da sua repatriação. Efectivamente e a esse propósito, importa recordar o arqueólogo Quatremère de Quincy quando protestou contra retirada de obras de arte aos vencidos, porque, em seu entender, não haveria vantagem em as trazer para os museus franceses, anunciando até a sua preferência pela filiação numa República Geral das Artes e das Ciências²¹.

Atentando na problemática do património imóvel, importa referir os aspectos atinentes à classificação e, de modo especial, à especificidade das zonas de protecção. Porque, para além da conservação do monumento, em si mesmo, cumpre atentar na relação do bem com o espaço envolvente. Por isso, a valorização do monumento não fica completa sem a garantia do seu desafogo, enquanto condição da correlativa fruição estética, pelo que o espaço pode ser profundamente alterado, de modo a fazer sobressair o monumento²². Ou mesmo sem tal desafogo que viria a ser minimizado, em momento ulterior, era importante atentar no ambiente em que o monumento se insere²³.

Para que isso sucedesse, foi necessário destruir ou reafectar construções que se encontravam nas imediações de um determinado monumento, na actualidade, as zonas de protecção assumem o propósito de proteger o bem cultural, face à pressão urbanística e à consequente tentativa de erigir algo que comprometa o espaço circundante do monumento. Daí que a Lei de Bases da Política e do Regime de Protecção e Valorização do Património Cultural portuguesa, a Lei nº 107/2001 de 8 de setembro, prescreve a imediata e automática cominação de uma zona geral de protecção de 50 metros, contados a partir dos seus limites externos, cujo respectivo regime será fixado por lei. Além disso, os bens imóveis classificados ou em vias de classificação devem dispor de uma zona especial, a fixar por portaria do órgão competente da administração central ou da Região Autónoma quando o bem aí se situar.

²⁰ Cf. Ignacio González-Varas, *Conservación de Bienes Culturales*, Madrid, 1999, pp. 34 e segs.

²¹ Cf. Quatremère de Quincy, *Lettres sur le Préjudice qu' Occasioneraient aux Arts et à la Science le Déplacement des des Monuments de l' Art de l' Italie, de Démembrement de ses Écoles et la Spoliation de ses Collections*, Paris, 1796, pp. 2 e segs

²² A este propósito, cf. Flávio Lopes, “Zonas de Protecção ao Património Classificado: Conceito e Norma” 2016, n. ed., p. 4.

²³ cf. Flávio Lopes, “Zonas...” in op. cit., p. 9.

Por seu turno, o Decreto-Lei nº 309/2009 de 23 de Outubro, que concretiza a Lei de Bases, reitera a automaticidade da zona geral de protecção mas, em alternativa, prevê uma zona especial de protecção provisória, a fixar quando a zona geral de protecção se revele insuficiente ou desadequada para a protecção e valorização do bem imóvel. Por conseguinte, o conteúdo da zona especial de protecção pode especificar zonas *non aedificandi*; áreas de sensibilidade arqueológica com graduação de restrições; bens imóveis ou grupos de bens imóveis que podem ser objecto de obras de alteração, nomeadamente quanto à morfologia, cromatismo e revestimento exterior dos edifícios; bens imóveis que, em circunstâncias excepcionais, podem ser demolidos.

A fixação das zonas de protecção destinam-se, sobretudo, a assegurar a conservação do bem, a sua utilização nas melhores condições, preservar a relação informativa e interpretativa do local e da respectiva implantação, assegurar a valorização do seu enquadramento paisagístico e as perspectivas da sua contemplação²⁴. Todavia, Independentemente do pormenor das regras jurídicas aplicáveis e até dos objectivos a extrair daqueles dispositivos, importa constatar que, na maioria das vezes, as zonas de protecção de bens imóveis classificados, incluindo monumentos, apresentam um perímetro de 50 metros. Isso tem a ver com a ausência, na maior parte dos casos, de zonas especiais de protecção, com a necessidade de evitar decisões díspares e, por outro lado, afastar exigências desnecessárias para os particulares. De qualquer modo, somos daqueles que critica a uniformidade tendencial, porque cada caso é um caso e deve ser pensado como tal.

Contudo, se criticamos a generalização que olvida o caso concreto, temos grandes dúvidas em atribuir, a propósito deste circunstancialismo, mais poderes às entidades locais. Porque se o estabelecimento de restrições deve compatibilizar o património com o ordenamento do território, graduação das medidas de protecção ao estritamente necessário, articulação com a administração autárquica, limitação da discricionariedade da administração na apreciação das operações urbanísticas, não é menos verdade que cumpre indagar da existência de vantagens em alterar este regime, dotando um acréscimo dos poderes das cidades ou dos municípios, como julgo que sucede no Brasil. Pelo menos, é a minha leitura do vosso Estatuto das Cidades. Adianto a minha opinião. Sou contrário à municipalização do património cultural. Sobretudo, no que concerne aos Monumentos e Museus Nacionais. Na verdade, independentemente de algumas vantagens ténues, como será a inserção no meio, o conhecimento do território, existem sérias desvantagens. Sobretudo, a influência, não despidiêda, da promoção imobiliária e da construção civil em face à frágil gestão municipal ou regional.

Consequentemente, sem possuir um conhecimento aprofundado do vosso ordenamento, porque entendo a tónica muitíssimo relevante enquanto pista de reflexão, pretendo tecer algumas considerações sobre as medidas protectoras do Centro Histórico de Manaus. Pois o edital de notificação do tombamento daquele centro histórico, expedido pelo Instituto do Património Histórico Artístico Nacional (IPHAN), publicado na III Secção, do Diário Oficial da União de 22 de Novembro de 2010, determina que os bens situados na poligonal do entorno dos bens tombados gozam de protecção por meio do IPHAN, para os efeitos previstos no artigo 18º do Decreto-Lei nº 25, de 30 de Novembro de 1937. Mas, como sabemos, aquele preceito do Decreto de 1937 estipula que sem prévia autorização do Serviço do Património

²⁴ cf. Flávio Lopes, "Zonas..." in op. cit., p. 23.

Histórico e Artístico Nacional não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objecto, sob pena de multa.

Destarte, confrontando o edital de 2010 e o diploma de 1937, constatamos a ausência de fixação de distâncias mínimas que assumam algo de equivalente a zonas de protecção patrimonial. Estamos, antes, perante decisões pontuais do IPHAN, destinadas a assumirem flagrante discricionariedade, face às pretensões dos particulares de imóveis situados em locais distintos do mesmo entorno. Aliás, segundo me confidenciaram, um titular de um imóvel pode receber resposta completamente díspar do IPHAN do que um outro morador, mesmo seu vizinho defronte, no que respeita à faculdade de edificar.

A crescer ao plano normativo, convirá aludir a um recentíssimo acórdão do STF, de 30 de Junho de 2017, atinente à acção cível originária do Estado do Amazonas, nº 1966, acerca do Tombamento do Centro Histórico de Manaus. Aí, os réus eram a União e o IPHAN e o autor o Estado do Amazonas que alegou a imprecisão e a vacuidade da Portaria do IPHAN relativa ao Tombamento do Centro Histórico de Manaus de 2010, bem como do próprio Decreto-Lei nº 25/1937. Acrescentando a necessidade de adoptar medidas de participação da sociedade local, peticionando a não homologação do Tombamento do Centro Histórico da Cidade de Manaus.

Curiosamente, o Ministério Público sustenta o improcedimento da demanda afirmando, de modo deveras singular, que o instituto do tombamento tem regramento próprio e específico, não se lhe aplicando a previsão geral que faculta ao poder público a realização da audiência pública. Por seu turno, o Ministro Luiz Fux, depois de declarar que a Constituição de 1988, designadamente o artigo 216º recepcionou o Decreto nº 25/1937, entende ter ocorrido ampla defesa, ainda que o procedimento de tombamento não tenha sido entregue ao órgão estadual do Estado do Amazonas, em virtude de ter tido a possibilidade de se manifestar.

Em meu modesto entender, considero muito discutível e contraditória a fundamentação do Ministro Fux, quando conclui pela desnecessidade de consulta pública, em virtude de não estar prevista na lei de 1937. Porque, na verdade, se isso não sucede naquele diploma, importa não olvidar outros diplomas que se aplicam, necessariamente, a qualquer procedimento administrativo. Será, muito naturalmente, o caso da Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999, destinada a regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, directa e indirecta. Curiosamente, este diploma que estabelece as normas básicas sobre o processo administrativo, visando, em especial, a protecção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração determina, expressamente, a respectiva aplicabilidade aos órgãos dos poderes Legislativo e Judiciário, quando no desempenho da função administrativa, nos termos do § 1 do artigo 1º.

5 O PATRIMÓNIO CULTURAL SUBAQUÁTICO

Por último, ainda outra incidência. Ela é a relativa ao património cultural subaquático. Área tantas vezes esquecida ou desvalorizada em face do património monumental, dos conjuntos edificados, dos palácios, das obras de arte e até, mais recentemente, do património imaterial. Todavia, tanto Portugal como o Brasil possuem extensas costas marítimas onde se

localizam, segundo estimativas recentes, milhares de despojos culturais subaquáticos. Além disso, a questão ganhou outra centralidade com a aprovação em Paris, em 2001, da Convenção da UNESCO para a Protecção do Património Cultural Subaquático.

Ora, começando por este último tópico, apesar de não haver possibilidade, por escassez de tempo, de promover uma análise circunstanciada acerca da importância e alcance da Convenção da UNESCO, destacaremos alguns pontos que entendemos de especial relevo. Assim, quanto à noção de património cultural subaquático, aceita-se qualquer vestígio da existência do homem de carácter cultural, histórico ou arqueológico que se encontre parcial ou totalmente, periódica ou continuamente, submerso há, pelo menos, 100 anos²⁵. Cumpre ainda destacar os sítios, as estruturas, os edifícios, os artefactos, os restos humanos, os navios, as aeronaves, os artefactos de carácter pré-histórico, os oleodutos e os cabos colocados no leito do mar. Ou seja, combina-se uma cláusula geral, os vestígios da existência do homem de carácter cultural, histórico ou arqueológico, com uma enumeração, ainda que não exaustiva, de alguns tipos de bens culturais subaquáticos.

Ademais, a Convenção proclama a preservação *in situ* enquanto princípio e opção prioritária, sobretudo antes de ser iniciada qualquer intervenção sobre o património subaquático²⁶. Porém, aquele princípio não é incompatível com o acesso responsável e não intrusivo do público, para fins de observação e documentação, no sentido de promover e valorizar o património subaquático²⁷. Ou seja, a Convenção não pretende erigir a preservação *in situ* como princípio absoluto, dirigido à imutabilidade da localização dos bens culturais subaquáticos, mas antes conciliar aquela preservação com a fruição dos bens, desde que isso não se mostre incompatível com a gestão do referido património.

Mencionamos ainda a imunidade soberana porque a Convenção declara, enquanto princípio geral, o reconhecimento da prática dos Estados e do Direito Internacional relativa às imunidades ou quaisquer direitos de um Estado sobre os seus navios e aeronaves²⁸. Destarte, num preceito subordinado à epígrafe “imunidades”, prescreve que os navios de guerra e outros navios do Estado ou aeronaves militares com imunidade de jurisdição que operem com fins não comerciais observem, tanto quanto possível e razoável, o disposto nos artigos 9º, 10º, 11º, e 12º da Convenção, através da adopção de medidas apropriadas que não prejudiquem as operações ou a capacidade operacional de tais navios ou aeronaves²⁹. Deste modo, se a imunidade dos navios de guerra ou de Estado havia sido reconhecida pela doutrina³⁰, pelo Direito Internacional³¹ ou até pelo Direito interno de alguns Estados³², obteve importância no articulado da Convenção. Aí resulta um compromisso, atribuindo

²⁵ Cf. nº 1 do artigo 1º da Convenção

²⁶ Cf. nº 5 do artigo 2º.

²⁷ Cf. nº 10 do artigo 2º.

²⁸ Cf. nº 8 do artigo 2º.

²⁹ Cf. artigo 13º.

³⁰ Cf. Günter Hoog, “Probleme der Immunität von Staatsschiffen” in *Archiv des Völkerrechts*, nº 20, 1982, pp. 314 e segs; Isabelle Pingel, “L’ Immunité des Navires de Guerre” in *La Mer et son Droit: Mélanges Offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, 2003, pp. 79 e segs; Rob Regan, “Sovereign Immunity and the Lost Ships of Canada’s Historic Merchant Fleet” in *University of Toronto Faculty of Law Review*, nº 64, 2010, pp. 1 e segs.; Valentina Vadi, “War, Memory, And Culture: The Uncertain Legal Status of Historic Sunken Warships Under International Law” in *Tulane Maritime Law Journal*, nº 37, 2013, pp. 345 e segs.

³¹ Destacamos, entre outras, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982 e a Convenção de Salvação Marítima, assinada em Londres em 28 de Abril de 1989.

³² Indica-se, a título de exemplo, a lei canadiana sobre imunidades que dedica uma parte do respectivo articulado à imunidade do navio. Cf. Secção 7 e seguintes da Lei do Canadá de 3 de Junho de 1982.

mais poderes ao Estado costeiro, sobre os bens situados no mar territorial, esbatendo tais atribuições no que respeita à zona económica exclusiva e à plataforma continental. Relativamente ao mar territorial, águas interiores e arquipelágicas, o Estado costeiro assume o dever de informar o Estado de pavilhão, parte na Convenção e, sendo caso disso, outro Estado com interesse legítimo, se ocorrer a descoberta de despojos de navios de guerra ou de Estado³³. Ao invés, quanto aos despojos situados na zona económica exclusiva ou na plataforma continental, nenhuma intervenção poderá ser realizada sem o acordo do Estado de pavilhão³⁴. No entanto, apesar das diversas restrições, motivadas pela dificuldade em compatibilizar as pretensões dos Estados costeiros e os Estados com titularidade sobre os despojos subaquáticos³⁵, a Convenção da Unesco reconhece a imunidade dos navios de guerra e de Estado, naufragados há, pelo menos, mais de cem anos.

Por outro lado, declara não alterar os direitos e obrigações dos Estados partes relativamente à protecção de despojos subaquáticos, decorrentes de acordos bilaterais, regionais ou multilaterais, celebrados anteriormente, que não ponham em causa os princípios e os objectivos da Convenção³⁶. Por seu turno, os Estados Partes são encorajados a celebrar outros acordos bilaterais e regionais ou a aprofundar os acordos existentes, podendo adoptar regras e regulamentos que garantam uma melhor protecção do que a prevista na própria Convenção³⁷. Além disso, as partes podem convidar Estados com interesse legítimo, nomeadamente de natureza cultural, histórica ou arqueológica, a aderir a acordos bilaterais ou multilaterais, anteriormente celebrados³⁸. Por isso, não será de estranhar a expectativa na proliferação de novos Acordos bilaterais³⁹ ou até multilaterais ou regionais⁴⁰. A esse propósito, refira-se o Acordo relativo ao despojo La Belle⁴¹, celebrado em 2003, entre a República Francesa e os Estados Unidos da América. Na verdade, o Acordo reconhece a titularidade francesa sobre o despojo, aceitando que o despojo permaneça à guarda de uma Comissão que zelará por questões atinentes à sua preservação e conservação⁴². Algo de similar sucede no Acordo sobre o despojo do Titanic⁴³. Assim, se a necessidade de proteger o despojo havia sido evidenciada na anterior lei americana, *RMS Titanic Maritime Memorial Act*⁴⁴ o Acordo entre Estados prossegue aqueles objectivos, de modo mais eficiente. Assim, embora tenha reconhecido o *status quo*, validando os atentados patrimoniais anteriormente cometidos, cumpre reconhecer a orientação claramente protectora do texto daquele Acordo. Não só proclama que o despojo assume

³³ Cf. n.º 3 do artigo 7.º.

³⁴ Cf. n.º 7 do artigo 10.º

³⁵ Sobre este assunto, Tullio Scovazzi, "The 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage" in *Italian Yearbook of International Law*, n.º 11, 2001, pp. 21-2.

³⁶ Cf. n.º 3 do artigo 6.º da Convenção.

³⁷ Cf. n.º 1 do artigo 6.º da Convenção.

³⁸ Cf. n.º 2 do artigo 6.º da Convenção

³⁹ Cf. Michail Risvas, "The Duty to Cooperate and the Protection of Underwater Cultural Heritage" in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, pp. 587 e segs.

⁴⁰ Quanto ao favorecimento de acordos de incidência regional propiciados pela Convenção, Tullio Scovazzi, "The Entry Into Force of the 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage" in *Aegean Review Law Sea*, n.º 1, 2010, pp. 31 e segs

⁴¹ Despojo correspondente a um navio militar francês, afundado em 1686, num local que correspondia, no momento da descoberta, em 1995, a águas territoriais americanas.

⁴² Cf. artigos 1.º e seguintes do Acordo.

⁴³ Acordo subscrito, em 2004, pelo Canadá (país com maior proximidade do despojo), Reino Unido (Esta do de bandeira), República Francesa (nacionalidade do descobridor do despojo, Robert Ballard) e Estados Unidos da América.

⁴⁴ Cf. secção 2 do *RMS Titanic Maritime Memorial Act* de 1986.

uma importância histórica excepcional, como enfatiza a preservação *in situ* e o acesso público não intrusivo⁴⁵.

Devemos sublinhar que a orientação da Convenção da UNESCO de 2001 não foi a de afastar, pura e simplesmente, a aplicabilidade dos outros regimes jurídicos. Na verdade, procurou adequar regimes jurídicos potencialmente aplicáveis. Assim, quanto à Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, declara respeitar os direitos, a jurisdição e os deveres dos Estados decorrentes do Direito Internacional, enunciando o propósito de interpretar e aplicar a Convenção da UNESCO, no contexto e em conformidade perante o Direito Internacional. Além disso, não esquecer a relação com a lei dos salvados e com normas próprias da *law of finds*. Aliás, de registar que a ideia ampla de salvação marítima, decorrente da Convenção de 1989, inclui a recuperação de despojos subaquáticos⁴⁶. Acerca da *law of finds*, erradamente traduzida por lei de achados, ela pode incidir sobre bens culturais subaquáticos.

De qualquer modo, apesar do hiato entre a aprovação e a sua entrada em vigor, a Convenção representa um instrumento muitíssimo relevante no sentido de promover uma adequada preservação do património cultural subaquático⁴⁷. Além disso, e apesar de os respectivos dispositivos respeitarem a países que tenham depositado instrumentos de ratificação⁴⁸, cumpre reconhecer a sua influência nos demais. Na verdade, entende-se que a recuperação e a eventual exploração de despojos subaquáticos tem merecido outra abordagem⁴⁹.

Contudo, apesar destes aspectos positivos, importa sinalizar que muito há por fazer. Não só existem muitos países que não ratificaram a Convenção, como outros que, até a ratificaram, mas que, ao contrário do que seria de supor, nada alteraram no seu direito interno, conducente a efectivar a protecção do património cultural subaquático. Vejamos o caso português. Efectivamente, embora tenha ratificado a Convenção em 2006, a sua legislação interna não foi alterada, nem sequer mudou a inerte praxis dos organismos competentes no que respeita à protecção do património cultural subaquático português. Assim, se o Decreto-Lei nº 164/97 de 27 de Junho, relativo à actividade arqueológica em meio subaquático era claramente datado, anquilosado e contraditório, em finais dos anos noventa, como pensamos ter demonstrado⁵⁰, a situação piorou após a entrada em vigor da Convenção da UNESCO. Na verdade, de modo a comprovar o que pretendemos dizer, deixaremos, em guisa de tópicos, algumas reflexões. A primeira delas incide sobre o conteúdo do artigo 2º do Decreto-Lei nº 164/97, sob epígrafe “Propriedade do Estado”. Sobretudo quando o preceito determina que o património cultural subaquático sem

⁴⁵ Cf. artigo 2º e seguintes do Acordo.

⁴⁶ Cf. Pierre Bonassies, “La Convention Internationale de 1989 sur l’ Assistance” in *Il Diritto Marittimo*, nº 105, 2003, pp. 361 e segs; Craig Forrest, “Historic Wreck Salvage. An International Perspective” in *Tulane Maritime Law Journal*, 2009, nº 33, pp. 347 e segs.

⁴⁷ A propósito, cf. Nadine Pallas, *Maritimer...op. cit.*, pp. 360 e segs. Mariano Aznar Gómez, *La Protección...op. cit.*, pp. 212 e segs.

⁴⁸ Cf. artigo 27º da Convenção.

⁴⁹ Cf. Laura Gongaware, *Tulane Maritime Law Journal*, nº 37, 2012, pp. 213 e segs; Em sentido semelhante, Ole Varmer declara que os Estados Unidos da América desempenham diversas políticas compatíveis com as orientações da Convenção da UNESCO de 2001. Cf. “Closing the Gaps in the Law Protecting Underwater Cultural Heritage on the Outer Continental Shelf” in *Stanford Environmental Law Journal*, nº 33, 2014, pp. 261 e segs. No que respeita à recuperação do Belitung, na Indonésia, também teria havido alteração de paradigma. Cf. “UNESCO and the Belitung Shipwreck: The Need For a Permissive Definition of “Commercial Exploitation” in *George Washington International Law Review*, nº 45, 2013, pp. 860 e segs.

⁵⁰ . JL Bonifácio Ramos, *O Achamento...op. cit.*, pp. 785 e segs.

proprietário conhecido ou aquele que não for recuperado pelo respectivo proprietário, dentro do prazo de cinco anos, se integra na propriedade do Estado. Sem mais elucubrações, indagamos o seguinte: será isso compatível com a imunidade dos navios de guerra e de Estado, reconhecida pelo Direito Internacional e pela Convenção da UNESCO? Mais! Como compatibilizar tal enfática declaração de propriedade do Estado, perante o despojo de *Nuestra Señora de las Mercedes*, localizado em águas sob jurisdição portuguesa e que as autoridades portuguesas nada fizeram? A segunda respeita ao regime das recompensas, previsto nos artigos 16º e seguintes do supra-citado Decreto-Lei. Dado que o nº 1 do artigo 17º atribui uma quantia monetária ao descobridor, impropriamente designado por achador, relativamente a um bem cultural que venha a ser inventariado. Mas o artigo 3º, subordinado à epígrafe “inventariação”, prescreve que os bens culturais subaquáticos só serão inventariados quando o seu relevante interesse histórico, artístico ou científico mereça especial protecção. Ou seja, a atribuição de recompensa não abrange todos os bens culturais subaquáticos, mas respeita apenas aos bens inventariados. Por isso, muito compreensivelmente, um outro preceito, o nº 3 do artigo 14º, reconhece a possibilidade de a tutela não se pronunciar pelo valor de um determinado bem subaquático ou de o Ministério da Cultura não homologar a proposta de inventariação. Porém, as dificuldades não ficam por aqui, Devemos sublinhar que o Decreto-Lei nº 164/97 apenas revoga, de modo expresse, o Decreto-Lei nº 289/93, convivendo com outros importantes diplomas, designadamente o Regulamento Geral das Capitanias⁵¹ e o Regulamento das Alfândegas⁵² que, por seu turno, dispõem sobre de preceitos relativos à aquisição de bens subaquáticos de interesse científico. Consideramos assim importante aprovar um novo regime relativo à protecção do património cultural subaquático. Um regime que não apenas compatibilize dispositivos conflitantes, como, sobretudo, adequa o direito interno em face do articulado da Convenção da UNESCO, aprovada e ratificada por Portugal. Sobretudo, quando o debate e o trabalho legislativo acerca das consequências no direito interno, após a ratificação da Convenção da UNESCO de 2001, se encontra, noutros países, na ordem do dia⁵³.

Presentemente, se Portugal ratificou a Convenção da UNESCO, no Brasil isso ainda não aconteceu. A meu ver, sendo um país com extensa costa marítima, muito teria a beneficiar com tal ratificação. Mas desde que tal ratificação implicasse mudanças profundas, a breve trecho, no direito interno brasileiro. Pois que, a Lei nº 7542 de 26 de Setembro de 1986, alterada pela Lei 10.166 de 27 de Setembro de 2000 parece estritamente direccionada a operações de assistência e salvamento, como resulta da leitura dos artigos 3º e seguintes, desvalorizando, por conseguinte, a problemática atinente à protecção do património cultural subaquático. Além disso, o teor dos artigos 20º e seguintes suscita severa inquietude, ao admitir atribuir uma recompensa ao concessionário da descoberta ou levantamento do bem subaquático. Na verdade, o § 2 do artigo 20º estipula, *expressis verbis*, que o contrato ou acto de autorização pode outorgar o pagamento de recompensa ao concessionário pela remoção dos bens de valor artístico, de interesse histórico ou

⁵¹ Cf. Decreto-Lei nº 265/72 de 31 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei nº 370/2007 de 6 de Novembro.

⁵² Cf. Decreto nº 31730 de 15 de Dezembro de 1941, alterado, ainda recentemente, pela Lei nº 66-B/2012 de 31 de Dezembro.

⁵³ Em Espanha o assunto tem merecido amplo debate na doutrina. Cf. Elsa González, *La Protección...* op. cit., pp. 29 e segs; Em Itália, já se avançou mais. Se a ratificação italiana é posterior, as alterações legislativas sucederam-se, após a aprovação da Convenção da UNESCO. Por um lado, o Decreto Legislativo nº 41 de 22 de Janeiro de 2004, que aprovou o *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, faz várias referências ao património cultural subaquático, de modo coerente com as prescrições da Convenção da UNESCO de 2001. Por outro, a Lei nº 157 de 23 de Outubro de 2009, que autoriza o Presidente da República a ratificar a Convenção da UNESCO, consagra diversas prescrições relativas à descoberta e pesquisa de bens culturais subaquáticos.

arqueológico, a qual poderá consistir na adjudicação de um montante calculado até ao limite de quarenta por cento do valor total atribuído àqueles bens. Por seu turno, o artigo 21º chega a admitir a adjudicação dos bens resgatados até ao limite de sessenta por cento do total. E sem pretender ser exaustivo, nas perplexidades susceptíveis de comprometer o património cultural subaquático, convém referir o §3 do artigo 29º que permite, inclusivamente, a alienação de bens subaquáticos de difícil guarda ou conservação.

Ou seja, o descobridor ou recuperador pode adquirir a titularidade de parte do bem cultural subaquático. Ora, esse regime, claramente enquadrável no modelo privatista de achamento⁵⁴, não parece contribuir no sentido de promover uma efectiva protecção do património cultural subaquático, dado incentivar a exploração de bens, a troco de um prémio ou recompensa. Por isso, bem se compreende a referência de Inês Virgínia Soares quando escreve que aquele regime muito tem sido criticado por arqueólogos e outros defensores dos bens culturais, aludindo, de modo particular, à ausência de poderes de fiscalização do espaço marítimo, por parte das entidades oficiais da União⁵⁵.

■ CONCLUSÕES

Atentando nas limitações temporais e nos propósitos deste texto, permitimos sublinhar a ideia de *bem cultural*, bem como a equiparação ao termo *património cultural*. Além disso, a convivência com diversas outras expressões, designadamente as seguintes: *obra de arte*, *objecto artístico*, *objecto histórico*, *monumento histórico ou cultural*, *tesouro*, *bem arqueológico*, *bem paleontológico* e o próprio *bem ambiental*. Além da *distinguo* inelutável entre o património material e o património imaterial.

Ademais, um breve enquadramento no que respeita ao Estado de Cultura, à teoria da Constituição, enquanto Ciência da Cultura e aos diferentes planos normativos, próprios do património cultural. Ora, a esse propósito, emerge a problemática relativa às zonas de protecção do património imóvel, procurando saber do alcance de limites fixos ou do decretamento de linhas variáveis, em conformidade com o determinado pelas competentes autoridades administrativas e até pelas instâncias judiciais, convocadas para se pronunciarem sobre o caso concreto.

Por último, um alerta concernente ao preponderante relevo do património cultural subaquático, às importantíssimas directrizes emergentes da Convenção da UNESCO de 2001e à imperiosa necessidade de promover uma urgente alteração dos paradigmas do direito interno português e brasileiro no que diz respeito aos desafios do património cultural subaquático, sob pena de aquele valiosíssimo património ser alvo da lucrativa actividade dos caçadores de tesouros.

⁵⁴ Foi essa a opinião que expressámos, em Ouro Preto, por ocasião do I Congresso Luso-Brasileiro de Direito do Património Cultural, realizado em Março de 2011. Cf. “Novas Fronteiras do Património Cultural no Dealbar do Século XXI- Contribuição da UNESCO, Consequências no Direito Português e Brasileiro” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra, 2012, p. 223.

⁵⁵ Cf. Inês Virgínia Soares, *Direito ao (do) Património Cultural Brasileiro*, Belo Horizonte, 2009, p. 253.



APONTAMENTOS PARA UMA EFETIVA COMPARAÇÃO EM DIREITO

APPOINTMENTS TOWARDS AN EFFECTIVE LAW COMPARISON

FELIPE ARAÚJO CASTRO*

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo uma revisão crítica da literatura especializada em direito comparado, destacando sua posição ora como ciência autônoma, ora como método de investigação do Direito, para então discutir-se sobre a relevância prática ou não dessa questão. O artigo inicia com uma discussão preliminar terminológica afeta a discussão, depois passa a analisar a questão da existência ou não da autonomia científica do campo nos termos do senso comum da teoria do conhecimento – existência ou não de objeto, método e princípios próprios –, num terceiro momento revisa criticamente os principais princípios da comparação em direito e termina apresentando uma crítica sobre a tendência de estabelecimento de uma distinção forte centro/periferia na literatura hegemônica. Constatamos que subjazem aos discursos que enfatizam a necessidade de diálogos entre culturas uma compreensão de superioridade das culturas centrais, usualmente o local de fala dos principais autores do campo, entendido aqui como ou as literaturas fundantes do direito comparado ou as que tenham maior inserção nos seus contextos de origem e internacionalmente. Nesse contexto, nosso principal objetivo é recolocar, mediante análise crítica da tradição, a importância da comparação em direito para o ensino jurídico.

Palavras-chave: Direito Comparado; ensino jurídico; Direito Internacional; preconceito epistemológico.

ABSTRACT

The present study aims to deliver a critical review of the specialized literature on comparative law, highlighting its position as an autonomous science and/or as a method of investigation of the Law. and then to present the consequences of this or that conceptualization. From this point onwards the work intends to present the consequences of these distinctive conceptualizations. The article begins with a preliminary terminological discussion that affects our object, then analyze the question concerning the existence or not of the scientific autonomy of the field – in terms of the common sense of the epistemology of knowledge, that is, inquiring about its own object, methods and principles – in a third moment our work critically reviews the main principles of comparison in law and ends by presenting a critique of the tendency to establish a strong prejudice center/periphery distinction in the hegemonic literature. We find that underlining to the discourses that emphasize the need for dialogues between cultures an understanding of superiority of the central cultures. We find that underlining to the discourses that emphasize the need for dialogues between cultures there is a masked understanding of the superiority of the central cultures, usually the speech place of the main authors in the field, which configures an epistemological prejudice. Main should be understand here as the founding figures of comparative Law or those who have great insertion both in their origin's context and internationally. In this context, our main objective is to reassess, through a critical analysis of tradition, the importance of comparison in law for legal education.

Keywords: Comparative Law; legal education; International Law; epistemological prejudice.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA).
felipeacastro@ufersa.edu.br

Recebido em 13-4-2017 | Aprovado em 17-11-2018



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 DISCUSSÕES TERMINOLÓGICAS SOBRE O TERMO “DIREITO COMPARADO”; 2 AUTONOMIA CIENTÍFICA; 3 PRINCÍPIOS DE DIREITO COMPARADO; 3.1 Comparações explícitas; 3.2 Princípio da funcionalidade equivalente; 3.3 Distinções e Similaridades; 3.4 Princípio da abstração; 3.5 Transdisciplinariedade; 3.6 Linguística; 3.7 Princípio do Respeito entre os Povos; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O estudo de direito comparado é subaproveitado no contexto do ensino jurídico nacional, seja como método de pesquisa no interior das disciplinas específicas ou como objeto de pesquisa autônomo. De fato, poucas são as universidades que oferecem a disciplina de Direito Comparado, e, quando o fazem, normalmente disponibilizam os cursos na modalidade “optativa” ou “eletiva”.¹

Variados fatores incidem para esse quadro: desde uma arrogante tendência do gênero humano a crer na centralidade e universalidade de sua própria cultura – o que conduz a uma posição de descrédito e/ou desconfiança em relação às comparações –, passando por problemas de ordem metodológica – ou mesmo ausência de método –, até chegar a questões pragmáticas, como os altos custos envolvidos em uma eventual imersão do pesquisador em outras culturas jurídicas.

Muitas são as potencialidades do bom uso dos recursos metodológicos referentes à comparação em direito, e podem ser encontradas listadas na literatura especializada de formas diferentes. Uma lista interessante, que nos parece um bom ponto de partida para realizar uma reconstrução das tendências atuais do campo, foi elaborada por Reimann por meio da construção do estado da arte sobre o tema.²

Nosso objetivo é, em um primeiro momento, descrever os obstáculos metodológicos³ que contribuíram e ainda contribuem para que o direito comparado não realize suas potencialidades, para, em seguida, a partir do desenvolvimento de um obstáculo específico, apresentar uma crítica em relação a predominância de uma visão eurocêntrica – ou estadunidense – nas falas dos principais autores do campo; uma posição que ora desencoraja a comparação, ora retira-lhe a capacidade de produzir os melhores resultados.

¹ Basta mencionar que nas Universidades em que fiz minha formação e atuo profissionalmente (UFRN, UFMG e UFRSA), nenhuma oferece a disciplina na graduação, seja como obrigatória ou opcional – a UFMG oferece com alguma regularidade em nível de pós-graduação. Numa pesquisa rápida a base do Google, apenas a UFG parece oferecer a disciplina como optativa (https://direito.goias.ufg.br/up/423/o/MTMatriz_Curricular_RGCG-FD.pdf)

² REIMANN, Mathias. The end of comparative law as an autonomous subject. In: *Tul. Eur. & Civ. L. F.*, v. 11, 1996: 49-72.

³ Tais obstáculos dizem respeito, sobretudo, a uma atitude de resistência das instituições de ensino e pesquisa, bem como dos próprios agentes que as compõe, em elaborar uma linguagem comum e interdisciplinar que aproximem os diferentes campos do saber. CARNEIRO, Sônia. Interdisciplinariedade: um novo paradigma do conhecimento? *Educar*, n. 10, pp. 99-109, 1995.

1 DISCUSSÕES TERMINOLÓGICAS SOBRE O TERMO “DIREITO COMPARADO”

Os textos introdutórios ao estudo em direito comparado têm em comum a preocupação de reafirmar a autonomia científica desse campo, o que é, na verdade, um sinal que a questão sempre esteve em disputa e ainda hoje permanece não resolvida. Partindo de uma compreensão de ciência como um discurso que intenciona a produção de conhecimento por meio da observância de um método racional (factual, contingencial, sistemático, verificável e falível),⁴ as tentativas passam por determinar para o direito comparado: (i) um objeto específico, (ii) um método de investigação próprio e (iii) princípios científicos que lhe sejam inerentes.

A primeira questão a ser enfrentada, portanto, diz respeito a determinar se o direito comparado seria efetivamente uma ciência jurídica autônoma, a exemplo de outros campos como o direito processual, constitucional ou administrativo, ou se seria apenas um método de investigação que teria como objeto o direito positivo em comparação com outros sistemas jurídicos.

Antes de respondemos a pergunta é importante destacar a existência de disputas terminológicas sobre a própria designação “direito comparado”, para que, a partir dessa discussão, se esclareça com maior exatidão ao que nos referimos quando dizemos ou escrevemos “direito comparado”.

A inadequação da expressão, na verdade, nos parece patente, visto que é muito pouco específica, precisa. Não deixa claro se a comparação é estabelecida entre sistemas jurídicos estrangeiros, como o brasileiro em relação ao alemão ou francês, tampouco deixa claro se a comparação é feita entre ramos distintos de um mesmo ordenamento jurídico ou ramos análogos comparados no tempo ou no espaço. Como é bem reconhecido pelos pesquisadores do direito – sobretudo entre os que realizam trabalhos empíricos e/ou interdisciplinares –, o sistema jurídico não é uno, indivisível e coerente, como ainda insiste a teoria do direito tradicional, antes, ele é resultado das práticas cotidianas dos agentes jurídicos, articuladas por intermédio de conhecimentos interesses muitas vezes conflitantes.

Essa independência relativa entre os diferentes espaços do campo jurídico e suas comunicações com outras esferas, notadamente com a economia e a política, resulta numa série de atos de construção de consensos e disputas, que são do interesse das pesquisas em ciências sociais e humanas;⁵ o que convida o pesquisador à realização de abordagens transdisciplinares e verticalizadas,⁶ por meios dos mais variados processos de investigação, dentre os quais se destacamos o recurso à comparação. Mais importante que sua caracterização como ciência ou método, é a realização do seu principal objetivo, a saber, a melhor compreensão de si mesmo (norma, texto, prática, sujeito, etc.) a partir do estudo do

⁴ ARAÚJO, Carlos Alberto Ávila. A ciência como forma de conhecimento. *Ciência e cognição*, v. 8, pp. 127-142, 2006.

⁵ BOURDIEU, Pierre. A força do Direito. In: Pierre Bourdieu. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Bertrand, 1989.

⁶ DUTRA, Deo. O direito constitucional comparado entre renascimento e consolidação. *Sequência*, n. 76, pp. 69-94, 2017.

outro (norma, texto, prática, sujeito, etc.).⁷ Infelizmente, o que se tem produzido sob a designação genérica de “direito comparado” não tem estado à altura desse desafio.

Num clássico da literatura francesa sobre direito comparado⁸ é defendido, por exemplo, que o termo não é satisfatório por não dar a ideia clara sobre o que designa. Apesar de indicar uma comparação, não indica em que termos ela é feita e, dessa forma, pode dar a falsa impressão que se compara ramos distintos do direito. Nesse sentido, após criticarem o emprego de termo “direito comparado”, os autores sugerem sua substituição pelo vocábulo “comparação de direitos”.

No entanto, por mais que compreendamos a possível confusão, não enxergamos como a substituição proposta pela doutrina possa dar cabo de evitá-la, uma vez que uma comparação entre direitos ainda pode ser dar no nível das várias especialidades. Assim, a utilização do termo comparação de direitos pouco tem a acrescentar a delimitação do objeto.

Para além da incapacidade de resolução da ambiguidade por meio da inserção de um novo termo, a longa tradição da aplicação do termo “Direito Comparado” para referir-se ao estudo comparativo entre direitos positivos distintos, realizando pela literatura especializada em nossas universidades, é um importante contra argumento a favor manutenção do termo.

Dessa forma, defendemos a manutenção dessa nomenclatura, ressaltando a possibilidade que o estudo em direito comparado também possa dar-se em nível microjurídico, quando ainda estabelece comparações entre direitos estrangeiros, porém, dentro dos vários ramos específicos dessa ciência; como no direito tributário comparado ou no direito constitucional comparado. Basta que pensemos num estudo comparado que busque as diferentes normativas – ou ausência delas – referentes a impostos sobre grandes fortunas em dois ou mais países. Ou ainda outra pesquisa que investigue o instituto do *Impeachment* – ou outros métodos processuais de afastamento de autoridades eleitas – na região da América Latina. No primeiro caso teríamos uma comparação de direitos tributários e na segunda de direitos constitucionais. Já no caso de um dado sistema não possuir a previsão legal do *impeachment*, por exemplo, mas possuir outras ferramentas sociais de afastamento de líderes político, a comparação pode se dar não só no âmbito de diferentes sistemas jurídicos, mas também de ramos, como o direito constitucional e a sociologia jurídica.

Ainda que seja uma problemática relevante, mais importante que essa distinção é a separação qualitativa entre estudos efetivamente comparados e a simples descrição de um sistema jurídico estrangeiro.

O direito comparado deve ir necessariamente além do aspecto descritivo para deixar de ser um mero exercício de legislação comparada, se deseja o *status* de cientificidade, nos termos discutidos anteriormente, ou seja, na busca de um conhecimento verdadeiro (entendido enquanto útil), ainda que sempre refutável.

É evidente que a existência de ordenamentos plurais é condição de existência do estudo comparado em direito, porém, a simples leitura e exposição de normas que incidem

⁷ DUTRA, Deo. Situando o traço: uma proposta filosófica para a teoria da comparação em direito. *Revista Direito e Práxis*. v. 9, n. 3, pp. 1221-1248, 2018, p. 1246.

⁸ ARMINJON, Pierre; NOLDE, Baron Boris; WOLFF, Martin. *Traité do Droit Comparé*. Paris: Libr. Générale de Droit et Jurisprudence, 1950 Apud DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. In: *Revista de Informação Legislativa*. v. 34, n. 134, 1997, p.233.

sobre situações semelhantes em ordens nacionais distintas – ou regionais ou internacionais – é apenas o primeiro passo na construção de conhecimento em direito comparado.

Lyra Tavares, referência no campo, é categórica ao afirmar que o estudo de outros direitos positivos é indispensável à realização de pesquisa em direito comparado, no entanto, com ele não se confunde, pois a pesquisa na área não pode se limitar a descrições sobre um ou outro aspecto da legislação comparada⁹.

Em outra oportunidade, a professora afirma também que, apesar de um longo histórico no interesse sobre o direito estrangeiro nas universidades brasileiras, esses estudos se restringiam ao ensino do direito alienígena, “sendo raros os trabalhos de efetiva comparação entre os direitos, com identificação de semelhanças e diversidades a partir de variáveis previamente escolhidas.”¹⁰ No passado – e ainda hoje em grande parte das publicações no direito comparado – tratava-se meramente da justaposição de institutos jurídicos.

2 AUTONOMIA CIENTÍFICA

A ainda corrente necessidade de afirmação da autonomia do direito comparado não advém de sua recente “descoberta” ou “invenção”, mas sim da dificuldade da disciplina em se impor frente às tendências paroquiais da prática e do estudo dos direitos nacionais.

O debate gira em torno sobre se o direito comparado seria uma ciência propriamente dita ou um simples método de investigação do direito. Ivo Dantas relata, inclusive, que essa é uma questão persistente desde a celebração do primeiro Congresso Internacional de Direito Comparado em Paris ainda no ano de 1900.¹¹

Mais uma vez, não há consenso na doutrina, havendo aqueles que empregam o termo “direito comparado” indistintamente, ora para referir-se à ciência, ora ao método comparatista, enquanto outros autores preferem distinguir nominalmente as duas categorias, e há ainda aqueles que negam o caráter científico ao direito comparado.

O último caso é exemplificado por Edgar Amorim, em seu manual de direito internacional privado, para quem não haveria um direito comparado em si, mas tão somente um método comparativo.¹² O autor não busca diminuir a importância da comparação em si, uma vez que afirma ser o método comparativo de suma importância para a ciência do direito, ainda que ausente de autonomia científica.

Do outro lado, entre os autores que sustentam a autonomia do direito comparado no Brasil estão, além de Caio Mário – com a publicação de artigo paradigmático, “Direito

⁹ TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro. In: *Prisma Jurídico*, v. 5, pp. 59-77, 2006A.

¹⁰ TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O ensino de direito comparado no Brasil contemporâneo. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, pp. 69-86, 2006B, p. 70.

¹¹ DANTAS, Ivo. *Op. Cit.*

¹² AMORIM, Edgar Carlos. *Direito Internacional Privado*. 4 ed. São Paulo: Forense, 1988.

comparado, ciência autônoma”, no ano de 1952¹³ – está também o já mencionado Ivo Dantas, para quem, não sem certo exagero:

À medida que se compreendam os conceitos de método e ciência, bem como do que seja autonomia científica, não haverá, sem sã consciência, como assumir posição diferente, sobretudo se levarmos em conta os modernos estudos de Epistemologia.¹⁴

No debate internacional, no entanto, a questão não parece tão bem resolvida como sugere o jurista pernambucano. O artigo de John Reitz, do final dos anos 80, intitulado “How to do comparative Law”, por exemplo, inicia sua exposição inquirindo mesmo pela existência ou não de um método para fazer-se direito comparado¹⁵. Já Konrad Zweigert e Kötz, pioneiros nos estudos de direito comparado na Alemanha, se preocupam em estabelecer o que de fato significaria realizar um estudo de “direito comparado”, para, em seguida distingui-lo de áreas afins; como o Direito Internacional Público e Privado ou a História do Direito ou ainda a Etnologia Jurídica e até mesmo a Sociologia¹⁶.

Outro ponto em comum entre esses autores estrangeiros é a afirmação pela inexistência de um único método correto para realizar pesquisa em direito comparado, assim como a defesa da indissociabilidade entre prática e teoria no campo. Seria impossível, ou no mínimo pouco profícuo, criar abstrações, tipos ideais, que alegadamente dessem conta de toda a realidade. Por outro lado, simplesmente por as mãos na massa imediatamente, sem qualquer orientação ou reflexão teórica, certamente também tende a conduzir à resultados pouco satisfatórios.

Os estudos em direito comparado, portanto, tendem a exigir uma compreensão da totalidade, na medida em que não apenas o direito deve ser considerado em sua unidade, como as análises devem ultrapassar o campo jurídico para compreender como aspectos sociais, econômicos e culturais afetam tanto a criação quando a aplicação do direito.

Não se espera, no entanto, que toda e qualquer publicação que se pretenda um estudo de direito comparado efetivamente domine e perpassa todo o conhecimento relevante para a estrutura do direito – até porque não se descartam estudos que tenham por objeto institutos jurídicos específicos, numa perspectiva microjurídica, assim como estudos que analisem contextos numa mesma família jurídico-constitucional – porém, acreditamos que a busca de uma concepção mais larga possível dos fenômenos seja um bom parâmetro de qualidade do referido estudo. Parece-nos, inclusive, que, quanto mais distantes e distintas forem as ordens jurídicas objeto do estudo comparado, mais importante será a busca por essa totalidade.

Outro ponto que amplia a importância do estudo do direito comparado, sem sombra de dúvidas, é o fenômeno da globalização e da mundialização dos mercados e a atual

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. In: *Revista da Faculdade de direito da UFMG*, pp. 33-47, 1952.

¹⁴ DANTAS, Ivo. *Op. Cit.*, p. 242.

¹⁵ REITZ, John. C. How to do comparative law. In: *American Journal of Comparative Law*, v. 26, pp. 617-636, 1998.

¹⁶ KÖTZ, Hein; ZWIEGERT, Konrad. *An introduction to comparative Law*. 3 ed. Tradução de Tony Weir. Londres: Oxford University Press, 1998.

velocidade de suas transformações, que levam alguns autores a falar em uma nova globalização.¹⁷

Nesse cenário, o intenso fluxo de informação, mercadorias e pessoas, faz com que os fatos sociais sobre os quais incidem normas jurídicas ultrapassem as antigas fronteiras nacionais, bem como que, sobre um mesmo fato, incidam normas provenientes de mais de um ordenamento jurídico.

Com efeito, a crescente internacionalização da vida requer que o estudante de direito – e não só ele – tenha uma perspectiva não apenas internacional, mas, sobretudo, comparada e interdisciplinar sobre seu objeto de estudo. No mínimo, é imprescindível que saiba que o direito positivo que estuda é apenas uma parte de uma realidade muito mais larga e completa, portanto, apresenta respostas possíveis, culturalmente localizadas, mas não necessariamente as melhores, tão pouco as únicas.¹⁸

O intenso e facilitado fluxo de informações demanda e propicia o estudo das soluções jurídicas de direitos estrangeiros para questões semelhantes ou muito parecidas do âmbito nacional. Nesse sentido, é cada vez mais comum que cortes constitucionais baseiem sua razão de decidir ou argumentação em jurisprudência alienígena – um dos aspectos da transconstitucionalidade.¹⁹

De forma que, ainda que diferentes teorizações sobre os efeitos da globalização estejam em disputa – desde teóricos neoliberais que saúdam os impactos econômicos até leituras críticas sobre os malefícios inerentes do livre mercado, parece existir um consenso acerca do impulso à conversação entre ordens jurídicas:

No que concerne aos aspectos jurídicos, nós podemos concordar que ninguém conhece seu próprio direito positivo focando seus estudos apenas nas leis domésticas de uma única jurisdição ou Nação; o leque de atores significativos e processos foram estendidos; e o fenômeno do pluralismo jurídico é central para compreensão do direito hoje.²⁰

Basta que pensemos no processo de uniformização da legislação trabalhista na Europa, conduzido a partir da União Européia. A aproximação dos direitos nacionais, antes de uma vontade coletiva de cada Nação, é um desejo imposto aos países economicamente mais frágeis da região em benefício das indústrias do Ocidente europeu, o que certamente também é válido para a legislação trabalhista brasileira.

¹⁷ SOLSONA, Gonçal Mayos. Aspectos de la nueva globalización. In: *Revista Prisma Social*, n. 6, 1-34, 2011.

¹⁸ The increasing internationalization of business, of communication, and of life in general, plainly requires that we imbue today's students not only with an international but also with a comparative perspective on law. At minimum we must show them that their law is part of a larger universe, that the American way is only one among many, and that the alternatives are not necessarily inferior. This also has been belabored ad nauseam. REIMANN, *Op. Cit.*, p. 53.

¹⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁰ So far as the legal landscape is concerned, we may also agree that no one can understand their local Law by focusing solely on municipal domestic Law of a single jurisdiction or nation state; that the range of significant actors and processes has been extended; and that the phenomenon of legal pluralism is central to understand law in today's world. TWINING, William. Globalization and Comparative Law. In: *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, v. 6, pp. 217-243, 1999.

Assim, mais importante do que saber se o direito comparado é uma ciência ou um método é compreendê-lo como uma necessidade dos nossos tempos e um fenômeno sempre presente no diálogo entre os povos. A partir daí, é imprescindível operá-lo, tanto na prática, como na teoria, de formar a retirar o que há de melhor na comparação entre sistemas jurídicos.

Nosso presente exercício é, portanto, um esforço teórico de construção do estado da arte na metodologia do direito comparado hoje. Para tanto, em seguida, apresentaremos de forma crítica uma pequena lista de princípios que acreditamos serem essenciais na produção de conhecimento na prática do direito comparado.

3 PRINCÍPIOS DE DIREITO COMPARADO

Antes de iniciarmos nossa proposta, no entanto, gostaríamos de fazer uma pequena defesa acerca da impossibilidade do exercício da neutralidade pelo cientista social; o que tem por consequência tornar a nossa lista, em certo sentido, arbitrária, porque representa apenas uma das possibilidades de investigação acerca do direito comparado.

De fato, constitui verdadeiro truísmo afirmar a impossibilidade de uma neutralidade absoluta do agente de pesquisa, sobretudo dentro dos limites das ciências humanas. Por outro lado, o desvelamento da neutralidade como utopia irrealizável não significa garantir liberdade irrestrita para o pesquisador imprimir sua subjetividade em seus resultados. Com efeito, o ideal de neutralidade pode servir como orientação à pesquisa. Assim, conhecer suas próprias limitações é a condição para exercício de autocontrole e da vigilância epistemológica necessários à realização da boa pesquisa.²¹ Em suma, ainda que a neutralidade seja apenas um tipo ideal, parece ser desejável que o sujeito esforce-se na direção de uma objetividade possível em uma pesquisa científica no campo das ciências humanas e sociais aplicadas.

Também o método desse tipo de ciência e, portanto, do direito comparado, não é unívoco, havendo intensas disputas no campo da epistemologia acerca da melhor aproximação dos objetos.

Feita essas ressalvas, retornamos aos princípios que prometemos desenvolver, linhas mestras que devem nortear a pesquisa em direito comparado, menos como regras necessárias e mais como sugestões de caminhos possíveis para produção de conhecimento válido na área.

O ponto de partida que elegemos são os princípios de direito comparativo e áreas afim – legislação comparada, direito estrangeiro, internacional etc. – elencados por Reitz e e mencionados anteriormente.²²

Apesar de o autor apresentar os referidos princípios subdivididos em número de nove, e organizados em subseções específicas, esses princípios, além de não estarem sumariados em vocábulos curtos – mas sim em parágrafos que expressam a ideia que o texto pretende transmitir – são um tanto tautológicos e com conteúdo intercambiante entre si.

²¹ BOURDIEU, Pierre. *Meditações pascalianas*. 2. ed. Tradução de Sérgio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand, 2007.

²² REITZ, *Op. Cit.*

Dessa forma, propomos reduzi-los para sete termos curtos que representam, a nosso ver, a totalidade da compreensão e contribuição do autor para o método do direito comparado, nos atendo àqueles pontos que julgamos mais relevantes no tempo e nos espaços presente.

3.1 Comparações explícitas

As pesquisas devem tornar explícitas as comparações que realizam. Apesar de parecer uma asserção tautológica, porque redundante, a verdade é que, parte significativa dos estudos ditos comparados, na verdade, fazem um exercício meramente descritivo do direito estrangeiro, normalmente idealizando a perspectiva externa em detrimento da realidade nacional.

Como já defendi em outra oportunidade, essas abordagens reducionistas são bastante comuns no campo da política e da economia internacional, no sentido de se identifica as instituições hoje existentes nos países centrais como “boas”, fruto do melhor desenvolvimento das práticas sociais e, a partir daí, descrever as diferenças entre essas realidades e o contexto nacional como fruto de um atraso cultural brasileiro que precisa ser superado mediante a importação acrítica dessas mesmas instituições, esquecendo-se que o processo histórico de consolidações dessas práticas observou lógicas completamente diversas do cenário no qual atualmente são oferecidas como as melhores soluções.²³

Portanto, é importante para alcançar os melhores resultados que a comparação seja qualitativa e foque nas distinções e similaridades dos direitos comparados, sempre levando em consideração o contexto sociocultural de inserção dos direitos positivos considerados.

3.2 Princípio da funcionalidade equivalente

Talvez o mais importante princípio do direito comparado. Possui um alto grau de consenso na literatura. Diz respeito, basicamente, à delimitação do que será comparado com o quê e tem por objetivo evitar equívocos na seleção do objeto de pesquisa.

O comparatista deve não buscar institutos idênticos ou semelhantes na legislação estrangeira, mas sim se perguntar sobre os métodos equivalentes de resolução de disputas produzidos por diferentes culturas para um mesmo fato social regulado pelo direito.

Ao invés de procurar a forma como funciona a licitação no direito anglo saxão, ou mesmo se existe instituto semelhante, o comparatista deve identificar a função dos processos licitatórios no Brasil, a saber, garantia dos princípios da administração pública, como moralidade e transparência, e, a partir daí, se perguntar sobre os mecanismos de promoção desses mesmos ideais no sistema do *civil Law*.

Diferentes sistemas jurídicos podem apresentar diferentes respostas, mais ou menos eficientes, para fatos sociais iguais ou muito semelhantes. Basta pensar nas diferenças

²³ CASTRO, Felipe. Pateando su propia escalera: las elites de poder en Brasil y su puente hacia el pasado. Trabalho apresentado no IV Congresso Latino Americano e Caribenho de Ciências Sociais. Salamanca, 2017.

existentes entre os processos de divórcio ou sucessão em contextos de predominância de diferentes religiões, como no direito brasileiro e iraniano.²⁴

O pesquisador que não estiver atento a essas questões pode facilmente chegar a conclusões precipitadas ou equivocadas como, por exemplo, no caso das licitações, concluir que, porque não existem nos Estados Unidos da América ou na Inglaterra, significa que essas tradições não se importam com a moralidade na Administração da coisa pública.

3.3 Distinções e Similaridades

Uma pesquisa de direito comparado pode focar tanto nas diferenças de tratamento das legislações estrangeiras como nas similaridades dos dois sistemas. Um bom estudo, no entanto, frequentemente fará os dois.

Ao tornar explícita a sua comparação, o pesquisador deve então apresentar sistematicamente essas distinções e similaridades, não apenas como curiosidade contemplativa, mas com o objetivo de realizar o diálogo possível entre as duas ordens.

Dizemos o diálogo possível pelo simples fato que, a despeito das crenças em um direito universalmente válido, garantido pelo sucesso da boa comunicação, livre de qualquer dominação e realizada entre iguais; esse diálogo nem sempre é possível ou desejado. Basta que pensemos que em um sistema jurídico de uma Nação socialista ou comunista não haveria nenhum interesse na incorporação de um direito das sucessões nos moldes ocidentais ou na criminalização de delitos contra a propriedade privada.

Em função desse cenário, parece-nos que o estudo comparado realizado dentro de uma mesma família constitucional tem mais chances de obter resultados práticos aferíveis, como o auxílio em reformas pontuais das legislações. Dessa forma, podem mais facilmente ser realizados estudos de microcomparação, pois, têm como ponto de partida uma série de aspectos compartilhados pela cultura dos países comparados.

Pelo contrário, na medida em que o comparatista seleciona objetos de pesquisa em tradições muito distintas, como a tradição do direito hindu em relação com o direito continental europeu, naturalmente, ele será empurrado para o campo da macrocomparação. Nesse cenário, a transdisciplinariedade torna-se ferramenta indispensável para garantia da qualidade dos resultados da investigação.

3.4 Princípio da abstração

O princípio mais controverso apresentado por Reitz parece ser uma tendência a abstração por meio do uso de tipos ideais cada vez mais largos para acomodação e articulação de diferentes categorias.

O autor defende que, por meio da utilização de figuras ideais como ponto de partida dos estudos comparados, é possível defender-se da tendência natural da humanidade de

²⁴ Para compreender melhor as influências das normas religiosas sobre o processo de divórcio no Irã, um país que não autonomiza completamente as esferas da moral e do direito, ver o excelente *A separação*, de Asghar Farhadi. Jodaeyiye Nader az Simin. Direção: Asghar Farhadi. Produção: Asghar Farhadi. Irã/França: Dreamlab, 2011.

utilizar o seu próprio lugar de fala como medida de normalidade e aplicar imperativos morais a sistemas que não compartilham os mesmos valores.²⁵ Aqui as complicações nos parecem autoevidentes, basta imaginar a aplicação das regras sobre propriedade e infanticídio a uma comunidade indígena, que nem possui a propriedade individual da terra como valor e nem compartilha a mesma concepção acerca do momento de início da vida.²⁶

Portanto, não acreditamos que seja útil esse tipo de abstração, uma vez que partem de um pressuposto de normalidade que põe outra cultura numa condição de inferioridade em termos civilizacionais.

Fica patente, inclusive, da análise dos textos de Reitz e Zweigert, que, apesar de declararem um ideal de neutralidade, contrário a preconceitos nacionais, sua produção está repleta de passagens que demonstram exatamente a tomada de posição em favor dos principais sistemas jurídicos ocidentais, tendo-os como mais avançados.

A linguagem científica aqui tem a função de dominação, na medida em que o direito ocidental dos países de primeiro mundo é apresentado como modelo a ser copiado nas reformas dos demais sistemas na direção de um direito comum.

3.5 Transdisciplinariedade

O estudo do direito comparado exige que o investigador ultrapasse os limites da ciência do direito. Aliás, a transdisciplinariedade é uma tendência em todos os ramos da ciência, no direito não poderia ser diferente, sobretudo em função da hipercomplexidade da contemporaneidade.

No entanto, essa tendência se expressa com mais vigor no direito comparado, pois a compreensão de qualquer sistema jurídico, necessária para realização das comparações com qualidade, demanda, necessariamente, uma mínima compreensão do contexto cultural e tessitura social no qual está inserido.

Dessa forma, as contribuições dos campos das demais ciências sociais e aplicadas, como a sociologia, a antropologia, a psicologia social, a ciências política, etc. é indispensável ao pesquisador em direito comparado.

Num cenário de forte integração comercial proporcionado pela mundialização do capital, onde há um processo de unificação global dos sistemas jurídicos, sobretudo nas áreas comerciais, mas também sobre a legislação social, a economia política também se destaca como ferramenta essencial para compreensão do direito.

3.6 Linguística

Outro aspecto fundamental ao direito comparado diz respeito à tradução dos textos jurídicos entre diferentes idiomas. Com efeito, no mais das vezes, os direitos positivos e os costumes comparados não só estão inseridos em diferentes culturas, mas também são expressos em línguas diferentes.

²⁵ REITZ, *Op. cit.*, p. 623

²⁶ Para uma discussão acerca da tentativa pouco criteriosa de “supercriminalização” do infanticídio em aldeias indígenas ver SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com os legisladores. *Revista de direito da UnB*, v. 1, n. 1, pp. 65-92, 2014.

Portanto, um trabalho essencial e preparatório do comparatista é proceder com a tradução dos documentos e ou dispositivos concernentes à sua pesquisa para língua vernácula. Um processo que deve ser feito em observância ao princípio da funcionalidade equivalente – previamente descrito –, tendo em vista que não raras vezes não haverá entre os direitos comparados um instituto similar que corresponda satisfatoriamente às demandas investigadas e comparadas. Nesses casos, deve então o comparatista buscar as soluções equivalentes ou aproximadas dentro de um ou outro sistema jurídico.

Para além dessa dificuldade (a não garantida correspondência entre institutos), o comparatista também se depara com importante questão afeta aos estudos e prática das traduções, a saber, o problema da possibilidade de fidelidade ao texto original.

De maneira geral, prevalece nos ambientes acadêmicos ocidentais uma herança peculiar a essa cultura, alicerçada num logocentrismo que crê numa espécie de significado transcendental do texto de partida. Essa tradição relega ao leitor a missão de descobrir os significados do original, sendo o ato de traduzir um mero transportar.²⁷

Esse tipo de abordagem desconsidera toda uma produção intelectual mais recente do campo da epistemologia, que questiona as possibilidades do sujeito na sua capacidade de conhecer, notadamente correntes do pensamento contemporâneo como a arqueologia de Foucault ou o desconstrutivismo de Derrida. A busca de uma fidelidade cega ao texto releva também os aportes de psicanálise freudiana, que trazem a discussão do inconsciente como determinante da ação humana.²⁸

Nessa linha, seria no mínimo ingênuo estabelecer cânones interpretativos que pudessem balizar uma tradução que acessasse o “verdadeiro” sentido dos textos originais. O que não implica negar a existência do real, na ausência de um sujeito que possa conhecer, significa que o sujeito histórico não pode escapar das condições que lhe formam, nem as produções linguísticas objetos de tradução podem escapar do espaço e tempo nos quais foram produzidas.

Em outras palavras, ao leitor-tradutor é impossível conhecer a plenitude dos significados do texto interpretado: (i) por que nem o autor está completamente consciente de todas suas intenções e dos resultados das interpretações futuras do seu texto e (ii) por que, no ato de traduzir, o sujeito não pode deixar completamente de lado aquilo que lhe constitui.

Por evidente, todas essas considerações se aplicam ao caso do direito comparado. Quão mais difícil será a tradução, quão mais distantes forem as raízes das línguas em questão, assim como a tradição jurídica na qual se inserem as instituições comparadas.

Dessa forma, uma conversação que envolva o direito positivo brasileiro tem possibilidade de ser mais frutífera quando estabelecida com outro direito positivo inserido em sua mesma família constitucional, como o português ou o espanhol, que ainda utilizam línguas neolatinas. A mesma comparação tem ainda mais chance de ser bem sucedida se realizada com o direito de países africanos de língua portuguesa, por dividirem, além da mesma língua, a condição de ex-colônias.

As comparações, no entanto, vão se tornando mais complexas com o aumento da distância entre as culturas jurídicas objeto de estudo, o que dificulta sobremaneira o espaço da microcomparação, uma vez que muito dificilmente se encontrará respostas semelhantes para os problemas investigados. Nesse sentido, direitos positivos ocidentais e orientais tem uma porosidade de diálogo bem mais restrita que os exemplos citados anteriormente.

²⁷ ARROJO, Rosemary. *A que são fiéis tradutores e críticos de tradução?* Paulo Vizioli e Nelson Ascher discutem John Donne. In: “Tradução, desconstrução e psicanálise”. Rio de Janeiro: Imago. 1993, p. 16.

²⁸ ARROJO, *Op., Cit.*, p. 17.

Não obstante as dificuldades existentes no diálogo entre direitos inseridos em diferentes famílias constitucionais, ainda assim, é notável a aproximação dos institutos jurídicos elaborados em diferentes tradições jurídicas dentro do mundo Ocidental, a exemplo da aproximação estabelecida entre o direito consuetudinário anglo-saxão e o direito continental europeu.²⁹

3.6 Princípio do Respeito entre os Povos

Ao ter contato com outras tradições jurídicas e humanas, o pesquisador precisa assumir uma posição de humildade frente à cultura dos demais povos estudados. Precisa abandonar a pretensão de superioridade do próprio sistema jurídico.

Não se trata de um exercício simples – alguns dirão, inclusive, que é uma tarefa impossível – muitos autores, por mais que afirmem seus métodos como ausentes de preconceitos, ao escreverem, não conseguem abandonar as premissas dos seus lugares de fala. Essa é uma tendência especialmente marcante nas publicações de autores inseridos nas tradições dos países tidos como desenvolvidos, e muito comum no direito internacional privado que, por meio de órgãos com a UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) procura unificar as regras sobre comércio de forma a favorecer os países com maior peso de decisão dentro e fora do sistema ONU (Organização das Nações Unidas) – ou pelo menos conservar as relações como estabelecidas.

Dessa forma, a construção de um entendimento entre povos por meio do estudo do direito comparado existe apenas em potência, portanto, pode ou não se realizar e em graus distintos.

Assim como o homem pode realizar uma autocrítica sobre os dogmas de sua própria fé, a partir do contato com outras religiões, também pode, no sentido oposto, assumir uma postura fundamentalista dentro de sua própria religião; o jurista, de maneira análoga, em contato com outro sistema jurídico, pode realizar um exercício reflexivo sobre sua tradição, imprescindível para o estabelecimento de um diálogo comparado efetivo ou pode empreender tentativas de colonização dos sistemas estrangeiros, adequando-os à sua perspectiva de direito.

Nesse sentido, é necessário evitar o deslumbramento que cega ao pôr sua própria cultura como o melhor tipo de desenvolvimento humano possível, talvez o mais importante obstáculo epistemológico ao direito comparado. Portanto, ao estudar e ensinar o direito comparado, é imprescindível que haja um esforço de alunos e professores na construção desse respeito e deferência em relação à cultura dos povos estudados; pré-requisito essencial para a investigação qualitativa em direito comparado. Nesse termos:

O ensino por ramo do direito é extremamente importante, mas é o direito comparado em geral que melhor permite de alcançarem-se os objetivos de aprofundamento dos conhecimentos dos sistemas jurídicos estrangeiros, de

²⁹ GROSSI, Paolo. Globalização, Direito, Ciência Jurídica. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law?: macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 35, n. 181, p. 167-172, 2010.

aprimoramento do direito nacional e de aproximação dos povos pelo respeito de suas identidades culturais.³⁰

4 CRÍTICA À LITERATURA EM DIREITO COMPARADO

Para elaboração do presente trabalho, além da consulta a fontes nacionais, foram usados como referência autores com grande inserção internacional, provenientes dos centros jurídicos dos países ditos desenvolvidos ou industrialmente mais avançados.

O que restou evidente da pesquisa foi uma forte tendência desses autores “centrais” para naturalização e compreensão de sua própria tradição jurídica como a mais desenvolvida a partir daí, de uma maneira mais ou menos consciente, entende-se que essa experiência, tida como mais elevada, deve servir de modelo para a adequação dos demais sistemas jurídicos. O que caracteriza claramente uma situação de injustiça ou preconceito epistemológico,³¹ onde o discurso acerca de um suposto diálogo horizontal entre diferentes culturas jurídicas mascara a imposição de um modelo como o mais correto.

Ainda que se possa argumentar que esse seja um traço recorrente em qualquer comparatista cultural, essa tendência é mais presente nos autores localizados nos centros de produção intelectual do Ocidente. No entanto, nas chamadas periferias do sistema global, essa tendência de naturalização do direito ocidental europeu – seja continental ou insular – se manifesta de maneira mais perniciosa em função de uma espécie de interiorização do colonizador, no sentido que os autores locais apresentam o direito dos grandes centros industriais – e não o seu próprio – como o modelo adequado de correção das realidades de seus países em desenvolvimento, auxiliando a chutar a escada pelo qual esses centros de pesquisa atingiram a condição na qual se encontram hoje.³²

Trata-se de um procedimento apenas parcialmente consciente, visto que, num primeiro momento, é muito comum que os autores assumam discursivamente uma postura academicamente humilde frente à complexidade do tema, afirmando (i) a impossibilidade de um método mais ou menos correto em direito comparado e (ii) a necessidade do cientista assumir uma terceira posição entre as ordens jurídicas estudadas – por meio do abandono de quaisquer preconceitos que possam ter sido construídos na imersão em um dado ensino jurídico; no entanto, não parecem conseguir manterem-se fiéis à sua própria metodologia.

São muitas as passagens que reforçam nosso argumento. Não sendo possível desenvolver todas, escolhemos destacar dois momentos do texto dos já citados professores Konrad Zweigert e Kein Kötz, pela relevância dos autores no campo e pela capacidade exemplificativa das passagens. Nelas fica patente a concepção da superioridade de sua própria tradição, mesmo que os autores declaradamente afirmem o contrário.

³⁰ TAVARES, O ensino de direito comparado no Brasil contemporâneo, *Op. Cit.*, p. 74.

³¹ Sobre preconceito epistemológico ver, FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. Londres: Oxford University Press, 2009. MEDINA, José. *The epistemology of resistance: gender and racial oppression, epistemic injustice and resistant imaginations*. Londres: Oxford University Press, 2012.

³² CASTRO, Felipe. *Pateando su propia escalera*. Ob. Cit.

No primeiro trecho, enquanto falam sobre os objetivos e vantagens da pesquisa em direito comparado, é destacado que esse tipo de investigação:

Dissolve preconceitos nacionais não considerados, nos ajuda a compreender culturas e sociedades diferentes presentes no globo e busca um entendimento mundial; *é extremamente útil para reformas no direito de países em desenvolvimento*; e para desenvolver um sistema crítico próprio do cientista.³³ (Grifo nosso).

Dessa forma, na mesma frase em que destaca a importância do direito comparado na desconstrução de pré-conceitos “não-considerados” ou inconscientes, construídos no interior de um dado direito nacional, mais a frente, no momento de descrever como esses diálogos entre ordens podem favorecer reformas no direito em geral, essa possibilidade parece apenas desejável para os países em desenvolvimento. Perceba-se, o intercâmbio produzido por essas pesquisas pode ajudar países menos desenvolvidos a reformar o seu direito à imagem e semelhança dos sistemas jurídicos dos países desenvolvidos. O autor parece não considerar o caminho inverso.

Concordamos com a ideia geral, acerca da potencialidade de desenvolvimento de uma postura crítica por meio do estudo do direito comparado. Assim como o contato com outras religiões levou o homem a questionar os seus próprios dogmas, o contato com outras soluções jurídicas possíveis para um mesmo problema social pode levar o jurista a questionar qualquer perspectiva de direito natural. Porém, assim como o contato com outras religiões levou não poucos homens a reafirmar a sua própria fé e, a partir daí, buscar a destruição das outras por meio da colonização, o contato com outros direitos pode levar os acadêmicos à tomada de posição equivalente.

Outra passagem em que a contradição no posicionamento dos autores fica clara está no momento em que vão tratar das chamadas “condições extremas”, nas quais seria necessário tomar uma decisão num espaço curto de tempo. Na oportunidade, uma concepção de direito subjetiva e normalizante fica escondida nas entrelinhas de uma auto declarada neutralidade frente à pesquisa em direito comparado, pois, segundo os autores, “quando chega o ponto de avaliar para determinar qual dentre os variados pontos de vista é o melhor, o único critério possível, frequentemente, são as evidências práticas e um forte senso de aproximação”.³⁴

Ao afirmar que o último critério (ou o melhor critério, dado o duplo significado do vocábulo *ultimate* em língua inglesa) é frequentemente a evidência prática e um forte senso de aproximação, o que o autor deixa subentendido é que, ao fim e ao cabo, a avaliação da melhor resposta depende da subjetividade do observador.

³³ No original, O direito comparado “dissolves unconsidered national prejudices, and helps us to fathom the different societies and cultures of the world and to further international understanding; *its extremely useful for Law reform in developing countries*; and for the development of one’s own system the critical attitude it engenders does more than local doctrinal disputes”. KÖTZ; ZWEIGERT, *Op. Cit.*, p. 16

³⁴ No original, “For when it comes to evaluation, to determining which of the various solutions is the Best, the only ultimate criterion is often the practical evidence and the immediate sense of appropriateness”. KÖTZ; ZWEIGERT, *Op. Cit.*, p. 33.

Há ainda um forte recorte ideológico nessa produção intelectual, na medida em que afirmam explicitamente que o campo mais útil da aplicação do direito comparado seria o das trocas comerciais.

Nessa área, “relativamente a-política” as respostas dos sistemas nacionais seriam as mesmas ou muito similares. Para as demais áreas do direito, como famílias, sucessões ou direito penal, fortemente influenciadas por visões de mundo e valores intersubjetivos, os “juízos devem ser suspensos”, como se uma atitude no campo das ciências do espírito pudesse efetivamente ser completamente destituída de apreciações valorativas.

Se deixarmos de lado os temas que são fortemente influenciados por perspectivas morais baseadas em valores – majoritariamente encontradas no direito da família e das sucessões, e nos concentrarmos naquelas partes do direito privado que são relativamente apolíticas, descobrimos que as nações desenvolvidas, em regra, respondem às necessidades jurídicas comerciais de maneira semelhante ou muito parecida.³⁵

Essa é uma tendência que pode ser constatada, aliás, na grande maioria dos artigos publicados nos principais jornais de direito comparado, como os presentes nas plataformas Capes e Hein Online. As pesquisas feitas nessas plataformas com as chaves “direito comparado” e “direito comparado na América Latina” revelaram a enorme prevalência de produção concernentes a contratos de negócios e regulação econômica.

O direito comparado humanista tem pouca ou nenhuma importância quando o país em questão tem uma legislação econômica próxima ou favorável às tendências globalizantes dos mercados ocidentais. Índícios de comprovação de nossa assertiva podem ser encontrados pela observação da questão humanitária na Arábia Saudita, pois as graves violações de direitos humanos promovidas ou toleradas pelo aparelho estatal, amplamente documentadas e duramente criticadas pelas agências internacionais, não parecem gerar maiores retaliações ou mesmo constrangimentos ao maior parceiro mercantil de petróleo dos Estados Unidos da América.³⁶

Os autores que outrora negaram qualquer valor ao direito natural agora presumem que as legislações mercantis evoluíram na mesma direção, quase com um processo natural ocorrido nos países desenvolvidos e que agora precisa ser replicado por meio de reforma nos demais rincões do mundo. Não levam em consideração que o direito é uma forte ferramenta de dominação neocolonial e que, se muitas Nações optaram por um padrão de legislação em questões econômicas, o fizeram sobre forte pressão externa ou até mesmo chantagem internacional.

³⁵ But if we live aside the topics which are heavily impressed by moral views or values, mainly to be found in family law and the law of succession, and concentrate on those parts of private law which are relatively ‘unpolitical’, we find that as a general rule developed nations answer the needs of legal business in the same or in a very similar way. KÖTZ; ZWEIGERT, *Op. Cit.*, p. 40.

³⁶ Sobre os embates entre universalismo e particularismo na questão dos direitos humanos ver ALVES, José Augusto Lindgren. É preciso salvar os direitos humanos. *Lua nova*, n. 86, pp. 51-88, 2012. Para a aplicação da questão ao mundo árabe desde uma perspectiva habermasiana ver RAMOS, Sérgio Ricardo Vieira; CORREIA, Manuela Valença. Direitos humanos e diversidade cultural: o caso árabe. *Revista Cadernos de Estudos e Pesquisa na Educação Básica*, n. 1, pp. 203-214, 2015.

Basta pensarmos no caso grego no contexto que se seguiu a crise financeira de 2008, onde um partido com tendências de esquerda foi democraticamente eleito, por meio de um discurso contrário às políticas de austeridade impostas pelos bancos europeus, apenas para ser humilhado e conformado a essas mesmas políticas meses mais tarde, contra a vontade de população grega expressa em plebiscito.³⁷ Ou, mais recentemente, as políticas não sufragadas de austeridade fiscal e redução do aparelho estatal, impostas à sociedade brasileira pelo governo Temer (2016-2018) após o golpe parlamentar de 2016.³⁸

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao realizar uma crítica ao direito comparado enquanto método e ciência, nossa intenção não é desconsiderar os valiosos conhecimentos extraídos da comparação em Direito, mas antes, apresentar-lhes os limites, para que o comparador, ciente de suas condições de inserção, possa realizar um trabalho mais rigoroso.

Nesse sentido, após apresentar a discussão acerca da terminologia adequada, bem como sobre o *status* científico da comparação em direito, se ciência ou método, chegamos a conclusão que esse embate não resolvido é menos importante que garantir os resultados de uma efetiva investigação comparativa, a saber, a melhor compreensão de si a partir da perspectiva do diálogo com o outro. Nesse sentido, sem esgotar a questão, passamos a descrever criticamente os princípios fundamentais à comparação efetiva.

O principal obstáculo a comparação eficaz parece ser os preconceitos e injustiças epistemológicas, que levam os comparatistas a crença na centralidade, normalidade e superioridade da sua própria cultura jurídica – ou superioridade das culturas jurídicas centrais, o que o impede de abandonar pré-conceitos nocivos à sua atividade.

Essa tendência é mais comum nos juristas do centro do sistema capitalista, mas também pode ser encontrada na sua versão siamesa, na concepção do comparatista situado na periferia do sistema acerca da superioridade do direito do outro.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Edgar Carlos. *Direito Internacional Privado*. 4 ed. São Paulo: Forense, 1988.

ARAÚJO, Carlos Alberto Ávila. A ciência como forma de conhecimento. *Ciência e cognição*, v. 8, pp. 127-142, 2006.

³⁷ VAROUFAKIS, Yanis. O minotauro global: a verdadeira origem da crise financeira e o futuro da economia global. Tradução de Marcela Werneck. São Paulo: Autonomia Literária, 2016.

³⁸ CASTRO, Felipe. Genealogia histórica do campo jurídico brasileiro: autoritarismo, liberalismo conservador e reprodução aristocrática. Tese de doutorado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2018.

ALVES, José Augusto Lindgren. É preciso salvar os direitos humanos. *Lua nova*, n. 86, pp. 51-88, 2012. RAMOS, Sérgio Ricardo Vieira; CORREIA, Manuela Valença. Direitos humanos e diversidade cultural: o caso árabe. *Revista Cadernos de Estudos e Pesquisa na Educação Básica*, n. 1, pp. 203-214, 2015.

ARROJO, Rosemary. A que são fiéis tradutores e críticos de tradução? Paulo Vizioli e Nelson Ascher discutem John Donne. In: *Tradução, desconstrução e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago. 1993.

BOURDIEU, Pierre. A força do Direito. In: Pierre Bourdieu. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Bertrand, 1989.

_____. *Meditações pascalianas*. 2. ed. Tradução de Sérgio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand, 2007.

CARNEIRO, Sônia. Interdisciplinariedade: um novo paradigma do conhecimento? *Educar*, n. 10, pp. 99-109, 1995.

CASTRO, Felipe. Genealogia histórica do campo jurídico brasileiro: autoritarismo, liberalismo conservador e reprodução aristocrática. Tese de doutorado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2018.

COUTINHO, Ana Luísa C. Direito comparado e Globalização. In: *Revista Prima Facie*, v. 2, n. 3, pp. 30-41, 2003.

DANTAS, Ivo. *Direito comparado como ciência*. In: *Revista de Informação Legislativa*. v. 34, n. 134, pp. 231-250, 1997.

DUTRA, Deo. O direito constitucional comparado entre renascimento e consolidação. *Sequência*, n. 76, pp. 69-94, 2017.

_____. Situando o traço: uma proposta filosófica para a teoria da comparação em direito. *Revista Direito e Práxis*. v. 9, n. 3, pp. 1221-1248, 2018.

ECO, Umberto. *Intentio lectoris: apontamentos sobre a semiótica da recepção*. In: *Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1990.

FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. Londres: Oxford University Press, 2009.

GROSSI, Paolo. Globalização, Direito, Ciência Jurídica. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009.

KOSZTOLÁNYI, D. *O tradutor cleptomaniaco*. Tradução de Ladislao Szabo. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

KÖTZ, Hein; ZWEIGERT, Konrad. *An introduction to comparative Law*. 3 ed. Tradução de Tony Weir. Londres: Oxford University Press, 1998.

MEDEIROS, Orione Dantas de. Direito Constitucional Comparado: breves aspectos metodológicos. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 188, pp. 313-332, 2010.

MEDINA, José. *The epistemology of resistance: gender and racial oppression, epistemic injustice and resistant imaginations*. Londres: Oxford University Press, 2012.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. In: *Revista da Faculdade de direito da UFMG*, pp. 33-47, 1952.

RAMOS, Sérgio Ricardo Vieira; CORREIA, Manuela Valença. Direitos humanos e diversidade cultural: o caso árabe. *Revista Cadernos de Estudos e Pesquisa na Educação Básica*, n. 1, pp. 203-214, 2015.

REIMANN, Mathias. The end of comparative law as an autonomous subject. In: *Tul. Eur. & Civ. L. F.*, v. 11, pp. 49-72, 1996.

REITZ, John. C. How to do comparative law. In: *American Journal of Comparative Law*, v. 26, pp. 617-636, 1998.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com os legisladores. *Revista de direito da UnB*, v. 1, n. 1, pp. 65-92, 2014.

SOLSONA, Gonçal Mayos. *Aspectos de la nueva globalización*. In: *Revista Prisma Social*, n. 6, pp. 1-34, 2011.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law?: macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 35, n. 181, p. 167-172, 2010.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro. In: *Prisma Jurídico*, v. 5, pp. 59-77, 2006A.

_____. O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, pp. 69-86, 2006B.

TWINING, William. Globalization and Comparative Law. In: *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, v. 6, pp. 217-243, 1999.

VAROUFAKIS, Yanis. O minotauro global: a verdadeira origem da crise financeira e o futuro da economia global. Tradução de Marcela Werneck. São Paulo: Autonomia Literária, 2016.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.



FRANCISCO CAMPOS E O CINISMO CONSTITUCIONAL

FRANCISCO CAMPOS AND THE CONSTITUTIONAL CYNICISM

FRANCISCO ROGÉRIO MADEIRA PINTO*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a recepção, nos meios jurídicos, das ideias propostas por Francisco Campos para legitimar o governo autoritário de Getúlio Vargas. Para a análise das propostas de Campos, utilizou-se o cinismo como uma categoria analítica apta a descortinar o uso estratégico do direito para fins políticos. Argumenta-se que, em um primeiro momento, o jurista utilizou-se de estratégias discursivas baseadas em um discurso mítico, reveladoras de um modo cínico de conceber a legitimação do poder. Defende-se que suas propostas não obtiveram sucesso entre os juristas em razão da aceitação de um discurso legitimado, não na força do mito político, mas em fundamentos cientificistas de cunho histórico e sociológico.

Palavras-chave: Francisco Campos; cinismo; política; Direito.

ABSTRACT

This article aims to analyze the reception, in legal circles, of the ideas proposed by Francisco Campos to legitimize the authoritarian government of Getúlio Vargas. For the analysis of Campos's proposals, cynicism was used as an analytical category capable of revealing the strategic use of law for political purposes. It is argued that, at first, the jurist used discursive strategies based on a mythical discourse revealing a cynical way of conceiving the legitimation of power. It is argued that its proposals were not successful among jurists because of the acceptance of a legitimized discourse based not on the force of political myth but on scientific and sociological foundations of a historical and sociological.

Keywords: Francisco Campos; cynicism; politics; Law.

* Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).
Mestre em Ciência Política pela UnB.
rogeriomadeirapinto@gmail.com

Recebido em 30-11-2018 | Aprovado em 17-12-2018



SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 CONSTITUIÇÃO DE 1937: A “CONSUBSTANCIAÇÃO” DO DISCURSO AUTORITÁRIO;
1.1 Sucesso institucional: fracasso ideológico; 2 CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

■ INTRODUÇÃO

Em seu último curso no *Collège de France*, sob o título “A coragem da verdade – O Governo de Si e dos Outros II”, Foucault discorre sobre o conceito de *parresía* (a fala franca). Seu objetivo era estabelecer um quadro geral em torno do tema da “verdadeira vida, da estilística da existência, da busca de uma existência bela na forma da verdade e da prática do dizer-a-verdade”¹. Por meio dessa busca, encontra, na filosofia cínica, uma das expressões de um modelo de vida em que o “dizer-a-verdade” era exercido com tamanha coragem e ousadia a ponto de se transformar em “intolerável insolência”².

A forma cínica de “dizer-a-verdade”, não apenas como discurso, mas como prática, era inadmissível e levantava a resistência de quem a presenciava ou com ela era contestada. Como uma forma de *parresía*, ela era incômoda e perturbadora em razão de seu excesso. Foi especificamente essa característica do cinismo que chamou a atenção de Foucault³. É esse excesso, juntamente com a repulsa que o cinismo provoca, que destacamos nas propostas político-constitucionais de Francisco Campos. A ele também se ligam outras características cínicas: a impiedade e a instrumentalidade de seu modo de viver.

O cínico é também acusado de ser um ímpio. Ele não crê nos deuses e não pratica os mistérios, pois o cínico, homem da *parresía*, não pode se comprometer a se calar⁴. É o homem incrédulo ou cético em relação às práticas religiosas, entendidas como falsas crenças ou falsas incredulidades⁵.

A instrumentalidade é própria ao modo de viver do cínico. Ela desempenha o papel de condição de “dizer-a-verdade”. O cínico não está ligado a ninguém, nem à família, nem ao

¹ Foucault se refere ao cinismo em sua forma antiga, nos textos do período helenístico e romano de autores como Diógenes Laércio, Dion Crisóstomo, Epicteto, em escritos satíricos ou críticos escritos por Luciano no fim do século II e na polêmica do imperador Juliano com os filósofos cínicos. O que lhe interessa especificamente é a ligação da filosofia cínica entre um modo de viver e um modo de dizer-a-verdade. “O cínico é o homem do cajado, é o homem da mochila, é o homem do manto, é o homem das sandálias ou dos pés descalços, é o homem da barba hirsuta, é o homem sujo. É também o homem errante, o homem que não tem inserção, não tem casa nem família nem lar nem pátria [...], é o homem da mendicância também” (FOUCAULT, Michel. *A coragem de verdade: o governo de si e dos outros II: curso no Collège de France (1983-1984)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 144). Essa imagem física degradada, juntamente com a insolência do homem cínico em dizer-a-verdade sem qualquer amarra, fez com que fosse visto com desprezo – comumente relacionado à imagem de um em cão (*kunikos*) – em razão de suas atitudes e palavras consideradas excessivas.

² *Ibid.*, p. 144.

³ SARDINHA, Diogo. A filosofia e os seus cães: dos cínicos à canalha. *Revista de Filosofia Aurora*, Curitiba, v. 23, n. 32, p. 68-68, jan./jun. 2011.

⁴ FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, p. 147.

⁵ *Ibid.*, p. 151.

lar, nem à pátria. Trata-se de uma vida desvinculada de tudo e de todos, o que lhe confere a liberdade para se manifestar sobre o que considera verdadeiro⁶.

Excesso, incredulidade e instrumentalidade são caracteres do cinismo que serão utilizados por Francisco Campos em seu manejo político do direito. Campos, no entanto, é um cínico moderno. Diferente do cínico da Antiguidade – desvinculado de tudo e de todos –, exercia desvinculações periódicas em suas adaptações às mudanças políticas que o país vivia. De defensor do arranjo liberal na juventude, a antiliberal autoritário nos anos 1930-1940, passando por democrata ao fim do Estado Novo e, finalmente, fazendo um retorno autoritário em 1964, Campos é essa figura sem vínculos ideológicos solidificados, um “jurista adaptável”⁷ aos governos e regimes da ocasião⁸.

Representativo do cinismo moderno, o discurso de Francisco Campos caracterizava-se pela superação das crenças, mais especificamente, por suplantar o discurso ideológico. Diferente da figura existente na filosofia cínica, que enunciava seu discurso fora do poder, Campos se expressava inserido nos círculos de mando, utilizando-se de uma estratégia discursiva com vistas não apenas a justificar a tomada do poder, mas, fundamentalmente, para a sua manutenção. Para isso, foi necessário manejar as ideologias existentes a partir do que Peter Sloterdijk denominou de “razão cínica”, ou seja, por meio de um “estado de consciência que se segue às ideologias ingênuas e ao esclarecimento dessas ideologias”⁹. Trata-se de um “olhar de fora”, que se constitui a partir da superação de qualquer perspectiva ideológica e, por isso mesmo, capaz de manejar determinados movimentos de

⁶ FOUCAULT, Michel. *A coragem de verdade: o governo de si e dos outros II: curso no Collège de France (1983-1984)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 149.

⁷ Aqui nos valem da leitura de Airton Cerqueira Leite Seelaender sobre o caráter adaptável do jurista Francisco Campos. SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite e CASTRO, Alexandre Rodrigues de. Um juriconsulto adaptável – Francisco Campos (1891-1968). In: MOTA, Carlos Guilherme e SALINAS, Natasha Schimitt Caccia (Coords). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255-291; SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. Francisco Campos (1891-1968) – uma releitura. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*. Curitiba: Juruá, 2013a, p. 491-525.

⁸ Mineiro da cidade de Dolores do Indaiá, Francisco Luís da Silva Campos nasceu em 18 de novembro de 1891. Homem de pensamento e ação, exerceu vários cargos políticos ao longo de sua vida. Foi deputado estadual (1919), deputado federal (1924), secretário do interior de Minas (1926), Ministro da Educação e Saúde (1930-1932), Consultor Geral da República (1933), Secretário de Educação do Distrito Federal (1935), Ministro da Justiça (1937) e representante brasileiro na Comissão Jurídica Interamericana (1943-1955). A partir de 1935 consolidou-se como um dos principais ideólogos do Estado Novo assumindo posições antiliberais e defesa explícita da ditadura como o regime mais adequado à sociedade de massas. Foi um dos articuladores do golpe de estado de novembro de 1937, sendo o responsável por redigir a Constituição do novo regime e, como ministro da justiça, organizou a maior parte da renovação legislativa nacional durante o Estado Novo. A partir de 1943 inicia seu distanciamento com o regime que ajudou a implantar, passando a defender no ano de 1944 a redemocratização do país. Na década de 1950, distante dos cargos públicos, exerceu atividade advocatícia, caracterizada pela defesa de posições econômicas liberais. Em 1964 participou da articulação política que derrubou o governo João Goulart. Com a instalação do regime militar, foi responsável pela elaboração dos primeiros instrumentos jurídicos para institucionalização do regime, o Ato Institucional 1 (AI-1) e Ato Institucional 2 (AI-2). Morreu em Belo Horizonte, em 1968. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *A Era Vargas: dos anos 20 a 1945*. Francisco Campos. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/biografias/francisco_campos. Acesso em: 23 nov. 2018.

⁹ SLOTERDIJK, Peter. *Crítica da razão cínica*. Trad. Marco Casanova, Paulo Soethe, Maurício Mendonça Cardozo, Pedro Costa Rego e Ricardo Hiendlmayer. São Paulo: Estação Liberdade, 2012, p. 31.

ideias. O discurso cínico, portanto, não trabalha com a perspectiva iluminista que pretendia trazer à luz da razão a “falsa consciência” e que foi sintetizada na célebre frase de Marx: “Eles não sabem o que fazem, mas o fazem”¹⁰. Modernamente, se instrumentalizou a própria ideologia, na medida em que se inverteu o sentido atribuído por Marx, para estabelecer que “eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas fazem assim mesmo”¹¹.

Superar o racionalismo e trabalhar estrategicamente a ideologia foi o que Francisco Campos estabeleceu em “A política e o nosso tempo”, texto de abertura de sua coletânea *O Estado Nacional* de 1940¹². Apresentado pela primeira vez em 1935, nele o jurista exercitava seu cinismo, ao estabelecer uma “ideologia para si mesmo”, na qual mobilizava de maneira autoirônica normas e dogmas da cultura para manipular suas contradições internas¹³. Nesse texto, Francisco Campos maneja argumentos que não expressavam “sua verdade”, mas que eram articulados como instrumentos adequados àquele momento específico.

Em “A política e o nosso tempo”, a verdade é trabalhada como uma categoria instrumental. Ela não tem qualquer conteúdo, sendo identificada apenas por suas finalidades. Campos se refere ao “valor de verdade para os que acreditam no mito” e no seu “valor de artifício puramente técnico” para aqueles “que sabem que se trata apenas de uma construção do espírito”¹⁴. Refletindo uma influência nietzschiana ainda não suficientemente explorada em sua obra, propõe uma perspectiva estética da política – destituída de conteúdos éticos ou morais –, que se constrói a partir do desenho mítico do líder¹⁵. Nessa construção, defende:

Não tem sentido indagar, a propósito de um mito, do seu valor de verdade. O seu valor é de ação. O seu valor prático, porém, depende, de certa maneira, da crença no seu valor teórico, pois um mito que se sabe não ser verdadeiro deixa de ser um mito para ser mentira. Na medida, pois, em que o mito tem um valor de verdade, é que ele possui um valor de ação, ou um valor pragmático¹⁶.

¹⁰ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Vol. 1, São Paulo: Nova Cultural, 1978, p. 72.

¹¹ ZIZEK, Slavoj. Como Marx inventou o sintoma? In. *Um mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 312-313, 1996.

¹² O texto foi escrito antes da instalação do Estado Novo (1937-1945) e apresentado na forma de conferência no salão da Escola de Belas-Artes em 28 de setembro de 1935.

¹³ SLOTERDIJK, Peter. *Crítica da razão cínica*. Trad. Marco Casanova, Paulo Soethe, Maurício Mendonça Cardozo, Pedro Costa Rego e Ricardo Hiendlmayer. São Paulo: Estação Liberdade, 2012, p. 513.

¹⁴ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 16-17.

¹⁵ Influência esta que ficou obliterada na literatura sobre o jurista em razão das aproximações mais perceptíveis com o pensamento de Carl Schmitt. Para a influência de Schmitt em Campos cf. SANTOS, Rogério Dutra. Francisco Campos e os fundamentos do Constitucionalismo antiliberal do Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007. Reconhecendo a influência do jurista alemão, entendemos que Francisco Campos se apropria das reflexões de Schmitt até certo ponto. Ele se utiliza da crítica de Schmitt ao processo de despolitização do mundo moderno por meio da estética romântico-liberal para instrumentalizar o argumento a seu favor e utilizá-lo como forma de legitimação de seu projeto autoritário. Campos inverte o caminho proposto por Schmitt. No lugar da esteticização gerar uma despolitização incapaz de lidar com os conflitos gerados pela realidade política concreta, será ela a responsável por agregar as massas em torno de um projeto de construção da decisão soberana. E isso se faz pelo mito.

¹⁶ CAMPOS, Francisco, *op. cit.*, p. 16.

Sua proposta gerou incômodos, traduzido em silêncios e, logo, em reação. É este percurso que pretendemos apresentar neste artigo. Visamos demonstrar como as propostas ideologizantes de Campos não obtiveram o mesmo sucesso que sua ação legisladora. Defendemos que esta última foi o resultado de uma pedagogia formulada pelo discurso autoritário que se foi construindo desde o surgimento da República e que encontrou, em 1937, sua efetivação. Ela não seria o resultado de uma estratégia ideológica articulada a partir das premissas de “A política e o nosso tempo”, mas consequência de um percurso histórico de adaptação das ideias autoritárias para o mundo jurídico. Desse modo, pode-se destacar a existência de duas propostas legitimadoras para o regime instalado a partir de 1937: a mítico-ideologizante, encabeçada por Francisco Campos, e a histórico-sociológica, que encontraria na figura de Oliveira Vianna um de seus principais representantes. Nesse embate, a perspectiva de Vianna, construída a partir da ideia de que deveríamos construir nossa institucionalidade a partir de nossa realidade histórica e social, para, assim, realizar um constitucionalismo orgânico, saiu vencedora¹⁷.

Apontamos que o próprio Campos adota essa última perspectiva em suas primeiras justificações após a outorga da Constituição em 1937, reconhecendo, implicitamente, que seu projeto de legitimar o novo texto a partir de bases mítico-políticas não encontrou guarida entre os juristas simpáticos ao novo regime. Apontamos que a razão de seu insucesso se deveu ao uso de uma categoria cínica, o *excesso*, expresso em suas propostas tanto justificadoras como institucionais para o Estado Novo, as quais encontraram resistência na audiência especializada do período. Nessas justificações, trataremos da categoria do *excesso* a partir dos demais textos de *O Estado Nacional*, tendo também como base os discursos que o circundavam ou que lhe faziam referências. Para a análise do discurso de Francisco Campos, utilizamos algumas das propostas metodológicas do contextualismo histórico da escola de Cambridge, especialmente na relação que ela estabelece entre a enunciação de determinada fala e seu contexto¹⁸.

O período de análise contextual abrange os anos de 1938 até 1943, ano em que Francisco Campos deixa suas funções como Ministro da Justiça e se retira do projeto estadonovista. Esse intervalo de tempo foi escolhido porque representa o ápice de sua participação no governo autoritário¹⁹ iniciado em 1930, assim como marca o seu refluxo. Além dos textos

¹⁷ Em razão das limitações de espaço, mas, fundamentalmente, por uma questão de delimitação temática, não nos deteremos de forma detalhada sobre o pensamento de Oliveira Vianna. Destacamos apenas o conceito de idealismo orgânico como proposta vencedora à perspectiva mítico-política de Campos.

¹⁸ De acordo com John G. A. Pocock (POCOCK, Jonh G. A.. *Linguagens do ideário político*. São Paulo: EdUSP, 2003, p. 64), para dar ao pensamento uma história é preciso apresentar “uma atividade ou uma continuidade de ação” por ações e performances, ou seja, por coisas que estão sendo feitas e por coisas que estão acontecendo na forma de discursos, bem como analisar as condições desses atos de fala e performances. Com isso ele quer reforçar que determinado discurso não se constrói de forma isolada. Ele está baseado a partir de uma determinada comunidade discursiva para a qual os atos de fala são enunciados e estão em constante processo de interação, absorção e reação. Desse modo, Pocock propõe um campo de estudos constituídos por “atos de discursos”, sejam eles emitidos de forma oral, manuscritos ou impressos e também pelas “condições ou contextos” em que esses atos foram emitidos (POCOCK, Jonh G. A.. *Linguagens do ideário político*. São Paulo: EdUSP, 2003, p. 64). Em nossa proposta buscamos articular essas duas condições: o ato de fala enquanto performance – as propostas discursivas de Francisco Campos para atuar no meio político – e sua interação com o seu contexto discursivo, no caso específico, sua recepção entre alguns dos principais juristas do período.

¹⁹ Francisco Campos faz parte de um representativo rol de pensadores nacionalistas autoritários, formado por Oliveira Vianna e Azevedo Amaral. De acordo com Boris Fausto, o autoritarismo é um espectro político da

do próprio Campos escritos no período, para reconstituir o seu contexto discursivo, ou seja, a audiência que recepcionava e também reagia a seu discurso, foram selecionados escritos de juristas que se manifestaram a respeito da principal obra de Campos do período, o texto constitucional de 1937. Os textos foram retirados das páginas da *Revista Forense*, dentre as edições de número 73 (1938) a 96 (1943). A *Revista Forense* foi escolhida por ser considerada, entre as publicações jurídicas do período, a mais identificada com o projeto do Estado Novo²⁰. Alguns dos mais prestigiados juristas da época, como Cunha Barreto, Clóvis Beviláqua, C. A. Lúcio Bittencourt, Luís Machado Guimarães, Vítor Nunes Leal, Saboia Lima, Pedro Batista Martins, Carlos Medeiros Silva, Pontes de Miranda, Castro Nunes e Oliveira Vianna, contribuíram para a revista e é com base em seus artigos, como também de intelectuais como Tristão de Ataíde, que iremos proceder a recepção ao discurso de Francisco Campos durante o Estado Novo.

1 CONSTITUIÇÃO DE 1937: A “CONSUBSTANCIAÇÃO” DO DISCURSO AUTORITÁRIO

Em sua primeira manifestação doutrinária a respeito do golpe de Estado de 1937, publicada poucos meses após a outorga da Constituição de 10 de novembro, Francisco Campos, de forma insolente, declara: “a nova Constituição é profundamente democrática”²¹. Insolente em razão do evidente caráter autoritário do regime, do uso da força para impor a nova vontade constitucional, mas, fundamentalmente, pelo caráter justificador que desconectava palavras e ações. Na manifestação de Campos, democracia se transforma num adjetivo para qualificar o marco legislativo de um golpe de Estado. A afirmação, hoje, nos soa incômoda e perturbadora. Seria ela também para os seus contemporâneos? Ela perturbava naquele momento por sua atitude cínica?

Uma pista para essa indagação pode ser encontrada no próprio contexto discursivo, ou seja, nos textos produzidos por Campos, como também nos discursos produzidos por outros autores que lhe faziam menção direta ou indireta. O primeiro deles é a entrevista concedida por Campos à imprensa, em janeiro de 1938, e publicada sob o título “Problemas do Brasil e soluções do regime”. Nela, o 10 de Novembro de 1937, como expressão do excesso, se apresenta na pergunta feita por meio de imprensa e endereçada ao então

direita, estabelecido no país nas primeiras décadas do século XX com alguns princípios característicos: “a defesa de uma ordem autoritária, a repulsa ao individualismo em todos os campos da vida social e política, o apego às tradições, o papel relevante do Estado na organização da sociedade”. FAUSTO, Boris. *O pensamento nacionalista autoritário: (1920-1940)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 15.

Cf. SILVEIRA, Mariana de Moraes. *Revistas em tempos de reformas: pensamento jurídico, legislação e política nas páginas dos periódicos de direito (1936-1943)*. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal de Minas Gerais- UFMG. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, 2013, p. 88.

²¹ Trata-se do texto “Diretrizes Constitucionais do novo Estado Brasileiro”, dividido em duas partes, e que abria a seção mais nobre da *Revista Forense* denominada “Doutrina” no vol.73, n. 415-417, p. 9-22, jan/mar, 1938. O primeiro texto consiste em entrevista concedida à imprensa em novembro de 1937, portanto logo após o golpe de Estado. Este mesmo texto foi publicado sob o título “Diretrizes do Estado Nacional” na obra *O Estado Nacional*, de 1940. O segundo texto, também presente na coletânea surgiu como entrevista ao *Jornal do Comércio*, em 16 de janeiro de 1938. Seguimos aqui tanto a edição da revista de 1938, com a da coletânea reeditada em 2001 pelo Senado Federal. (CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 56).

Ministro da Justiça: -“o golpe de 10 de Novembro, que, segundo disse V. Ex^ª, realizou efetivamente a Revolução de [19]30, não teve sentido de direita exagerado, em face dos princípios não repudiados, antes preconizados por aquela revolução?”. Nota-se que o entrevistador adjetiva 1937 como golpe, mas, essencialmente, ressalta os exageros dos desvios à direita do movimento. Francisco Campos não se refere aos possíveis exageros de sua obra. Sua resposta se concentra na construção de uma narrativa que estabelecesse os vínculos entre 1937 e a realidade nacional²². Em *O Estado Nacional*, apresenta sua compreensão do texto constitucional como a realização de uma “necessidade [que] se impôs com a força inapelável de um imperativo de salvação nacional”²³.

Nesse esforço de legitimação da Constituição de 1937, a palavra que surgia como capaz de oferecer um sentido explicativo que abarcasse todo o caminho de ideias surgidas desde o nascimento da República, e que se concretizaram naquele texto, era o de “consustanciação”: “A Constituição de 1937 não foi uma criação cerebrina, nem uma imitação, nem uma experiência, mas, sim, a consustanciação de princípios inseparáveis da formação brasileira, o instrumento adequado para a efetivação do nosso desejo de unidade e de poder”²⁴. A Constituição não seria apenas uma vontade do espírito, mas uma forma de unidade, uma “obra da experiência, de meditação e de entendimento com a realidade do Brasil, inspirada num longo passado, de tentativas frustradas, em que se procura transplantar para o País instituições adequadas à sua vocação [...]”²⁵.

Por certo, as condições mentais para o golpe já estavam lançadas nas primeiras décadas da República, por meio de uma narrativa antiliberal que nasceu quase que concomitante à Constituição de 1891²⁶, porém que se fortaleceu sobremaneira a partir da década de 1920, com destaque para Oliveira Vianna²⁷. Em 1937, teria se efetivado a identidade orgânica entre Constituição e realidade nacional defendida por Vianna desde a segunda edição de *O idealismo da Constituição*, em 1927. Com raízes intelectuais que remontam ao Visconde de Uruguai, mas que encontrou sua fundamentação teórica mais sólida na obra de Oliveira Vianna²⁸, o idealismo orgânico propunha um modelo institucional

²² Por “realidade nacional” nos referimos ao diagnóstico histórico, social e político produzido pelos que se convencionou chamar de “intérpretes do país” durante as primeiras décadas do século XX e que tinham como objetivo interpretar o Brasil, conhecer seus problemas e apontar soluções. Obras como “O Estado Nacional” (Francisco Campos), “Populações Meridionais do Brasil” (Oliveira Vianna), “A Organização Nacional” (Alberto Torres), entre várias outras, buscaram estabelecer, baseadas em estudos das ciências sociais do período, não só uma análise das questões nacionais, mas, fundamentalmente, prescrever um projeto de Nação.

²³ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 72.

²⁴ *Ibid.*, p. 136.

²⁵ *Ibid.*, p. 200.

²⁶ Nesse sentido, as propostas do Castilhismo. Cf. RODRIGUEZ, Vélez. *Castilhismo: uma filosofia da república*. Brasília: Senado Federal, 2000.

²⁷ Cf. a análise de Werneck Vianna sobre o “iberismo” de Oliveira Vianna e sua negação, considerada instrumental, da liberdade liberal (MIRANDA, Daniel Estevão Ramos de. Do direito do trabalho à judicialização das relações sociais: notas sobre Werneck Vianna. *REJUR- Revista Jurídica da UFERSA*, v. . 1, n. 1, p. 72-88, jan./jul. 2017).

²⁸ Nas palavras de Oliveira Vianna, o idealismo orgânico nasceria da própria evolução orgânica da sociedade, de sua experiência, e não na pura abstração de ideias construídas em realidades distantes da nossa (VIANNA, Oliveira. *O idealismo da Constituição*. 2ª ed. São Paulo. Rio de Janeiro. Recife. Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939, p. 11-13). Seu antípoda era o idealismo utópico de nossas juristas, especialmente àqueles responsáveis por importar o modelo liberal adotado pela Constituição de 1891. De acordo com Vianna, o “idealismo utópico é, pois, para nós, todo e qualquer sistema doutrinário, todo e qualquer conjunto de

de base conservadora para o país. Partia-se da premissa de que não seria possível construir um Estado liberal (e democrático) em uma sociedade que não tinha qualquer traço histórico dessa prática. Reconhecia-se que a sociedade brasileira seria atomizada e inorgânica, marcada por sua fragmentação, desprovida, portanto, de formas institucionais que promovessem sua integração. Para resolver essa questão, propunha-se um modelo baseado em um Estado forte e centralizador que gerasse organicidade e solidariedade interna²⁹.

Nessa esteira, tem-se a afirmação de Campos de que “a consciência nacional já está formada e orientada quanto às vantagens do atual regime. Prova-o a aceitação imediata, sem restrições, de todo o país”³⁰. Um ponto incômodo a ser enfrentado era como distanciar o novo regime de uma forma despótica de governo. Para isso, foi necessário construir um novo sentido para o conceito de democracia. Vê-se, novamente, o cinismo de Campos, que afirma que, na carta de 1937, “o sentido democrático, sempre dominante em nossa história, não foi simplesmente preservado, mas encontrou agora a sua expressão mais perfeita”³¹. Ele fala de outra forma democrática, diferente da liberal, a qual teria gerado apenas “democracias deformadas”³². Trata-se da “democracia substantiva”, que representaria, efetivamente, os “valores da vida nacional, valores materiais e morais” que, até então, não tinham espaço nas constituições nacionais³³.

O texto de 10 de novembro seria a consolidação desse projeto e nele constaria a previsão dos instrumentos para a concretização de “nossos costumes, [das] particularidades de nossos meios, [das] nossas tradições e [da] nossa experiência política”³⁴. O Estado inaugurado com o texto constitucional de 1937 seria o mais adequado à nossa realidade e, caso falhasse, o problema não estaria no regime em si, “mas nos homens incumbidos de operá-lo”³⁵. O longo processo de maturação das ideias que defendia a centralidade do Estado frente ao individualismo liberal, à fragmentação e à inorganicidade nacional teria, finalmente, se concretizado.

1.1 Sucesso institucional, fracasso ideológico

Ao se analisar o contexto discursivo quando da outorga da Constituição de 1937, pode-se observar a recepção positiva do arcabouço institucional montado por Campos. A condensação dos princípios antiliberais na forma de texto jurídico foi louvada pela audiência ligada ao mundo jurídico. Temas como princípio da autoridade e sua estreita relação com a finalidade de estabelecer a unidade da Nação foram destacados como necessidades históricas enfim realizadas. No entanto, a fundamentação ideológica do regime pela “ótica

aspirações políticas em íntimo desacordo com as condições reais e orgânicas da sociedade que pretende reger e dirigir” (VIANNA, Oliveira. *O idealismo da Constituição*. 2ª ed. São Paulo. Rio de Janeiro. Recife. Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939, p. 10).

²⁹ BRANDÃO, Gildo. Marçal. *Linhagens do pensamento político brasileiro*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores; HUCITEC, 2007, p. 46.

³⁰ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 74.

³¹ *Ibid.*, p. 75.

³² *Loc. cit.*

³³ *Ibid.*, p. 80; SANTOS, Rogério Dutra. Francisco Campos e os fundamentos do Constitucionalismo antiliberal do Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 311-312, 2007.

³⁴ CAMPOS, Francisco, *op. cit.*, p. 80.

³⁵ *Loc. cit.*

da irracionalidade”³⁶, que buscava estabelecer um novo paradigma sobre o fenômeno autoritário, baseado na criação de mitos como forma de domínio político sobre a massa, não obteve significativa acolhida.

No texto “A política e o nosso tempo”, publicado em 1935, Francisco Campos estabelece a imagem de um mundo em crise, no qual a tradição não mais seria uma referência para lidar com as novas questões que surgiam. Campos fala de uma “situação problemática”, não havendo problemas suscetíveis de soluções definidas³⁷. A ideia de crise é articulada para destacar “o aspecto trágico das épocas de transição”³⁸ e objetivava destacar a existência de um momento em que era necessário realizar uma escolha; estaríamos presenciando uma situação tal qual a vivenciada nas tragédias, em que a ação se desenvolve às cegas para o agente. No entanto, há o outro lado da tragédia – o dos deuses que, de antemão, traçam o destino do herói. Campos se colocava nesse papel. Seu diagnóstico não parava na constatação de que vivíamos um período de desorientação; o autor foi além, colocando-se como o responsável por reorientar os rumos, definir direções.

Nesse mundo desorientado em que o irracional se instalava no centro da vida, o papel do mito seria responsável por construir um valor de verdade: “na medida, pois, em que o mito tem um valor de verdade, é que ele possui um valor de ação, ou um valor pragmático”³⁹. Nesse ponto, Campos retoma o argumento cínico que respondia à constatação do vazio existencial por meio de uma relação instrumental com o mundo. O instrumento, nesse caso, se dava por meio da construção de uma teologia política que buscava estabelecer, na personalidade do líder, a figura mítica responsável por integrar e reorientar o país:

O mito é o meio pelo qual se procura disciplinar e utilizar essas forças desencadeadas, construindo para elas um mundo simbólico, adequado às suas tendências e desejos. O mito sobre que se funda o processo de integração política terá tanto mais força quanto mais nele predominarem os valores irracionais. [...]. As massas encontram no mito da personalidade, que é constituído por elementos de sua experiência imediata, um poder de expressão simbólica maior do que nos mitos em cuja composição entram elementos abstratos ou obtidos mediante um processo mais ou menos intelectual de inferências e ilações⁴⁰.

Campos apresenta-se como um demiurgo e, fundamentalmente, como aquele que tinha a consciência de que estava aplicando uma técnica e acreditava nela apenas enquanto instrumento de dominação. Quando direcionado para ele, o mito não tem “valor de verdade”: este é apenas para os que acreditam nele. Para o ímpio Campos, o mito teria apenas “valor de artifício”, ou seja, um caráter “puramente técnico para os que sabem que se trata apenas de uma construção do espírito”⁴¹.

³⁶ BUENO, Roberto. A evolução autoritária brasileira pela via da crítica antiparlamentar em Francisco Campos e Oliveira Vianna. *Revista Filosófica de Coimbra*, n. 50, p. 433, 2016.

³⁷ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 12.

³⁸ *Ibid.*, p. 14.

³⁹ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 22-23.

⁴¹ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 16-17.

Em sua análise sobre o que denomina de “sofística moderna”, Campos fala de si mesmo, ao defender o uso do mito, do anti-intelectualismo e do primado do irracional como forma de obter integração política⁴². Esses pressupostos forneciam uma “técnica de golpe de Estado”⁴³, exatamente o que se faria a partir da Intentona de 1935, com a construção da mitologia anticomunista. Campos antecipa toda a estratégia do golpe que viria em 1937: o uso da propaganda, de “instrumentos de sugestão”, “de propagação e de contágio de emoções”, todos pautados na construção de mitos⁴⁴.

Diante dessas propostas, “A política e no nosso tempo” é mais um texto de estratégia de domínio político do que de uma reflexão sobre o papel do direito nesse arranjo. O lugar do direito se estabelece *a posteriori*, após a tomada do Estado por meio dessas estratégias irracionais.

Como os juristas reagiram a esse discurso político-teológico que preconiza o domínio político pelo uso do elemento irracional? Ao se analisar os textos que circundavam o discurso legitimador da Constituição de 1937, encontram-se poucas e esparsas referências a essa proposta mistificadora de Francisco Campos. Em 1938, no volume 73 da *Revista Forense* – escolhida pelo jurista para legitimar a Constituição de 1937 para o meio jurídico –, o texto que abre a edição na seção nobre da revista, “Doutrina”, é o “Diretrizes constitucionais do novo estado brasileiro”, dividido em duas partes e que toma grande parte do espaço dessa edição. Os textos dos demais autores da edição possibilita observar como foi recepcionada a novidade constitucional. Como se tratava de uma edição dedicada à análise da nova constituição e por se revelar uma revista simpática às propostas do novo regime⁴⁵, pode-se identificar, em suas páginas, quais os pontos do discurso de Campos que receberam maior destaque entre os juristas.

Evidencia-se, nesse primeiro momento, a discussão sobre a natureza do regime. Seu apregoado caráter democrático surgia em autores como C. A. Lúcio Bittencourt⁴⁶, em que se nota a justificação em razão de o texto prever mecanismos de consulta popular – nunca utilizados pelo governo. No mesmo sentido, Saboia Lima afirmava que a feição democrática do Estado Novo se fazia porque tratava a todos igualmente, especialmente na área de educação, já que ofereceria aos brasileiros “as mesmas oportunidades e a todos assegura instrução adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais”⁴⁷.

Por outro lado, também se reconhecia sua faceta autoritária, vezes conciliada, vezes não com a democracia. Para Agamenon Magalhães, seria “uma democracia autoritária corporativa”. Por sua vez, o jurista italiano Tancredi Gatti destacava apenas seu caráter autoritário e corporativista:

⁴² *Ibid.*, p. 15.

⁴³ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 19-20

⁴⁵ Em sua análise comparativa da *Revista Forense* e da *Revista dos Tribunais*, Mariana de Moraes Silveira (2013) aponta que “A *Forense* esteve consideravelmente mais próxima do governo e de certas teorias autoritárias, enquanto a *Revista dos Tribunais*, mesmo que não sem ambiguidades e concessões, foi reticente ou mesmo crítica, expressando seus laços com um projeto de fortalecimento regional de São Paulo – estado que, como se sabe, manteve relações complicadas com o governo Vargas”.

⁴⁶ BITTENCOURT, C.A. Lúcio. Alguns aspectos da Carta Constitucional. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 40, jan./mar. 1938.

⁴⁷ LIMA, A. Saboia. A proteção dos fracos em face da Constituição. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 292, jan./mar. 1938.

A nova Constituição VARGAS se enquadra, portanto, sob esse aspecto, nos primeiríssimos postos entre as Constituições do pós-guerra, inspiradas em uma concepção política do Estado autoritário e totalitário (seja a forma de governo monárquico ou republicana) e em uma concepção econômico-social corporativa, em antítese às numerosas instituições de caráter social-democrático, surgidas imediatamente ao pós-guerra e que tiveram por modelo a Constituição tedesca de Weimer, de 1919⁴⁸.

De forma geral, vê-se refletida nos textos dos juristas a receptividade para o caráter material da constituição de 1937, naquilo que ela espelhava a “realidade nacional”, já que enunciava, na forma de texto jurídico, nossa “tradição” sócio-histórica. Por ser expressão de uma propalada singularidade, foi absorvida a afirmação de Francisco Campos de que se tratava de uma constituição original⁴⁹. Diferente da imagem ulterior, qual seja, de ser uma cópia da Constituição de Abril da Polônia (1935), fato que a tornou conhecida como “A Polaca” por seus detratores, os discursos destacam o caráter original da Constituição de 1937⁵⁰. Ela representaria *o novo*, destacando-se que “não é um mero plágio”, mas que seria uma obra adaptada à “realidade brasileira”⁵¹.

Nessa direção, Pontes de Miranda elogiava a “originalidade técnica”, afirmando que “é digna de encômios a técnica do legislador constituinte de 1937”⁵². Por sua vez, o desembargador Cunha Barreto afirmava que “não houve, assim na feitura da nossa Constituição, [...], o espírito de imitação, mas, um imperativo imanente dentro da vida universal, a governar os destinos dos povos, pela interdependência de fatores novos”⁵³. Cunha Barreto serviu-se, ainda, de argumentos mesológicos ao estabelecer a influência do meio para a conformação cultural e moral de um povo:

A Constituição vigente, segundo afirmou o preclaro Presidente VARGAS, não é fascista, nazista – é brasileira, no sentido de anteder à realidade nacional, nos seus anseios, nas suas tendências progressistas, das nossas condições geográficas, da nossa cultura, ao estabelecer as relações do Estado com as forças infraestruturais, em disciplinar as energias vivas da Nação, com os caracteres regionais, embora contenha fórmulas já instituídas em outras estruturas estatais da velha Europa⁵⁴.

⁴⁸ GATTI, Tancredi. A nova constituição brasileira. *Revista Forense*, v. 77, n. 427-429, p. 198, jan./mar. 1939.

⁴⁹ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 136.

⁵⁰ Pontes de Miranda aponta que o artigo 12 da Constituição de 1937, que tratava da delegação legislativa, foi inspirado no art. 55, I, da Constituição polonesa de 1935. (MIRANDA, Pontes. As delegações legislativas ao Presidente da República na Constituição de 10 de Novembro de 1937. *Revista Forense*, v. 74, n. 418-420, p. 5-13, abr./jun. 1938a).

⁵¹ BITTENCOURT, C.A. Lúcio. Alguns aspectos da Carta Constitucional. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 40, jan./mar. 1938, p. 40.

⁵² MIRANDA, Pontes, *op. cit.*

⁵³ BARRETO, Cunha Barreto. Aspectos da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 286, jan./mar. 1938.

⁵⁴ *Loc. cit.*

Como construto representativo de nossa sociologia, Castro Nunes apontava, em artigo de pretensões históricas sobre o Poder Executivo na política brasileira, que a adoção do princípio da autoridade no texto de 1937 seria resultado de nossa tradição autoritária. O autor afirmava que “a profundidade histórica do fenômeno está indicando que o presidencialismo, com a feição autoritária que só agora lhe demos, é uma constante de nossa evolução constitucional”⁵⁵. O mesmo Castro Nunes, em artigo posterior, também afirmava – quase com os mesmos argumentos de Cunha Barreto – que “o Estado Novo é, no fundo e na forma, autóctone”⁵⁶, ressaltando as diferenças do regime de 1937 de seus congêneres europeus:

Tudo isso indica que o regime não se repete, não se imita, não se transplanta, não é o nazismo nem o fascismo, com os quais não é preciso estar, sobretudo no imperialismo da sua política exterior, para aplaudir a nova ordem política estabelecida em nosso país⁵⁷.

A visão sociológica também foi destacada por Pontes de Miranda em seu texto “Visão Sociológica da Constituição de 1937”. Para ele, a nova constituição seria a realização de um fim político, como uma tendência à realização do “Estado Integral”, e que sua “visão sociológica” fez com fosse “outorgada sem resistências e como aplausos gerais”⁵⁸.

Esse sentido sociológico teria concretizado – agora numa forma jurídica propiciada pela Constituição – a ideia de unidade tão reivindicada nas décadas anteriores e que, naquele momento, ganhava a forma de um poder centralizado fundamentado no Princípio da Autoridade. Lúcio Bittencourt enaltecia a centralização do poder e a unificação da justiça⁵⁹; Oliveira Vianna elogiava o legislador de 1937 por ter transferido o princípio da unidade para a organização dos sindicatos⁶⁰ e Luiz Machado Guimarães apontava a influência do princípio autoritário na reforma da legislação processual do período em seu “Processo autoritário e regime liberal”, destacando que se verificava o aumento de dispositivos de caráter inquisitório, que aumentavam significativamente os poderes do juiz⁶¹.

Inserido nesse debate, Carlos Medeiros Silva defendia a adoção, para o direito, do princípio da autoridade dentro do processo⁶². Por meio dessa concepção, se estabelecia a

⁵⁵ NUNES, Castro. O poder executivo na evolução política do Brasil. *Revista Forense*, v. 74, n. 418-420, p. 19, abr./jun. 1938.

⁵⁶ NUNES, Castro. Característica do Estado Novo na sua adequação brasileira. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 564, out./dez. 1940

⁵⁷ *Loc. cit.*

⁵⁸ MIRANDA, Pontes. Visão sociológica da Constituição de 1937. *Revista Forense*, v. 74, n. 418-420, p. 418, abr./jun. 1938c.

⁵⁹ BITTENCOURT, C.A. Lúcio. Alguns aspectos da Carta Constitucional. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 40, jan./mar. 1938, p. 32.

⁶⁰ VIANNA, Oliveira. Constituição e unidade sindical. *Revista Forense*, v. 79, n. 433-435, p. 234, jul./set. 1939a.

⁶¹ No texto “Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil”, contido em *O Estado Nacional*, Francisco Campos aponta que a reforma processual teve como objetivo superar a concepção dualista do processo pela “concepção autoritária do processo” (CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 163).

⁶² MEDEIROS SILVA, Carlos. Notas à margem da reforma processual. *Revista Forense*, v. 82, n. 442-444, p. 23, abr./jun. 1940.

transposição da figura do Chefe do Executivo na pessoa do juiz. Nessa concepção, como o Presidente é o responsável por dirigir a Nação, “o juiz é o órgão do Estado, na função ativa de dirigente do processo”⁶³. Para Medeiros Silva, “o novo sistema traz consigo vantagens de ordem política, como a restauração do princípio da autoridade, dentro do processo, que não mais serve a interesses privados e sim ao interesse público”⁶⁴. Para o jurista, a adoção do princípio da autoridade seria uma questão de necessidade para o estabelecimento da segurança e da estabilidade da ordem jurídica: “esta necessidade que o Estado liberal-individualista não sentia, é um imperativo para o Estado moderno, que sobrepõe o interesse público ao interesse privado”⁶⁵.

Para se estabelecer essa nova ordem e todas as mudanças por ela proporcionadas, reativavam-se o discurso antiparlamentar e a crítica aos partidos políticos. O golpe de 1937 passava a ser justificado como uma necessidade para as reformas pelas quais passava o país de ordem jurídica, econômica ou social. Para o desembargador Cunha Barreto:

Não teria sido possível realizar essa obra integrativa por processos normais. Seria exigir dos interesses partidários intransigentes, sacrifícios que superam o meio ambiente. Veio daí o golpe de Estado, com o qual talvez não se conformem os partidos políticos. Os atos políticos dos sistemas multipartidários, verdadeiramente transacionais, não permitiriam a reforma radical, que afetava, no seu cerne, o prestígio das faculdades legislativas, as maiores forças dos partidos políticos e os maiores fatores dos erros administrativos⁶⁶.

Predominava, assim, uma deferência ao caráter sociológico da Constituição. Desse modo, na configuração hipotética de uma disputa entre dois projetos ideológicos acerca dos fundamentos do Estado Novo, a perspectiva histórico-social de Oliveira Vianna seria vencedora em relação à proposta teológico-política de Francisco Campos. Mesmo um jurista defensor das premissas do Estado Novo, como Cunha Barreto, se apoiava em argumentos similares ao de Oliveira Vianna, ao conclamar para o estudo crítico-científico das nossas condições sociais e políticas como substrato material para as reformas representadas pela Constituição: “só assim poderemos criar um Estado brasileiro, estruturado na economia própria, *sem deturpações nem mistificações doutrinárias*, dentro da nossa cultura, do nosso meio geográfico, da nossa realidade”⁶⁷.

Entre os juristas mais alinhados ao regime, o único que indicou alguma recepção à proposta mistificadora de Campos foi Castro Nunes. Em seu texto “Característica do Estado Novo na sua adequação brasileira”, de 1940, ele se apresentava como um entusiasta ao projeto do Estado Novo, afirmando que já se encontrava “no rumo de suas diretrizes” e “em

⁶³ *Loc. cit.* Quase com as mesmas palavras, Francisco Campos expressa esse princípio: “O juiz é o Estado administrando a justiça: não é um registro passivo e mecânico de fatos em relação aos quais não o anime nenhum dos interesses de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se representa e personifica” (CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 167, grifos nossos).

⁶⁴ MEDEIROS SILVA, Carlos, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁵ *Loc. cit.*

⁶⁶ BARRETO, Cunha Barreto. Aspectos da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 286, jan./mar. 1938, p. 286-287.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 290.

condições de aplaudir o regime sem violentar convicções”⁶⁸. Em nota, logo no início de seu texto, antecipava que iria trabalhar com a proposta ideológica de Francisco Campos e que iria refletir em sua exposição vários pontos a impressão que lhe ficara “da leitura de seus notáveis trabalhos”⁶⁹. Para Castro Nunes:

[o] que se convencionou chamar Estado Novo não é um esquema, um modelo ou paradigma, senão uma concepção do Estado, a um tempo pragmática e espiritualista. O que existe sob aquele rótulo é portanto pouco mais que uma mística, a condensação de um estado geral de espírito que em alguns Estados da Europa e, de um modo geral, em todos os países despreparados para a prática das instituições liberais de governo, se veio formando de crise em crise, de desengano em desengano, até constituir-se em aspiração coletiva, vaga e indefinida, mas suficiente para deixar ver claramente a convicção da impraticabilidade de um regime desarticulado com a vida na concepção nova de nossos dias⁷⁰.

Em sua leitura do Estado Novo, Nunes buscava articular a proposta “espiritualista” de Francisco Campo com os elementos “pragmáticos” representados pelo momento histórico pelo qual passava o mundo, especialmente na Europa. No entanto, ressaltava tratar-se de uma “mística nacional”, responsável por moldar uma nova forma de Estado. Refletindo as lições de Francisco Campos, defendia que o regime seria uma “mística aplicada” em que se articulavam, com originalidade, elementos ideológicos com arquitetura institucional⁷¹. Exemplificativo das inovações trazidas pelo regime, Nunes traz o artigo 1º da Constituição, que declarava que “o poder é exercido *em nome* do povo” e, mais adiante, afirmava que o governo era *representativo*. Desse modo, Castro Nunes louvava o novo sistema democrático estabelecido pela Constituição. Para Nunes, poder-se-ia estabelecer a “representação fora dos partidos” e “despojar-se de ideias preconcebidas acerca da democracia, que está mais no *conteúdo* do que na forma das organizações”⁷². Construía-se, assim, a partir de 1937, o que ele denominava de “democracia representativa anti-partidária”⁷³.

Outro elemento destacado pelo jurista era o caráter autoritário do regime: “é essa a principal característica política do regime”. Tratava-se da adoção do “princípio da autoridade”, em contraposição aos regimes liberais, “indefesos contra a demagogia”⁷⁴, que os levava para constantes crises. A adoção desse princípio se justificava como solução para a “crise de autoridade” de ordem geral existente tanto na vida privada quanto na pública⁷⁵. Esse princípio se concretizava sob o “primado do Executivo”, o qual, afirmava Nunes, era exercido pela Presidência; isso não queria dizer, contudo, que fossem expressões sinônimas.

⁶⁸ NUNES, Castro. Característica do Estado Novo na sua adequação brasileira. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 563, out./dez. 1940.

⁶⁹ *Loc. cit.*

⁷⁰ *Loc. cit.*

⁷¹ NUNES, Castro, *op. cit.*, 1940, p. 564.

⁷² *Ibid.*, p. 566.

⁷³ *Loc. cit.*

⁷⁴ NUNES, Castro. Característica do Estado Novo na sua adequação brasileira. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 566, out./dez. 1940.

⁷⁵ *Loc. cit.*

O “primado do Executivo” teria conteúdo e meios de ação muito mais amplos. Para Castro Nunes:

[c]orresponde ele ao conceito de *unidade política* do Estado, noção que se ajusta à unidade econômica e moral da Nação. A *coordenação*, função da Presidência, a um tempo *impulso* e *moderação* e *iniciativa legislativa*, como regra do regime, respondem, como meios, ao objetivo de dar unidade à ação do Estado. O *primado* situa o Poder no vértice da pirâmide, dizem alguns escritores. Mas isto não significa que ele seja um *super-Poder* no sentido de dominação dos outros dois. A garantia política da independência destes está em que a Presidência age constitucionalmente em *esfera* que lhe é *própria*, sem poder invadir a dos demais, também *constitucionalmente definida*⁷⁶(Grifo nosso).

Nesse trecho, apresentam-se as diferenças entre o posicionamento de Castro Nunes e a proposta de Francisco Campos. Ao defender o regime, mas “sem violentar convicções”, Nunes defende um modelo institucional diverso da proposta personalista de Campos, em que Vargas encarnava o regime. Seu modelo defendia a prevalência do Executivo, o que não implicava relação intrínseca com determinada pessoa. Seu modelo se assemelhava à proposta institucional castilhistas de um modelo constitucional para além de determinada pessoa e em que a ideia de unidade, seja moral, econômica ou política se faria a partir do Executivo, não devendo ser construída, portanto, somente a partir de pessoa específica. Ademais, destacava que o poder do Presidente não era discricionário, pois sofria limitações de caráter constitucional, apesar de seu primado sobre os demais. Em frase que sintetiza o sentido das propostas do período, Nunes afirmava que o autoritarismo seria “noção vertical da mesma unidade”⁷⁷, em que se estabelece uma perspectiva hierárquica na organização da sociedade e dos poderes no sentido de se buscar a integração do país, mas sem suprimir a divisão das funções do Estado⁷⁸.

Como concessão às propostas de Campos, Castro Nunes, ao listar as características ideológicas do regime, fala na formação de um “espírito público” que moldaria a relação entre sociedade e Presidente. Nesse contexto, afirmava: “O contato do Chefe do Estado com o povo, contato espiritual pela compreensão, mantém na prática das instituições essa alta tensão ideológica que o Presidente GETÚLIO VARGAS tem sabido alimentar, pela ação, pelo exemplo e pela palavra”⁷⁹.

Contudo, essa concessão logo encontrava um limite, pois, afirmava o jurista, que o Estado era “realista e pragmático”, de um realismo “ético-político”, forjado pelo contato com “sociedade nas suas bases econômicas e morais”. O “social”, defendia Castro Nunes, “condiciona o político”, de “ético-político”. Os elementos espirituais não se sustentariam com base em uma mística somente, mas, fundamentalmente, a partir das “realidades

⁷⁶ *Ibid.*, p. 567.

⁷⁷ *Loc. cit.*

⁷⁸ *Ibid.*, p. 566.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 568.

sociais”. Para Castro Nunes, tratava-se de uma proposta que se caracterizava por seu realismo, um “realismo do Estado” de fundo “ético-político”⁸⁰.

A partir de 1940, iniciam-se as reações mais contundentes às propostas de Francisco Campos. A *Revista Forense*, caracterizada por apoiar as medidas do governo, especialmente quanto às mudanças legislativas, começa a publicar textos de conteúdo mais crítico ao Estado Novo⁸¹. O texto que inaugura essa nova tendência é do intelectual católico Tristão de Ataíde (Alceu Amoroso Lima), na forma de uma resenha do então recém-lançado livro de Francisco Campos, *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. A resenha consta na mesma edição do texto acima comentado de Castro Nunes e foi publicado na rubrica *Bibliografia* da revista. Para Mariana Silveira, é bastante provável que a resenha tenha sido reproduzida a partir de outro órgão de imprensa, tendo em vista seu estilo que sugere direcionamento a um público letrado mais amplo, o que confirmaria, para a autora, “que tenha havido um sentido político em sua veiculação”⁸².

O texto de Tristão de Ataíde inicia com os elogios de praxe, mas logo inicia uma série de críticas ao incensado ideólogo do Estado Novo. Afirma que Campos seria o homem que traduz o Brasil em mudança: “e a traduz [a mudança] neste seu livro sobre o Estado, segundo o entende o seu *jurismo autoritário*, que tem suas raízes em Fichte e Nietzsche e não em Izidoro de Sevilha ou Von Jhering”⁸³. Tristão de Ataíde identificava algumas raízes intelectuais da proposta de Campos, especialmente seu “nietzscheanismo latente”, que, a seu ver, seria responsável por sua errada concepção de Estado⁸⁴. De acordo com Tristão de Ataíde, essa raiz nietzscheana se apresentava na substituição de um critério de verdade pelo de mito, havendo, por consequência, na proposta de Campos, a negação da personalidade⁸⁵. Em seu lugar, Ataíde propunha uma função humanizadora do político e, no lugar de lidar de forma instrumental com as massas, defendia que se procedesse à sua racionalização, para “converter os valores de mito, em valores de verdade”⁸⁶. De forma direta, atacava a proposta mistificadora de Campos e seu uso instrumental do irracionalismo como técnica de dominação política:

O que há de francamente contestável na doutrina política do Sr. Francisco Campos, a despeito de suas sadias afirmações do corpo do volume, é tornar o Estado um produto da vontade e da técnica, em função das forças *irracionais* do homem. Ora,

⁸⁰ NUNES, Castro. Característica do Estado Novo na sua adequação brasileira. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 568, out./dez. 1940.

⁸¹ Em sua pesquisa sobre as revistas jurídicas, Marina de Moraes Silveira também identificou o ano de 1940 como o ponto de inflexão do apoio dos juristas ao projeto varguista (SILVEIRA, Mariana de Moraes. *Revistas em Tempos de Reformas: Pensamento Jurídico, Legislação e Política nas Páginas dos Periódicos de Direito (1936-1943)*. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belos Horizonte, 2013, p. 139, 202-232).

⁸² *Ibid.*, p. 200.

⁸³ ATAÍDE, Tristão de. O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico – Francisco Campos. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 513, out./dez. 1940.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 515.

⁸⁵ *Loc. cit.*

⁸⁶ *Loc. cit.*

a política não é do domínio do irracional, mas da *vida* e da *racionalização* da vida⁸⁷ (grifos no original).

Tristão lançava suas críticas ao caráter “adaptável” de Francisco Campos em *A política de nosso tempo*. Sobre o capítulo que abre a coletânea, dizia:

Mostra-se aí totalmente destituído de princípios imutáveis. Sua teoria política é formulada em termos *secundum quid* quase nunca *simpliciter*⁸⁸. O que põe em equação, é menos o problema do Estado em si, do que o Estado segundo a figura do tempo em que vivemos. E só ela interessa ao seu profundo ceticismo. [...] Mostra como o mundo moderno suprimiu todas as categorias de permanência e vive em pleno mutacionismo⁸⁹.

Como afirmado anteriormente, Francisco Campos não faz apenas uma análise sobre o tempo em que vivia; fundamentalmente, estabelece uma proposta de atuação política por meio de seu diagnóstico. Trata-se, portanto, de um instrumento político de ação fundamentado numa ideia de crise. Por essa razão e por negar qualquer essencialismo que guiasse a vida política, Tristão de Ataíde considerava o “relativismo dogmático” de Campos como algo perigoso:

Pois uma coisa é reconhecer os erros de seu tempo e adaptar as suas ideias e posições às injunções da realidade, sem sacrifício dos princípios imutáveis e profundos, - *outra é erigir em princípio a ausência de princípios*. E parece ser esta a perigosa filosofia social em que se funda a posição doutrinária do autor⁹⁰ (grifos nossos).

O pensador católico destacava, ainda, o caráter cínico das propostas de Campos: “o realismo cristão refuga a todo relativismo, a todo cinismo, a todo estatismo, a todo liberalismo, para acentuar o valor essencialmente natural, humano, e ético da política, isto é, da organização da vida social”⁹¹. Ainda em sua crítica, Tristão de Ataíde apontava o caminho por meio do qual seriam lançadas as investidas contra as propostas de Francisco Campos, especialmente quanto à chamada “socialização do direito”. Essa proposta tratava-se, fundamentalmente, de uma concepção social do direito que defendia a existência de um sistema legal de “defesa dos mais fracos”⁹². De acordo como Mariana Silveira, a “concepção social do direito” em seus traços postulava:

⁸⁷ ATAÍDE, Tristão de. O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico – Francisco Campos. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 515, out./dez. 1940.

⁸⁸ Com essas expressões latinas, Tristão de Ataíde indicava que Campos procedia a generalizações falaciosas, utilizando-se de uma regra geral quando as evidências indicavam se tratar de um caso excepcional.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 514.

⁹⁰ *Loc. cit.*

⁹¹ *Ibid.*, p. 515

⁹² A “defesa dos fracos” aparece em alguns textos de Francisco Campos. Cf. CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 164, 167.

[...] a defesa da prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais, a preocupação em atenuar e corrigir “injustiças”, a crítica à “importação” de modelos estrangeiros, a busca por uma correlação entre lei e realidade social e, de maneira paradoxal, o intuito de reformar essa mesma realidade por meio das leis”⁹³.

Vários juristas do período eram adeptos dessa concepção, com amplo e variado debate nas páginas das revistas jurídicas⁹⁴. Para Pedro Batista Martins, a “defesa dos mais fracos” pressupunha “regular os excessos da liberdade” do mercado. Para o autor, o que o Estado moderno pretendia regular eram as liberdades econômicas, intervindo para assegurar-lhes limites humano e para manter o equilíbrio das prestações. Em sua visão, “[a] intervenção não tem por fim reprimir o uso do direito mas o abuso da liberdade”⁹⁵.

A. Saboia Lima⁹⁶, refletindo o caráter solidarista dessas ideias, defendia que “a liberdade não exclui a solidariedade. A liberdade sem a solidariedade é a exploração dos fracos pelos fortes”⁹⁷. Antes, em texto de 1938, Saboia Lima afirmava que era necessário conciliar autoridade com liberdade, mas, para isso, dever-se-ia subordinar os direitos individuais à sociedade “que os concede, organiza e protege”⁹⁸.

Para Cunha Barreto⁹⁹, “a fórmula individualista, que tanto prejudicou a prática democrática, foi substituída por uma de caráter social, com base na solidariedade [...]”. Desse modo, o caráter coletivo deveria estar acima do individualismo por meio de estruturas corporativistas¹⁰⁰. No mesmo sentido, que articulava a sujeição da liberdade ao Estado por meio do princípio da autoridade representado na figura do juiz:

A liberdade pode ser um *meio* para a consecução de certos fins, mas não é um *fim* em si mesma. Ora o escopo do processo, que é manter a paz social mediante a atuação das normas jurídicas objetivas, é eminentemente social. Se, portanto, a experiência tem demonstrado que a liberdade – traduzida, na hipótese, pela iniciativa individual – não se mostra apta à consecução desse escopo, deve ceder passo à autoridade do Estado, manifestada através da pessoa do juiz¹⁰¹ (grifos no original).

⁹³ SILVEIRA, Mariana de Moraes. *Revistas em Tempos de Reformas: Pensamento Jurídico, Legislação e Política nas Páginas dos Periódicos de Direito (1936-1943)*. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 169.

⁹⁴ Nesse trabalho privilegiamos os debates que se deram na *Revista Forense*. Para as diferenças de postura em relação a “concepção social do direito” na *Revista Forense* e *Revista dos Tribunais*, cf. *Ibid.*, p. 169 e ss).

⁹⁵ MARTINS, Pedro Batista. Getúlio Vargas e a renovação do direito nacional. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 263, out./dez. 1940.

⁹⁶ LIMA, A. Saboia. O Estado e o Indivíduo. *Revista Forense*, v. 82, n. 442-444, p. 16-19, abr./jun., 1940.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 18.

⁹⁸ LIMA, A. Saboia. A proteção dos fracos em face da Constituição. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 293, jan./mar. 1938.

⁹⁹ BARRETO, Cunha Barreto. Aspectos da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 286, jan./mar. 1938, p. 286.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 287.

¹⁰¹ GUIMARÃES, Luis Machado. Processo autoritário e regime liberal. *Revista Forense*, v. 82, n. 442-444, p. 248, abr./jun. 1940.

Por sua vez, Saboia Lima¹⁰² sintetiza o conteúdo da “concepção social do direito”, revelando suas matrizes intelectuais:

Nunca o problema da conciliação entre a autoridade e a liberdade foi posto em termos tão nítidos e severos como na atualidade. O mundo jurídico atravessa igualmente uma fase em que as antigas bases do Direito sofrem os assaltos da transformação. As teorias jurídicas caracterizam-se cada vez mais pela influência das regras sociológicas. Com DUGUIT, a solidariedade social como fundamento da regra de direito, com HARIOU, a instituição substituindo-se ao individualismo e com URVICH, o direito social como expressão perfeita da democracia integral¹⁰³ (grifos do autor).

Nas justificações de Francisco Campos, a defesa dos fracos era apresentada como motivo suficiente para a limitação da liberdade; não apenas a liberdade econômica, mas toda e qualquer liberdade que rivalizasse com os interesses do Estado em nome de uma perspectiva solidarista do direito. Em sua marcha contra o liberalismo, Campos criticava o conceito de liberdade que teria se desenvolvido sob essa doutrina. Em “A política e o nosso tempo”, propunha que se estabelecesse que no lugar “processos irracionais de integração política”, nos seguintes termos:

Eliminando do seu sistema o princípio de liberdade de opção, com a amplitude em que o havia formulado o liberalismo, a democracia perde o seu caráter relativista e cético, traço secundário que ela devia à sua fortuita associação com a doutrina liberal, passando a ser um sistema monista de integração política, em que as decisões fundamentais são abertamente subtraídas ao processo dialético da discussão, da propaganda e da publicidade, para serem imputadas a um centro de vontade, de natureza tão irracional como os centros de decisão política dos regimes da ditadura¹⁰⁴.

A partir de 1937, sua estratégia para integrar a liberdade à decisão do soberano modifica-se. Ela não mais se estrutura a partir dos elementos irracionais que ligam a massa à vontade do Líder. Campos estabelece, em seu lugar, um discurso de caráter econômico e não mais teológico-político. Para ele, o erro do liberalismo estaria na ênfase em torno da liberdade individual, que teria deixado os indivíduos desprotegidos frente aos grandes grupos econômicos e aos interesses particularistas das arregimentações partidárias, afirmando que “no regime liberal organizou-se um novo feudalismo econômico e político”¹⁰⁵. Nessa nova fase, Campos defendia, sem grande convicção, que a liberdade deveria ser exercida de forma coletiva por meio do regime corporativo. Intermediados por

¹⁰² LIMA, A. Saboia. A proteção dos fracos em face da Constituição. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 293, jan./mar. 1938, p. 294.

¹⁰³ *Loc. cit.*

¹⁰⁴ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 28.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 62.

essas organizações coletivas, os indivíduos poderiam se proteger das organizações fundadas no interesse de grupos econômicos ou políticos.

Além disso, Campos postulava a ideia de que haveria uma correspondência da liberdade com a justiça, “a liberdade como um exercício de um poder justo”¹⁰⁶. Mas, por esse raciocínio, o “poder justo” somente poderia ser garantido pelo Estado, pois ele seria responsável pela mediação e o controle sobre o direito, o único meio de se garantir o equilíbrio entre os contendores. A relação que estabelece, portanto, entre lei e liberdade era de que esta somente poderia ser alcançada se tutelada pelo Estado. Nesse sentido, chega-se à frase que cita de Jean-Baptiste Henri Lacordaire¹⁰⁷, em crítica ao liberalismo e que será reverberada por outros juristas como fundamento da submissão da liberdade ao Estado: “em toda sociedade em que há fortes e fracos, é a liberdade que escraviza e é a lei que liberta”¹⁰⁸.

É contra essa perversão do sentido da liberdade proposto por Campos¹⁰⁹ – até então aceita ou pelo menos não rechaçada pelos demais juristas – que se insurge Tristão de Ataíde. Para ele, mesmo reconhecendo a importância do Estado, era necessário estabelecer sua separação em relação à sociedade. Em nome do Estado, não se poderia anular a personalidade, nem esta poderia ser destituída de qualquer conteúdo para ser moldada em meio a uma massa que se identificaria apenas com a personalidade do líder. Desse modo, com base no pensamento católico, Ataíde defende um projeto que estabeleça uma relação de complementariedade entre homem e Estado e não a completa dominação do primeiro pelo segundo. Para ele, o conceito de massa trabalhado por Campos era a “negação prática da personalidade”. O papel da política não deveria ser o de fomentar essa característica do homem moderno, mas “racionalizar essa massa passional” e subverter a proposta de Campos para “converter os valores de mito, em valores de verdade”¹¹⁰.

O pensador católico iniciava, portanto, uma crítica aos excessos de Campos, seja em sua proposta mistificadora da política, seja por estabelecer como pressuposto dela a submissão da liberdade individual ao Estado. A partir de então, se fortalece a crítica aos “exageros do estatismo”. Esse movimento de contestação se desenvolve em suas várias

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 63.

¹⁰⁷ Religioso dominicano, Lacordaire é considerado como um precursor do catolicismo moderno e restaurador na França da Ordem dos Pregadores. Em sua frase original, lê-se: *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit. Le droit est l'épée des grands, le devoir est le bouclier des petits* (Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta. O direito é a espada dos grandes, o dever é o escudo dos pequenos). (LACORDAIRE, 1872, p. 494). LACORDAIRE, Henri-Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Tome Troisième. Années 1846-1848. Paris: Librairie Poussielgue Frères, 1872, p. 494.

¹⁰⁸ CAMPOS, Francisco, *op. cit.*, p. 63.

¹⁰⁹ Seelaender (2013b) chamou a atenção para essa estratégia de Francisco Campos de torcer significados: “Mutáveis e manejáveis lhe pareciam não só as leis, mas também os próprios ‘conceitos e (...) categorias jurídicas’: longe de serem eternos, estes seriam produtos de ‘artifícios e processos simbólicos’”. SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A doutrina estrangeira e o jurista brasileiro: usos, estratégias e recriações. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTANA, Carolina Alves (Coords.) *Direito e experiências jurídicas: temas de história do direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, vol. 3, 2013b, p. 503, aspas e itálicos no original.

¹¹⁰ ATAÍDE, Tristão de. O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico – Francisco Campos. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 515, out./dez. 1940.

vertentes, e de forma mais nítida entre 1940 e 1943¹¹¹. Em discurso proferido na solenidade de formatura da turma de 1940 da Faculdade Nacional de Direito, Haroldo Valladão, então catedrático de direito internacional privado na mesma instituição, proclamava os estudantes a promover “outra reforma jurídica”¹¹²:

De um tradicionalismo enquistado passou-se a um reformismo sem orientação e sem limites, e dos abusos do individualismo caminhou a ciência jurídica para os exageros do estatismo. Pediu-se e se obteve que o interesse de cada um se submetesse ao da sociedade, mas depois ultrapassou-se a meta e chegou-se à absorção completa do indivíduo pelo Estado. Por tudo isto os juristas de 1940 se encontram numa atitude paradoxalmente aproximada daquela de 1921, na necessidade de pregar outra reforma jurídica, de aparar os excessos de um estatismo absorvente¹¹³.

Em sua fala, nota-se a denúncia da falta de limites, dos “excessos”, dos “exageros” dos projetos encampados por Francisco Campos. Quando se refere ao ano de 1921, faz alusão ao fato de ter sido orador de sua turma naquele ano e, agora, era o paraninfo dos novos colegas. Em seu primeiro discurso, defendia a subordinação do direito individual ao social; examinou as soluções do sindicalismo obrigatório e do parlamento profissional e defendeu a socialização do direito pontos que reconhecia, em 1941, terem se realizado. Contudo, Valladão, em 1941, passava a criticar tais pontos por terem ganhado uma dimensão excessiva, o que teria levado “certos países da Europa” a experiência que nomeava como “totalitárias”¹¹⁴. Sua crítica em tudo se dirigia à condição em que se encontrava o direito brasileiro, mas remetia a exemplos de “certos países europeus”, como forma de evitar constrangimentos para si e ao chefe de Estado. Getúlio Vargas se encontrava no salão, dirigindo a cerimônia. Assim, o destinatário das palavras de Valladão era justamente o Presidente. Este, por sua vez, iria ocupar, no ano seguinte, a mesma tribuna e faria, ao menos em parte, um discurso em que respondia às críticas que recebera no ano anterior¹¹⁵.

Em 1943, a íntegra do discurso de Haroldo Valladão foi publicada em coletânea de seus trabalhos sob o título *Direito, Solidariedade, Justiça*. O livro recebeu resenha elogiosa

¹¹¹ O período 1940-1943 é considerado, neste artigo, como o período mais representativo das críticas ao projeto autoritário encampado por Francisco Campos, especialmente em razão do posicionamento de Tristão de Ataíde. Contudo isso não quer dizer que não ocorreram manifestações nesse sentido um pouco antes. Silveira (2013, p. 219, 225-226) demonstra que algumas manifestações críticas à concepção social do direito anteriormente a esse intervalo. Nesse sentido, sua exposição sobre os casos de Eduardo Theiler e seu texto “A crise do direito” na *Revista dos Tribunais*, vol. CXIX, nº 469, junho de 1939 e dos discursos em defesa do liberalismo de Noé Azevedo, professor da Faculdade de Direito de São Paulo e proprietário da *Revista dos Tribunais* em 1936 e 1939.

¹¹² Para o posicionamento de Haroldo Valladão de outros juristas críticos “a concepção social do direito” nos valem da pesquisa de Mariana de Moraes Silveira, op.cit., 2013, especificamente o capítulo “A ‘contracrítica’ do liberalismo e a censura aos excessos do ‘estatismo’” (p. 202-233). Esse ponto de seu trabalho complementa a pesquisa de autores aqui apresentada, pois se concentra na *Revista dos Tribunais* e nosso na *Revista Forense*.

¹¹³ O discurso de Haroldo Valladão foi publicado sob o título “Aos novos juristas” na *Revista dos Tribunais*, CXXX, n. 490, março de 1941, p. 213. (SILVEIRA, Mariana de Moraes. op.cit., p. 202).

¹¹⁴ SILVEIRA, Mariana de Moraes, op.cit., p. 202-203.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 203.

da *Revista Forense* e seu redator, ao tratar especificamente do discurso dos bacharéis de 1940, destacou a censura do jurista aos “mitos da violência, do despotismo e da arrogância totalitária”; num elogio a Valladão, revelador de sua influência católica, afirmava: “longe de ser um intransigente fetichista dos textos, esse jurista só compreende o direito informado pela equidade, sensível à ideia de caridade”¹¹⁶. Por fim, a nota tece encômios ao discurso proferido por Valladão como orador oficial do centenário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), em agosto de 1943.

Ao analisar essa e outras falas de Haroldo Valladão, Mariana Silveira destaca como o autor se utiliza de alguns dos argumentos críticos à “concepção social do direito” para estabelecer uma censura à situação brasileira e denunciar os abusos do Estado Novo¹¹⁷. Utilizando-se da estratégia de não se referir ao governo ou a qualquer autoridade diretamente por meio do subterfúgio de se dizer referindo à experiência do “nazi-fascismo”, seu discurso, como sugere Mariana Silveira: “[...] parece ter sido construído como um diálogo profundamente crítico com o discurso oficial e, principalmente, com os dois textos de Francisco Campos publicados, no início de 1938, sob o título comum de ‘Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro’”¹¹⁸.

Temas defendidos por Campos, como a exceção ao princípio da irretroatividade das leis¹¹⁹, são criticados por Valladão. Ele acusa que a noção de “Estado de direito” foi substituída por outra, incompatível com a dignidade humana, a qual denomina de “Estado arbítrio ou Estado favor”¹²⁰. Como ponto central de sua crítica, está a ideia de que a “socialização do direito” tinha estabelecido uma indistinção entre direitos individuais e direito do Estado, assim como que as leis do país eram resultado apenas de processos e procedimentos administrativos capitaneados pela figura do Presidente.

Esse mal-estar com os “exageros do estatismo” também foi expresso por Vitor Nunes Leal em resenha de obras recém-lançadas e que traziam, em seus títulos, os temas que agitavam o cenário jurídico-nacional¹²¹. Ao analisar a obra *Individualismo e anti-individualismo*, de Fernando Pinto Loureiro, 1940, Vítor Nunes Leal assinalava que “o assunto é da ordem do dia”, defendendo uma visão de direito que não absorvesse as individualidades, estabelecendo, portanto, uma crítica à proposta de Campos de conceber a população como massa: “devem, pois os indivíduos ser tratados, não como quantidades homogêneas, mas como quantidades heterogêneas. Só por esse modo se poderia promover o interesse social, isto é, o interesse dos agrupamentos sociais existentes”¹²². Na resenha do livro de Gabriel de Resende Filho, *Socialização do direito*, de 1941, Vitor Nunes Leal destaca o trecho em que o autor reitera a necessidade de se reduzir os excessos contra a liberdade individual: “a experiência e só a experiência, que é mestra da vida, poderá evidenciar onde

¹¹⁶ L.C. Bibliografia – Direito, Solidariedade, Justiça. *Haroldo Valladão* – Livraria José Olímpio. Rio de Janeiro, 1943. *Revista Forense*, v. 96, n. 484-486, p. 453, out./dez. 1943; SILVEIRA, Mariana de Moraes, *op.cit.*, p. 204. .

¹¹⁷ SILVEIRA, Mariana de Moraes, *op.cit.*, p. 207-208.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 208.

¹¹⁹ CAMPOS, Francisco, *op.cit.*, p. 82-84, 155.

¹²⁰ SILVEIRA, Mariana de Moraes, *op.cit.*, p. 208.

¹²¹ Trata-se das obras *Individualismo e anti-individualismo*, de Fernando Pinto Loureiro (1940); *Interpretação das leis sociais*, Constantino de Campos Fraga (1941); e *Socialização do direito*, de Gabriel de Resende Filho (1941).

¹²² LEAL, Vítor Nunes. Bibliografia - Individualismo e anti-individualismo no direito privado. Fernando Pinto Loureiro, Coimbra Editora LTDA, 1940, 162. *Revista Forense*, v. 88, n. 460-462, p. 307, out./dez. 1941a.

há excessos a serem cortados, para que se não sacrifique inutilmente e, em tal caso, em desfavor da comunhão, o princípio da liberdade individual”¹²³.

Silveira¹²⁴ identifica, por exemplo, uma retomada da teoria do direito natural. Este passa a ser mobilizado com sentido político em favor de um “ideal ético visto como superior” contraposto à proposta de Campos de “erigir em princípio a ausência de princípios”, como lhe acusava Tristão de Ataíde¹²⁵. O liberalismo passa ser “revalidado”, especialmente pela conjuntura internacional de combate ao nazifacismo. E como sinal sutil, mas bastante significativo dessa nova conjuntura, ocorreu um aumento de citações a Rui Barbosa nos discursos dos juristas. Antes, tão criticado pelos antiliberais por sua estreita ligação com o texto da Constituição de 1891 e por representar uma concepção “bacharelesca” que se buscava superar, Rui Barbosa receberia cada vez mais homenagens em discursos para audiências ligadas do direito. Em 1940, seu busto foi inaugurado na Faculdade Nacional de Direito, fato noticiado pela *Revista Forense*, o que indicava seu afastamento lento e não linear das diretrizes ideológicas do governo¹²⁶.

Além disso, juristas, como Sobral Pinto, passam a defender a importância de se resguardar a liberdade de iniciativa e de se fixar limites para os poderes públicos, expressando, por meio de seus laços com o pensamento católico, um sistema jurídico mais próximo do liberalismo¹²⁷. Por sua vez, Clóvis Beviláqua, em pronunciamento como paraninfo da Faculdade Nacional de Direito, ocupando a tribuna que, nos anos anteriores, fora ocupada por Haroldo Valladão e por Vargas, defende “as linhas gerais de um programa, não digo de socialização do direito, porque não é a preponderância absorvente da coletividade, que vos proponho, e sim a maior influência da ética”¹²⁸.

O espírito de contestação tanto às propostas de Campos da construção artificial de um “valor de ação” fundamentadas no mito, quanto a alguns dos fundamentos da perspectiva social do direito, atinge seu clímax em 1943, ano em que se pode perceber o arrefecimento dos temores quanto à censura varguista. Representativo desse momento foram as manifestações ocorridas durante o Congresso Jurídico Nacional e o Manifesto dos Mineiros¹²⁹. O primeiro foi realizado em agosto de 1943 para celebrar o centenário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). O segundo foi resultado da união de participantes de Minas Gerais e Distrito Federal dentro desse mesmo congresso. Em ambos se discutiam a legitimidade do Estado Novo e a urgente necessidade de redemocratização do país¹³⁰.

¹²³ RESENDE FILHO *apud* LEAL, Vítor Nunes. Bibliografia – Socialização do direito. Gabriel de Resende Filho. Editora da Faculdade de Direito de São Paulo, 1941, 55 págs. *Revista Forense*, v. 88, n. 460-462, p. 309-310, out./dez. 1941b.

¹²⁴ SILVEIRA, Mariana de Moraes, *op. cit.*, p. 220.

¹²⁵ ATAÍDE, Tristão de. O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico – Francisco Campos. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 514, out./dez. 1940.

¹²⁶ SILVEIRA Mariana de Moraes, *op. cit.*, p. 222-223.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 223.

¹²⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. Consciência jurídica e consciência moral – Elemento ético do direito. *Revista Forense*, v. 93, n. 475-477, p. 419, jan./mar. 1943; SILVEIRA, Mariana de Moraes, *op.cit.*, p. 227. .

¹²⁹ SILVEIRA, Mariana de Moraes, *op.cit.*, p. 227-231, p. 227-231.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 228-229.

Várias outras manifestações nesse sentido podem ser encontradas nas revistas jurídicas do período¹³¹. O objetivo aqui não é o de exaurir a apresentação de todas as críticas ao projeto jurídico-autoritário de Francisco Campos, mas de mostrar uma tendência em direção a seu declínio e à reação a suas premissas teológico-políticas. O declínio é expressado por juristas que, nos primeiros momentos de 1930, haviam se engajado ativamente na concretização de propostas antiliberais, mas que, a partir de 1940, ou mesmo um pouco antes, já demonstravam certo repúdio aos seus “excessos”.

Esse percurso demonstra como o autoritarismo teve trajetória tortuosa entre os juristas. Silveira entende que haveria uma “aceitação seletiva” de algumas das medidas autoritárias, reflexo do antiliberalismo vigente no período e representativo do “lugar-comum” onde muitos se encontravam. No entanto, haveria, em alguns desses juristas, resquícios de uma formação liberal, em sua vertente conservadora, que fazia com que travassem uma relação ambígua com o projeto autoritário¹³². Ela oferece como exemplo a trajetória de juristas como Vicente Ráo, ministro da Justiça entre 1934 e 1937 e responsável direto pela formulação de um severo aparato repressivo construído como antecipação do que viria a ser a ditadura do Estado Novo. Antes de participar do governo, havia sofrido exílio pelo envolvimento no movimento paulista de 1932; após sair do cargo de ministro, foi afastado de sua cátedra na Faculdade de Direito de São Paulo. Já na década 1970, expressava preocupação em ser identificado com a ditadura varguista, afirmando que não tinha sido ministro da ditadura e que exerceu seu cargo somente dentro da ordem constitucional¹³³.

Outros exemplos poderiam ser lembrados como a de Bilac Pinto, Pedro Aleixo e Plínio Barreto. Os três foram vinculados a importantes revistas jurídicas. Os dois primeiros foram diretores da *Revista Forense* a partir de 1935 e Plínio Barreto foi o fundador e primeiro diretor da *Revista dos Tribunais*. De acordo com Silveira, o percurso desses juristas segue um roteiro mais ou menos parecido:

O caminho que começa no apoio ou mesmo no engajamento direto no movimento de 1930, passa pelo aplauso aos constitucionalistas de 1932, encontra o Estado Novo, se não com simpatia, ao menos sem um confronto aberto, desemboca, por volta de 1940, numa enérgica oposição a Vargas, e (para os que permaneciam vivos e atuantes) chega ao ingresso na UDN e à chancela ao golpe de 1964 foi trilhado, total ou parcialmente, por inúmeros juristas aqui analisados¹³⁴.

O próprio Francisco Campos se afasta do projeto que ajudou a construir, identificando o ano de 1943 como marco dessas mudanças. Desde 1941, estava afastado do Ministério da Justiça em licença médica para tratamento médico e posterior cirurgia de tireoide¹³⁵. Quando deixa o cargo de Ministro da Justiça, em 17 de julho de 1942, já não

¹³¹ Para um panorama mais amplo dessas críticas à “concepção social do direito”, novamente remetemos o leitor ao excelente trabalho de Mariana de Moraes Silveira, *op.cit.*.

¹³² SILVEIRA, Mariana de Moraes, *op. cit.*, p. 214.

¹³³ *Loc cit.*

¹³⁴ SILVEIRA, Mariana de Moraes, *op.cit.*, p. 206. , p. 206.

¹³⁵ NETO, Lira. *Getúlio: do Governo Provisório à ditadura do Estado Novo (1930-1945)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 417.

vinha exercendo, de fato, suas funções. Em 3 de março de 1945, em entrevista para o jornal *Diário*, foi um apóstata de si mesmo: “a Constituição de 1937 caducou. Nossa organização política foi moldada sob a influência de ideias que não resistiram ao teste da luta. A contar de dois anos para cá, mudou a fisionomia política do mundo”. E continuava: “O Sr. Getúlio Vargas já pensou demais em si mesmo. É tempo de ele pensar também um pouco no Brasil”¹³⁶. Francisco Campos fechava, assim, mais um ciclo de sua trajetória de constantes adaptações ao momento político. De principal artífice do arcabouço jurídico da ditadura do Estado Novo, Campos se apresentava como democrata nos estertores do regime varguista e passaria os anos seguintes exercendo a função de advogado militante do liberalismo econômico para grandes empresas. Seu senso de oportunismo se acenderia novamente na crise política de 1964, ao ser convocado pela junta militar que derrubou João Goulart para apresentar justificativas jurídicas legitimadoras do golpe de Estado na forma do preâmbulo ao primeiro Ato Institucional. Sua inteligência política, voltada especialmente para a instalação de regimes autoritários, foi resumida na célebre frase do cronista Rubem Braga, escrito como epígrafe a uma entrevista de Campos à Revista Alterosa em 1964: “Toda vez que o sr. Francisco Campos acende sua luz, há um curto-circuito nas instalações democráticas brasileiras”.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, pode-se afirmar que a ambição de Francisco Campos de se posicionar como o principal ideólogo do Estado Novo foi marcada tanto por um sucesso como por um visível fracasso. De um lado, o êxito na construção do arranjo institucional do regime por meio de sua legislação; de outro, um fracasso quanto ao seu elemento simbólico. Sua teologia política fundamentada na irracionalidade das massas e sua ligação com o mito da personalidade não encontrou, de forma geral, receptividade nos meios jurídicos. Entre as razões para essa recusa, pode-se apontar o discurso corrente que defende a racionalidade do direito como requisito de sua legitimidade. Por esse entendimento, não se poderia construir uma ordem jurídica baseada numa legitimação de fundo irracional. Nesse ponto, a proposta autoritária de Oliveira Vianna obteve maior aceitabilidade. Seus estudos sobre a realidade brasileira e as soluções que apontava seriam resultado de uma análise científica, apoiada nas então nascentes ciências sociais.

¹³⁶ CAMPOS, Francisco *apud* NETO, Lira. *Getúlio: do Governo Provisório à ditadura do Estado Novo (1930-1945)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 463. Não tivemos acesso à entrevista original. Nos arquivos de hemeroteca digital da Biblioteca Nacional (<http://bndigital.bn.gov.br/hemeroteca-digital/>) os exemplares do periódico *Diário* no ano de 1943 estão disponíveis somente a partir de abril. Em consulta ao Jornal *O Globo* da edição de 03 de março de 1945, Vespertina, Geral, p. 11, Campos reafirma seu rompimento com Getúlio Vargas e declarava: “Tive grandes responsabilidades no golpe de Estado e durante os primeiros anos do Governo sob o regime de 37. Confesso minha culpa, minha responsabilidade em vários erros. Tentei diversas vezes influir na constitucionalização do país”. E continua sua entrevista declarando que tentou realizar o plebiscito previsto na Carta em projeto de lei de 1940, mas que não obteve êxito por motivos independentes de sua vontade. Disse, ainda, que se tivessem sido aplicados os mecanismos previstos na Constituição de 1937 ter-se-ia instaurado um regime democrático no país.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE, Tristão de. O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico – Francisco Campos. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 513-516, out./dez. 1940.

BARRETO, Cunha Barreto. Aspectos da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 285-290, jan./mar. 1938.

BEVILÁQUA, Clóvis. Consciência jurídica e consciência moral – Elemento ético do direito. *Revista Forense*, v. 93, n. 475-477, p. 417-419, jan./mar. 1943.

BITTENCOURT, C.A. Lúcio. Alguns aspectos da Carta Constitucional. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 40-42, jan./mar. 1938.

BRANDÃO, Gildo. Marçal. *Linhagens do pensamento político brasileiro*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores; HUCITEC, 2007.

BUENO, Roberto. A evolução autoritária brasileira pela via da crítica antiparlamentar em Francisco Campos e Oliveira Vianna. *Revista Filosófica de Coimbra*, n. 50, p. 415-444, 2016.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes constitucionais do novo Estado Brasileiro. *Revista Forense*, vol. 73, n. 415-417 p. 9-22, jan/mar, 1938.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CEPÊDA, Vera Alves. Dilemas do pensamento político: famílias intelectuais e as interpretações sobre o Brasil. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, Novembro, Vol. 16, nº 31, 2008.

CPDOC. A Era Vargas: dos anos 20 a 1945. Francisco Campos. Disponível em https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/biografias/francisco_campos. Acesso em: 23 nov. 2018.

FAUSTO, Boris. O pensamento nacionalista autoritário: (1920-1940). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

FOUCAULT, Michel. *A coragem de verdade: o governo de si e dos outros II*: curso no Collège de France (1983-1984). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

GATTI, Tancredi. A nova constituição brasileira. *Revista Forense*, v. 77, n. 427-429, p. 193-198, jan./mar. 1939.

GUIMARÃES, Luis Machado. Processo autoritário e regime liberal. *Revista Forense*, v. 82, n. 442-444, p. 243-248, abr./jun. 1940.

HOLMES, Stephen. *Anatomía del antiliberalismo*. Trad. de Gonzalo del Puerto. Madri: Alianza Editorial, 1999.

L.C. Bibliografia – Direito, Solidariedade, Justiça. *Haroldo Valadão* – Livraria José Olímpio. Rio de Janeiro, 1943. *Revista Forense*, v. 96, n. 484-486, p. 453-454, out./dez. 1943.

LACORDAIRE, Henri-Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Tome Troisième. Années 1846-1848. Paris: Libraire Poussielgue Frères, 1872. Disponível <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k202681x/f3.item.r=Entre%20le%20fort%20et%20le%2>

Ofaible,%20entre%20le%20riche%20et%20le%20pauvre,%20entre%20le%20ma%C3%A9tre%20et%20le%20serviteur,%20c'est%20la%20libert%C3%A9%20qui%20opprime%20et%20la%20loi%20qui%20affranchit%20>. Acesso em: 19 fev. 2018.

LEAL, Vítor Nunes. Bibliografia - Individualismo e anti-individualismo no direito privado. Fernando Pinto Loureiro, Coimbra Editora LTDA, 1940, 162. *Revista Forense*, v. 88, n. 460-462, p. 307, out./dez. 1941a.

_____. Bibliografia – Socialização do direito. Gabriel de Resende Filho. Editora da Faculdade de Direito de São Paulo, 1941, 55 págs. *Revista Forense*, v. 88, n. 460-462, p. 309-310, out./dez. 1941b.

LIMA, A. Saboia. A proteção dos fracos em face da Constituição. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 291-295, jan./mar. 1938.

_____. O Estado e o Indivíduo. *Revista Forense*, v. 82, n. 442-444, p. 16-19, abr./jun., 1940.

LIMONCIC, Flávio; MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes. *Intelectuais do antiliberalismo: alternativas à modernidade capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

MARTINS, Pedro Batista. Getúlio Vargas e a renovação do direito nacional. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 259-269, out./dez. 1940.

MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. Vol. 1, São Paulo: Nova Cultural, 1978.

MEDEIROS SILVA, Carlos. Notas à margem da reforma processual. *Revista Forense*, v. 82, n. 442-444, p. 20-24, abr./jun. 1940.

_____. Notas e Informações – Acumulações remuneradas. Decisões e pareceres do Ministro da Justiça. *Revista Forense*, v. 74, n. 418-420, p. 385-390, abr./jun. 1938.

_____. As delegações legislativas ao Presidente da República na Constituição de 10 de Novembro de 1937. *Revista Forense*, v. 74, n. 418-420, p. 5-13, abr./jun. 1938a.

_____. As delegações executivas nos artigos 19 e 22 da Constituição de 1937. *Revista Forense*, v. 73, n. 415-417, p. 261-262, jan./mar. 1938b.

_____. Visão sociológica da Constituição de 1937. *Revista Forense*, v. 74, n. 418-420, p. 415-418, abr./jun. 1938c.

MIRANDA, Daniel Estevão Ramos de. Do direito do trabalho à judicialização das relações sociais: notas sobre Werneck Vianna. *REJUR- Revista Jurídica da UFRSA*, Vol. 1, nº 1, jan./jul. 2017.

NETO, Lira. *Getúlio: do Governo Provisório à ditadura do Estado Novo (1930-1945)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

NUNES, Castro. Característica do Estado Novo na sua adequação brasileira. *Revista Forense*, v. 84, n. 448-450, p. 563-569, out./dez. 1940.

_____. O poder executivo na evolução política do Brasil. *Revista Forense*, v. 74, n. 418-420, p. 14-19, abr./jun. 1938.

POCOCK, J. *Linguagens do ideário político*. São Paulo: EdUSP, 2003

RODRIGUEZ, . Vélez. *Castilismo: uma filosofia da república*. Brasília: Senado Federal, 2000

SANTOS, Rogério Dutra. Francisco Campos e os fundamentos do Constitucionalismo antiliberal do Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.50, n. 2, p. 281-323, 2007.

SARDINHA, Diogo. A filosofia e os seus cães: dos cínicos à canalha. *Revista de Filosofia Aurora*, Curitiba, v. 23, n. 32, p. 67-80, jan./jun. 2011.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite e CASTRO, Alexandre Rodrigues de. Um jurisconsulto adaptável – Francisco Campos (1891-1968). In: MOTA, Carlos Guilherme e SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (Coords). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: (de 1930 aos dias atuais)*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. Francisco Campos (1891-1968) – uma releitura. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*. Curitiba: Juruá, 2013a.

_____. A doutrina estrangeira e o jurista brasileiro: usos, estratégias e recriações. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTANA, Carolina Alves (Coords.) *Direito e experiências jurídicas: temas de história do direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, vol. 3, 2013b.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. *Revistas em Tempos de Reformas: Pensamento Jurídico, Legislação e Política nas Páginas dos Periódicos de Direito (1936-1943)*. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belos Horizonte, 2013.

SLOTEDIJK, Peter. *Crítica da razão cínica*. Trad. Marco Casanova, Paulo Soethe, Maurício Mendonça Cardozo, Pedro Costa Rego e Ricardo Hiendlmayer. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

VALLADÃO, Haroldo. Aos novos juristas. In VALLADÃO, Haroldo. *Direito, Solidariedade, Justiça*, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1943.

_____. *Revista dos Tribunais*, CXXX, n. 490, março de 1941.

VIANNA, Oliveira. *O idealismo da Constituição*. 2ª ed. São Paulo. Rio de Janeiro. Recife. Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939.

_____. Constituição e unidade sindical. *Revista Forense*, v. 79, n. 433-435, p. 233-235, jul./set. 1939.

ZIZEK, Slavoj. Como Marx inventou o sintoma? In. *Um mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.



O ESTADO DE DIREITO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A VONTADE DE PODER: UMA CRÍTICA FILOSÓFICA À INFLUÊNCIA DECISIONISTA NA MAGISTRATURA, MEDIANTE UMA REFLEXÃO EM NIETZSCHE E SCHMITT

THE RULE OF LAW BETWEEN JUDICIAL ACTIVISM AND THE POWER WILL: A PHILOSOPHICAL CRITICISM TO DECISIONIST INFLUENCE IN MAGISTRATING, BY A REFLECTION IN NIETZSCHE AND SCHMITT

FERNANDO ANTONIO ALVES*

RESUMO

Em tempos de crise política, social e econômica, e diante das múltiplas críticas estabelecidas na comunidade jurídica acerca da qualidade das decisões judiciais e de certa judicialização da política, este estudo procura buscar no conceito de vontade de poder alguns mecanismos interpretativos acerca do decisionismo. Tal estudo é formulado não somente no âmbito do constitucionalismo, mas sobretudo por meio da filosofia política, com amparo na pesquisa bibliográfica, a fim de produzir uma reflexão filosófica acerca do decisionismo, impulsionado por uma vontade de poder, ao estabelecer os contornos iniciais ou mesmo o desenvolvimento de um ativismo no aparato judicial brasileiro. Desta forma, observa-se até que ponto o movimento iniciado em setores da magistratura nacional não se configura como afirmação dessa vontade enquanto uma vontade de decisão, bem como no debate protagonizado pelos juízes, estes, paulatinamente, vêm ocupando o espaço outrora relegado aos legisladores.

Palavras-chave: vontade de poder; ativismo judicial; decisionismo; justiça brasileira.

ABSTRACT

In a time of political, social and economic crisis, and in front of the multiple critiques established in the legal community about the quality of judicial decisions and a certain judicialization of politics, this study proposes searching in the concept of will to power some interpretative mechanisms about decisionism. This study is formulated not only in the context of constitutionalism, but above all through political philosophy, using bibliographic research, and through philosophical reflection, we shall attempt to discuss the extent to which such decisionism, driven by a will to power, establishes the contours or even the development of an activism in the Brazilian judicial apparatus. In this way, it is observed to what extent the movement initiated in sectors of the national judiciary does not introduce as an affirmation of this will as a decision-making, as well as in the debate carried out by the judges, these have gradually occupied the space formerly relegated to legislators.

Keywords: will power; judicial activism; decisionism; brazilian courts.

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS).
Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal.
profferando71@gmail.com

Recebido em 14-7-2018 | Aprovado em 1-8-2018



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 VONTADE DE PODER EM NIETZSCHE: UM CONCEITO PARA O ESTADO DE DIREITO ONDE SE JULGA CONFORME O DESEJO E NÃO CONFORME A MORAL; 2 A VONTADE NA TEOLOGIA POLÍTICA DE SCHMITT; 3 OS JUÍZES-LEGISLADORES EM TEMPOS DE EXERCÍCIO DE UMA VONTADE DE DECISÃO; CONCLUSÃO.

■ INTRODUÇÃO

O sistema político e o sistema jurídico brasileiro passam por um momento em que não há como um observador de segunda ordem não se deparar com a necessidade da reflexão, e até mesmo da crítica filosófica ao aparato judicial. Entre idas e voltas das decisões dos tribunais, é de se notar no que tange ao processamento de atores políticos da cena democrática, certa flexibilidade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, acerca da aplicabilidade de princípios como a presunção da inocência, dignidade humana ou mesmo concepções jurídicas sobre conceitos filosóficos bastante desenvolvidos pela razão prática, tais como o de liberdade e autonomia individual ou coletiva.

Causa espécie observar que, no âmbito das decisões proferidas por órgãos jurisdicionais, o que se observa na *ratio* dos julgadores é uma percepção muito mais política do que jurídica dos fatos sociais. Nos últimos anos avolumam-se processos judiciais com extensa visibilidade midiática, diretamente proporcional ao intenso debate promovido na comunidade jurídica acerca de que até ponto as decisões decorrentes dessas lides afetam ou não a estabilidade da ordem normativa, ou mesmo abalam a credibilidade de um pretense Estado Democrático de Direito brasileiro. É objetivo deste breve estudo não catalogar exaustivamente tais decisões, mas sim analisar até que ponto são possíveis de observação traços que delineiam o exercício de uma vontade, por detrás desses julgamentos. Vontade que leva a decisionismos, que, por sua vez, podem conduzir a um horizonte crescente de mobilização judicial, que se traduz por muitas vezes na propagação de um mero ativismo por parte de um corpo de magistrados, identificados não apenas como agentes políticos no marco constitucionais, mas sim como genuínos atores a assumir o protagonismo antes dado a outros personagens nas correntes operações sociais desenvolvidas no âmbito do sistema político. Nesse sentido, o conceito de vontade de poder e a própria definição do decisionismo e a concepção do ativismo que se desenvolve no país é de destacada relevância, a fim de se iniciar um profícuo e necessário debate filosófico. Nesse sentido, por meio da pesquisa bibliográfica, buscou-se estabelecer uma investigação teórica acerca dos conceitos de vontade e decisão encontrados tanto no pensamento de Friedrich Nietzsche quanto em Carl Schmitt, o que, doravante, será a tarefa metodológica deste breve e inicial estudo.

1 VONTADE DE PODER EM NIETZSCHE: UM CONCEITO PARA O ESTADO DE DIREITO ONDE SE JULGA CONFORME O DESEJO E NÃO CONFORME A MORAL

No decorrer de sua obra, Nietzsche apresenta vários conceitos do que ele define como vontade, já nos seus últimos anos de vida, período que coincide com sua maturidade intelectual e mais aguda percepção de alguns objetos de sua crítica filosófica, aparece dentre eles a vontade de poder na crítica da moral. Na maior parte destes textos, que após sua morte recolheram-se fragmentos, o pensador alemão referia-se a diversas vontades de poder: no conhecimento, na natureza, como sociedade e indivíduo e como arte.

Para uma reflexão sobre o Estado e o Direito, é necessário compreender, preliminarmente que, para Nietzsche¹, conceitos como Estado moderno e dignidade do homem fundada na valorização do trabalho, típicos do pensamento liberal, pouca importância tinham, uma vez que o modelo de sociedade desse filósofo estava concentrado no ideal grego. Era entre os gregos que se percebia uma cultura gloriosa, e onde mais se encontrava presente a natureza do poder, pautado na força, na usurpação, ou mesmo na violência. Assim, em sua genealogia, o Direito não teria outro caminho senão fundado na força, num instinto de dominação, em uma vontade de poder, que consistiria, outrossim, numa vontade de subjugar. Portanto, a mesma sociedade florescida de grandes pensadores, oradores e filósofos, formada por homens políticos, também era uma sociedade naturalmente desigual, formada por vencedores e perdedores, numa disputa entre grupos ou categorias sociais e indivíduos. É nessa naturalidade das relações de força, na lógica da usurpação que nasceria, portanto, o Estado².

O Estado é resultante de um ato de força, e é na força que ele se mantém duradouro visto que a guerra faz parte de sua natureza e, para isso, Nietzsche faz alusão a casta dos soldados, demonstrando que, na sua visão, as castas militares revelavam de forma mais evidente a essência do Estado, uma vez que, por meio do instinto guerreiro, seria possível ver a imagem do modelo originário do Estado³. A caótica massa de indivíduos seria agora dividida em ordens militares, onde uma classe guerreira subjugaria uma classe dos escravos. É na sua crítica ao modelo de Estado da sociedade liberal-burguesa que Nietzsche invoca o restauracionismo da velha ordem monárquica, ao estender seu dedo acusador aos responsáveis pelo Iluminismo e pela Revolução Francesa. Os homens de negócio da sociedade burguesa haveriam desvirtuado o instinto guerreiro do Estado, transformando-o no instinto das finanças e o aparelho do Estado, por sua vez, teria sido convertido para funcionar como um mero meio de enriquecimento dos mais prósperos economicamente.

¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Escritos sobre o direito*. Rio de Janeiro: PUC; São Paulo: Loyola, 2009, p. 60.

² Curioso observar que na sua teoria do Estado, Nietzsche se propõe a rever alguns conceitos filosóficos trazidos com o desenvolvimento da ciência política, tais como o de contrato social, sendo bastante enfático ao afirmar que a origem beligerante do Estado é um dos fatores encontrados em sua natureza como elemento de expansão do seu desenvolvimento: “(...) o Estado, como dissemos, não é outra coisa senão este punho de ferro que obriga pela violência a sociedade a se desenvolver. Enquanto não há Estado, no *bellum omnia contra omnes* do estado de natureza, a sociedade não pode absolutamente lançar as bases de uma fundação maior, que se estendesse para além dos limites da família”. NIETZSCHE, *ibidem*, p. 62.

³ NIETZSCHE, *Escritos sobre o direito*, Op. cit., p. 65.

Nietzsche resgata a *cidade ideal de Platão*, ao reviver a ideia de “gênio”, extraído da sabedoria e da ciência e colocado agora na condição de gênio militar do Estado. É o homem rendido a esse gênio guerreiro, sem direitos e sem deveres, com o único propósito de lhe servir como instrumento, que interessa ao filósofo. Nietzsche encontra, então, além da moralidade, além do bem e do mal, uma estética estatal que irá redefinir o Direito como instrumento de um Estado forte, ideal, que se vale da guerra não para infligir qualquer mal além daquele já sofrido por quem guerreia. Para o filósofo germânico, acerca da guerra, “ela só é condenável quando não é consequência de uma necessidade.”⁴

Se for compreendido o Estado de Direito não como uma entidade mantenedora da moral, mas sim como seu oposto, poderá se verificar que tanto o ente estatal quanto as normas que dele se originam são elaboradas não para satisfazer desígnios morais, mas sim para realizar uma vontade que está acima dessa moral. Nietzsche era um profundo crítico da moralidade kantiana e do imperativo categórico, vez que discordava de seu principal pressuposto, que pode ser encontrado tanto em Kant quanto em Schopenhauer: a liberdade inteligível⁵. Uma liberdade resultante de uma escolha, fundada por sua vez no sentimento moral de que as ações humanas podem ser boas ou más, dependendo das consequências que elas produzem, e, da aferição de um ser do próprio homem, que pode optar por agir desse ou daquele outro modo, não encontra eco na ética nietzschiana. Nietzsche nega a responsabilidade individual, nega a existência de um livre-arbítrio, onde o homem pode refletir sobre suas ações e assim escolher aquela que lhe produz menos mal-estar. As ações humanas são conduzidas pelo desejo, pela sua disposição natural, instintiva, inata, por um querer e não um saber sobre a conduta. Por isso que Nietzsche afirma: “Ninguém é responsável por suas ações, ninguém é responsável por seu ser; julgar significa ser injusto”.⁶

Em termos exemplificativos, à guisa de observação da realidade atual do cenário das decisões judiciais brasileiras, hoje, em tempos de uma magistratura plenamente ativista, é possível observar que muitos julgam não por se basear o ato julgador numa moralidade que oriente suas escolhas decisórias; mas sim simplesmente para exercer a vontade de decidir, uma vez que pode decidir, que quer decidir; até mesmo com a consciência de que ao julgar o que pode ser justo ou injusto, não lhe importa a qualidade moral da sentença, mas sim a força com que é proferida.

A vontade que subjaz ao querer humano, independente de volições morais, é, certamente, a vontade de subjugar o mundo ao próprio desejo⁷. Tal constatação gerará um espectro de discricionariedade, que poderá ser percebido em tempos próximos por meio de recentes e controversas decisões judiciais proferidas num meio jurídico que cultiva, desde os primórdios da ciência jurídica, a tese moderna de que se julga conforme o direito, quando, na verdade, pode-se estar julgando conforme a vontade própria, despida de toda a moralidade associada ao ato de julgar, porque dela não se necessita. A busca do espírito livre é, também, a busca daquele que decide e que pode decidir, livre de qualquer abnegação moral. Nietzsche volta-se para um período pré-moral da humanidade, onde o valor ou desvalor da ação era considerado não em sua origem, mas sim em suas consequências. Desta forma, por exemplo, matar ou não matar não seria considerada uma conduta má pelo simples ato de matar, mas

⁴ Ibid., p. 71.

⁵ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche e Kant: uma disputa permanente a respeito da liberdade, autonomia e dever*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2012, p.149.

⁶ Ibid., p. 151.

⁷ NIETZSCHE, Friedrich. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 183.

sim de acordo com os efeitos de tal ato. No início da dimensão estritamente moral do conhecimento, passou-se a cultivar, segundo o pensador alemão, uma certeza imediata sobre a qualidade das condutas, o que levaria a uma certa ingenuidade moral.

Ora, se a realidade está centrada tão somente no mundo dos desejos e das paixões, onde não se pode cobrar uma culpa, uma responsabilidade moral, por que falar de moralidade e por que não somente decidir, isento de qualquer moralidade, de qualquer baliza na aplicação da lei? A moralidade não repousa na norma, mas sim na tradição, onde a formação da dicotomia bem ou mal das ações humanas tem pouca ou nenhuma relação com um imperativo categórico, mas sim com a submissão desta a uma lei da tradição, que visa a conservação de um povo ou comunidade.⁸

Ao voltar-se para o homem europeu, especificamente o povo alemão, em comparação com outros povos que abraçaram o liberalismo, tais como os ingleses e os franceses, Nietzsche exortava uma peculiar profundidade da alma alemã, que adviria de sua indefinição enquanto povo face a multiplicidade de raças que compunha sua estrutura social, não se restringindo tão somente com os pré-arianos. Tal amálgama será notado como contribuição interessante para a própria visão de sociedade que irá ser desenvolvida no século XX por outro pensador alemão: Carl Schmitt. Entretanto, na sua crítica ao movimento democrático na Europa, Nietzsche já previa que a busca por uma Europa unida não passaria incólume pela produção de líderes totalitários, face o caráter de animal de rebanho do homem moderno.⁹ A moral europeia seria uma moral de animal de rebanho, entendida essa como decorrente não do amor ao próximo, de uma bondade divina pregada pelo cristianismo, mas sim pelo temor imposto pela própria comunidade aos seus integrantes por meio da tradição. Um temor ao próximo advindo de tudo aquilo que era considerado nocivo ao rebanho humano, tido como algo mau, face uma espiritualidade castradora dos desejos e impulsos diante de uma mentalidade igualitária medíocre e submissa. O temor seria “o pai da moral”¹⁰, na filosofia nietzschiana, e nesse sentido, o movimento democrático europeu, como herdeiro do movimento cristão, acabaria promovendo a decadência das organizações políticas por meio de uma mediocrização e rebaixamento do homem, restando aos filósofos a preservação de um espírito forte e original, uma vez que eles seriam os arautos de valores eternos e detentores de uma vontade, porque não dizer, essa sim, soberana.

Imagine-se, comparativamente, a exemplo da Europa e da fragmentada sociedade alemã do século XIX e a atual sociedade latino-americana do qual o povo brasileiro faz parte, a mesma rejeição a um pluralismo político face a multiplicidade de partidos e as múltiplas consequências de ações políticas desastrosas, na condução errática de uma nação, o que levaria agentes do Estado, como os magistrados, a entender semelhantemente que a vontade das maiorias organizadas encontra-se mediocrizada pelo mito da igualdade ou pela ilusão de

⁸ NIETZSCHE, *Estudos sobre o direito*, Op.cit. p. 79.

⁹ O filósofo é arguto em sua observação acerca da tendência ao assujeitamento do homem europeu, diante de uma Europa pós-napoleônica e pós-revolução industrial, de indivíduos laboriosos sujeitos à escravidão por sua condição econômica de classe e pela mediocrização da política típica da moderna sociedade liberal: “(...) o homem forte, caso singular e de exceção, terá de ser mais forte e rico do que possivelmente jamais foi- graças à ausência de preconceitos em sua educação, graças à enorme diversidade de sua exercitação, dissimulação e arte. Quero dizer que a democratização da Europa é, simultaneamente, uma instituição involuntária para o cultivo de tiranos-tomando a palavra em todo sentido, também no mais espiritual”. NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 135.

¹⁰ *Ibid.*, p. 88.

rebanho, apascentado por meio de lideranças populares demagógicas ou oportunistas? Quão pobre é a moralidade do igualitarismo ou as ilusões promovidas pela visão de uma sociedade moralmente ordeira de irmãos, quando, na verdade, o que prevalece é a força do mais forte sobre o mais fraco. Os contornos de um pensamento político de contornos teológicos em termos da vontade, passa a se desenvolver de forma curiosa até mesmo em autores cristãos, como o católico Schmitt, não obstante um dos maiores apologistas da vontade como Nietzsche, ter sido, em seu tempo, um fervoroso anticristão.

Ora, é justamente na crença na conservação de um povo, como detentor de uma vontade, que se originou na Filosofia do Direito o decisionismo. Este conceito surgiu, seja como movimento político, seja como uma teoria jurídica propriamente dita, na crítica aos desvios da sociedade moderna cujo guardião foi um por vezes titubeante e caótico Estado liberal. Pode-se observar que, tanto na realidade alemã após a I Grande Guerra, quanto no Brasil dos tempos da crise política pós-impeachment, o desenvolvimento de uma vontade que, a cada julgado, destaca-se mais da esfera de moralidade na busca da decisão sobre o certo ou errado, ou do reconhecimento da boa ou da má conduta, é muito mais a busca de se realizar os propósitos da própria vontade do julgador, fundada num poder de decidir. Nesse sentido, o ativismo judicial teria ambiente fértil para se desenvolver. Porém, antes de se observar os contornos desse ativismo, torna-se necessária uma breve análise de seu pressuposto teórico: o decisionismo, e de como tal teoria pode ou não estar vinculada a uma concepção nietzschiana de vontade.

2 A VONTADE NA TEOLOGIA POLÍTICA DE SCHMITT

Outro crítico do modelo liberal burguês do Estado e do Direito, e também, em seu tempo, um representante da intelectualidade filosófica germânica, Carl Schmitt irá apresentar algumas considerações sobre a vontade, que apresentam alguns tons de semelhança com a genealogia da justiça e do Estado desenvolvidos na reflexão filosófica de Nietzsche. Enquanto que o último, no século XIX, identificava o poder como o poder de um gênio no meio de um povo, simbolizado pela vontade, o primeiro irá apresentar, no século subsequente, em termos de filosofia prática, uma alusão teológica ou até mesmo sacra da importância do Estado e da manutenção de uma ordem jurídica a ele vinculada, associando vontade com soberania. Entretanto, tanto Nietzsche quanto Schmitt revelam em sua filosofia uma certa carga da cultura germânica, e isto terá implicações significativas, no momento em que toda essa influência cultural resultará numa teoria jurídico-filosófica que será aproveitada pelos julgadores do Direito ocidental, mormente por aqueles de países colonizados, de modernidade tardia como o Brasil.

É bem verdade que, a vontade de que tratava o constitucionalista alemão, referia-se sobretudo a uma vontade soberana, uma vontade que simbolizasse as massas, visto como um corpo homogêneo fundador do Estado e não por meio de partidos ou associações diversificadas, face sua aversão ao pluralismo político e seu desencanto com a democracia representativa¹¹ Assim como Nietzsche, Schmitt era refratário ao modelo liberal de contrato social fundado na tese da democracia representativa, trazida pelo Iluminismo e pelas

¹¹ BIANCHINI, Fernando Novelli. *Democracia representativa sobre a ótica de Schmitt e democracia participativa na apologia de Tocqueville*. Campinas: Millenium Editora, 2014, p.50.

revoluções. Sua crença maior, fundada no princípio da identidade, era numa democracia de identidade entre governantes e governados, entre aqueles que mandam e os que obedecem, e, portanto, poderia haver até uma democracia com ditadura, posto que a democracia não se define necessariamente pela liberdade.¹²Nesse sentido, é curioso observar que, assim como Nietzsche reconhecia no ideal grego: uma unidade de Estado onde senhores e escravos manteriam uma relação natural de dominação, também no Estado moderno schmittiano, o pluralismo da democracia representativa com sua multiplicidade de partidos daria lugar a unidade política.

Para Schmitt, a soberania é exercida pelo Estado, que é quem decide em definitivo sobre as contendas, quem decide em caráter definitivo sobre a ordem e sobre a segurança pública.¹³Ao se referir ao artigo 48 da Constituição alemã de 1919, Schmitt exortava a norma que dizia que o Presidente do Reich teria a faculdade de declarar o estado de exceção, mas o Reichstag poderia solicitar seu levantamento quando lhe fosse conveniente. A maior atenção que Schmitt dava ao citado dispositivo é que o próprio Estado de Direito propunha uma solução para um estado excepcional: a suspensão total da ordem jurídica vigente¹⁴. Ora, se o estado de exceção figura como uma alternativa à anarquia e o caos, isso significa dizer que o Estado seria superior à ordem jurídica, subsistindo a ela nesses momentos excepcionais. Tal realidade expressaria a dimensão de massa da soberania, pois afirmaria que aquele que detém o poder, é aquele capaz de decidir sobre a exceção. A vontade de poder estaria, então, corporificada no Estado e seria exercida por meio da decisão. Pela decisão, o Estado suspenderia o próprio Direito a fim de garantir sua própria conservação.

Naturalmente, tal tese sustentada acima deve levar em conta o contexto histórico de crise política e econômica do Estado alemão, entre as décadas de vinte e trinta do século passado, sob a égide da Constituição de Weimar. Naquele tempo, juízes e tribunais eram convidados a solucionar questões que levavam em conta a necessidade de um Estado e governo fortes, sem tibiezas, e que fossem capazes de solucionar os conflitos mesmo quando a interpretação de normas não fosse suficiente para dirimir uma controvérsia. A vontade daquele que pode decidir, mais do que a vontade daquele que decide segundo a norma, parece que passou a se manifestar de forma mais efusiva, não apenas no território alemão há mais de setenta anos, mas, hoje, de forma semelhante, entre os juízes e tribunais brasileiros no atual século XXI. Veja-se, por exemplo, na realidade de crise política nacional, as controvérsias produzidas no meio jurídico, diante da decisão proferida pelo juiz federal Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, nos rumos da chamada Operação Lava Jato, acerca da condenação do ex-presidente da república, Luiz Inácio Lula da Silva, nos termos da ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, em processo por suposto crime de corrupção passiva. Em tal julgado, segundo a crítica de docentes do meio jurídico, como Alexandre Moraes Bahia, Diego Bacha e Silva e Marcelo Cattoni de Oliveira, o que se viu em tal saga judicial foi a apresentação à opinião pública de um lado, de um julgador portador de valores nobres, como honestidade, honradez, coragem e determinação; enquanto que, de outro lado, apresentava-

¹² Para o jurista de Platemberg, a democracia pressupõe um povo identificado como unidade política. Portanto, a igualdade seria dada não por condições de classe ou vínculo a um determinado grupo, mas sim pela consciência do pertencimento a essa unidade. MACEDO, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

¹³ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*, p. 20.

¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

se a figura do réu como sujeito corrompido por vícios mundanos, tais como a cobiça, a simulação, o fingimento ou a desonestidade.¹⁵ Na perspectiva do niilismo, a vontade que se apresentou na decisão do julgamento criminal de um ex-mandatário da nação, foi menos a vontade soberana do Estado, por meio de um órgão julgador, do que a expressão da vontade monocrática de um detentor de poder que, por sua condição social e supostas virtudes próprias, estaria acima de qualquer moralidade, inclusive a que norteia o processo penal. Desta forma, ao representar midiaticamente valores, magistrados como Sérgio Moro, na verdade, julgam despidos de quaisquer valores se for aliado ao niilismo um forte componente decisionista, pois a decisão está vinculada ao próprio poder da vontade e não à força de algum valor moral nela embutida. A decisão pela condenação de alguém, levando-se em conta, ou não, as regras do devido processo legal e o princípio da presunção da inocência, deriva da manifestação da vontade sustentada pela autoridade de quem a profere, e não pelos valores que norteariam o que é decidido.

Ainda em relação à vontade de poder e sua base niilista, interessante notar que um dos traços do niilismo como estado psicológico é o postulado da totalidade, sistematização ou organização de todo acontecimento.¹⁶ O homem de vontade, no pensamento de Nietzsche, é sequioso de admiração e veneração, e, ao se aproximar do estado de felicidade, sacia-se com a representação de uma suprema forma de governo e domínio. Vinculada a um monismo, a crença numa unidade (assim como pensava Schmitt) passa a ser um dos pressupostos da vontade e que condiciona a decisão. Como está se falando de um mundo sem valores, alheio a qualquer moralidade, busca-se a unidade pelo exercício da vontade, manifestando um poder, para que o homem de vontade encontre na unidade o seu valor. Entretanto, quando o niilismo extingue o devir, conscientizando a vontade de que nada deve ser alcançado e que esta unidade não subsistirá, resta ao homem o subterfúgio de condenar o mundo do devir e inventar outro mundo que para ele é tido como verdadeiro. A última etapa do niilismo seria, por consequência, a descrença num mundo metafísico, no momento em que, ao forjar seu próprio mundo, sua própria unidade, o homem descobre que neste mundo não há valores, mas somente necessidades psicológicas (como para satisfazer seu próprio ego ou egoísmo). Isto implica em dizer que o exercício da vontade, em último caso, quando conduz às visões totalitárias sobre o mundo, acaba por gerar um sentimento de desvalorização, de descrença, onde a medida da descrença é também uma expressão de aumento de poder.¹⁷

Vontade de poder enquanto vontade de decisão, uma vontade que não passa por imperativos morais. Nisso estaria o cerne do decisionismo como um processo volitivo que cria o Direito e não o contrário. A vontade que subjaz à decisão deriva da autoridade, e é nisso que consiste a soberania do Estado, que, mais que o monopólio da força, detém o monopólio da

¹⁵ Afirma-se o exercício de uma vontade de um suposto julgador virtuoso, diante da vontade de resistir a essa vontade moral do réu, nos termos do niilismo nietzschiano, como um julgamento que transpõe qualquer consideração moral, pois, o juiz da condenação é aquele que julga conforme sua autoridade, por se sentir virtuoso diante do réu e não porque sua decisão é fundada em qualquer corolário da virtude domiciliada em um ordenamento jurídico. MORAES BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de, BACHA E SILVA, Diogo, OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. O direito à deriva, o (in) esperado. IN: PRONER, Carol, CITADINO, Giselle, RICOBOM, Gisele, DORNELLES, João Ricardo. *Comentários à uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 06, 2017, p. 44.

¹⁶ NIEZTSCHKE, *A vontade de poder*, op. cit., p. 32.

¹⁷ *Ibid.*, p.34.

decisão.¹⁸ Segundo Schmitt: “a autoridade demonstra que para criar o direito não necessita haver direito”. A decisão nasce de um nada normativo, e, assim, Schmitt tributa como precursores filosóficos do decisionismo Jean Bodin e Thomas Hobbes, sendo que este último é quem teria melhor sistematizado uma ideia de autoridade como princípio, início absoluto, uma *arché* que se manifesta quando a desordem dá lugar à ordem por meio da decisão. Por isso que o soberano pode se apresentar, inclusive, sob a forma de um ditador, pois é o ditador quem acaba com a desordem da *bellum omnium contra omnes*.¹⁹

Será, portanto, que diante de uma crise de legitimidade do Estado liberal, afetada pela perda de credibilidade de seus representantes encastelados nos partidos, face o pluralismo político, pode, numa democracia, o juiz funcionar como um ditador ou comissário? Se for entendida a decisão como produto da autoridade e compreensão desta como detentora de uma vontade que pode decidir, está construído o engenhoso mecanismo decisionista que dará ensejo a todo um ativismo judicial, onde juízes, por meio da vontade, agiriam como órgãos jurisdicionais na perspectiva da ação daquele que pode decidir porque quer decidir, e não porque é moral ou legalmente obrigado a isso. Desta forma, pode-se afirmar que a discricionariedade judicial, fecundada pelo positivismo jurídico, acabou por colher seus maiores frutos no decisionismo, no momento em que mais e mais juízes passaram a sentir uma maior atração pela exceção do que pela normalidade da regra²⁰. Decidir numa ordem jurídica sobre garantias atinentes ao devido processo legal, enquanto princípio constitucional associado à manutenção de liberdades ou garantias, como a racionalidade sobre o uso de algemas de réus e condenados presos, a condução coercitiva de suspeitos e testemunhas em processos criminais e a execução de penas de réus condenados em segunda instância, passa a ser tratada pelo olhar das exceções e não pelo parâmetro das regras jurídicas existentes, dentro da normalidade de uma ordem jurídica, pois o mais importante não é essa ordem propriamente dita, mas sim o poder de decidir.

3 OS JUÍZES-LEGISLADORES EM TEMPOS DE EXERCÍCIO DE UMA VONTADE DE DECISÃO

Chega-se a um ponto de discussão deveras instigante acerca da atuação jurisdicional brasileira. No debate entre Lênio Streck e Álvaro de Souza Cruz²¹ sobre a importância ou não do controle difuso da constitucionalidade, tendo em vista a crítica do primeiro às teses habermasianas, e a defesa pelo segundo de um modelo de constituição aberta, típica do pensamento de Häberle, parece-se encerrar um controvertido diálogo sobre o papel da magistratura numa democracia. Afinal de contas, conferir ao juiz o papel de um intérprete

¹⁸ SCHMITT, *Teologia política*. Op. Cit., p. 25.

¹⁹ MACEDO Jr. Op.cit., p.48.

²⁰ Schmitt debate filosoficamente sobre o fascínio da exceção na doutrina de Locke e no racionalismo do século XVIII até Kant, quando afirma que “a exceção é mais interessante que o caso normal”. Nesse sentido, a exceção funcionaria como um filtro da realidade, quebrando a casca da aparência das repetições da normalidade. SCHMITT, *Teologia política*, Op. Cit., p. 27.

²¹ Uma das discussões fulcrais do debate é se Habermas teria ou não se afastado da razão prática kantiana, que, na crítica de Nietzsche, padece de fundamentação quanto à justificação da vontade, já que se trata de uma matriz filosófica fundada na moralidade, e deveria ser o componente moral o elemento kantiano que levaria, por fim, à decisão. SOUZA CRUZ, Álvaro de. *Hermenêutica jurídica em debate*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 155.

que julga conforme sua vontade e não conforme a norma, parece ser o nexos que aproxima o decisionismo do ativismo judicial.

Para Streck, a questão da interpretação ou da decisão sobre a forma de sentença, enquanto expressões de uma vontade, não deixa de atravessar diversos campos ideológicos do Direito. Por exemplo, na sua crítica ao conteúdo decisionista do pensamento de juristas como o penalista baiano Paulo Queiroz, quando este, por sua vez, afirma que condenação ou absolvição não são atos de verdade, mas sim atos de vontade, Streck faz alusão a Nietzsche, ao falar do solipsismo judicial, afirmando que, assim como o ceticismo nietzschiano preconizava uma vontade que decide porque quer a decisão conforme sua própria realidade, e não porque interpreta conforme uma dada realidade, o reducionismo interpretativo decisionista conduziria o julgador a uma não compreensão do mundo.²² O solipsismo decisionista ignora a compreensão pois desta não necessita, já que é fundado na vontade, que formula suas próprias realidades. Desta forma, é contemporâneo se dizer que as últimas e polêmicas decisões proferidas no âmbito da Operação Lava Jato, mormente no que diz respeito à condenação criminal de um ex-presidente, fato inédito e notoriamente controverso no período recente da história republicana, carregam em si um forte conteúdo decisionista, calcada na vontade do julgador, impelido por um ativismo judicial, do que pelo mero exercício da jurisdição, nos termos de sua previsão constitucional.

Obviamente, decisionismo e ativismo judicial não são expressões sinônimas, e, não necessariamente, um decorre do outro. Entretanto, é por meio do ativismo que o decisionismo estende seus desdobramentos. Nos sistemas jurídicos britânico e estadunidense o ativismo surge da possibilidade da função jurisdicional concorrer com a função legislativa na produção de normas jurídicas futuras²³. Além de disciplinar situações futuras por meio dos precedentes, os tribunais desses sistemas estrangeiros, distintos do sistema romanista, também podem rever esses precedentes, revogando-os. Trata-se do exercício puro da vontade do julgador diante de situações imediatas e concretas, bem como perante hipóteses futuras de casos *in abstracto*. Ocorre, portanto, uma vinculação da lei à decisão, e não o contrário, como é comumente ensinado na teoria jurídica pátria, em conformidade a uma tradição do positivismo jurídico no seu culto à lei. Por vezes o ativismo de alguns juízes e tribunais é elogiado por conta de sua intrepidez ao desafiar, por meio da abertura interpretativa, as restrições de alguns textos legais, decidindo conforme supostas exigências sociais (ou até mesmo midiáticas) da conjuntura política, diante da passividade do legislador perante determinadas condutas.²⁴ Isto funciona principalmente em matérias de conteúdo penal, onde, recentemente, determinadas decisões sobre a condução coercitiva, mereceram destaque e sua posterior reprimenda por meio de decisão proferida, em sede de liminar, no Supremo Tribunal Federal, por voto do ministro Gillmar Mendes, nos termos de uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil, onde se questionava o uso indiscriminado de tal medida processual em

²² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto? Decido conforme a minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, n.p.).

²³ A influência do *common law* e do direito norte-americano parece ter influenciado alguns magistrados brasileiros, mormente após o desenvolvimento de institutos como a delação premiada, onde é permitida toda uma margem de discricionariedade ao julgador a fim de julgar determinadas situações, abrindo precedentes em seus julgados para decisões futuras por outros órgãos jurisdicionais. RAMOS, Elival da. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109.

²⁴ *Ibid.*, p. 112.

ações penais, a constranger a liberdade de réus, testemunhas e até mesmo de meros suspeitos, em grandes investigações.²⁵ Mediante tais controvérsias, observadas no meio judicial brasileiro, não há como não se cogitar de uma forte influência decisionista no desenvolvimento do ativismo judicial pátrio, fundado, sobretudo, numa vontade de poder.

Para Nietzsche, tal vontade parecia ser odiada nos períodos democráticos, pois seria identificada com a vontade egoísta do dominador ou tirano.²⁶ Ora, citando Helvétius, Nietzsche defende a proposição de que as pessoas aspiram o poder a fim de obter prazeres, e a obtenção de poder, portanto, traria a felicidade. Como o Estado é uma representação das classes dominantes, naturalmente elas perseguirão o poder através do ente estatal e a vontade será o exercício da vontade do poderoso. Nas diferentes formas de governo e sistemas políticos isso pode ser visto pelo exemplo da realeza, que representa a ambição de poder de um salvador, de um semideus; da aristocracia, que representa a fé no poder de uma elite, de uma casta superior iluminada; e, finalmente, tem-se na democracia a descrença nos grandes homens e na elite, pois é o poder da plebe que se manifesta, acreditando no exercício do seu próprio poder. O que dizer então de um Estado ou sistema político onde os magistrados se sentem os reais atores do poder? Vê-se, portanto, na obra de Nietzsche, que suas concepções sobre a Justiça e o Direito, menos do que apegadas a um positivismo jurídico face o vínculo dessa corrente teórica à discricionariedade judicial, estão mais voltados para o Direito enquanto uma versão jusnaturalista das relações humanas, como relações naturais de troca e força, donde a vingança faz parte da esfera da justiça.²⁷

É na concepção da justiça enquanto troca na relação de forças entre vontades, que irá se abrir o caminho para o decisionismo judicial e para um ativismo, onde o Judiciário passa a aparentar mais protagonismo diante do debate político patrocinado pelo Estado por meio de decisões judiciais. Na relação entre fortes e fracos há direitos, respectivamente, maiores e menores, e a moralidade terá muito maior relação com a tradição, na definição do que é “bom” ou “mal” do que na própria legalidade enquanto manifestação do Direito estatal. Alega-se que, por meio dessa vontade de decisão, buscam-se decisões justas para reprimir condutas más, definidas desta forma por serem consideradas boas ou ruins conforme a opinião da elite ou da plebe. Entretanto, decisões judiciais proferidas nos últimos anos no Brasil, de intensa repercussão midiática, face os atores políticos envolvidos em processos penais para apuração de crimes de corrupção, parecem demonstrar muito mais um apego à tradição, na afirmação de juízes de que se estaria, por meios destes julgados, construindo um país melhor e mais ético, quando estas decisões, na verdade, reproduzem tão somente a disposição natural de se fazer justiça com vias a satisfazer os interesses egoístas daqueles que efetivamente exercem o poder, pois são dotados de força para isso.

As recentes decisões judiciais proferidas tanto em primeira instância quanto no segundo grau de jurisdição, que, de alguma forma, atingem os alicerces do edifício político, ao intervir no próprio sistema eleitoral e afetar o debate democrático por meio de liminares e sentenças condenatórias, retirando de cena seus protagonistas ou atores habilitados a participar do debate democrático, também representam um âmbito discricionário de tomada

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº444. Requerente: Ordem dos Advogados do Brasil. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília 18 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-444-conducao-coercitiva.pdf>. Acesso em 08 janeiro 2018.

²⁶ NIETZSCHE, *A vontade de poder*. Op. Cit., p. 376.

²⁷ NIETZSCHE, *Escritos sobre o direito*, Op. Cit., p.77.

de decisões que nada ou pouco tem a ver com moralidade. Menos do que o exercício do resgate de uma moralidade sobre o pretense jargão do combate à corrupção em sede de ações penais, muitas das decisões proferidas em senda criminal têm o condão de tão somente exercerem um poder político, expressando muito mais uma vontade que, subjaz na vontade do julgador de suplantar a vontade do ato político ao exercer sua potência transformadora, assumindo até mesmo a função do poder legiferante. Desta forma, no ativismo da magistratura, juízes assumem o lugar dos legisladores, demolindo o mito da supremacia parlamentar da democracia representativa do Estado liberal, colocando em seu lugar um Estado de unidade política, numa ditadura de comissariado schmittiana, onde os comissários são os reais detentores do poder, e assim como os militares, em tempos pretéritos da República, agora demonstram aqueles que julgam o desejo do exercício do poder, produzindo o Direito, no lugar dos representantes legislativos, vistos com suspeição por conta de sua suposta inércia ou comprometimento com os inimigos, situados no outro lado do embate político.²⁸ Uma república de amigos dos juízes ou inimigos dos juízes não passa, necessariamente, por uma distinção moral entre bons e maus, uma vez que a dicotomia política acima assinalada não necessita de balizas morais para se consolidar. O embate amigo X inimigo trata-se, sobretudo, de uma relação de troca nas relações de força, onde cada um exerce sua vontade na perspectiva de afirmação de um poder, até que o veredito final seja dado pelo vencedor; ou seja, por aquele quem profere a sentença. Desta forma, percebe-se nitidamente por meio da reflexão político-filosófica, que, paulatinamente, na República brasileira, os juízes vão se tornando os reais atores do poder.

Essa usurpação, por vezes, silenciosa do poder, é calcada numa vontade que, menos do que soberana, exorta uma vontade acima de qualquer moralidade, além do bem e do mal, por ser tão somente exercício de poder. A vontade de decisão configura-se nos moldes de um ativismo que tem suas raízes no século XX no ceticismo interpretativo, típico do positivismo e do realismo jurídico, o que levam, por sua vez, a tomadas de posições decisionistas.²⁹ Afinal, na história dos embates judiciais, a discussão sobre aquilo o que decidir e sobre porque decidir levou em conta muito mais existências pragmáticas ditadas pelos fatos, do que propriamente uma reflexão sobre as normas. Nesse sentido, ao dispensar a interpretação em prol da vontade, a sabedoria para a decisão sobre o que define um réu como culpado ou inocente, uma conduta como típica ou atípica do ponto de vista de uma norma penal incriminadora, e mesmo se um réu é merecedor de certas garantias, como a presunção da inocência, não é mais encontrada num cabedal normativo, mas sim na própria vontade solipsista do julgador. Decide-se porque se deve decidir e tão somente por isso. Decide-se por que a realidade dos fatos leva o juiz a agir.

Neste ativismo, de certa forma, a figura da casta de soldados invocada por Nietzsche assemelhar-se-ia com a casta de juízes em plena atividade judicante de intervenção no ambiente político, convertida numa ação entre amigos contra inimigos, na representação de uma casta de soldados togados, confiantes no exercício da vontade, assim como as ordens militares já desenvolveram em relação aos inimigos do Estado, em momentos históricos pretéritos.

²⁸ Todo debate político passa a ser concebido como um embate entre categorias distintas, que se confrontam no reconhecimento do outro, sem que tais aproximações ou distanciamentos se deem num âmbito de moralidade entre bons e maus. SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Rio de Janeiro: Vozes, 1992 p. 52.

²⁹ RAMOS, Elival da Silva. Op.Cit.,p. 75.

Menos do que o Estado em sua totalidade, o *führer* agora se vê simbolizado na figura do juiz ou do órgão julgador. Cabe a ele a defesa da Constituição³⁰, sendo que ocorre na realidade brasileira um fato curioso: os próprios magistrados individualmente considerados passam a assumir para si o protagonismo no lugar dos tribunais. Em outras palavras, parece que o gênio criativo a que se referia Nietzsche, como detentor da vontade, agora se resume ao personagem do juiz de primeira instância ou ao membro isolado de um tribunal cujo voto destoa de seus pares, que, diferentemente do magistrado apolítico, neutro, juridicamente puro, criticado por Schmitt, assume um protagonismo político direto na discussão de questões constitucionais que interferem na lógica de poder do Estado.

Desta forma, questões sobre elegibilidade de mandatários, a possibilidade ou não de membros do Congresso Nacional serem processados, a prisão ou não de chefes políticos e a continuidade de seus mandatos ou a possibilidade de se eleger .e até a faculdade assegurada constitucionalmente ao chefe do poder executivo de nomear ministros de Estado, parecem agora não mais questões a serem solucionadas no espaço interno do sistema político, mas sim em seu entorno jurídico, por meio da transformação dessas questões em questões judicializáveis, por obra do exercício de uma vontade de decisão. Nisso, esvai-se até mesmo o espaço de poder do legislador e dos atores políticos propriamente ditos, assumindo o espaço da vontade não mais o titular dos interesses populares, nos moldes da democracia representativa, mas sim o julgador, o magistrado, que dispõe, por meio do ativismo, de um amplo leque de possibilidades de intervenção no debate democrático, definindo por si o cronograma de lutas políticas, à revelia de seus principais atores, leia-se: o povo organizado e real titular da soberania num Estado democrático.

O ativismo deixa, portanto, marcas no tecido constitucional brasileiro. Suas bases filosóficas não podem ser relegadas simplesmente ao decisionismo propiciado pela discricionariedade, se o seu elemento central focado na vontade for olvidado. Trata-se de uma vontade de decisão consubstanciada em um querer, numa vontade de exercitar um poder movido pelo prazer da dominação, pela dinâmica daqueles que decidem porque podem decidir. Nesse sentido, soçobra o edifício democrático trazido pelo modelo do Estado liberal parlamentar, entrando em descrédito os representantes parlamentares pela ação diuturna de juízes ativistas.

■ CONCLUSÃO

É de se observar que nas discussões trazidas ao Brasil por meio do neoconstitucionalismo no século passado, muito das aspirações schmittianas não passaram incólumes ao crivo hermenêutico dos julgadores pátrios. O germanismo constitucional presente na formação jurídica brasileira dos publicistas, ao menos na segunda metade do século passado, trouxe consigo não somente um forte sotaque decisionista, mas também uma influência niilista que tem seus precedentes na filosofia de Nietzsche que não poderia passar despercebida, após arguta análise filosófica.

O decisionismo aproxima-se do niilismo enquanto que a crença numa vontade que decide também é a crença na unidade, numa unidade política forjada na mente do próprio

³⁰ MACEDO JUNIOR, Op. Cit.,p.71.

jugador para sua satisfação individual, e não num sistema de valores de conteúdo moral. A visão totalitária de mundo desvela-se numa concepção em que o decidir sobre a exceção implica, necessariamente, à construção de um novo mundo, desvalorado; onde a perfeição do sistema é a perfeição desejada tão somente pela vontade. Oposições democráticas fundadas no pluralismo não teriam vez diante do monismo centrado numa realidade política adquirida com a decisão. A visão do Estado enquanto uma entidade guerreira, onde seus agentes são investidos de força e dela podem se valer para solucionar os conflitos, consolidam uma crença na decisão mais forte do que na própria legalidade como fundamento do direito.

Como é oriunda de um nada normativo, a decisão constitui-se numa entidade que incorpora o espírito do gênio invocado por Nietzsche, a sustentar o magistrado enquanto um guerreiro, um soldado a representar o fim último do Estado, qual seja o da manifestação da força. Trata-se de uma força aplicada na perspectiva de construção de uma igualdade na formação de uma unidade política a partir da distinção entre amigos e inimigos, conforme alude a teoria de Schmitt. Tal unidade repele o pluralismo político típico do modelo de democracia representativa do Estado liberal, face descrédito com o sistema erigido por seus representantes. Importa salientar que, no atual momento de crise ética e de representatividade pela qual passa o Estado brasileiro, com muitos de seus personagens, dentre parlamentares e lideranças políticas, sofrendo condenações criminais ou sendo acusados em processos judiciais, e, muitas vezes, enfrentando a prisão, vê-se que os mandatários da democracia representativa são paulatinamente desabilitados como atores políticos no debate democrático, não por meio da decisão popular por meio do voto, mas sim por meio de sentenças condenatórias ou liminares.

O ativismo judicial surge, portanto, como uma resultante sócio-político do desenvolvimento de uma vontade de decisão no cerne da magistratura brasileira. Isso proporciona fenômenos de proporção considerável, como uma tendência crescente à judicialização da política, observável por meio de flagrantes incertezas quanto os rumos do processo político, comprometendo, até mesmo, o cenário eleitoral, quando não as próprias perspectivas de cumprimento de normas constitucionais quanto à concretização de direitos políticos fundamentais.

As considerações sobre a vontade, seja enquanto vontade de poder ou sob a forma de uma vontade de decisão, tratam da própria manutenção ou não de um Estado Democrático de Direito, levando-se em conta que se opera, ao menos em termos corporativos, no seio da magistratura certo movimento no sentido de firmar os juízes como verdadeiros protagonistas na luta política no Brasil, o que se torna demasiadamente temerário ao culminar na formação de uma suposta democracia de comissariado, face ser povo, detentor de diversas vontades, o real agente político soberano.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Fernando Novelli. *Democracia representativa sobre a ótica de Schmitt e democracia participativa na apologia de Tocqueville*. Campinas: Millenium, 2014.

GIACIOIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche X Kant: uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2012.



MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de, BACHA E SILVA, Diogo, OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. O direito à deriva, o (in) esperado. IN: PRONER, Carol, CITADINO, Giselle, RICOBOM, Gisele, DORNELLES, João Ricardo. *Comentários à uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 06, 2017

NIETZSCHE, Friedrich Willhem. *A vontade de poder*. Tradução Marcos Sinésio Pereira Fernandes, Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

_____, *Além do bem e do mal*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____, *Escritos sobre o direito*. Tradução Noéli Correia de Melo Sobrinho. São Paulo: Ed. Loyola, 2009.

SCHMITT, Carl. *Teologia política: cuatro ensayos sobre la soberania*. Buenos Aires: Editorial Struhart e cia, 1998.

_____. *O conceito do político*. Tradução Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Hermenêutica jurídica em debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

STRECK, Lenio. *O que é isto? Decido conforme a minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



SEGURANÇA AÉREA E ABATE DE AVIÕES: ASPECTOS JURÍDICO-FUNDAMENTAIS

AIR SAFETY AND AIRCRAFT ABATE: LEGAL AND FUNDAMENTAL ISSUES

LEONARDO SIMCHEN TREVISAN*

RESUMO

Face à preocupação com o uso de meios de transporte aéreo para o cometimento de delitos, diferentes países passaram a prever legalmente a medida de abate de aeronaves suspeitas. Semelhante expediente, todavia, entra em conflito com direitos fundamentais, em especial com o direito à vida e a proteção da dignidade humana das pessoas a bordo. Isso posto, o presente trabalho busca, em um primeiro momento, analisar a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a respeito do abate de aviões (BVerfGE 115, 118), descrevendo seus fundamentos e explicando-a a partir da teoria da ponderação. A experiência alemã serve como ponto de referência para que, em um segundo momento, seja exposta a legislação brasileira a respeito do tema, com a necessária indagação acerca de sua constitucionalidade.

Palavras-chave: abate de aeronaves; segurança aérea; direito à vida; dignidade humana.

ABSTRACT

In view of the concerns about the use of airplanes in criminal activities, different countries have legally authorized the use of military force against suspicious aircraft. This authorization, however, leads to a conflict among principles, namely, the fundamental rights to life and human dignity of the passengers on board. This paper seeks to analyze the decision of the Federal Constitutional Court of Germany regarding the authorization to shoot down airplanes (BVerfGE 115, 118), exposing its reasoning and explaining it by the theory of balancing. The German experience serves as a point of reference to the analysis of Brazilian legislation on that subject, with the necessary inquiries about its constitutionality.

Keywords: shoot down aircraft; aviation safety; right to life; human dignity.

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
Mestre em Direito pela UFRGS.
leonardo_tapes@hotmail.com

Recebido em 21-11-2018 | Aprovado em 20-12-2018



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA ACERCA DO ABATE DE AVIÕES: BVERFG 115, 118; 1.1 FUNDAMENTOS DA BVERFG 115, 118; 1.1.1 Considerações prévias; 1.1.2 Fundamentação propriamente dita; 1.2 A BVERFG 115, 118 À LUZ DA TEORIA DA PONDERAÇÃO; 1.2.1 A distinção entre regras e princípios; 1.2.2 Princípios, proporcionalidade e ponderação; 1.2.2.1 *Dois leis da ponderação*; 1.2.2.2 *A fórmula peso*; 1.2.2.3 *A insegurança empírica como fator determinante para o juízo de ponderação no caso do abate de aviões*; 2 O ABATE DE AVIÕES NO BRASIL; 2.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE ABATE DE AVIÕES; 2.2 É CONSTITUCIONAL A PERMISSÃO PARA O ABATE DE AVIÕES NO ESPAÇO AÉREO BRASILEIRO?; CONCLUSÃO

■ INTRODUÇÃO

Várias foram as consequências do ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, provavelmente o mais significativo fato histórico deste século. Seus efeitos geopolíticos, entre os quais a gigantesca perda de vidas humanas em operações militares no Oriente Médio, foram até mais conspícuos e aterradores que o ataque em si. Menos conhecidos, todavia, são os efeitos jurídicos daquele ataque. A forma pela qual o ato terrorista foi executado, envolvendo o sequestro e a destruição premeditada de aeronaves civis de grande porte, provocou, em nível mundial, debates acerca da segurança do tráfego aéreo, os quais, naturalmente, levaram a inovações no plano jurídico de diversos países.

Um exemplo disso foi a promulgação, no ano de 2005, da Lei de Segurança Aérea pelo parlamento federal alemão. Entre as inovações trazidas por essa lei, todavia, estavam alguns dispositivos extremamente polêmicos, os quais tornavam juridicamente viável o abate de aeronaves civis que presumivelmente estivessem sendo utilizadas em atos terroristas. Essa discussão, que envolvia a garantia da segurança aérea em conflito com a provável perda de vidas inocentes, chegou ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, onde, no ano de 2006, a medida em questão foi declarada inconstitucional.

No Brasil, ao contrário do que se verificou na maior parte do mundo, as discussões sobre abate de aeronaves já haviam começado no final da década de 1990, em razão da necessidade que o país enfrentava de combater o tráfico internacional de drogas realizado por pequenos aviões nas fronteiras com os seus vizinhos da América do Sul. Em face dos acontecimentos que se desenrolaram nos anos seguintes ao redor do mundo, a lei que inicialmente havia sido promulgada com esse objetivo passou a ser também um instrumento de enfrentamento ao terrorismo.

Diante disso, o presente trabalho tenciona, em um primeiro momento, expor a fundamentação da decisão adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que tornou inconstitucional o dispositivo da Lei de Segurança Aérea sobre a autorização para o abate de aeronaves civis, analisando-a dogmaticamente à luz da teoria da ponderação. Em um segundo momento, será abordada a legislação brasileira relativa à possibilidade de abate de aviões e, com inspiração na experiência alemã, será discutida a sua compatibilidade com a ordem constitucional adotada pela República Federativa do Brasil.

1 A DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA ACERCA DO ABATE DE AVIÕES: BVERFG 115, 118

1.1 FUNDAMENTOS DA BVERFG 115, 118

1.1.1 Considerações prévias

Decisão proferida pelo 1º Senado do Tribunal Constitucional Federal em 15 de fevereiro de 2006. A decisão foi proferida em sede de recurso constitucional, o qual havia sido interposto contra um dispositivo da Lei de Segurança Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*), o § 14, alínea 3, que autorizava a força aérea alemã a abrir fogo contra aviões de passageiros que supostamente estariam sendo utilizados para ataques terroristas e, portanto, seriam transformados em armas dirigidas contra a vida de outras pessoas além daquelas que se encontravam no interior da aeronave.¹

A decisão começa descrevendo alguns fatos que antecederam a promulgação da Lei de Segurança Aérea, especificamente os ataques de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, que deixaram mais de três mil mortos, e também um incidente ocorrido em Frankfurt am Main no dia 05 de janeiro de 2003, quando um homem chamado Franz Stefan-Strambach sequestrou um avião e, voando em círculos sobre os arranha-céus da cidade, ameaçou jogar a aeronave contra o prédio do Banco Central Europeu. Esse incidente terminou sem vítimas, mas chamou a atenção das autoridades alemãs para os problemas relacionados à segurança do tráfego aéreo.²

Como consequência desse novo tipo de ataque terrorista, desencadeou-se uma série de medidas ao redor do mundo com o objetivo de elevar a segurança da aviação civil. No âmbito da União Europeia, foi editado o Regulamento n.º 2.320 (promulgado em 2002 e substancialmente alterado em 2004), que estabeleceu disposições comuns de segurança para a aviação civil no âmbito dos Estados-membros da comunidade. Entre as medidas de segurança introduzidas por esse Regulamento estavam exigências relativas à vigilância nos aeroportos (especialmente nas áreas dos aeroportos que são acessíveis ao público em geral), prescrições acerca de controle dos passageiros e de suas bagagens antes do embarque, determinações sobre a contratação e o treinamento de pessoal de bordo, entre outras estipulações.³

Na Alemanha, esse recrudescimento das medidas de segurança aérea foi, do ponto de vista jurídico, cristalizado na Lei de Segurança Aérea, de 11 de janeiro de 2005. O primeiro parágrafo da referida Lei deixa claro esse intento quando diz que o seu objetivo é a proteção da aviação civil contra sequestro de aeronaves, atos de sabotagem e atentados terroristas.⁴ A

¹ BVerfGE 115, 118.

² BVerfGE 115, 118.

³ BVerfGE 115, 118.

⁴ Eis o texto do dispositivo mencionado: “§ 1 Objetivo: Essa lei serve para a proteção contra ataques à segurança do tráfego aéreo civil, particularmente contra sequestros de aviões, atos de sabotagem e atentados terroristas”.

seção mais polêmica da Lei de Segurança Aérea é a terceira, intitulada “Suporte e Assistência das Forças Armadas”, que compreende os parágrafos 13, 14 e 15. No § 13, alínea 1, a Lei estabelece que, na existência de fatos que permitam concluir que uma ação foi levada a efeito durante o voo de modo a dar margem à ocorrência de um desastre aéreo, é possível, além da força policial, mobilizar as forças armadas na tentativa de conter esse perigo.⁵ O § 14, alínea 1, estabelece que, para evitar esse tipo de desastre, as forças armadas podem obrigar o avião a abandonar a sua rota, podem coagi-lo a aterrissar, podem ameaçá-lo com o emprego das armas e podem disparar tiros de advertência.⁶ De acordo com a alínea 2 desse parágrafo, exige-se que o princípio da proporcionalidade seja observado na escolha dessas medidas.⁷ Por sua vez, a alínea 3 desse parágrafo estabelece que, uma vez esgotadas as medidas menos gravosas, é possível uma agressão à aeronave suspeita, desde que as circunstâncias permitam concluir que esse avião está sendo utilizado como arma contra a vida de outras pessoas e, ao mesmo tempo, que abrir fogo contra ele é a única forma de evitar esse resultado.⁸ A alínea seguinte desse parágrafo estabelece que a ordem para a agressão ao avião suspeito deve

No original: „§ 1 Zweck: Dieses Gesetz dient dem Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Zivilen Luftverkehrs, insbesondere vor Flugzeugentführungen, Sabotageakten und terroristischen Anschlägen.“

⁵ Eis o texto do dispositivo mencionado: “§ 13 Decisão do Governo Federal: (1) Existindo, devido a um incidente aéreo significativo, fatos que, no quadro de defesa contra perigos, justificam a suposição de que um desastre particularmente grave, nos termos do artigo 35, alínea 2, frase 2 ou alínea 3 da Lei Fundamental, é iminente, podem as forças armadas, enquanto for necessário para o combate eficaz, ser mobilizadas para o suporte das forças policiais dos estados no espaço aéreo para a prevenção desse desastre.” No original: „§ 13 Entscheidung der Bundesregierung: (1) Liegen auf Grund eines erheblichen Luftzwischenfalls Tatsachen vor, die im Rahmen der Gefahrenabwehr die Annahme begründen, dass ein besonders schwerer Unglücksfall nach Artikel 35 Abs. 2 Satz 2 oder Abs. 3 des Grundgesetzes bevorsteht, können die Streitkräfte, soweit es zur wirksamen Bekämpfung erforderlich ist, zur Unterstützung der Polizeikräfte der Länder im Luftraum zur Verhinderung dieses Unglücksfalles eingesetzt werden.“

⁶ Eis o texto do dispositivo mencionado: “§ 14 Medidas de Mobilização, Competência para a Ordem: (1) Para a prevenção da ocorrência de um desastre particularmente grave, podem as forças armadas no espaço aéreo desviar aviões, obrigá-los à aterrissagem, ameaçá-los com o emprego de violência armada ou disparar tiros de advertência.” No original: „§ 14 Einsatzmaßnahmen, Anordnungsbefugnis: (1) Zur Verhinderung des Eintritts eines besonders schweren Unglücksfalles dürfen die Streitkräfte im Luftraum Luftfahrzeuge abdrängen, zur Landung zwingen, den Einsatz von Waffengewalt androhen oder Warnschüsse abgeben.“

⁷ Eis o texto do dispositivo mencionado: “§ 14 [...] (2) Entre várias medidas possíveis, deve-se escolher aquela que presumivelmente menos prejudique o indivíduo e a coletividade. A medida só pode ser levada a efeito enquanto e na medida que o seu objetivo o exige. Ela não pode levar a uma desvantagem que seja reconhecidamente desproporcional em relação ao resultado desejado.” No original: „§ 14 [...] (2) Von mehreren möglichen Maßnahmen ist diejenige auszuwählen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Die Maßnahme darf nur so lange und so weit durchgeführt werden, wie ihr Zweck es erfordert. Sie darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.“

⁸ Eis o texto do dispositivo mencionado: “§ 14 [...] (3) A ação direta com a força das armas só é admissível quando, a partir das circunstâncias, depreende-se que a aeronave deverá ser utilizada contra a vida de pessoas e esse é o único meio de defesa contra esse perigo atual.” No original: „§ 14 [...] (3) Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist.“

partir do ministro da defesa ou, em substituição a ele, do seu representante junto ao governo federal.^{9 10}

O recurso constitucional que deu origem à decisão em pauta dirige-se imediatamente contra o § 14, alínea 3 da Lei de Segurança Aérea. O recorrente argumenta que a autorização de abate de aeronaves civis, como prevista naquele dispositivo, viola os seus direitos garantidos no artigo 1, alínea 1 da Lei Fundamental (que trata da dignidade humana)¹¹ e no artigo 2, alínea 2 da mesma Lei Fundamental (que trata dos direitos à vida e à integridade física),¹² complementados pelo artigo 19, alínea 2 da Lei Fundamental, que garante que nenhum direito fundamental poderá ser violado em sua essência.¹³ O principal argumento trazido no recurso é o de que essa possibilidade do abate de um avião de passageiros transforma as pessoas que estão dentro do avião (e que, portanto, são tão vítimas da situação quanto aquelas que serão potencialmente afetadas em terra pela utilização desse avião como arma) em mero objeto de uma ação estatal. Essas pessoas, de acordo com o recurso, seriam duplamente brutalizadas, primeiro como vítimas de um crime de terrorismo e depois como alvo de uma agressão estatal premeditada, agressão essa cuja possibilidade decorre do exercício de um poder discricionário de uma autoridade específica, o ministro da defesa, que pode ordenar o abate do avião sob o pressuposto extremamente vago das circunstâncias do caso. Além disso, o recorrente sustenta que o Estado não pode tentar proteger uma maioria de cidadãos através do extermínio premeditado de uma minoria (no caso, as pessoas que estão a bordo do avião). Uma ponderação de vida contra vida, determinada pela quantidade de pessoas que estão de um lado e de outro, seria totalmente incompatível com a dignidade humana; o Estado não pode simplesmente matar um determinado número de pessoas com a justificativa de que ele espera, com essa ação, salvar a vida de outras que estão em maior número.¹⁴

Um argumento secundário do recorrente diz respeito à impossibilidade constitucional de utilização das forças armadas para o abate de aviões de passageiros. O artigo 87 a, alínea 2 da Lei Fundamental estabelece que as forças armadas alemãs, fora da sua função de defesa, somente podem intervir quando a Lei Fundamental expressamente autoriza que

⁹ Eis o texto do dispositivo mencionado: “§ 14 [...] (4) A medida da alínea 3 pode ordenar somente o ministro federal da defesa, ou, em caso de substituição, o membro do governo federal autorizado à sua substituição.” No original: „§ 14 [...] (4) Die Maßnahme nach Absatz 3 kann nur der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnigte Mitglied der Bundesregierung anordnen.“

¹⁰ BVerfGE 115, 118.

¹¹ Eis o texto do dispositivo mencionado: “Artigo 1 (1) A dignidade humana é intangível. Considerá-la e protegê-la é obrigação de todo poder estatal.” No original: „Artikel 1 (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

¹² Eis o texto do dispositivo mencionado: “Artigo 2 (2) Todos têm o direito à vida e à integridade corporal. A liberdade da pessoa é inviolável. Nesses direitos pode-se somente intervir com base em uma lei.” No original: „Artikel 2 (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.“

¹³ Eis o texto do dispositivo mencionado: “Artigo 19 (2) Em nenhum caso pode um direito fundamental ser violado em seu conteúdo essencial.” No original: „Artikel 19 (2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.“

¹⁴ BVerfGE 115, 118.

elas o façam.¹⁵ Segundo o recorrente, os pressupostos constitucionais para essa intervenção não existem no caso do abate de aviões.¹⁶

A respeito desse recurso constitucional, várias manifestações foram apresentadas. Entre elas estavam a do parlamento federal e a do governo federal.

O parlamento federal defendeu a constitucionalidade do dispositivo atacado. De acordo com sua manifestação, a possibilidade de abate de aviões prevista na Lei de Segurança Aérea não viola a dignidade humana dos passageiros do avião, na medida em que a ação estatal é dirigida imediatamente contra aqueles que tomaram o avião em seu poder e planejam não apenas matar as pessoas que estão a bordo, mas também utilizar a aeronave como instrumento para a morte de outras pessoas em terra. Quanto ao direito à vida dos passageiros, tampouco pode ser reconhecida qualquer violação, pois o próprio artigo 2, alínea 2 da Lei Fundamental possibilita que o direito fundamental à vida seja restringido com base em lei. No caso, essa restrição seria necessária para o caso excepcional de um ataque a uma aeronave, através do qual é razoável supor que, em comparação com o número reduzido de pessoas que estão a bordo, a vida de um número maior de indivíduos em terra seria poupada se o desfecho do ataque fosse impedido a tempo. Além disso, a utilização de um avião como arma é assaz preocupante em face das características geográficas da República Federal da Alemanha, que ocupa um território relativamente pequeno e, ao mesmo tempo, densamente povoado.¹⁷

Cumprir registrar que uma das coligações do parlamento apresentou um requerimento em separado, esclarecendo que havia votado a favor da Lei de Segurança Aérea sob o pressuposto de que apenas o terrorista estivesse a bordo do avião. Tratando-se de um ataque a um avião de passageiros tripulado por pessoas inocentes, essa coligação manifestou seu entendimento no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei que autoriza o abate.¹⁸

Por sua vez, o governo federal defendeu a constitucionalidade do dispositivo em questão. Ele sustentou para tanto que a Lei de Segurança Aérea tem por objetivo garantir a proteção estatal a toda vida humana; quando o direito à vida de um cidadão colide com o direito à vida de outro cidadão, é dever do Estado, através da legislação, estabelecer uma solução para esse conflito. Não se trata de uma ponderação de vida contra vida, mas do reconhecimento de que a defesa em face de uma agressão à vida de determinados cidadãos deve ocorrer mesmo que, para isso, outros venham a perecer. A função de defesa, nesse caso, complementa a função de proteção, ambas funções de responsabilidade do Estado no que tange ao direito à vida. Especificamente em relação aos passageiros, eles acabam sendo, contra a sua vontade, parte da arma utilizada no ataque terrorista (no caso, a aeronave). Diante das ameaças que rodeiam o tráfego aéreo atualmente, o passageiro deve estar ciente do perigo a que se expõe quando decide embarcar em um avião; em outras palavras, deve saber que, em uma situação excepcional, pode ter a sua vida sacrificada para que se evite a

¹⁵ Eis o texto do dispositivo mencionado: “Artigo 87a (2) Além da defesa, podem as forças armadas ser mobilizadas somente quando o autorizar expressamente essa Lei Fundamental.” No original: „Artikel 87a (2) Außer zur Verteidigung dürfen die Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit dieses Grundgesetz es ausdrücklich zuläßt.“

¹⁶ BVerfGE 115, 118.

¹⁷ BVerfGE 115, 118.

¹⁸ BVerfGE 115, 118.

morte de outras pessoas. Além disso, a lei estabelece uma série de medidas que devem ser tomadas antes do emprego de violência contra o avião tripulado, o que está de acordo com o princípio da proporcionalidade e, mais além, com a consideração da dignidade humana dos passageiros. A autorização para o abate só pode ser dada quando se tem certeza de que a aeronave em questão está sendo parte de um ataque terrorista.¹⁹

1.1.2 Fundamentação propriamente dita

O Tribunal Constitucional Federal considerou o recurso constitucional admissível, na medida em que o recorrente encontra-se afetado atual e imediatamente em seus direitos fundamentais pela norma que pretende ver declarada inconstitucional, e, no mérito, considerou o § 14, alínea 3 da Lei de Segurança Aérea incompatível com os direitos fundamentais à vida e à dignidade humana e, portanto, inconstitucional. Com isso, o recurso constitucional foi conhecido e provido.²⁰ Os principais fundamentos da decisão serão expostos a seguir.

O direito à vida, garantido pelo artigo 2, alínea 2, frase 1 da Lei Fundamental é um direito de liberdade que garante que a existência biológica de todo ser humano não será agredida pelo Estado. Toda vida humana, sem exceção, está abrangida por esse direito fundamental. Apesar disso, o artigo 2, alínea 2, frase 3 da Lei Fundamental estabelece uma reserva de lei para esse direito. Isso significa que ele pode ser, sob determinadas circunstâncias, restringido por meio da legislação ordinária. Semelhante restrição, contudo, tem de observar, entre outras coisas, os limites que o próprio sistema constitucional estabelece para a garantia dos direitos fundamentais.²¹

No que tange especificamente à autorização para o abate de aviões, essa autorização e o consequente emprego de força contra a aeronave suspeita significam, com um grau de probabilidade muito próximo à certeza, a queda desse avião e a morte de todas as pessoas que se encontram a bordo, tanto dos terroristas quanto dos passageiros e do estafe da aeronave. Para tamanha brutalidade não se encontra nenhuma justificação do ponto de vista constitucional.²²

Formalmente, ela é inconstitucional porque esse tipo de regulamentação foge à competência legislativa da Federação. Fora das hipóteses de defesa do território, as forças armadas alemãs só podem ser mobilizadas nos casos expressamente previstos na Lei Fundamental. Essa previsão da Lei de Segurança Aérea está (alegadamente) baseada no artigo 35, alínea 2 da Lei Fundamental, que autoriza a mobilização das forças armadas para auxiliar as forças policiais dos estados no caso de ocorrência de uma catástrofe natural ou de um desastre particularmente grave.²³ Tal dispositivo, contudo, não autoriza o emprego de

¹⁹ BVerfGE 115, 118.

²⁰ BVerfGE 115, 118.

²¹ BVerfGE 115, 118.

²² BVerfGE 115, 118.

²³ Eis o texto do dispositivo mencionado: “Artigo 35 (2) Para a manutenção ou o restabelecimento da ordem pública podem os estados, em casos de especial significado, solicitar a força e as instalações da proteção federal às fronteiras para o suporte à sua polícia, quando a polícia não puder cumprir uma tarefa sem esse suporte, ou só puder fazê-lo com consideráveis dificuldades. Para o auxílio diante de uma catástrofe natural ou de um

violência. A ajuda das forças armadas aos estados não inclui a possibilidade de uma ação bélica contra o causador da perturbação, como seria, por exemplo, o abate de um avião sequestrado por terroristas.²⁴

Além disso, do ponto de vista material, o dispositivo correspondente ao § 14, alínea 3 da Lei de Segurança Aérea é inconstitucional, na medida em que prevê a possibilidade de abate de uma aeronave tripulada por pessoas que não são criminosas, mas vítimas de um ataque à segurança aérea. Prevendo isso, o dispositivo em questão acaba por ferir o artigo 1, alínea 1 da Lei Fundamental, que trata da inviolabilidade da dignidade humana, e o artigo 2, alínea 2, frase 1 da Lei Fundamental, que reconhece o direito à vida. Apenas se a previsão do abate fosse limitada a aviões não tripulados ou tripulados apenas por terroristas ela poderia ser entendida como constitucional. Não é esse, todavia, o caso, pois o dispositivo em questão permite a agressão a pessoas inocentes.²⁵

O direito à vida está em íntima conexão com a dignidade humana, na medida em que a vida representa a base existencial da dignidade do ser humano, dignidade essa que, na Lei Fundamental, foi elevada ao ápice do sistema jurídico. Todo ser humano possui dignidade, e isso durante todo o período correspondente à sua existência física, independentemente de qualquer circunstância concreta. Para o Estado, a conexão entre o direito à vida e a dignidade humana tem duplo significado: a ele está proibido destruir, por medidas próprias, a vida humana e, ao mesmo tempo, tem ele o dever de proteger a vida humana contra perigos causados por terceiros. Nesse sentido, o artigo 1, alínea 1 da Lei Fundamental diz que é dever do Estado tanto respeitar a dignidade humana quanto protegê-la.²⁶

Trata-se de uma norma constitucional de elevado grau de abstração. Concretamente, não se deixa reconhecer uma fórmula que determine em todos os casos o que significa a obrigação estatal de respeito e proteção à dignidade humana. Esse dever abrange a proteção do particular contra todos os tipos de ações do próprio Estado ou de terceiros que sejam nitidamente incompatíveis com a sua dignidade, especialmente contra aquelas que transformem o ser humano em um simples objeto do Estado.²⁷

O argumento central para a inconstitucionalidade do dispositivo que permite o abate de aeronaves é o de que em uma situação na qual determinado avião foi tomado por terroristas e está sendo intencionalmente usado como arma contra a vida de pessoas inocentes (tanto das que estão a bordo quando das que se encontram no alvo que os terroristas pretendem atingir em terra), os passageiros são duplamente tratados como objeto, primeiro pelos terroristas e depois pelo Estado. No caso, o objetivo da ação estatal é evitar que o ataque terrorista chegue a termo, de modo a salvar aqueles que seriam as suas

desastre especialmente grave pode um estado solicitar forças policiais de outros estados, força e instalações de outras administrações, bem como da proteção federal às fronteiras e das forças armadas." No original: „Artikel 35 (2) Zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung kann ein Land in Fällen von besonderer Bedeutung Kräfte und Einrichtungen des Bundesgrenzschutzes zur Unterstützung seiner Polizei anfordern, wenn die Polizei ohne diese Unterstützung eine Aufgabe nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten erfüllen könnte. Zur Hilfe bei einer Naturkatastrophe oder bei einem besonders schweren Unglücksfall kann ein Land Polizeikräfte anderer Länder, Kräfte und Einrichtungen anderer Verwaltungen sowie des Bundesgrenzschutzes und der Streitkräfte anfordern.“

²⁴ BVerfGE 115, 118.

²⁵ BVerfGE 115, 118.

²⁶ BVerfGE 115, 118.

²⁷ BVerfGE 115, 118.

potenciais vítimas em terra; todavia, isso não elimina a violação à dignidade das pessoas que estão dentro do avião e que são conscientemente agredidas pelo Estado, uma agressão que, para elas, muito provavelmente terá como consequência a morte. A eliminação das vítimas a bordo acaba sendo o meio para a salvação das potenciais vítimas no solo, ou seja, as pessoas a bordo são tratadas como coisas, o que não é compatível com o seu direito à vida e com a proteção da sua dignidade.²⁸

A favor da inconstitucionalidade do dispositivo em questão pode ser levantado um argumento adicional: o da incerteza. Quando esse tipo de incidente ocorre, as circunstâncias que autorizam o emprego de violência contra o avião suspeito nem sempre podem ser cuidadosamente avaliadas. A própria determinação da existência de um fato potencialmente provocador de um desastre, nos termos da Lei de Segurança Aérea, é, não raro, rodeada de grandes incertezas. A questão, aqui, é até que ponto o estafe de bordo tem a capacidade de informar corretamente o pessoal em terra acerca da existência de um ataque. Se o sequestro do avião for tão bem executado que não seja possível informar adequadamente os órgãos de segurança aérea acerca do que está ocorrendo, a real situação permanece incerta desde o início para aqueles que devem tomar providências em terra. Além disso, como essa é uma situação de combate, não pode ser descartada *a priori* a possibilidade de uma reação do estafe da aeronave e dos passageiros, o que significa que a situação a bordo pode se alterar completamente em questão de minutos, e uma eventual retomada do controle do avião pode não ser informada a tempo às autoridades que devem tomar a decisão acerca do abate.²⁹

Some-se a isso que a própria motivação do sequestrador do avião permanece totalmente obscura até que ele próprio se manifeste ou que o seu objetivo esteja prestes a ser atingido. Diante de toda essa incerteza, a autorização para abrir fogo contra a aeronave pode se revelar totalmente desproporcional, ou seja, corre-se o altíssimo risco de reagir com demasia, potencializado pela gigantesca pressão de tempo que pesa sobre a decisão.³⁰

1.2 A BVERFGE 115, 118 À LUZ DA TEORIA DA PONDERAÇÃO

A decisão exposta no item anterior provocou uma série de reações no âmbito da literatura jurídica alemã. Manifestações especialmente frutíferas acerca dela, capazes de explicá-la analiticamente com alto grau de precisão, foram trazidas pelos autores da assim chamada “Escola de Kiel”. O pensamento desses autores está na base das reflexões seguintes.

1.2.1 A distinção entre regras e princípios

De acordo com o grande representante da Escola de Kiel, Robert Alexy, existem duas espécies de normas: regras e princípios. Regras contêm fixações no âmbito do possível fática e juridicamente; isso significa que, se uma regra vale e é aplicável, deve-se fazer exatamente aquilo que ela pede. Uma regra somente pode ser cumprida ou não cumprida, ou seja, seu cumprimento é uma questão de tudo ou nada. Normas com caráter de regra são

²⁸ BVerfGE 115, 118.

²⁹ BVerfGE 115, 118.

³⁰ BVerfGE 115, 118.

“mandamentos definitivos”. Princípios, por sua vez, exigem que algo seja cumprido em uma medida máxima possível em atenção às possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Constituem, portanto, “mandamentos de otimização”, que admitem cumprimento em diferentes graus, em atenção às circunstâncias fáticas e jurídicas do caso (essas últimas representadas pelas regras e – mormente – pelos princípios em sentido contrário).³¹

Essa distinção possui numerosas consequências, e as discussões teóricas em torno dela parecem longe de terminar.³² Aqui, o mais importante a ressaltar é que a distinção qualitativa entre regras e princípios, na forma proposta por Alexy, leva a duas distintas formas de aplicação do direito: regras são aplicáveis mediante subsunção, enquanto princípios o são mediante ponderação. Normas de direitos fundamentais são, via de regra, normas de caráter principiológico.³³ Isso significa que elas não determinam de antemão o seu conteúdo concreto de dever-ser: essa determinação somente pode ser buscada no caminho da solução do conflito entre os princípios colidentes no caso concreto.

1.2.2 Princípios, proporcionalidade e ponderação

Mais além, a estrutura dos princípios deve ser entendida a partir da conexão desse tipo de norma com o princípio da proporcionalidade. Tanto a proporcionalidade como tal quanto os seus três princípios parciais (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito) decorrem logicamente da ideia de princípio.³⁴

Como mandamentos de otimização, princípios ordenam a realização de algo em uma medida máxima possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios da idoneidade e da necessidade representam a natureza dos princípios como mandamentos de otimização relativamente às possibilidades fáticas; o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que consiste justamente na exigência de ponderação, representa a natureza dos princípios como mandamentos de otimização relativamente às possibilidades jurídicas.³⁵

1.2.2.1 Duas leis da ponderação

A ponderação é o objeto do exame da proporcionalidade em sentido restrito. Com ela, determina-se o que é a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Nesse sentido, o terceiro subprincípio da proporcionalidade pode ser expresso na forma de uma “lei

³¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 75-77.

³² Para uma análise das críticas à distinção proposta por Alexy no âmbito da doutrina brasileira, ver TREVISAN, Leonardo Simchen. *Ponderação, Argumentação, Racionalidade: Robert Alexy e Seus Críticos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017. p. 173-292.

³³ Há exceções, como a norma de direito fundamental associada, que têm a estrutura correspondente às regras e deve, portanto, ser aplicada mediante subsunção. Sobre esse conceito, ver ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 57-63; LUDWIG, Roberto José. *A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 31-56.

³⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 100.

³⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 100-101.

da ponderação”, que diz: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”³⁶

Essa primeira lei da ponderação constitui o grande axioma a aplicar na colisão de princípios. A ponderação, todavia, não se resume à determinação das intensidades de intervenção e da importância relativa dos princípios em colisão. Ela envolve também os pesos abstratos de cada um desses princípios no caso concreto e os graus de segurança empírica acerca das medidas de intervenção em cada princípio. Com relação a esse último fator, é possível formular uma segunda lei da ponderação, que leva o nome de lei da ponderação epistêmica. Ela diz: “quanto mais grave pesa uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras dessa intervenção.”³⁷ Para o tema aqui discutido, essa segunda lei da ponderação é, como adiante se verá, fundamental.

1.2.2.2 A fórmula peso

Todas essas variáveis aparentemente díspares deixam-se reunir em um modelo matemático extremamente relevante para a teoria da ponderação: a fórmula peso.

De acordo com essa construção teórica, o peso concreto ($G_{i,j}$) de um princípio (P_i) em face de um princípio em sentido contrário (P_j) pode ser expresso numericamente pelo quociente da divisão do produto da multiplicação dos valores correspondentes à intensidade de intervenção em P_i (I_i), ao peso abstrato de P_i (G_i) e ao grau de segurança da suposição empírica acerca da não realização de P_i (S_i) pelo produto da multiplicação dos valores correspondentes à intensidade de intervenção em P_j (I_j), ao peso abstrato de P_j (G_j) e ao grau de segurança da suposição empírica acerca da não realização de P_j (S_j).³⁸ Sendo essas as variáveis, a fórmula pode ser expressa da seguinte forma:

$$G_{i,j} = (I_i \times G_i \times S_i) \div (I_j \times G_j \times S_j)^{39}$$

Naturalmente, nada foi dito ainda acerca da possibilidade de atribuições numéricas a dessas variáveis, tampouco acerca da correta interpretação do resultado. $G_{i,j}$ expressa, como visto, o peso concreto do princípio P_i em relação ao princípio P_j , ambos em rota de colisão. Se, aplicada a fórmula peso, o valor de $G_{i,j}$ for superior a 1, P_i prevalece sobre P_j ; se for inferior a 1, P_j prevalece sobre P_i ; se for igual a 1, há um empate, o que significa que nenhum princípio

³⁶ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. in: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111.

³⁷ ALEXY, Robert. A Fórmula Peso. in: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 150.

³⁸ ALEXY, Robert. A Fórmula Peso. in: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 138-150.

³⁹ ALEXY, Robert. A Fórmula Peso. in: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 151.

prevalece (e, portanto, a ponderação não é capaz de oferecer uma solução para o caso – trata-se da possibilidade de um “espaço de ponderação”, que não será abordada aqui).⁴⁰

Além disso, as atribuições numéricas às variáveis da fórmula dependem, naturalmente, de diferenciações. Com relação à primeira variável I_i , que significa a intensidade de intervenção no princípio P_i diante do caso concreto, pode-se reconhecer, no quadro de uma escalação triádica, três graus de intervenção: leve (l), médio (m) e grave (s). Tomando-se por base uma escalação geométrica, é possível atribuir a l o número 1 (2^0); a m , o número 2 (2^1); e a s , o número 4 (2^2). I_j representa a intensidade de intervenção em P_j por omissão da intervenção em P_i . De forma análoga ao que ocorre em I_i , a intervenção em P_j será sempre concreta, sendo idênticos também os graus de intervenção (l, m, s). G_i representa o peso abstrato de P_i , ou seja, o peso que P_i possui abstratamente em relação aos demais princípios, independentemente das circunstâncias do caso; G_j representa algo idêntico em relação a P_j . A escala triádica pode ser aplicada também aos pesos abstratos; se eles forem iguais, o que frequentemente acontece, acabam por neutralizar-se reciprocamente. Por último, S_i e S_j representam o grau de segurança da suposição empírica acerca da intensidade da intervenção nos respectivos princípios no caso concreto. Também aqui é possível uma escalação triádica: certo ou seguro (g), sustentável ou plausível (p) e não evidentemente falso (e), aos quais os seguintes valores numéricos podem ser atribuídos: 2^0 (ou seja, 1) para g , 2^{-1} (ou seja, 1/2) para p e 2^{-2} (ou seja, 1/4) para e .⁴¹

Isso posto, torna-se possível reconhecer que, na fórmula peso, estão expressas analiticamente tanto a primeira lei da ponderação, segundo a qual um grau ascendente de não cumprimento ou prejuízo de um princípio deve ser acompanhado de uma importância tanto maior do cumprimento do outro, representada pelas variáveis I_i e I_j , quanto a segunda lei da ponderação, segundo a qual a gravidade crescente de uma intervenção em um direito fundamental deve ser justificada por uma certeza tanto maior das premissas apoiadoras da intervenção, representada pelas variáveis S_i e S_j . Acrescentando-se as variáveis G_i e G_j , correspondentes aos pesos abstratos, tem-se um modelo analítico extremamente rigoroso que, em seu conjunto, pode ser entendido como a “justificação interna” da ponderação. A imagem, contudo, ainda não está completa. De acordo com a fórmula peso, a ponderação depende de asserções quanto aos graus correspondentes a cada um dos fatores envolvidos. Isso somente pode ser feito no caminho da argumentação jurídica racional.⁴² O modelo de ponderação de Alexy é, portanto, um modelo fundamentado.⁴³ A fundamentação,

⁴⁰ Sobre isso, ver ALEXY, Robert. *Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada*. in: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 81-85.

⁴¹ ALEXY, Robert. *A Fórmula Peso*. in: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 138-151.

⁴² Poder-se-ia levantar contra a fórmula peso a objeção de que ela promoveria uma “matematização do direito”, estabelecendo a pretensão de atingir um grau de exatidão que ela não é capaz de cumprir. Isso seria, contudo, um equívoco. A adequada compreensão da fórmula peso mostra que o que existe é tão somente um modelo aritmético voltado a estruturar formalmente a ponderação. As atribuições numéricas às variáveis da fórmula carecem de justificação, ou seja, o campo da argumentação jurídica racional não é abandonado. Dizer que a fórmula peso reduz o direito à matemática faz tão pouco sentido quanto dizer que o silogismo de subsunção reduz o direito à lógica formal.

⁴³ No que se refere à racionalidade da ponderação, Alexy contrapõe dois modelos distintos. O “modelo de fundamentação”, que o referido autor defende, caracteriza-se por promover o enlace entre o procedimento da ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional. O modelo oposto, um “modelo de decisão”,

indissociavelmente unida à racionalidade, representa, com isso, a “justificação externa” da ponderação.⁴⁴

Para os objetivos aqui perseguidos, essa singela exposição da estrutura da fórmula peso é suficiente. Na sequência, buscar-se-á demonstrar que, ao permitir que a intensidade de intervenção em um princípio seja posta em relação com o grau de insegurança empírica que se tem acerca da medida que ocasiona a intervenção, essa fórmula permite que a decisão do Tribunal Constitucional Federal acerca do abate de aviões seja explicada de modo analiticamente rigoroso.

1.2.2.3 A insegurança empírica como fator determinante para o juízo de ponderação no caso do abate de aviões

Mencionou-se anteriormente que um dos argumentos centrais para a inconstitucionalidade da norma que autoriza o abate de aviões diz respeito à insegurança empírica.⁴⁵ Com efeito, a decisão estabelece claramente que os pressupostos para a autorização do abate da aeronave suspeita não podem ser demonstrados com a certeza necessária, especialmente no que se refere às reais intenções do terrorista, ou seja, se ele de

certamente não é capaz de garantir qualquer racionalidade, pois pressupõe que a ponderação seja efetuada exclusivamente com base nas inclinações subjetivas daquele que decide. Contra esse modelo pode ser feito valer que, em uma ponderação corretamente efetuada, não se trata de subjetividade e decisionismo. O modelo de fundamentação não está certamente em condições de fornecer um procedimento de ponderação que leve, em todos os casos, a um único resultado possível, mas é capaz de estruturar racionalmente a argumentação, ao determinar aquilo que, a cada vez, deve ser fundamentado. Da união entre ponderação e argumentação resulta a possibilidade de um controle intersubjetivo das decisões, ou seja, essa união é uma garantia de racionalidade. (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 144-152.)

⁴⁴ A justificação interna e a justificação externa são os dois tipos de justificação verificados no discurso jurídico. A justificação interna diz respeito à dedutibilidade de uma decisão a partir das premissas utilizadas em sua fundamentação; a segunda trata da correção dessas premissas. (ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 273.) No específico âmbito da ponderação, a terminologia “justificação interna” e “justificação externa” (que Alexy concebera originalmente para a subsunção) foi empregada pela primeira vez por Klatt e Schmidt: “Relacionada com a ponderação a justificação interna concerne à questão, se o resultado da ponderação resulta, segundo as regras da aritmética, das premissas citadas para a fundamentação. A questão da justificação interna deixa responder-se por uma consideração da estrutura formal da ponderação, como ela está descrita na fórmula peso. Estão fixados os valores a serem colocados na fórmula peso para as variáveis particulares, então pode o resultado ser derivado segundo as regras da aritmética. Do mesmo modo como na justificação interna de sentenças segundo o silogismo judicial, que certamente não segue regras aritméticas, mas lógicas, trata-se nisso, exclusivamente, de uma estrutura formal. Nem o silogismo judicial nem a fórmula peso concernem à correção das premissas colocadas. Trata-se, nesse aspecto, em ambos os casos, somente da relação inferencial da derivação de um resultado de premissas dadas. A correção das premissas é, pelo contrário, objeto da justificação externa. Aqui se trata disto, de fundamentar os valores colocados na fórmula peso. Portanto, por exemplo, da justificação, que a intensidade da intervenção foi avaliada como ‘grave’ ou da justificação, que o peso do princípio em sentido contrário somente é leve.” (KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no Direito Público: Para a Doutrina da Ponderação da Teoria dos Princípios*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 37.)

⁴⁵ Ver item 1.1.2, supra.

fato pretende provocar a queda do avião, e também se, mesmo que ele tenha essa intenção, outras vítimas podem ser feitas além daquelas que se encontram a bordo da aeronave.⁴⁶

Assim, verifica-se uma ponderação entre o dever do Estado relativamente à proteção do cidadão contra ataques terroristas e o direito à vida, em conexão com a dignidade humana, das pessoas que estão a bordo da aeronave suspeita. Nessa ponderação, a intensidade de intervenção no direito à vida dos passageiros é evidentemente grave, na medida em que o abate do avião representa a morte quase certa para aqueles que estão a bordo. De outro lado, há o dever estatal de proteção à vida das pessoas que, em terra, se acham ameaçadas pelo ataque terrorista em curso; a importância de satisfação dessa exigência é igualmente alta. Com isso, verifica-se uma intervenção grave em um princípio justificada por um fundamento de intervenção que pesa gravemente.⁴⁷

Disso decorre que, se apenas a primeira lei da ponderação fosse utilizada, a autorização para o abate de aviões poderia, em tese, ser admissível. Ela, contudo, não o é, em face da segunda lei da ponderação. Considerando a pressão de tempo que pesa sobre a autoridade encarregada de tomar a decisão, é praticamente impossível avaliar com cuidado se os pressupostos previstos em lei para o abate da aeronave estão presentes. A decisão é tomada por mera suspeita, não por um conhecimento seguro acerca do conjunto da situação. Isso não se coaduna com a lei de ponderação epistêmica, que exige que a segurança empírica tenha de ser tanto mais alta quanto mais pesada for a intervenção. Uma intervenção grave no direito à vida dos passageiros somente poderia ser justificada se houvesse um fundamento de intervenção relativamente seguro; no caso, se fosse possível a obtenção de certeza acerca da existência de um ataque terrorista e da motivação do criminoso no sentido de vitimar outras pessoas em terra com a derrubada do avião. Todavia, uma certeza quanto a esses fatores é difícil (talvez até mesmo impossível) de obter. A insegurança empírica é, portanto, o fator decisivo para que a medida correspondente ao abate da aeronave seja considerada inconstitucional no âmbito do juízo de ponderação.⁴⁸

A estrutura da fórmula peso facilita a compreensão da decisão.⁴⁹ Utilizando-se as escalas descritas anteriormente, tanto as intensidades de intervenção no direito à vida dos passageiros pelo abate da aeronave (I_i) quanto a importância da proteção à vida das pessoas no solo (I_j) podem ser expressas numericamente como 2^2 (intervenção grave/importância alta). Como se trata, em ambos os lados, do direito à vida, os pesos abstratos dos princípios devem ser tidos como iguais e, portanto, podem ser desprezados. No que tange às suposições relativas aos graus de segurança empírica, a variável S_j deve ser expressa por 2^0 , já que existe segurança sobre o grau de afetação do direito à vida dos passageiros em caso de abate. A variável S_i , por sua vez, deve ser expressa por 2^{-1} , já que a segurança acerca da existência de um perigo real é, no máximo, mediana. Assim, tem-se que $G_{ij} = (2^2 \times 2^0) \div (2^2 \times 2^{-1}) = 2$, ou

⁴⁶ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no Direito Público: Para a Doutrina da Ponderação da Teoria dos Princípios*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 39-40.

⁴⁷ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no Direito Público: Para a Doutrina da Ponderação da Teoria dos Princípios*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 44.

⁴⁸ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no Direito Público: Para a Doutrina da Ponderação da Teoria dos Princípios*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 62-64.

⁴⁹ Ver item 1.2.2.2, supra.

seja, P_i prepondera sobre P_j , de modo a excluir juridicamente a possibilidade de derrubamento da aeronave.⁵⁰

Com isso, obtém-se um quadro completo da justificação interna da decisão. A justificação externa pode ser buscada na sua fundamentação, especialmente no que tange às asserções acerca dos graus de insegurança empírica, que, como visto, desempenham, no presente caso, um papel decisivo.⁵¹ Resta demonstrado, assim, não apenas o potencial analítico da fórmula peso, mas também sua utilidade e relevância para o correto entendimento das decisões de ponderação.

2 O ABATE DE AVIÕES NO BRASIL

2.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE ABATE DE AVIÕES

O uso do espaço aéreo brasileiro é regulado pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/86),⁵² que, originalmente, não previa qualquer autorização para o abate de aeronaves civis. Alguns anos depois da promulgação do CBA, contudo, o seu artigo 303 foi alterado pela Lei n.º 9.614/98, passando a admitir essa possibilidade. Hoje, o dispositivo em questão do CBA está assim redigido:

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:

I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);

V - para averiguação de ilícito.

§ 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório.⁵³

⁵⁰ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no Direito Público: Para a Doutrina da Ponderação da Teoria dos Princípios*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 64-65.

⁵¹ Ver item 1.1.2, supra.

⁵² Doravante será utilizada tão somente a sigla CBA.

⁵³ A alteração promovida pela Lei n.º 9.614/98 consistiu precisamente na introdução do § 2º ao artigo 303 da Lei n.º 7.565/86, renumerando-se o seu artigo § 2º como § 3º.

Saliente-se, ainda, que os §§ 1º, 2º e 3º do dispositivo supratranscrito foram objeto de regulamentação pelo Decreto Presidencial n.º 5.144/04. O decreto em questão dispõe o seguinte:

Art. 1º Este Decreto estabelece os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública.

Art. 2º Para fins deste Decreto, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações:

I - adentrar o território nacional, sem Plano de Vôo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou

II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

Art. 3º As aeronaves enquadradas no art. 2º estarão sujeitas às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito, executadas por aeronaves de interceptação, com o objetivo de compelir a aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que lhe for indicado e ser submetida a medidas de controle no solo pelas autoridades policiais federais ou estaduais.

§ 1º As medidas de averiguação visam a determinar ou a confirmar a identidade de uma aeronave, ou, ainda, a vigiar o seu comportamento, consistindo na aproximação ostensiva da aeronave de interceptação à aeronave interceptada, com a finalidade de interrogá-la, por intermédio de comunicação via rádio ou sinais visuais, de acordo com as regras de tráfego aéreo, de conhecimento obrigatório dos aeronavegantes.

§ 2º As medidas de intervenção seguem-se às medidas de averiguação e consistem na determinação à aeronave interceptada para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo.

§ 3º As medidas de persuasão seguem-se às medidas de intervenção e consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas.

Art. 4º A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição.

Art. 5º A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.

Art. 6º A medida de destruição terá que obedecer às seguintes condições:

I - emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Operações Aeroespaciais do Comando da Aeronáutica;

II - registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos;

III - execução por pilotos e controladores de defesa aérea qualificados segundo os padrões estabelecidos pelo Comando de Operações Aeroespaciais do Comando da Aeronáutica;

IV - execução sobre áreas não densamente povoadas e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; e

V - autorização do Presidente da República ou da autoridade por ele delegada.

Art. 7º O teor deste Decreto deverá ser divulgado, antes de sua vigência, por meio da Publicação de Informação Aeronáutica (AIP Brasil), destinada aos aeronavegantes e de conhecimento obrigatório para o exercício da atividade aérea no espaço aéreo brasileiro.

Art. 8º As autoridades responsáveis pelos procedimentos relativos à execução da medida de destruição responderão, cada qual nos limites de suas atribuições, pelos seus atos, quando agirem com excesso ou abuso de poder.

Art. 9º Os procedimentos previstos neste Decreto deverão ser objeto de avaliação periódica, com vistas ao seu aprimoramento.

Art. 10. Fica delegada ao Comandante da Aeronáutica a competência para autorizar a aplicação da medida de destruição.

Art. 11. O Ministério da Defesa, por intermédio do Comando da Aeronáutica, deverá adequar toda documentação interna ao disposto neste Decreto.

Art. 12. Este Decreto entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.⁵⁴

Em uma análise comparativa, é possível reconhecer uma miríade de pontos em comum entre a legislação brasileira e a alemã. Assim, o § 1º do artigo 303 do CBA estabelece que as autoridades aéreas podem utilizar dos meios que estão à sua disposição para forçar a aeronave classificada como hostil a aterrissar (classificadas pelo Decreto n.º 5.144/04 em medidas de averiguação, intervenção e persuasão, com grau crescente de intensidade); nos termos do § 2º do artigo 303 do CBA, a medida de destruição da aeronave só pode ser empregada quando esgotados os meios menos gravosos de sua interceptação. O paralelismo com a legislação alemã não poderia ser mais nítido, especialmente com o § 14, alínea 3 da Lei de Segurança Aérea, que estabelece a possibilidade de uma agressão à aeronave hostil apenas quando as medidas mais brandas de interceptação (semelhantes às previstas nos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 3º do Decreto n.º 5.144/04) revelarem-se infrutíferas. Quanto ao propósito, todavia, verifica-se uma diferença extremamente significativa: a legislação alemã trata de casos de terrorismo, enquanto a brasileira é voltada a coibir o tráfico internacional de entorpecentes.⁵⁵

⁵⁴ Essa é a redação atual. Cumpre registrar, a propósito, que os incisos I e III do artigo 6º do referido Decreto possuíam originalmente uma outra redação, que foi alterada pelo Decreto n.º 9.077/17.

⁵⁵ Sobre o teor da legislação alemã, ver item 1.1.1, supra.

2.2 É CONSTITUCIONAL A PERMISSÃO PARA O ABATE DE AVIÕES NO ESPAÇO AÉREO BRASILEIRO?

Sendo esse o teor da legislação brasileira, coloca-se a questão de sua conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil.⁵⁶ A seguir, serão tecidas breves considerações a esse respeito, procurando-se traçar paralelos com a experiência alemã.

Trata-se de uma típica questão de ponderação.⁵⁷ Na admissão do abate de aeronaves hostis, deixa-se vislumbrar uma colisão entre os princípios que garantem, de um lado, o direito à vida dos tripulantes, e, de outro, a segurança pública (entendida, nesse contexto, como a necessidade de repressão ao tráfico de entorpecentes).

O direito à vida é um dos direitos consagrados no *caput* do artigo 5º da CRFB, o texto magno que também consagra, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana. Não poderia ser diferente: como salienta José Afonso da Silva, de nada adiantaria a Constituição prever outros direitos fundamentais se não erigisse a vida humana no mais básico desses direitos, ao qual a própria noção de dignidade humana pode ser reconduzida.⁵⁸ Ao mesmo tempo, a garantia da segurança pública encontra-se prevista no artigo 144 da CRFB, que a descreve como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, tendo por finalidade a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.⁵⁹

Tomando-se em conta a primeira lei da ponderação, segundo a qual o grau de prejuízo à realização de um princípio só pode ser justificado por um grau correspondente de importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, verifica-se, de um lado, o direito à vida dos tripulantes da aeronave suspeita sendo afetado de maneira grave, pois a aplicação da medida de destruição muito provavelmente acarretará a morte deles.⁶⁰

O princípio em sentido contrário, qual seja, o da garantia segurança pública, seria afetado apenas de forma leve (no máximo mediana) se a destruição da aeronave fosse proibida. O tráfico de drogas representa um grave problema no Brasil, sem dúvida, não apenas

⁵⁶ Doravante será utilizada tão somente a sigla CRFB.

⁵⁷ Sobre a teoria da ponderação, ver item 1.2.2, supra.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 198.

⁵⁹ Um tema particularmente espinhoso é o da atuação das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) na segurança pública. De fato, o artigo 144 da CRFB enumera em seus incisos (no total de cinco) os órgãos responsáveis por essa função, quais sejam, a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis, as polícias militares e os corpos de bombeiros militares. As Forças Armadas não estão incluídas nesse rol: suas funções, nos termos do artigo 142 da CRFB, limitam-se à defesa nacional, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer dos poderes, à manutenção da lei e da ordem. No que tange a essa última função das Forças Armadas, deve ser observado que “só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a defesa da lei e da ordem, porque essa defesa é de competência primária das forças de segurança pública”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 772.) O § 1º do artigo 142 da CRFB, todavia, determina que as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas deverão ser estabelecidas por lei complementar. Essas normas foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Complementar n.º 97/99, que, com as alterações que lhe foram dadas pela Lei Complementar n.º 136/10, estabelece como atribuição subsidiária particular da Aeronáutica a de atuar contra todos os tipos de tráfico aéreo ilícito, especialmente no que se refere ao tráfico de drogas, armas, munições e passageiros ilegais (artigo 18, VII, Lei Complementar n.º 97/99). Portanto, a possibilidade da destruição de aeronaves hostis está fora do debate acerca da competência das Forças Armadas para a garantia da segurança pública.

⁶⁰ Ver o que já foi dito sobre o teor da decisão alemã no item 1.2.2.3, supra.

pela violência que gera, mas também pelos danos à saúde da população que estão ligados ao consumo de substâncias entorpecentes. No quadro maior de uma política de repressão ao narcotráfico, todavia, uma medida como o abate de uma aeronave supostamente utilizada para transporte de drogas é inequivocamente desproporcional. Qual seria o impacto dessa medida tão grave na diminuição do volume de substâncias entorpecentes que circulam no Brasil? Dificilmente seria uma redução considerável: o narcotráfico é, como se sabe, um negócio extraordinariamente lucrativo, o que possibilita um grande dinamismo de suas operações. Se seus aviões forem interceptados, o transporte de drogas ainda pode ser feito por via fluvial (através dos rios da Amazônia) e, embora com maior possibilidade de controle pelas autoridades fronteiriças, por via terrestre (especialmente na divisa do Brasil com a Bolívia e o Paraguai).

Mesmo que assim não fosse, todavia, beira a ingenuidade acreditar que a destruição de alguns aviões poderia afetar significativamente a estrutura do tráfico internacional de drogas. As vidas dos pilotos das aeronaves seriam perdidas, mas essas pessoas não passam de meras “buchas de canhão” dos grandes barões do tráfico – os quais, obviamente, não arriscariam a própria pele em missões perigosas como essas. O controle das operações não seria afetado. Na outra ponta da cadeia, a demanda por substâncias entorpecentes continuaria a existir, garantindo a lucratividade das operações; ela dificilmente seria afetada por eventuais adaptações nos meios de transporte e distribuição dos produtos.⁶¹

Assim, pode-se dizer que, em atenção à primeira lei da ponderação, a medida de destruição da aeronave suspeita representa um prejuízo grave ao direito à vida dos tripulantes, ao mesmo tempo em que é capaz de fomentar apenas de forma leve ou mediana o princípio da segurança pública. No que se refere à classificação do prejuízo ao direito à vida, um argumento adicional pode ser extraído do artigo 5º, inciso XLVII, “a” da CRFB, que peremptoriamente veda a aplicação da pena de morte no território nacional em tempos de paz. Na prática, é inegável que o “tiro de destruição” acaba funcionando como a execução de uma sentença de morte contra as pessoas que estão a bordo da aeronave, uma sentença de morte “prolatada” sem qualquer processo prévio, a talante de uma autoridade específica (segundo o artigo 10 do Decreto n.º 5.144/04, o Comandante da Aeronáutica, que exerce esse poder por delegação do Presidente da República).⁶²

⁶¹ Em um horizonte mais amplo, pode-se afirmar que essas circunstâncias evidenciam o retumbante fracasso da política de “guerra às drogas”. As autoridades brasileiras têm o dever, pois assim estabelece a legislação vigente no país, de coibir o narcotráfico, e vêm tentando fazê-lo através dos meios que lhe são juridicamente facultados; a eficácia dessas medidas de repressão ao tráfico, todavia, é profundamente duvidosa, e parece indiscutível que, como efeito colateral, elas vêm produzindo fendas maiores no abismo social brasileiro, com o agravamento de um quadro que, por si, já é desolador. A expressão “guerra às drogas”, nesse contexto, acaba sendo um eufemismo para “guerra aos marginalizados”, cujos resultados mais visíveis são o encarceramento em massa de pessoas pobres e o recrudescimento da violência nas favelas. Talvez a solução para esse grave problema não esteja no aumento da repressão, mas, ao contrário, na legalização de determinadas substâncias, que poderia ser um primeiro passo para afetar o poderio econômico do narcotráfico (ao qual, naturalmente, favorece a ilegalidade). Esse tema, contudo, é demasiadamente complexo e demandaria uma investigação à parte.

⁶² A propósito, veja-se a lição de José Afonso da Silva: “Ao direito à vida contrapõe-se a pena de morte. Uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte. É da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedá-la, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, a), porque, aí, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento crucial.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 201-202.)

Também do ponto de vista da segunda lei da ponderação, a medida de destruição da aeronave revela-se desproporcional. Em termos de segurança empírica, a morte dos tripulantes da aeronave, caso efetivada a medida de destruição, é contígua à certeza. Por outro lado, o fato de se tratar de uma aeronave destinada ao tráfico de entorpecentes não pode, em muitos casos, ser demonstrado com a necessária medida de certeza; a possibilidade de que ela não seja uma aeronave hostil, mas que esteja meramente enfrentando um problema de comunicação, não pode ser de plano descartada. Tem-se, assim, um grau de insegurança empírica que não é compatível com uma intervenção tão intensa no direito fundamental em questão.⁶³

Com base nessas considerações, pode-se dizer que o § 2º do artigo 303 do CBA, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 9.614/98, é incompatível com a ordem constitucional brasileira. A questão, todavia, não foi, até o presente momento, apreciada em sede de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual compete a guarda da Constituição (artigo 102, *caput*, CRFB).

■ CONCLUSÃO

As preocupações com a segurança do tráfego aéreo ganharam uma nova dimensão após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Esses fatos tiveram uma gigantesca repercussão no mundo inteiro, e na Alemanha não foi diferente: nesse país, a tendência de recrudescimento das medidas de segurança a bordo das aeronaves encontrou sua expressão mais visível na promulgação da Lei de Segurança Aérea.

No ano de 2006, contudo, o Tribunal Constitucional Federal alemão declarou inconstitucional o dispositivo da referida lei que previa a possibilidade de abate de aeronaves quando houvesse a suspeita de uma ameaça terrorista. Com essa decisão, deu-se primazia ao direito à vida e à garantia da dignidade humana das pessoas inocentes a bordo da aeronave sequestrada. Do ponto de vista da teoria da ponderação, os fundamentos da decisão podem ser expressos analiticamente por meio da fórmula peso, de modo a demonstrar que a insegurança empírica a respeito da efetiva existência de um atentado terrorista é um fator determinante para o resultado da ponderação efetuada pelo Tribunal Constitucional Federal.

No Brasil, aeronaves supostamente utilizadas para tráfico de drogas são, por lei, classificadas como hostis e podem ser alvo de destruição. Em que pese a ausência de qualquer discussão a respeito da constitucionalidade da matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que, quando analisada através do instrumental fornecido pela teoria da ponderação, a medida não se harmoniza com a ordem constitucional brasileira.

⁶³ Seja lembrado que a insegurança empírica desempenhou um papel decisivo na decisão alemã (ver item 1.2.2.3, *supra*).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. A Fórmula Peso. in: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. Direito Constitucional e Direito Ordinário – Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. in: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. in: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- _____. *Theorie der Juristischen Argumentation: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no Direito Público: Para a Doutrina da Ponderação da Teoria dos Princípios*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.
- LUDWIG, Roberto José. *A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TREVISAN, Leonardo Simchen. *Ponderação, Argumentação, Racionalidade: Robert Alexy e Seus Críticos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.



CÁLCULO DE VIGÊNCIA DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS AGRÍCOLAS DEPOSITADOS NO SISTEMA “MAILBOX” NO BRASIL

PATENTS VALIDITY CALCULATION FOR MEDICINES AND AGRICULTURAL PRODUCTS DEPOSITED IN THE MAILBOX SYSTEM IN BRAZIL

CRISTIANO STARLING ERSE*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar a discussão sobre o cálculo de vigência de patentes “mailbox” de medicamentos e produtos agrícolas no Brasil e a possibilidade de nulidade parcial, pela via judiciária brasileira, com a conseqüente revisão de prazos. A pesquisa teve como objetivo criar as condições acadêmicas ideais para uma análise efetiva do tema-problema. Metodologicamente, realizou-se um estudo de caso com análise teórica quanto ao enfoque; bibliográfica e documental, quanto à forma de coleta de dados; investigativa, quanto à natureza do produto final. A técnica utilizada para análise dos dados colhidos foi a dedutiva. A formatação do texto e as referências seguem o padrão estabelecido pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Palavras-chave: patentes de medicamento; patente “mailbox”; Acordo TRIPS; Lei 9.279/96.

ABSTRACT

The current paper deals with the discussion about the calculation of valid mailbox patents for drugs and agricultural products in Brazil and the possibility of partial nullity, through the Brazilian judicial system with the consequent review of deadlines. The scope of the research was to create the ideal academic conditions for an effective analysis of the problem-theme. Methodologically, a case study was carried out with theoretical analysis regarding the approach; bibliographical and documentary, as to the form of data collection; investigative, as to the nature of the final product. The technique used to analyze the data collected was the deductive. The formatting of the text and references follow the standard established by the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT).

Keywords: drug patents; patent mailbox; Agreement TRIPS; Law 9.279/96.

* Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal.

Pesquisador visitante nas Faculdades de Direito das Universidades de Bolonha e Florença (Programa da União Europeia - Erasmus Placement). Advogado. Professor Universitário.

cristianoerse@gmail.com

Recebido em 22-8-2017 | Aprovado em 19-12-2018



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 HISTÓRICO SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL; 2 DETALHAMENTO DO CASO E O NOVO POSICIONAMENTO DO INPI; 3 VIABILIDADE DA AÇÃO DE NULIDADE PARCIAL; 4 ANÁLISE DO MÉRITO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O conceituado jornal brasileiro “Valor Econômico” publicou, no dia 11 de outubro de 2013, matéria intitulada “INPI ajuíza ações para reduzir prazo de patentes de medicamentos”¹, fato que gerou grande impacto na comunidade jurídica brasileira e na indústria farmacêutica.

O texto, de autoria do jornalista Arthur Rosa, trouxe à tona a interposição de 37 ações propostas pelo INPI, com o escopo de adequar o prazo de validade das patentes de 247 medicamentos e produtos de natureza agrícola, sendo replicado imediatamente por diversos órgãos de imprensa.

Segundo informações prestadas pela Advocacia Geral da União, que representa o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), busca-se, com a medida, corrigir atos administrativos do próprio INPI que teria concedido, equivocadamente, o benefício constante no parágrafo único do art.40 da Lei de Propriedade Industrial Brasileira para os pedidos de patentes realizados entre 1º. de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, as chamadas patentes “mailbox”.

A polêmica tem sua raiz diretamente relacionada à adoção pelo Brasil do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, cuja sigla em inglês é TRIPS, em 1º. de janeiro de 1995.

Ocorre que, antes da aderência, não havia previsão no ordenamento jurídico brasileiro para proteção de patentes relacionadas aos medicamentos e produtos químicos para a agricultura. Em virtude disso, o acordo TRIPS previu um sistema que protegesse as solicitações feitas a partir da assinatura do acordo (1º. de janeiro de 1995) até a entrada em vigor da nova Legislação de Propriedade Industrial Brasileira, o que ocorreu definitivamente em 14 de maio de 1997.

Os requerimentos realizados nesse período passaram a ser conhecidos por patentes “mailbox”. A expressão advém da ideia de que esses pedidos deveriam ficar separados em uma “caixa” aguardando a lei nova, evitando-se, portanto, que fossem analisados pela legislação antiga.

O novo posicionamento do INPI sobre a matéria colocou em dúvida o modo como o cálculo da vigência das patentes “mailbox” deve ser realizado, o que, em última análise, pode reduzir consideravelmente o período de propriedade de algumas patentes.

Caso a tese de revisão dos prazos de vigência seja aceita pela jurisprudência brasileira, enorme será a repercussão econômica no setor, pois a pretendida adequação desses prazos

¹ ROSA, Arthur. INPI ajuíza ações para reduzir prazo de patentes de medicamentos. In: *Valor Econômico*. 2013.

permitirá o ingresso de genéricos e a redução de gastos relevantes pelo governo federal. Por outro lado, as sociedades empresárias detentoras das patentes em questão irão deixar de aferir lucros importantes para seu orçamento e planejamento na proporção inversa.

A batalha judicial que anunciada em 2013 ocupa ainda hoje lugar de destaque no ambiente jurídico, uma vez que existem fortes argumentos, tanto para a manutenção protetiva, quanto pela revisão, envolvendo não só a interpretação dos art. 229 e 40 da lei de propriedade industrial brasileira, mas também outras de natureza processual, hermenêutica e de direito internacional. Questões processuais têm atrasado a definição judiciária do problema que, pelo que tudo indica, deverá se arrastar por mais alguns anos.

Os motivos expostos justificam, desse modo, a elaboração de um trabalho científico que aborde o tema com a devida profundidade, sendo a investigação direcionada por três perguntas: a) É viável juridicamente a decretação de nulidade parcial das patentes já concedidas, com a consequente redução dos seus prazos de vigência?; b) O parágrafo único do art.40 da lei 9.279 deve ser aplicado para o cálculo da vigência das patentes “mailbox”?; c) A não aplicação do parágrafo único do art.40 fere o acordo TRIPS?

1 HISTÓRICO SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL

Não obstante ser o Brasil um país jovem se comparado aos Estados Europeus, a legislação nacional envolve um complexo emaranhado de normas jurídicas, consequência das inúmeras mudanças de rumo do Estado brasileiro ao longo de sua história.

Desde a sua independência, em 1822, o Brasil teve oficialmente 7 (sete) Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1988) e, por decorrência, uma infinidade de leis, decretos, códigos, etc. Esse tumultuado percurso sociológico, embaraça o entendimento da evolução do Direito no país, motivo pelo qual se considera apropriado realizar um breve estudo sobre o histórico da propriedade intelectual brasileira, sem perder de vista o foco nas patentes de produtos e processos relativos aos medicamentos.

Simultâneo ao caminho legislativo brasileiro, serão tratados panoramicamente os principais acontecimentos internacionais sobre a matéria, posto que há uma relação de causa e efeito entre eles.

O Brasil foi o quarto país do mundo a estabelecer uma legislação a respeito de propriedade industrial, antecedido somente pela Inglaterra (1623), Estados Unidos da América do Norte (1790) e França (1791). Já em 1809, mais precisamente no dia 28 de abril, o Príncipe Regente D. João promulgou o primeiro texto oficial sobre a matéria no país através de um Alvará Régio, no qual estava prevista a conveniência de se conceder privilégio aos inventores e introdutores de novas máquinas pelo prazo de 14 anos².

Após a declaração de independência e a outorga da primeira Constituição do Brasil³ por Dom Pedro I, o privilégio dos inventores ganhou respaldo e contorno constitucional. O

² CERQUEIRA, João Gama. *Tratado da propriedade industrial*. v. 1. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 7.

³ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

art.179 da Carta Magna de 1824, em seu inciso XXVI, estabelecia direito de propriedade das suas descobertas ou produções aos inventores, sendo assegurado privilégio exclusivo temporário ou garantido o ressarcimento da perda ocorrida pela vulgarização do invento⁴.

A primeira lei específica sobre patentes viria, entretanto, a ser publicada em 04 de setembro de 1830⁵. Objetivando tornar efetivo o preceito constitucional, a lei detalhou a proteção jurídica das patentes no Brasil Imperial, trazendo algumas novidades significativas como a previsão de melhoria de uma descoberta ou invenção (art.2º.), prazo máximo de fruição da patente de 25 anos (art.5º.) e extinção da patente pelo não início da exploração econômica no prazo de 2 anos (art.10, parágrafo 3º.).

Em 1875, um novo marco regulatório foi estabelecido pelo Decreto Imperial 2.682⁶. O documento foi o primeiro texto oficial a cuidar de marcas no Direito brasileiro, traçando as linhas gerais do direito do fabricante e negociante de marcar produtos de sua manufatura e de seu comércio com sinais que os tornassem distintos de qualquer outra procedência.

Motivada pela pouquíssima aplicação prática da lei das patentes de 1830⁷, outra norma seria confeccionada e publicada em 14 de outubro de 1882, a Lei 3.129⁸. Dentre os importantes incrementos trazidos pelo diploma destacam-se: a) o privilégio para exploração exclusiva da patente foi reduzido de 25 para 15 anos (art.1º., § 4º); b) previsão legal autorizando o Estado a desapropriar a patente por utilidade pública (art.1º., § 4º); c) manutenção da caducidade da patente pelo não início de uso, porém com modificação do prazo para 3 anos (art.5º, § 2º); d) flexibilização para a concessão de patentes para estrangeiros (art.2º., caput).

Paralelo ao desenvolvimento das legislações nacionais, a expansão industrial europeia e norte-americana tornou conveniente a organização de regras internacionais sobre propriedade industrial, fomentando, assim, movimentos com o propósito de estabelecer padrões que harmonizassem a matéria ao redor do mundo. Após alguns congressos e conferências de relevo internacional⁹, foi aprovada e assinada em 1883 a Convenção da União

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*: Vol.1. 13ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167.

⁵ BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Concede privilegio ao que descobrir, inventar ou melhorar uma indústria útil e um prêmio que introduzir uma indústria estrangeira, e regula sua concessão. 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LIM/LIM-28-8-1830.htm

⁶ BRASIL. *Decreto lei 2.682*. Regula o direito que têm o fabricante e o negociante, de marcar os productos de sua manufatura e de seu commercio. 1875. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2682-23-outubro-1875-549770-publicacaooriginal-65288-pl.html>

⁷ Segundo CERQUEIRA nos cinco primeiros anos da Lei de 1830 apenas uma patente foi concedida e depois de vinte anos o número de privilégios não ultrapassava cinco. CERQUEIRA, obra cit., p.16.

⁸ BRASIL. *Lei 3.129*. Regula a concessão de patentes aos autores de invenção ou descoberta industrial. 1882. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LIM/LIM3129.htm

⁹ A primeira reunião de vulto internacional sobre propriedade industrial relatada pela doutrina foi o Congresso de Viena realizado em 1873. A reunião não teve caráter oficial, apesar da participação de representantes de 13 países. Todas as resoluções adotadas foram generalistas, porém ratificadoras do princípio da proteção das patentes. Chama-se atenção, porém, para o fato da segunda resolução recomendar o licenciamento compulsório de patentes nos casos de interesse público. A conferência decidiu ainda que os governos deveriam adotar com a máxima brevidade um acordo internacional sobre propriedade industrial, sendo criado um comitê para dar continuidade ao trabalho. Depois do Congresso de Viena, realizou-se em 1878, outra grande reunião, a Conferência de Paris, com 500 participantes, dentre os quais onze delegados governamentais. Promovida pelo governo francês, essa conferência também não teve caráter oficial. As resoluções da Conferência de Paris de 1878 ampliaram os direitos dos inventores em relação às de Viena, entretanto, o princípio da licença compulsória

de Paris (CUP) para proteção da propriedade industrial¹⁰ e a Convenção de Berna em 1886 sobre obras artísticas e literárias¹¹.

Referidas convenções dão início a uma nova era para os direitos de propriedade intelectual, uma vez que originaram inovações proeminentes como: a) o fato de serem convenções com caráter essencialmente jurídicas; b) possuírem ampla atividade administrativa; c) ser a CUP a primeira tentativa de um tratado multilateral com vocação universal nessa área; d) anteciparem a formação de um direito uniforme com boa aptidão para o direito internacional privado e, conseqüentemente, para a harmonização das legislações de diversos países¹².

Importante frisar que tais convenções passaram a ser fonte de Direito Internacional nos países signatários, posto a sua natureza jurídica de Tratados-Leis ou Tratados normativos, os quais apresentam de um modo geral regras de direito com eficácia e validade nos Estados-Membros ao fixarem normas de direito internacional¹³.

As Convenções de Paris e de Berna (1883 e 1886) representaram, de forma embrionária, um esforço pioneiro para a constituição de um modelo internacional que superasse os ordenamentos internos e harmonizasse diferentes legislações, buscando a coexistência de diversos interesses globais e a consolidação de um sistema transnacional de propriedade intelectual, guiados pelos princípios do tratamento nacional, prioridade unionista, independência dos direitos e territorialidade^{14 15}.

por falta de exploração efetiva foi revogado, em virtude do fato da conferência ter adotado, como uma de suas premissas mais importantes, a teoria do direito natural à propriedade intelectual. Uma comissão criada pela conferência de 1878 começou a elaborar um projeto com o intuito de apresentar uma legislação universal sobre a propriedade industrial. O primeiro projeto foi descartado por adotar uma concepção francesa considerada exagerada para fins internacionais. O segundo projeto, de responsabilidade do chefe da delegação francesa, Dr. Jagerschmidt, foi enviado pelo governo francês a diversos países acompanhado de convite para uma conferência diplomática internacional, o que resultou na conferência oficial de Paris em 1880, seguida da Convenção da União de Paris em 1883. PENROSE, Edith T. *The economics of the International Patent System*. Baltimore, The John Hopkins Press, 1951, p. 52; FROTA, Maria Stela Pompeu Brasil. *Proteção de Patentes de Produtos Farmacêuticos*. Brasília: FUNAG-IPRI, 1993, p. 24.

¹⁰ A Convenção de Paris foi aprovada e assinada em 1883. Os primeiros países a aderirem à convenção foram Bélgica, Brasil, Espanha, França, Inglaterra, Irlanda do Norte, Itália, Países Baixos, Portugal, Tunísia. A Convenção de Paris é aplicável à propriedade em sentido amplo, o que envolve invenções, marcas, desenhos industriais, modelos de utilidade, indicação de procedência, e repressão à concorrência desleal. PENROSE, obra cit., p.52 e FROTA, obra cit., p.25.

¹¹ A convenção de Berna é fruto dos trabalhos realizados no âmbito da *Association Littéraire et Artistique Internationale* (Associação Literária e Artística Internacional) de 1878, sendo pioneira em termos internacionais a tratar de assuntos relativos à direitos autorais. FROTA, obra cit., p.28).

¹² CÉSAR, Priscila Maria Dias Guimarães. *Análise crítica da proteção de invenções farmacêuticas e biotecnológicas: perspectivas dos países em desenvolvimento*. 2011. 271fls. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2011, p.71.

¹³ CÉSAR, obra cit., p.71 e segs.

¹⁴ NAVARRO, Júlio César Acosta. *O acordo Trips e suas repercussões no acesso a medicamentos: O caso do HIV/AIDS no Brasil e no México: direito de patentes vs. Direito à vida*. 187 fls. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2011. SCUDELER, Marcelo Augusto. *A Propriedade Industrial e a Necessidade de Proteção da Criação Humana*. In: *Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

¹⁵ Importante ressaltar que as Uniões de Paris e de Berna não possuem personalidade jurídica, não sendo, destarte, consideradas organizações internacionais. Com o passar do tempo, foram criados os “bureaux” (secretarias) internacionais responsáveis pelas atividades administrativas das Uniões e, depois, ocorreu a

A ratificação pelo Brasil das convenções supramencionadas ocasionou apenas a reforma da lei de marcas, em 1887, pelo decreto n.9.828¹⁶, visto que a lei de 1882 sobre patentes já atendia, fundamentalmente, as regras das convenções internacionais¹⁷.

Em 1889 foi proclamada a república no Brasil e como consequência direta uma nova Constituição veio a ser elaborada em 1891¹⁸. A segunda constituição brasileira sustentou a proteção à propriedade de inventos (art.72, § 25), autorais (art.72, § 26) e de marcas (art.72, § 27), o que também aconteceu na Constituição de 1934, em parâmetros similares (art. 118, itens 18, 19 e 20).

A Constituição brasileira de 1937¹⁹ foi a única a não fazer qualquer referência aos direitos de propriedade industrial. Contudo, apesar da matéria não gozar do status de direito constitucional, foi justamente no período de vigor dessa que o Brasil publicou seu primeiro Código de Propriedade Industrial, mais precisamente 1945, por meio do Decreto 7.903²⁰, unificando finalmente as leis de proteção das marcas e das patentes²¹.

O Código de Propriedade de Industrial de 1945 (CPI/45) consistiu na primeira norma jurídica brasileira a trazer exclusões de patenteabilidade (art.8º.), especialmente ligados a produtos farmacêuticos e alimentícios, acompanhando a linha adotada por outros países como Itália, Espanha e Canadá, sob o pretexto de estímulo ao desenvolvimento da indústria nacional²².

O CPI/45 representou um salto qualitativo sobre a matéria no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado pela doutrina uma peça legislativa de excelência, bem produzida em termos técnicos e superior aos textos anteriores²³. Composto por 221 artigos, o CPI/45 ampliou e detalhou o tratamento da matéria no Brasil. Dentro da perspectiva oferecida por este estudo, merecem atenção: a) o prazo de privilégio da invenção de 15 anos contados a partir da data de concessão (art.39) com a possibilidade de prorrogação da patente por cinco anos, desde que conveniente aos interesses público (art.40); b) o capítulo XXII da seção II, art.53 à 63, que trata de licença obrigatória de uma maneira esmiuçada e objetiva.

O CPI/45 impulsionou o crescimento de processos relativos à propriedade intelectual no país, mas, por outro lado, acarretou os primeiros problemas de logística e atendimento

unificação das secretarias de Paris e Berna formando o “*Bureaux Intertionaux Réunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*” (BIRPI), em novembro de 1892. WORLD TRADE ORGANIZATION. *A handbook on the WTO TRIPS agreement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

¹⁶BRASIL. *Decreto 9.828*. Approva o Regulamento para execução da Lei n. 3346 de 14 de Outubro de 1887 sobre marcas de fabrica e de commercio. 1887. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9828-31-dezembro-1887543353publicacaooriginal-53581-pe.html>

¹⁷BARBOSA, Denis. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2003.

¹⁸BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm

¹⁹BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm

²⁰BRASIL. *Decreto-lei 7903*. 1945. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7903-27-agosto-1945-417251-publicacaooriginal-1-pe.html>

²¹CERQUEIRA, obra cit., p. 45 e segs.

²²FROTA, obra cit., p.35.

²³BARBOSA, Denis. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2003, p. 15.

eficaz, porquanto o aparato administrativo não estava preparado para o aumento da demanda, nem em termos de infraestrutura, nem em termos de recursos humanos²⁴.

As cartas constitucionais de 1946²⁵ (art.141, § 17, 18 e 19) e de 1967²⁶ (art.150, § 22, 23 e 24) voltariam a tratar genericamente do assunto.

Em 1947, enquanto o mundo se recuperava da II Guerra Mundial, a necessidade de recolocar o comércio internacional sobre pilares que permitissem a liberalização do comércio e dos investimentos fez emergir o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT/47). Feito originalmente para abarcar somente o comércio de mercadorias, o direito do comércio internacional, impulsionado pelo GATT/47, conheceria, nas décadas seguintes, um alargamento dos seus domínios, passando a tratar também dos serviços, da propriedade intelectual e dos produtos agrícolas, culminando na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)²⁷.

Na sequência histórica da propriedade intelectual brasileira, aparecem o Decreto-lei 254²⁸ de 1967 e o Decreto-lei 1005²⁹ de 1969, ambos formatados como Códigos de Propriedade Industrial. O primeiro trouxe alguma dúvida prática sobre a proibição da patenteabilidade dos processos de obtenção de produtos farmacêuticos, o que viria a ser corrigido pelo segundo, que excluiu expressamente os processos químico-farmacêuticos do direito de patente, além de conservar a exclusão já existente para medicamentos e alimentos³⁰.

O ano de 1967 é assinalado também por outro importante fato no contexto internacional, a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) na Convenção de Estocolmo³¹. A OMPI assumiu, a partir daí, um respeitável papel para a unificação dos conceitos em matéria de propriedade intelectual, sendo a principal responsável pela transição do modelo tradicional (com a divisão entre direitos industriais e direitos do autor ou conexos) para o modelo internacional contemporâneo (concepção unitária dos direitos intelectuais)³², causando reflexos no Direito brasileiro³³.

²⁴CERQUEIRA, obra cit., p. 45.

²⁵BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.

²⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm

²⁷MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 4ª.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 518.

²⁸BRASIL. *Decreto-lei 254*. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0254.htm

²⁹BRASIL. *Decreto-lei 1005*. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1005.htm

³⁰FROTA, obra cit., p.35.

³¹CONVENTION STOCKHOLM. *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*. 1967. Disponível em: http://www.wipo.int/treaties/en/convention/trtdocs_wo029.html

³²BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 328.

³³WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *A brief history*. 2013. Disponível em: <http://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html>.

Visando ao aperfeiçoamento do sistema de proteção industrial da época, um novo Código de Propriedade Industrial foi promulgado em 21 de dezembro de 1971 pela Lei 5.772³⁴. Em consonância com a exposição de motivos presentes no projeto que o antecedeu, a política de propriedade industrial, desencadeada pela criação do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) em 1970³⁵³⁶ e pelos movimentos internacionais, impunham alterações no Código de 1969, prevendo no âmbito interno, o reaparelhamento legal administrativo do sistema através da criação de um mecanismo de informações, análise, orientação e controle, com o desígnio de apresentar condições mais adequadas de assimilação e adaptação da tecnologia importada, bem como para promover a tecnologia própria³⁷.

O Código de Propriedade Industrial de 1971(CPI/71), diferente dos anteriores (1945,1967, 1969)³⁸, foi fruto de discussões políticas desenvolvidas no interior do Congresso Nacional, envolvendo, assim, as classes interessadas, preponderantemente a indústria nacional e estrangeira, juristas e especialistas em geral. O diploma mostrou-se fortemente influenciado pela teoria alemã e pelo início do programa de assistência da OMPI³⁹.

O CPI/71 manteve a exclusão de patenteabilidade dos processos e produtos relacionados aos medicamentos (art.9º.) e o prazo de 15 anos para patentes de invenção, porém a contagem desse passou a ser realizada a partir da data do depósito (art.24).

O CPI/71 traduzia uma opção estratégica do governo brasileiro da época em não incentivar a indústria farmacêutica inventiva, preferindo, desse modo, a importação de medicamentos e a reprodução de genéricos no País a baixo custo. O Brasil concentrava todos os seus esforços na tecnologia de biocombustíveis, considerada prioridade absoluta para o governo militar, e a proteção das patentes de medicamento oferecia riscos à política econômica adotada, pois poderia desviar, potencialmente, recursos financeiros importantes, o que fundamentou a exclusão de patenteabilidade dos produtos e dos processos relativos ao setor farmacêutico⁴⁰.

³⁴BRASIL. Lei 5.772. 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5772.htm

³⁵BRASIL. Lei 5648. Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências.1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5648.htm

³⁶O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é uma autarquia federal, vinculada originalmente ao Ministério da Indústria e do Comércio, com sede e foro no Distrito Federal. O Instituto goza dos privilégios da União no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços relativos às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes. Criado em 1970, o INPI assume atualmente uma missão mais sofisticada e complexa e encontra-se ligado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), sendo o órgão responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria. No rol de serviços prestados pelo INPI, estão os registros de marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, programas de computador e topografias de circuitos, as concessões de patentes e as averbações de contratos de franquia e das distintas modalidades de transferência de tecnologia. INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Quem somos*. 2012. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/conheca_o_inpi.

³⁷BRASIL. EM/GM n.176 de 17/08/71 anexa à mensagem n.314, de 26/08/do Poder Executivo ao Congresso Nacional

³⁸Os Códigos de Propriedade Industrial de 1945, 1967 e 1968 não foram votados pelo Congresso, vez que ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro por força de Decreto-lei. BARBOSA, obra cit., p. 15.

³⁹BARBOSA, obra cit., p. 15.

⁴⁰MARQUES, João Paulo F.R. *Anuência prévia: A (i)licitude da interferência da Autoridade sanitária brasileira nos procedimentos de patenteabilidade de fármacos*. In: ADI 31 (2010-2011). Madrid: Marvail Pons, 2011, p. 379.

No cenário econômico internacional, a década de 1970 foi marcada por profundas alterações. Países como Japão e outros asiáticos de industrialização recente passaram a comercializar produtos manufaturadas a preços bastante competitivos, principalmente, devido ao uso estratégico do sistema de propriedade intelectual que permitia a imitação e o uso adaptativo de tecnologias produzidas em outros países, mas que não eram patenteáveis naqueles⁴¹.

A ascensão do Mercado Comum Europeu e a consolidação dos países asiáticos se tornaram fatores significativos na década seguinte (1980). Amparada tecnicamente pela revolução informática e das comunicações, o contexto internacional favoreceu a descentralização dos processos produtivos e a ocorrência de fenômenos sociais importantes dos quais se destacam: a) a crescente unificação dos mercados financeiros internacionais e nacionais num ambiente único de mobilidade de capital; b) a veloz regionalização do espaço econômico mundial; c) a propagação de associações entre as corporações transnacionais de diferentes bases nacionais; e d) a necessidade de coordenação das principais políticas econômicas nacionais, traduzida na criação do G7⁴².

Nesse contexto, os Estados Unidos da América do Norte (EUA), preocupados com um relativo declínio econômico advindo das mudanças supracitadas, endureceram a política externa com seus antigos parceiros comerciais, recorrendo a estratégias econômicas agressivas para proteger seus interesses e expandir suas atividades em outros mercados, especialmente ligadas à defesa de setores de alta tecnologia, o que envolve notadamente a indústria farmacêutica⁴³.

No plano internacional, os EUA induziram a comunidade externa no sentido de incluir o tema direito intelectual no GATT, refletindo uma tentativa clara de mudar o paradigma da liberdade nacional de aplicação de padrões de proteção, prevista pela Convenção da União de Paris, pela adoção de normas e regras mais rígidas por todas as partes contratantes. A postura norte-americana, apoiada também pela União Europeia, encontraria, todavia, a resistência de países em desenvolvimento, principalmente Brasil e Índia, que pretendiam encaminhar a discussão sobre a propriedade das patentes para a OMPI. Apesar da oposição dos emergentes, o tema de propriedade intelectual, serviços e investimentos foi incluído na Rodada do Uruguai, iniciada em 1986, em Punta del Este.

A mudança da política dos EUA repercutiu drasticamente no Brasil. Diversas sociedades empresariais americanas⁴⁴ apresentaram, ao governo dos EUA, uma petição solicitando providências governamentais contra o Brasil, sob o argumento de que as limitações da lei brasileira não eram razoáveis e feriam tratados e convenções internacionais.

⁴¹CHAVES, Gabriela Costa et al. A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. In: *Cadernos de Saúde Pública*, vol.23, n.2, Rio de Janeiro, 2007, p. 259.

⁴²CHAVES et al, obra cit., p. 259.

⁴³CEPALUNI, Gabriel. Regimes internacionais e o contencioso das patentes para medicamentos: estratégias para países em desenvolvimento. In: *Contexto Internacional*, 2005, p.67 e segs. MODY, Ashoka. New International Environment for Intellectual Property Rights. In: *Intellectual Property Rights in Science, Technology and Economic Performance*. Ed. Westview, 1990, p. 203.

⁴⁴Entre as requerentes estavam gigantes como a Pfizer, Merck, Monsanto, Du Pont, General Motors, IBM e Warner Communications. NAVARRO, Júlio César Acosta. *O acordo Trips e suas repercussões no acesso a medicamentos: O caso do HIV/AIDS no Brasil e no México: direito de patentes vs. Direito à vida*. 187 fls. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2011, p. 178.

O requerimento foi fundamentado na famosa *Secção 301 do Trade Act* de 1974 que permite, ao presidente dos EUA, a adoção de medidas apropriadas, o que inclui retaliações, para obter a remoção de qualquer ato, política ou prática de um governo estrangeiro que viole um acordo internacional de comércio ou que seja injustificada, não razoável (*unreasonable*), discriminatória ou restritiva para o comércio norte-americano⁴⁵.

Concomitante ao aumento das coações americanas, o Brasil vivia um processo de redemocratização e o debate sobre propriedade intelectual voltaria à tona, de maneira acalorada, com os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte em 1987. Isso porque a primeira proposta de texto constitucional praticamente abolia o sistema de patentes. No entanto, após grande mobilização realizada por grupos interessados na manutenção das patentes, especialmente pela Associação Brasileira para Proteção da Propriedade Industrial (ABPI), a proposta foi abandonada, o que garantiu a manutenção do instituto de proteção⁴⁶.

A Constituição Federal de 1988⁴⁸, atualmente em vigor, cultivou, dessa maneira, o princípio da proteção da propriedade intelectual, no artigo 5º, incisos XXVIII e XXIX, a saber:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

(...)XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; (...).

⁴⁵BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005, p. 18; TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: O conflito Brasil x EUA sobre a propriedade intelectual*. São Paulo: Paz e Terra, 1993, p. 95; CEPALUNI, Gabriel. *Regimes internacionais e o contencioso das patentes para medicamentos: estratégias para países em desenvolvimento*. In: *Contexto Internacional*, vol. 27, no 1, jan/jun, 2005, p. 69.

⁴⁶LEONARDOS *apud* FROTA, obra cit., p. 36.

⁴⁷Vozes importantes da doutrina empresarial brasileira como Calixto Salomão Filho permanecem resistentes e críticos em relação ao sistema de patentes, principalmente relacionados às invenções relacionadas à preservação da vida ou da saúde humana. Segundo o autor o sistema de proteção atual tende a gerar a concentração de poder econômico, com pouquíssima difusão tecnológica. Cf. em SALOMÃO FILHO, Calixto. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.629 e segs; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 137.

⁴⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

As pressões norte-americanas sobre o Brasil, no entanto, permaneceram e desencadearam discussões diplomáticas entre o governo norte-americano e o brasileiro em 1988 e, posteriormente, a utilização de sanções econômicas impostas de forma difusa como, por exemplo, a aplicação de tarifa de cem por cento sobre alguns produtos de exportação brasileira, gerando prejuízos imensos ao Brasil⁴⁹.

A retaliação duraria até junho de 1990, quando o Brasil, após amargar e acumular danos, anunciou que iria enviar um projeto de lei autorizando a concessão das patentes para produtos e processos farmacêuticos⁵⁰.

Em 1991, foi encaminhado ao Congresso Nacional brasileiro, pelo então Presidente Fernando Collor, o Projeto de Lei n.824/91, cumprindo-se a promessa feita ao governo americano para o término das sanções econômicas, revisando a legislação vigente, principalmente em relação ao reconhecimento das patentes de processos e produtos farmacêuticos, de química fina e de alimentos processadas, além da proteção da patente pipeline e o dever de exploração.

Enquanto o projeto de lei era discutido no congresso, a Rodada do Uruguai do GATT foi encerrada, em 1994, na cidade de Marrakech, com mudanças impactantes para a Sociedade Internacional e para o Direito da Propriedade Intelectual. O acordo GATT/94, assinado por 123 países, culminou com a criação da Organização Mundial do Comércio e na assinatura de diversos acordos multilaterais, dentre eles o acordo TRIPS.

Nesse contexto, foi aprovada e publicada, em 14 de maio de 1996, a lei 9.279⁵¹ (LPI/96), versando sobre a propriedade intelectual brasileira. Com o advento da LPI/96, as invenções atinentes aos produtos farmacêuticos e agrícolas, bem como a seus respectivos processos de fabricação, passaram a gozar de proteção legislativa no Brasil.

2 DETALHAMENTO DO CASO E O NOVO POSICIONAMENTO DO INPI

Realizado o percurso histórico da propriedade intelectual no Brasil, resta agora detalhar o caso concreto que se estuda no presente artigo, trazendo as informações necessárias para a adequada análise crítica científica.

Conforme já salientado, ao aderir ao TRIPS, o Brasil se comprometeu a proteger patentes em todos os domínios tecnológicos, aí incluídas as invenções de substâncias químicas e farmacêuticas. É o que dispõe o art.27, n. 1 do TRIPS:

ARTIGO 27

Matéria Patenteável

⁴⁹ DEL NERO, Patrícia. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 122.

⁵⁰ SCUDELER, Marcelo Augusto. A Propriedade Industrial e a Necessidade de Proteção da Criação Humana. In: *Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 11.

⁵¹ BRASIL. *Lei 9279*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm

1 - Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º e 3º abaixo, *qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável*, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4º do art.65, no parágrafo 8º do art.70 e no parágrafo 3º deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis *sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente*. (GRIFO NOSSO). (...)

O TRIPS entrou em vigor no Brasil no dia 01 de janeiro de 1995, através do Decreto nº 1.355⁵², incorporando os resultados da Rodada do Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT e passando a ter força de lei ordinária.

A entrada do TRIPS no Brasil acarretou, porém, uma dificuldade de aplicação imediata do dispositivo, posto que o CPI/71, em vigor à época, não protegia a patente de produtos e processos relativos a medicamentos e uma nova lei ainda não havia sido formulada. Prevendo situações como a vivida pelo Brasil, o próprio TRIPS apontou, em seu art.70, n.8, alíneas a, b e c, o caminho a ser seguido pelos Estados nessa situação:

ARTIGO 70

Proteção da Matéria Existente

(...)

8 - Quando um Membro, na data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, não conceder proteção patentária a produtos farmacêuticos nem aos produtos químicos para a agricultura em conformidade com as obrigações previstas no art.27, esse Membro:

a) não obstante as disposições da Parte VI, estabelecerá, a partir da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, um meio pelo qual os pedidos de patente para essas invenções possam ser depositados;

Vb) aplicará a essas solicitações, a partir da data de aplicação deste Acordo, os critérios de patentabilidade estabelecidos neste instrumento como se tais critérios estivessem sendo aplicados nesse Membro na data do depósito dos pedidos, quando uma prioridade possa ser obtida e seja reivindicada, na data de prioridade do pedido; e

c) estabelecerá proteção patentária, em conformidade com este Acordo, a partir da concessão da patente e durante o resto da duração da mesma, a contar da data de apresentação da solicitação em conformidade com o art.33 deste Acordo, para as solicitações que cumpram os critérios de proteção referidos na alínea "b" acima.

Em razão disso, o Brasil criou um sistema de recebimento de pedidos de patentes farmacêuticas e produtos agrícolas que não estariam sujeitos ao CPI/71 e sim à futura lei que estava em discussão no Congresso Nacional. Tais pedidos passaram a ser conhecidos como patentes “mailbox”, justamente por terem sido separados em uma espécie de “caixa”, enquanto aguardavam um posicionamento do legislador.

⁵²BRASIL. Decreto nº 1.355. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm

Em 14 de maio de 1996, foi publicada a Lei 9.279, consolidando a nova política de propriedade intelectual brasileira e ampliando a proteção patentária nos moldes internacionais. O diploma legal entrou em vigor na data de sua publicação somente quanto às matérias disciplinadas nos art. 230, 231, 232 e 239, e 1 (um) ano após sua publicação quanto aos demais artigos.

Assim, os pedidos de patentes de medicamentos e produtos agrícolas realizados entre o dia 01 de janeiro de 1995 (início da vigência do TRIPS no Brasil) e 16 de maio de 1997 (entrada em vigor pleno da nova Lei de Propriedade Industrial brasileira) estariam submetidos a um regime especial.

Contudo, surpreendentemente, a Lei 9.279/96, em seu texto original, ignorou as patentes “mailbox”, o que foi corrigido pela medida provisória n.2006/1999⁵³, posteriormente confirmada pela Lei 10.196 de 14 de janeiro de 2001⁵⁴. A referida lei alterou e acrescentou dispositivos na lei 9279/96, principalmente no seu art.229, que passou a regular as patentes “mailbox” no seu parágrafo único:

Art. 229. (...)

Parágrafo único. Aos pedidos relativos a produtos farmacêuticos e produtos químicos para a agricultura, que tenham sido depositados entre 1º de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aplicam-se os critérios de patenteabilidade desta Lei, na data efetiva do depósito do pedido no Brasil ou da prioridade, se houver, assegurando-se a proteção a partir da data da concessão da patente, pelo prazo remanescente a contar do dia do depósito no Brasil, limitado ao prazo previsto no caput do art. 40.

O *caput* do art.40 da LPI garante o prazo máximo de 20 anos da patente contados a partir da data de depósito do pedido, em consonância com o art.33 do TRIPS⁵⁵.

Além do tratamento supramencionado, o art.229-B determinou que os pedidos de patente mailbox fossem decididos até 31 de dezembro de 2004.

A aplicação efetiva de tais normas traria às patentes “mailbox” que fossem concedidas uma vigência real de uso que variaria de 11 a 13 anos, conforme tabela abaixo:

TABELA 1: VIGÊNCIA PLANEJADA DAS PATENTES MAILBOX

Ano do pedido	Fim da patente	Vigência de uso real aproximada
1995	2015	2015 – 2004 = 11 anos

⁵³BRASIL. Presidência da república. *Medida Provisória n.2006*. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e dá outras providências. 1999. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/medpro/1999/medi-daprovisoria-2006-14-dezembro-1999-370051-publicacaooriginal-1-pe.html>

⁵⁴BRASIL. *Lei 10.196*. Altera e acresce dispositivos à Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e dá outras providências. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10196.htm

⁵⁵“Art. 33. A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito.” GATT, 1994.

1996	2016	2016 – 2004 = 12 anos
1997	2017	2017 – 2004 = 13 anos

Apesar da previsão do art.229-B, o INPI não decidiu todos os pedidos “mailbox” até o dia 31 de dezembro de 2004, o que ocasionou diminuição da vigência real planejada das patentes. As tabelas a seguir demonstram a projeção do prejuízo sofrido pelos requerentes com o atraso da administração pública:

TABELA 2: PEDIDOS REALIZADOS EM 1995

Ano do pedido	Ano da decisão	Fim da patente fundamentada no caput do art.40.	Vigência de uso real aproximada
1995	2004	2015	2015 – 2004 = 11 anos
1995	2005	2015	2015 – 2005 = 10 anos
1995	2006	2015	2015 – 2006 = 9 anos
1995	2007	2015	2015 – 2007 = 8 anos
1995	2008	2015	2015 – 2008 = 7 anos
1995	2009	2015	2015 – 2009 = 6 anos
1995	2010	2015	2015 – 2010 = 5 anos
1995	2011	2015	2015 – 2011 = 4 anos
1995	2012	2015	2015 – 2012 = 3 anos
1995	2013	2015	2015 – 2013 = 2 anos

TABELA 3: PEDIDOS REALIZADOS EM 1996

Ano do pedido	Ano da decisão	Fim da patente fundamentada no caput do art.40.	Vigência de uso real aproximada
1996	2004	2016	2016 – 2004 = 12 anos
1996	2005	2016	2016 – 2005 = 11 anos
1996	2006	2016	2016 – 2006 = 10 anos
1996	2007	2016	2016 – 2007 = 9 anos
1996	2008	2016	2016 – 2008 = 8 anos
1996	2009	2016	2016 – 2009 = 7 anos
1996	2010	2016	2016 – 2010 = 6 anos
1996	2011	2016	2016 – 2011 = 5 anos
1996	2012	2016	2016 – 2012 = 4 anos
1996	2013	2016	2016 – 2013 = 3 anos

TABELA 4: PEDIDOS REALIZADOS EM 1997

Ano do pedido	Ano da decisão	Fim da patente fundamentada no caput do art.40.	Vigência de uso real aproximada
1997	2004	2017	2017 – 2004 = 13 anos
1997	2005	2017	2017 – 2005 = 12 anos
1997	2006	2017	2017 – 2006 = 11 anos
1997	2007	2017	2017 – 2007 = 10 anos
1997	2008	2017	2017 – 2008 = 9 anos
1997	2009	2017	2017 – 2009 = 8 anos
1997	2010	2017	2017 – 2010 = 7 anos
1997	2011	2017	2017 – 2011 = 6 anos
1997	2012	2017	2017 – 2012 = 5 anos
1997	2013	2017	2017 – 2013 = 4 anos

Diante do quadro exposto, o INPI passou a aplicar o parágrafo único do art.40⁵⁶ da LPI, garantindo o mínimo de 10 anos de vigência real também para as patentes “mailbox” a partir da data de concessão, de acordo com os quadros abaixo:

TABELA 5: PEDIDOS REALIZADOS EM 1995 COM APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.40

Ano do pedido	Ano da decisão	Fim da patente com aplicação do parágrafo único do art. 40	Vigência de uso real aproximada
1995	2004	2015	2015 – 2004 = 11 anos
1995	2005	2015	2015 – 2005 = 10 anos
1995	2006	2016	2016 – 2006 = 10 anos
1995	2007	2017	2017 – 2007 = 10 anos
1995	2008	2018	2018 – 2008 = 10 anos
1995	2009	2019	2019 – 2009 = 10 anos
1995	2010	2020	2020 – 2010 = 10 anos
1995	2011	2021	2021 – 2011 = 10 anos
1995	2012	2022	2022 – 2012 = 10 anos
1995	2013	2023	2023 – 2013 = 10 anos

⁵⁶Art.40 (...) Parágrafo Único: Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

TABELA 6: PEDIDOS REALIZADOS EM 1996 COM APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.40

Ano do pedido	Ano da decisão	Fim da patente com aplicação do parágrafo único do art. 40	Vigência de uso real aproximada
1996	2004	2016	2016 – 2004 = 12 anos
1996	2005	2016	2016 – 2005 = 11 anos
1996	2006	2016	2016 – 2006 = 10 anos
1996	2007	2017	2016 – 2007 = 10 anos
1996	2008	2018	2016 – 2008 = 10 anos
1996	2009	2019	2016 – 2009 = 10 anos
1996	2010	2020	2016 – 2010 = 10 anos
1996	2011	2021	2016 – 2011 = 10 anos
1996	2012	2022	2016 – 2012 = 10 anos
1996	2013	2023	2016 – 2013 = 10 anos

TABELA 7: PEDIDOS REALIZADOS EM 1997 COM APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.40

Ano do pedido	Ano da decisão	Fim da patente com aplicação do parágrafo único do art. 40	Vigência de uso real aproximada
1997	2004	2017	2017 – 2004 = 13 anos
1997	2005	2017	2017 – 2005 = 12 anos
1997	2006	2017	2017 – 2006 = 11 anos
1997	2007	2017	2017 – 2007 = 10 anos
1997	2008	2018	2017 – 2008 = 10 anos
1997	2009	2019	2017 – 2009 = 10 anos
1997	2010	2020	2017 – 2010 = 10 anos
1997	2011	2021	2017 – 2011 = 10 anos
1997	2012	2022	2017 – 2012 = 10 anos
1997	2013	2023	2017 – 2013 = 10 anos

O posicionamento do INPI perante a matéria mudaria, entretanto, após um parecer da Advocacia Geral da União (AGU)⁵⁷, onde se defendeu a não aplicação do parágrafo único do art.40 da LPI em relação às patentes “mailbox”.

⁵⁷CUNHA NETO, Loris Baena. Parecer n. 0018-2013-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-LBC-1.0. In: *Revista da propriedade industrial*, seção I, no. 2227. Brasília: INPI, p. 1-10, 2013.

Em síntese, a AGU alegou que o legislador excluiu a aplicação do dispositivo legal em relação às patentes “mailbox”, uma vez que a norma jurídica específica, parágrafo único do art.229 da LPI, utiliza a expressão “limitado ao prazo previsto no caput do art.40”, remetendo-se à ideia de que a vigência dessas patentes não poderia ser objeto de extensão. Assim, nenhuma patente “mailbox” poderia ter sua vigência ampliada além dos vinte anos previstos no caput do art.40, independentemente da data da concessão da patente. Como o dia 14/05/1997 foi a última data para depósito de um pedido em “mailbox”, a conclusão da AGU é de que nenhuma patente concedida nesse regime poderia vigorar além de 14/05/2017. Desse modo, aplicar-se-iam os prazos previstos nas tabelas 2, 3 e 4 e não os previstos nas tabelas 5, 6 e 7, gerando a diminuição de até seis anos nos prazos de vigência das patentes “mailbox”.

A mudança de rumo, provocada pelo parecer, ensejou a interposição de 37 ações propostas pelo próprio INPI, objetivando adequar o prazo de validade das patentes de 247 medicamentos e produtos de natureza agrícola.

3 VIABILIDADE DA AÇÃO DE NULIDADE PARCIAL

Antes de se analisar a aplicabilidade do parágrafo único do art.40 da LPI para patentes “mailbox”, convém verificar a viabilidade das ações de nulidade parcial propostas, pois existem aspectos que podem gerar, a princípio algum questionamento como: Trata-se de hipótese de nulidade? Pode-se requerer a nulidade parcial da patente? O INPI é parte legítima para pedir a nulidade de atos proferidos por ele mesmo? A ação de nulidade estaria prescrita?

A resposta para essas dúvidas é relativamente simples e se encontra na conjugação dos artigos 46, 47 e 56, caput da LPI.

O art.46⁵⁸ aduz que toda patente que contrarie as disposições da LPI é considerada nula. A nova tese do INPI vai de encontro a essa disposição, porquanto defende que as patentes concedidas daquela forma contrariam o parágrafo único do art.229 da LPI. O art.47⁵⁹, por sua vez, esclarece que o pedido de nulidade pode ser parcial, enquadrando-se perfeitamente à pretensão de revisar os prazos das patentes concedidas.

Em relação à legitimidade do INPI e ao prazo para propor a ação, ambas são solucionadas objetivamente pelo caput do art.56⁶⁰ que informa que o INPI poderá propor ação de nulidade a qualquer tempo da vigência da patente.

Portanto, não há dúvida quanto à viabilidade jurídica das ações.

⁵⁸“Art. 46. É nula a patente concedida contrariando as disposições desta Lei.”

⁵⁹“Art. 47. A nulidade poderá não incidir sobre todas as reivindicações, sendo condição para a nulidade parcial o fato de as reivindicações subsistentes constituírem matéria patenteável por si mesmas.”

⁶⁰“Art. 56. A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo da vigência da patente, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse.”

4 ANÁLISE DO MÉRITO

A questão central do estudo proposto – a aplicabilidade ou não do parágrafo único do art.40 da LPI para patentes depositadas no sistema mailbox - exige esforços profundos de interpretação jurídica.

Interpretar é encontrar o sentido e o alcance da norma jurídica. Toda legislação está sujeita à interpretação, não somente as obscuras e ambíguas, até porque, como esclarece Degni, a clareza da norma é relativa. Uma lei pode parecer clara a quem a examinar superficialmente, mas complexa para quem verifica outros elementos como seus fins, precedentes históricos, conexões sociais, etc⁶¹.

Três grandes linhas de interpretação são apontadas pela doutrina clássica: a) interpretação subjetiva; b) interpretação objetiva; c) interpretação da livre pesquisa do direito. Para os defensores da interpretação subjetiva, o que se pesquisa com a interpretação é a vontade do legislador expressa na lei. A teoria da interpretação objetiva sustenta que não é a vontade do legislador que se busca, e sim a vontade da lei, ou seja, o sentido da norma. Segundo essa corrente a lei, após sua entrada em vigor, separa-se de seu autor e alcança uma existência objetiva. Por fim, para a teoria da livre pesquisa do direito, o juiz deve ter uma função criadora na aplicação da norma, que deve ser interpretada em função das concepções jurídicas morais e sociais de cada época⁶².

As teorias da interpretação objetiva e da livre pesquisa do direito têm sido mais aceitas do que as subjetivas no direito contemporâneo, pois com o passar do tempo a vontade do legislador originário torna-se superada. Todavia, como bem ressalta o ilustre Prof. Caio Mário da Silva Pereira, há de se ter cuidado para que a liberdade interpretativa não se transforme em um direito alternativo que conduza à plena subversão da ordem jurídica constituída, afirmando igualmente que o direito brasileiro assumiu uma linha de equilíbrio⁶³.

Várias técnicas coexistem para assessorar o aplicador do direito na tarefa de interpretar, sendo os métodos mais conhecidos: a) literal ou gramatical, que consiste no exame dos termos utilizados na norma, isolada ou sintaticamente, de acordo com as regras do vernáculo; b) lógico ou racional, que se utiliza de raciocínios lógicos dedutivos ou indutivos para apreciação metódica da norma em toda a sua extensão, descobrindo seu sentido e alcance ; c) sistemático, que examina a norma a partir do ordenamento jurídico em que está inserida, relacionando-a com todas as outras com o mesmo objeto, direta ou indiretamente; d) histórico, que analisa a norma partindo da premissa dos seus antecedentes históricos, observando as circunstâncias fáticas, jurídicas e legislativas que lhe precederam; e) finalístico, sociológico ou teleológico, que faz a análise da norma tomando como parâmetro a finalidade declarada, adaptando-a às novas exigências sociais⁶⁴.

⁶¹DEGNI, L'interpretazione della legge. Napoli, 1909 apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. V.1. 28ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 78.

⁶²GOÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. V.1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79. Sobre metodologia jurídica, por todos, recomenda-se NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

⁶³PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito civil*. V.1. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 199.

⁶⁴GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*, V.1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109; DINIZ, 2011, p. 80.; GONÇALVES, 2012, p. 80.

As diversas técnicas supramencionadas não operam separadamente, tampouco se eliminam reciprocamente. Muito pelo contrário, elas se complementam, formando um conjunto de instrumentos teóricos a serviço do intérprete para a realização do direito. A interpretação é, assim, una e exercida por vários processos que levam a um resultado final satisfatório que atenda a sociedade como um todo⁶⁵.

A primeira questão que merece apreciação nesse estudo, e que parece influenciar nas demais, diz respeito à natureza jurídica do direito previsto no parágrafo único do art.40. Afinal, trata-se de um direito secundário e dependente do previsto no caput do dispositivo ou estaria diante de um direito autônomo e, portanto, independente do primeiro?

As alternativas supracitadas existem em diferentes sistemas jurídicos. No direito europeu, por exemplo, o certificado complementar de extensão é considerado um novo direito de propriedade industrial, enquanto, nos EUA, adota-se o sistema de extensão da patente, ou seja, tutela-se a prorrogação do prazo de vida do mesmo direito industrial⁶⁶.

A análise da natureza jurídica do aludido direito traz reflexos relevantes no caso em tela, pois, se compreendermos que se trata de um direito autônomo, o parágrafo único do art.40 não interferiria no prazo máximo da patente previsto no caput e, desse modo, seria aplicável sem maiores problemas. Uma coisa seria o direito da patente e seu prazo máximo limitado, outra, o direito de exploração econômica de uma patente por um prazo mínimo de 10 anos. Em sentido contrário, se a natureza jurídica for de direito de extensão do primeiro, o parágrafo único do art.40 alteraria o prazo máximo previsto no caput, modificando a própria vigência da patente que passaria a ser superior aos vinte anos e poderia sofrer a limitação do parágrafo único do art.229.

A maneira como foi redigida a norma aponta para a não adoção da teoria europeia de um direito autônomo. Ocorre que, segundo a técnica legislativa brasileira, os parágrafos constituem a imediata divisão de um artigo, trazendo uma disposição secundária em que se explica ou modifica a disposição principal. Os artigos contêm, exclusivamente, a norma geral, o princípio, enquanto as complementares e as exceções são retratadas em parágrafos⁶⁷.

A melhor interpretação que se vislumbra é no sentido de que: a) o caput do art.40 traz a regra geral de que o prazo de vigência de uma patente de invenção é de vinte anos contados da data de depósito do pedido; b) o parágrafo único cria uma exceção à regra ao estabelecer que nas hipóteses em que o INPI demorar mais de 10 anos para conceder a patente, salvo por pendência judicial ou força maior, a vigência será de dez anos (e não de vinte), contados da data da concessão (e não do depósito). Convém observar a norma:

Art. 40. A patente de invenção *vigora* pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. (REGRA). (GRIFO NOSSO).

Parágrafo único. O prazo de *vigência* não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame

⁶⁵DINIZ, obra cit., p. 92; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, obra cit., p. 110.

⁶⁶MARQUES, João Paulo F. *O direito de patentes, sistema regulatório, o direito da concorrência*. Coimbra, 2010, p. 321, nota 47.

⁶⁷BRASIL. Presidência da República. *Manual de redação da presidência da república*. 2ª.ed. Brasília: Presidência da República, p. 80, 2002. PINHEIRO, Hesio Fernandes. *Técnica legislativa*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 100.

de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior. (EXCEÇÃO).

Alguns exemplos ajudam a clarear o que se afirma.

Exemplo 1: Um pedido de patente é depositado no dia 01/01/2000 e julgado no dia 01/01/2001. A patente terá vigência de vinte anos a partir do depósito do pedido por aplicação direta da regra prevista no caput do art. 40 e vigorará até 01/01/2020. Não se aplica o parágrafo único do art.40.

Exemplo 2: Um pedido de patente é depositado no dia 01/01/2000 e julgado no dia 01/01/2011. A patente terá vigência de dez anos contados a partir da concessão e vigorará até 01/01/2011. Não se aplica o caput e sim o parágrafo único.

TABELA 8: COMPARATIVO DOS EXEMPLOS

	EXEMPLO 1	EXEMPLO 2
DEPÓSITO DO PEDIDO	01/01/2000	01/01/2000
DATA DO JULGAMENTO	01/01/2001	01/01/2011
DISPOSITIVO LEGAL APLICADO	- Caput do art. 40 da LPI. - Regra: aplica-se o prazo de 20 anos contados do pedido de depósito.	- Parágrafo único do art. 40 da LPI. - Exceção: aplica-se o prazo de 10 anos contados da data da concessão.
DATA DA EXTINÇÃO DA PATENTE	01/01/2020	01/01/2021
VIGÊNCIA CONTADA DA DATA DO DEPÓSITO DO PEDIDO	20 anos	X
VIGÊNCIA CONTADA DA DATA DA CONCESSÃO	X	10 anos

Todavia, ao esmiuçar o art.40 e seu parágrafo único, percebe-se que o direito brasileiro também não abraçou o sistema de extensão nos moldes americanos. Em realidade, o parágrafo único modifica a própria metodologia da contagem da vigência da patente. Trata-se de uma maneira alternativa de se realizar o mesmo direito de propriedade intelectual na qual, ou se aplica o caput, ou se aplica o parágrafo único do art.40. Não é possível a aplicação dos dois dispositivos ao mesmo tempo. Conclui-se, portanto, estar-se diante de instituto jurídico *sui generis*, o que só aumenta a dúvida sobre a matéria.

Ultrapassada a análise da natureza jurídica do parágrafo único, cumpre-se contemplar criticamente a tese levantada pelo INPI para interpor as 37 ações judiciais.

O novo posicionamento do INPI, baseado no parecer da AGU, é fundamentado essencialmente no método de interpretação subjetiva e literal do parágrafo 229 da LPI. É o que se pode inferir no trecho transcrito abaixo⁶⁸:

(...) 19. Da expressão “limitado ao prazo previsto no caput do art.40”, decorre a seguinte compreensão:

I. O prazo máximo de vigência das patentes mailbox é de vinte anos a partir da data de depósito;

II. A metodologia de cálculo das patentes mailbox restringe-se ao que se estabelece o caput do art.40.

20. O adjetivo “limitado”, inscrito na parte final do art.229, parágrafo único, da LPI, possui os seguintes sinônimos: restrito, reduzido, subordinado, circunscrito, delimitado, entre outros.

(...)

23. *Se o legislador tivesse a intenção de submeter às patentes mailbox à metodologia de cálculo prevista no art.40, parágrafo único, da LPI, não teria utilizado a expressão “limitado ao prazo previsto no caput do art.40 na parte final do art.229, parágrafo único, da LPI.” (GRIFO NOSSO).*

A doutrina e a jurisprudência brasileira consideram, porém, que a interpretação literal deve sempre ser realizada com alguma reserva, cedendo espaço quando colidente com outros métodos de maior robustez e cientificidade⁶⁹. Necessário destarte lançar mão de outros recursos interpretativos e ilações mais sofisticadas.

Parece cristalino, desse modo, que alguns fatores desconsiderados pela administração pública não podem ficar de fora da análise como: a) o movimento internacional que antecedeu o TRIPS tinha como, principal catalizador, a proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados à alta tecnologia, o que inclui a indústria farmacêutica; b) o TRIPS, como acordo internacional, integra a legislação dos países signatários a partir do dia 1º. de janeiro de 1995; c) o TRIPS prevê a proteção de invenções em todos os seguimentos tecnológicos; d) a lei 9279/96 veio para ajustar a legislação brasileira ao TRIPS e às pressões internacionais; e) o sistema “mailbox” é uma consequência do art.70, n.8, do TRIPS, que indicou a necessidade de criação de um sistema que protegesse as patentes de medicamentos e produtos agrícolas nos países em que a legislação vigente ainda não o fazia; f) a não aplicação do parágrafo único do artigo 40 da LPI, nas circunstâncias já mencionadas, faz com que o prazo real de vigência de algumas patentes seja ínfimo.

Todos esses elementos norteiam o entendimento de que os pedidos de patentes realizados no sistema “mailbox” mereceriam uma proteção superior à simples aplicação do caput do art. 40 da LPI, como propõe agora o INPI. Mas seria a aplicação do parágrafo único o

⁶⁸ CUNHA NETO, Loris Baena. Parecer no.0018-2013-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-LBC-1.0. In: *Revista da propriedade industrial*, seção I, no. 2227. Brasília: INPI, p. 4, 2013.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. V.1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 80, 2012.

dispositivo jurídico previsto pelo legislador ordinário para a garantia desse direito? Teria o legislador adotado algum regime especial para tais patentes?

A resposta para essas perguntas está, no entender desse estudo, no art.229-B:

Art. 229-B. Os pedidos de patentes de produto apresentados entre 1º de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aos quais o art. 9º, alíneas "b" e "c", da Lei no 5.772, de 1971, não conferia proteção e cujos depositantes não tenham exercido a faculdade prevista nos arts. 230 e 231, serão decididos até 31 de dezembro de 2004, em conformidade com esta Lei.

Note-se que o legislador brasileiro estabeleceu um prazo para decisão sobre a concessão das patentes "mailbox", o que garantiria um tempo de vigência real superior aos 10 anos previstos no parágrafo único do art.40 (ver tabela 1). Em outros termos, se todos os pedidos fossem julgados até o dia 31 de dezembro de 2004, as patentes seriam usufruídas por seus detentores por no mínimo 11 anos, afastando-se a necessidade de aplicação do parágrafo único do art.40.

Evidencia-se, portanto, que a distorção prática que ora se verifica não decorre de falha na lei e sim da administração pública na execução da tarefa prevista no ordenamento jurídico. Faz todo o sentido literal, histórico, sistêmico, lógico, teleológico que o parágrafo único do art.40 da LPI/96 não seja aplicável às patentes "mailbox", posto que a proteção conferida pelo art.229-B é maior. A LPI/96 não contraria o acordo TRIPS.

Contudo, a partir do momento que o art.229-B não foi e nem pode ser mais cumprido, surgem novas perguntas: O INPI poderia aplicar o parágrafo único do art.40 da LPI como meio de compensação? Existe na legislação outro caminho mais adequado?

Atentando-se para o fato de que o Estado, por meio do INPI, deixou de cumprir uma obrigação de fazer personalíssima prevista em lei - julgar os pedidos de patente "mailbox" até o dia 31 de dezembro de 2004 – e de que a regra universal do direito para descumprimento de obrigações desse tipo é o ressarcimento integral das perdas e danos sofridos pela parte prejudicada, entende-se que o parágrafo único do art.40 não deve mesmo ser aplicado ao caso concreto.

No ordenamento jurídico brasileiro, a consequência natural do inadimplemento do Estado relativo a uma obrigação de fazer ocorre por via de responsabilização civil. Esse entendimento está abalizado nos artigos § 6º, art.37 da CF/88 e na aplicação analógica do art. 247 do Código Civil Brasileiro de 2002⁷⁰.

A aplicação do parágrafo único do art.40 pelo INPI, embora atenda, de certa maneira, um ideal de justiça, extrapola o poder conferido à autarquia, configurando-se uma nova distorção jurídica.

Trocando em miúdos, aceitar a aplicação do parágrafo único do art.40 para patentes depositadas no sistema "mailbox", como forma compensatória, seria corrigir um erro de

⁷⁰Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível. BRASIL. *Código Civil*. 2002." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

execução cometendo-se outro, criando-se um sistema de equívocos e arbitrariedades em cascata.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação chegou às seguintes conclusões:

1. As ações propostas pelo INPI são viáveis do ponto de vista processual. Os artigos 46, 47 e 56 da LPI amparam a possibilidade de se requerer, judicialmente, a nulidade parcial de patentes concedidas em contrariedade à referida norma, enquanto essas estiverem em vigor, o que vai de encontro com a nova tese da autarquia.

2. O parágrafo único do art.40 não deve ser aplicado para patentes depositadas no sistema “mailbox”, visto que o parágrafo único do art.229 cumulado com o art.229B estabeleceram, explicitamente, um tratamento específico e uma proteção superior.

3. Os danos causados à iniciativa privada não são decorrentes de falha legislativa. A LPI tratou o assunto adequadamente, salvaguardando de modo privilegiado os direitos atinentes aos pedidos “mailbox”. Não há de se falar, portanto, em incongruência entre o acordo TRIPS e a LPI nesse quesito.

4. A distorção fática é fruto de má execução de serviço público. O Estado brasileiro, através do INPI, não cumpriu o dispositivo legal que determinava o julgamento de todos os pedidos de patentes “mailbox” até o dia 31 de dezembro de 2004.

5. Ao não julgar tempestivamente os pedidos “mailbox”, o INPI causou um prejuízo econômico aos requerentes. Na prática, as patentes concedidas tiveram seu tempo de exploração comercial diminuídos. A perda corresponde aos frutos financeiros não obtidos no período situado entre o dia 01 de janeiro de 2005 e a data efetiva do julgamento.

6. Há nexo de causalidade entre a conduta omissiva do Estado e o dano sofrido pelos requerentes. A consequência jurídica dessa realidade é, a nosso ver, a responsabilização civil do Estado sem necessidade de comprovação de culpa.

7. As ações de responsabilidade civil do Estado podem estar prescritas. Entende-se, inicialmente, que o prazo prescricional de 5(cinco) anos começa a fluir a partir de 01 de janeiro de 2005, primeiro dia subsequente ao termo previsto na LPI/96 para julgamento das patentes “mailbox”. No entanto, reconhece-se que essa questão merece um estudo paralelo e mais aprofundado, pois teses contrárias precisam ser testadas cientificamente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA, Denis. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2003.

BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Propriedade intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005.

CEPALUNI, Gabriel. *Regimes internacionais e o contencioso das patentes para medicamentos: estratégias para países em desenvolvimento*. In: *Contexto Internacional*, vol. 27, no 1, jan/jun 2005

CERQUEIRA, João Gama. *Tratado da propriedade industrial: volume 1*. Vol. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CÉSAR, Priscila Maria Dias Guimarães. *Análise crítica da proteção de invenções farmacêuticas e biotecnológicas: perspectivas dos países em desenvolvimento*. 2011. 271fls. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2011.

CHAVES, Gabriela Costa et al. A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. In: *Cadernos de Saúde Pública*, vol.23, n.2, Rio de Janeiro: 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Vol.1*. 13ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONVENTION STOCKHOLM. *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*. 1967. Disponível em:

http://www.wipo.int/treaties/en/convention/trtdocs_wo029.html

CUNHA NETO, Loris Baena. Parecer no.0018-2013-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-LBC-1.0. In: *Revista da propriedade industrial, secção I*, no. 2227. Brasília: INPI, 2013.

DEGNI, L'interpretazione dela leggi. Napoli, 1909 apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. V.1. 28ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEL NERO, Patrícia. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. V.1. 28ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FROTA, Maria Stela Pompeu Brasil. *Proteção de Patentes de Produtos Farmacêuticos*. Brasília: FUNAG-IPRI, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*, V.1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. V.1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Quem somos*. 2012.

Disponível em: http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/conheca_o_inpi.

MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 4ª.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MARQUES, João Paulo F.R. *O direito de patentes, sistema regulatório, o direito da concorrência*. Coimbra: 2010.

_____. *Anuência prévia: A (i)lícitude da interferência da Autoridade sanitária brasileira nos procedimentos de patenteabilidade de fármacos*. In: ADI 31 (2010-2011). Madrid: Marvail Pons, 2011.

MODY, Ashoka. *New Internacional Environment for Intellectual Property Rights*. In: *Intellectual Property Rights in Science, Technology and Economic Performance*. Ed. Westview, 1990.

NAVARRO, Júlio César Acosta. *O acordo Trips e suas repercussões no acesso a medicamentos: O caso do HIV/AIDS no Brasil e no México: direito de patentes vs. Direito à vida*. 187 fls. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2011.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

PENROSE, Edith T. *The economics of the International Patent System*. Baltimore, The John Hopkins Press, 1951.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito civil*. V.1. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. 3ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ROSA, Arthur. INPI ajuíza ações para reduzir prazo de patentes de medicamentos. In: *Valor Econômico*. 11/10/2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SCUDELER, Marcelo Augusto. *A Propriedade Industrial e a Necessidade de Proteção da Criação Humana*. In: *Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: O conflito Brasil x EUA sobre a propriedade intelectual*. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *A brief history*. 2013. Disponível em: <http://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html>.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *A handbook on the WTO TRIPS agreement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.



ANÁLISE SOBRE AS DECISÕES DO STF E STJ SOBRE DIREITO À INFORMAÇÃO E INFORMAÇÃO AMBIENTAL

ANALYSIS OF STF AND STJ DECISIONS ON THE RIGHT TO INFORMATION AND ENVIRONMENTAL INFORMATION

VANESSA VOGADO CORREIA* | ANA CLÁUDIA FARRANHA SANTANA** | AMANDA N. L. ESPÍNEIRA LEMOS***

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar a jurisprudência do STF e do STJ, acerca do direito do acesso à informação e da informação ambiental, previstos nas Leis nºs 12.527/2011 e 10.650/2003, respectivamente. Como as Cortes brasileiras vêm interpretando tema do acesso à informação? Qual (is) o (s) principal (is) argumento (s) utilizados nessas decisões? Metodologicamente tratou-se de uma busca jurisprudencial no STF e no STJ a partir de termos de pesquisa ou palavras-chave sobre o tema e operadores booleanos. O recorte institucional da escolha dos órgãos surgiu da necessidade de se estudar o tema do acesso à informação pela vertente do Poder Judiciário, além de se tratarem de instâncias superiores com influência e força de precedentes no nosso ordenamento cujas decisões, uma vez proferidas, resultam no trânsito em julgado da ação. Foram encontrados cinco acórdãos, os quais passaram por uma sistematização em tabela, baseada nas seguintes categorias: origem, recurso, destino, partes envolvidas na lide, argumentos da decisão e posterior análise qualitativa. Percebe-se que a tendência dos julgadores é a de assegurar o acesso à informação às partes que o pleitearam. A principal fundamentação dos julgados, por sua vez, é que o direito de acesso à informação necessita de proteção para promover a cidadania.

Palavras-chave: acesso à informação; direito à informação; informação ambiental; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This work aims to analyze the jurisprudence of STF and STJ regarding the right of access to information and environmental information, provided for in Laws 12.527/2011 and 10.650/2003, respectively. How the Brazilian Courts interpret the subject of access to information? What are the main arguments used in these decisions? Methodologically it was a case law search in the STF and in the STJ from search terms, or keywords on the topic and Boolean operators. The institutional cut of the choice of organs arose from the need to study the issue of access to information through the Judiciary, in addition to being superior instances with influence and strength of precedents in our legal system, whose decisions once delivered result in the transit judgment of the action. There were five judgments, which were tabled based on the following categories: origin, resource, destination, parties involved in the dispute and arguments of the decision and subsequent qualitative analysis. It is noticed that the tendency of the judges is to assure the access to the information to the parties that pleaded it. The main reasoning of the judges, in turn, is that the right of access to information needs protection to promote citizenship.

Keywords: access to information; right of access to information; environmental information; Brazilian Supreme Court; Superior Court of Justice.

* Bacharel em Direito pelo Instituto de Educação Superior de Brasília. Advogada.
vanessa10_correia@hotmail.com

** Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP).
Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).
anclaud@uol.com.br

*** Mestranda em Direito pela UnB. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogada.
amandaespineira@gmail.com

Recebido em 21-2-2018 | Aprovado em 21-5-2018



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO; 1.1 Lei de Acesso à Informação: considerações sobre o processo legislativo; 2 SISTEMATIZAÇÃO DOS DADOS COLETADOS; 2.1 Análise das decisões; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O acesso à informação é direito fundamental dentro de um país democrático, pois a disponibilização de dados públicos, oportuniza tanto a participação popular como o controle da Administração Pública. No Brasil, o direito à informação é assegurado pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXXIII, e regulado pelas Leis nºs 12.527/2011 e 10.650/2003.

O tema do acesso à informação é também princípio básico de controle social, por meio do qual o povo pode acompanhar ou monitorar as ações da gestão pública. Ademais, o tema do acesso à informação ambiental – regulado pela lei 10.650/2003 - está entre os aspectos mais gerais que dão sustentação ao conjunto de princípios que rege o Direito Ambiental. Assim, a informação é matéria prima fundamental para o conhecimento de situações que ensejam riscos, ameaças e danos. E, ao mesmo tempo, se constitui em elemento capaz de proporcionar uma melhora nos processos de tomada de decisão em políticas ambientais.

Sob essa perspectiva, há uma importante análise entre o direito à informação (lei n. 12.527/2012) e o direito à informação ambiental (lei n. 10.650/2003). O processo de formulação dos sistemas de informação e a forma como esse direito informação é avaliado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Este trabalho é resultado da pesquisa do plano de trabalho “Como os Tribunais Superiores decidem sobre o Acesso a Informação e Informação Ambiental”, desenvolvida no âmbito do Programa de Iniciação Científica, da Universidade de Brasília (2016-2107), dentro do projeto “Acesso à informação ambiental, legislação e avaliação: considerações metodológicas”. Ele tem por objetivo analisar a jurisprudência do STF e do STJ, acerca do direito do acesso à informação e da informação ambiental, previstos nas Leis nºs 12.527/2011 e 10.650/2003, respectivamente. As perguntas motivadoras da investigação são: Como as Cortes brasileiras vêm interpretando tema do acesso à informação? Qual (is) o (s) principal (is) argumento (s) utilizados nessas decisões?

Utiliza-se como fundamentos teóricos para o desenvolvimento da pesquisa as seguintes categorias de análise: transparência, *accountabilty* e publicidade. Adota-se a premissa de que o acesso à informação deve ser utilizado como ferramenta para a gestão pública e democrática de toda a Administração, inclusive do Meio Ambiente¹.

Metodologicamente tratou-se de uma busca jurisprudencial no STF e no STJ, cujo recorte institucional dos órgãos de decisões surgiu da necessidade de se estudar o tema do

¹ SILVA, T. A. Avaliação do Acesso ao SINIMA – Sistema Nacional de Informação sobre o Meio Ambiente. *Perspectivas em Ciência da Informação*. v.12, n. 13, p. 41 – 53, 2007.

acesso à informação pela vertente do Poder Judiciário. A análise da jurisprudência consistiu em identificar o posicionamento das decisões em relação ao problema (no caso, envolvendo o acesso à informação) e suas inclinações a possíveis soluções que porventura não tenham sido adotadas². A técnica utilizada, portanto, baseou-se na coleta das decisões de um ou diversos juízes ou ministros, sobre um determinado assunto jurídico, com o intuito de identificar o retrato do problema.

Assim, a análise das decisões colacionadas busca compreender, interpretar e explicar o significado, a organização e o sentido da ação³. Almeja-se traçar quais os caminhos que foram percorridos até o momento da decisão, quais argumentos foram usados, os princípios utilizados, bem como as divergências existentes em cada voto. Antes da coleta de dados, foi necessário realizar uma pesquisa exploratória, além de remeter à base bibliográfica em que o direito ao acesso a informação está assentado. Foram feitos vários recortes de artigos científicos a respeito do tema.

Após a leitura dos achados teóricos sobre o tema, passou-se, então, à delimitação do recorte de objeto, como uma forma de apurar como seria feito a pesquisa pelas decisões no site dos tribunais mencionados. Foram escolhidas as palavras-chave ou termos de busca para a realização das consultas de jurisprudência, quais sejam, “lei e acesso e informação”, “lei e n.12.527”, “informação e ambiental” e o operador booleano “e”.

Optou-se por analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça devido à sua influência no ordenamento jurídico brasileiro, e por se tratar de instâncias superiores, que após a decisão proferida pelos mesmos, resulta no trânsito em julgado da ação. Quantitativamente não se resultou em muitos processos, assim optou-se por realizar uma análise qualitativa a partir de algumas categorias de análise melhor descritas no tópico dos cinco julgados colacionados. Destaca-se ainda que o número maior encontrado foi de decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Como resultado das análises feitas percebe-se que a tendência dos julgadores é a de assegurar o acesso à informação às partes que o pleitearam. A principal fundamentação dos julgados, por sua vez, é que o direito de acesso à informação necessita de proteção para promover a cidadania.

1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação corresponde a obrigação de órgãos públicos prestarem informações de forma proativa, com esclarecimentos sobre o funcionamento, gestão, políticas internas, as formas de participação dos cidadãos, uso das tecnologias de informação, políticas que envolvem o acesso de pessoas com deficiência, dentre outras informações passíveis de publicidade. Além disso, cabe também ao Estado disponibilizar informações sobre danos ambientais, impactos econômicos das políticas públicas, além de outros desdobramentos do tema⁴.

² FILHO, R. F.; LIMA, T. M. Metodologia de Análise de Decisões. *Universitas Jus*, Brasília, v. 21, p. 1-17, 2010.

³ WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UnB, 2004.

⁴ MENDEL, T. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. UNESCO, 2009.

No Brasil, esse direito é garantido tanto pela Constituição Federal, em seu art.5º, quanto em Lei Federal específica que trata da matéria, a Lei de Acesso à Informação- LAI (Lei nº 12.527/2011). Assim, existe uma espécie de avanço na proteção legal do tema no país, demonstrando uma boa regulamentação deste. Entretanto, carece-se de avanços no que diz respeito ao interesse da participação da sociedade em requerer tais informações. O direito de obter dos órgãos informações públicas previstas na legislação constitucional e infraconstitucional, que apresenta a transparência como maior princípio, perde a eficácia se não houver uma sociedade participativa, que cobre de alguma forma que a lei seja cumprida. A publicidade como regra e o sigilo enquanto exceção perde o sentido normativo se não for executada⁵.

O tema do acesso à informação é princípio básico de controle social, por meio do qual o povo exerce algum controle sobre a ação da Administração Pública, proporcionando a transparência e reforçando a democracia. A LAI criou mecanismos que possibilitam a qualquer pessoa, física ou jurídica, sem necessidade de apresentar motivo, o recebimento de informações dos órgãos públicos⁶.

Quanto ao acesso à informação ambiental, vários documentos internacionais reconheceram este direito. Pode-se citar a Convenção sob Notificação de Acidente Nuclear (Viena, 1986); Primeira Conferência Europeia sobre Meio Ambiente e Saúde (Frankfurt, Alemanha, 1989); Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público no Processo Decisório e o Acesso à Justiça em Matéria de Meio Ambiente (Aarhus, Dinamarca, 1998) e Declaração de Limoges (França, 2005)⁷.

No Brasil, em 2003, foi sancionada a Lei nº 10.650, que está entre os aspectos que dão sustentação ao conjunto de princípios que regem o Direito Ambiental. Assim, a informação é matéria prima fundamental para o conhecimento de situações que ensejam riscos, ameaças e danos, ao mesmo tempo se constitui em elemento capaz de proporcionar uma melhora nos processos de tomada de decisão em políticas ambientais⁸.

Sob essa perspectiva, há uma importante análise entre o direito à informação e o direito à informação ambiental. O processo de formulação dos sistemas de informação e a forma como esse direito à informação é avaliado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Esse trabalho se propôs analisar como os Tribunais decidem o direito à informação e o direito à informação ambiental, a partir da entrada em vigor das mencionadas leis. Buscou-se, além disso, identificar as características desses direitos fundamentais e sua importância na vida em sociedade, e como essa prerrogativa contribui para o exercício da cidadania.

É importante analisarmos como o direito é interpretado pelos tribunais, qual o embasamento teórico em que está assentado o direito à informação e o direito à informação

⁵ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Acesso à Informação Pública: Uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-deconteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

⁶ BARCELLOS, A.P. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *RDE: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v.3, n.12. 2008.

⁷ LEME MACHADO, P. A. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

⁸ FURRIELA, R. B. A lei brasileira sobre acesso à informação ambiental como ferramenta para a Gestão democrática do Meio Ambiente. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 3, n. 1, p. 283-290, 2004.

ambiental, bem como em qual contexto histórico essas duas leis foram editadas, e, por fim, analisar os casos existentes em que o STJ e STF decidiram sobre o Acesso a Informação e Informação Ambiental.

Os dados precisam ser disponibilizados de forma que permitam sua análise e compreensão pelo leitor, além da possibilidade de serem maleáveis para os interessados utilizá-los para pesquisa e outros fins, não bastando serem apenas divulgados⁹. É nesse sentido que Bobbio se refere à publicidade, como centro tanto da democracia participativa, como da democracia representativa¹⁰. Do mesmo modo a Constituição Federal de 1988 e posteriormente, a Lei de Acesso à Informação possuem essa teleologia, ou seja, os dispositivos legais e constitucionais devem ser interpretados dessa mesma maneira. Logo, a transparência pelos órgãos públicos, que detêm algum tipo de informação, contribui para o processo de democratização, o qual permite que qualquer interessado possa contestar tais dados, e, assim, exercer o controle social sobre a Administração Pública.

No que se refere à edição de legislação específica, a história do acesso à informação, em termos globais, começa no século XVIII, em 1766, com a primeira Lei de Acesso, na Suécia, no período chamado “Era da Liberdade” (1718-1772). A segunda, surgiu apenas em 1951 – três anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos – na Finlândia. A terceira, nos Estados Unidos, em 1966¹¹.

Nesse contexto, Webster¹² examinando criticamente as principais abordagens do pós-guerra ao desenvolvimento informacional e ao que se considera a Sociedade da Informação. Observa-se o consenso entre os pensadores de que a informação é de importância fundamental nos assuntos contemporâneos. Adota-se a posição de que não apenas que há muito mais informações do que nunca, mas também que a informação desempenha um papel central e estratégico nos processos de tomadas de decisão e controle social.

1.1 Lei de Acesso à Informação: considerações sobre o processo legislativo

No Brasil, em 1988, a Constituição Federal assegurou no inciso XXXIII do art. 5º que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Porém, somente em 2011, ou seja, 23 anos depois da promulgação da Constituição Federal, o Estado brasileiro editou a Lei nº 12.527/11, que estabeleceu um conjunto de diretrizes, as quais apontam caminhos para a concretização das formas de acesso, atribuindo direitos e deveres para a Administração e para os administrados.

⁹PERUZZOTTI, E.; SMULOVITZ, C. (eds.). *Controlando la Política: Ciudadanos y Medios en las Democracias Latinoamericanas*. Buenos Aires: Grupo Editorial Temas, 2002.

¹⁰BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

¹¹BASTERRA, M. *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

¹²WEBSTER, F. *Theories of the information society*. 4. ed. London: Routledge, 2014.

Em 26 de fevereiro de 2003, foi apresentado o Projeto de Lei 219/2003. Apenas em 18 de novembro de 2011, entretanto, foi sancionada a Lei nº 12.527/2011, contabilizando oito anos de tramitação. O Brasil tornou-se o 89º país dotado de uma Lei de Acesso ao sancionar a Lei nº 12.527 em novembro de 2011.

Em setembro de 2011, quando o Brasil foi convidado a participar da Parceria para Governo Aberto, o país não tinha uma lei de acesso à informação. Pela proximidade das datas e por pressões surgidas à época, é razoável supor que essa iniciativa internacional deu o empurrão para que a Lei de Acesso à Informação Pública fosse aprovada¹³.

Então, uma vez aprovados os dispositivos no Legislativo, diversas interpretações passam a ser realizadas sobre ele sobretudo no âmbito da Administração Pública, quando a transparência, positivada em forma de lei, passa a ser o princípio norteador da relação entre o cidadão e o Governo. A diretriz constitucional passa a possuir procedimentos definidos e claros que preveem a informação sendo disponibilizada de forma clara. Aqui, surgem algumas questões como o tema dos governos e dados abertos. Essas questões surgidas com a LAI e o seus desdobramentos, nesses cinco anos de vigência, chegam ao Judiciário, e a análise da interpretação das Cortes sobre esses temas é de extrema relevância para compreender a aplicação da lei e monitorar sua utilização. Sendo assim, na sessão a seguir, apresenta-se o estudo de caso que norteou esse trabalho.

2 SISTEMATIZAÇÃO DOS DADOS COLETADOS

ORIGEM	RECURSO	RECORRENTE	RECORRIDO	LIDE/DECISÃO	DIVERGÊNCIA
TJDFT	Mandado de Segurança nº 18.847/STJ - 2014	Sindicato Nacional dos Analistas e Técnicos de Finanças e Controle	Ato da Ministra de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministro de Estado da Fazenda e do Ministro de Estado da Defesa	A lide versa sobre a edição da Portaria Interministerial 233, de 25/02/2012, a qual disciplina o modo de divulgação da remuneração e subsídios recebidos por ocupantes de cargo público. O Sindicato alegava que não poderia ser divulgado os dados (endereço, CPF e a CI) dos	Não houve

¹³ ATOJI, M. I. *Lei de acesso a informações públicas é aprovada pelo Senado*. Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas, 2011.

				servidores no Portal da Transparência. O STJ, de acordo com a jurisprudência do STF, negou a segurança afirmando que a edição da Portaria apresenta -se como um meio de concretizar a publicidade administrativa.	
TJDFT	AgRg no RO nº 766.390/STF – 2013	Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	Distrito Federal	Conflito formal entre a lei 12.527/2011 e a Portaria 02 de 26/06/2012 do DF. O Sindicato entrou com pedido Mandado de Segurança do TJDF para dizer que portaria não se prestava para a regulação que a LAI dispõe de que caberá aos Estados, DF e municípios disciplinarem em lei específica a forma como os dados seriam divulgados. O TJDFT concedeu a Liminar. No Recurso Ordinário, o STF cassou a segurança para afirmar que a Portaria não extrapolou o poder regulamentar, mas apenas estava	Não houve

				disciplinando a forma de divulgação de informação que interessa a coletividade.	
TJDFT	Mandado de Segurança nº 20.895/STJ – 2014	InfoGlobo Comunicação e Participações S/A	Ministra de Estado Chefe da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República	Pedido de acesso perante a Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, o extrato completo do cartão de pagamentos do Governo Federal utilizado pela Servidora. Foi franqueado o acesso à planilha contendo os gastos efetuados, contudo, sem as discriminações solicitadas. Para o STJ, inexistiu justificativa para manter em sigilo as informações solicitadas, pois não se evidencia que a publicidade de tais questões atente contra à segurança do Presidente. Foi concedida a Ordem. Em 2017 ainda está em Recurso Extraordinário.	A divergência foi no sentido do art. 24, § 2º, da Lei de Acesso à Informação, visto que o pedido de informação se referiu entre os anos de 2003 a 2011, porém o ano de 2011 não poderia ser objeto de pedido, pois o ano de exercício ficará sob sigilo até o término do mandato em exercício ou do último mandato, em caso de reeleição.

TJRJ	AgRg no Recurso em Mandado de Segurança Nº 29.489/STJ – 2015	Estado do Rio de Janeiro	Roberto Alves do Rei (Defensor Inativo)	Pedido de acesso a certidão, dirigido a Defensoria Geral: sobre as concessões dos pedidos de férias. A pretensão foi negada pela Defensoria Geral. O Mandado de Segurança foi negado sob argumento da falta de interesse nas informações. O Ministério Público optou pelo não provimento. O STJ por unanimidade, concedeu a segurança reconhecendo que as informações não seriam de caráter sigiloso. Interposto Recurso Extraordinário negado.	Não houve
------	--	--------------------------	---	---	-----------

2.1 Análise das decisões

Por meio dos resultados coletados nos sites do STF (www.stf.jus.br) e STJ (www.stj.jus.br), das jurisprudências ali consolidadas, pode-se perceber quem são os litigantes, a lide, o interesse no pedido de acesso à informação.

Ao todo colacionou-se cinco julgados, sendo quatro do STJ e um do STF, que serviram de base de dados para a pesquisa. A busca pelas jurisprudências na Corte Superior e na Corte Suprema ocorreu por meio das palavras-chave que deveriam ser usadas para encontrar as jurisprudências, com as palavras “direito e informação”, “acesso e informação” “acesso e informação ambiental”, cada Tribunal possui a sua nomenclatura para pesquisa, foi realizado vários filtros até que chegasse às cinco decisões citadas.

Analisando o perfil de cada caso, é comum as partes litigarem quando almejam obter a informação pretendida. Além disso, em apenas um caso tivemos um cidadão comum requerendo o acesso à informação, se assim podemos classificá-lo, pois era um defensor público inativo. Nos demais, eram pessoas jurídicas, imprensa, sindicato, e Ministério Público. Mesmo sendo um número pequeno de decisões encontradas, é notável que a parte

interessada no pedido de informação tem o interesse particular envolvido, com exceção do Ministério Público que estava atuando em sede de ação civil pública.

No que se refere aos pedidos de informação ambiental, foi encontrado apenas um caso, em sede de Ação Civil Pública, em que o Ministério Público de Minas Gerais pleiteava o direito de qualquer cidadão ter amplo e irrestrito acesso às informações ambientais do Estado Mineiro, sem a necessidade de senha, bem como a atualização dos bancos de dados. Em contraponto, o Estado de Minas alegava que estes pedidos lesavam a ordem pública, e que ausência de bancos de dados virtuais não impossibilitava o acesso a tais informações. Porém, tanto o Tribunal Mineiro como o STJ decidiram com base no princípio do livre acesso às informações que a sociedade deve ter; que a retirada de senhas nos sites não significaria prejuízos para administração; que deveria ser retirada a necessidade de senha de acesso ao sistema; bem como que fosse atualizado o banco de dados virtual. Portanto, a decisão do STJ está em consonância com instrumentos normativos - a Lei de Acesso a Informação Ambiental prevêem. (ArRg na Suspensão Liminar n. 1.896/STJ)

Nos dois processos em que os Sindicatos (dos médicos do DF e dos analistas técnicos de finanças e controle do DF) estão envolvidos, as suas atuações se voltam a tentar proteger os direitos individuais dos seus sindicalizados, com o argumento de que os dados relativos às remunerações não podem ser divulgados na forma como disciplina as portarias que regulamentam a Lei de Acesso (como por exemplo, a divulgação do CPF). Mesmo a discussão se pautando no sentido formal, o STF, no caso dos sindicatos dos médicos do DF, cassou a segurança dada pelo TJDFT para afirmar que a transparência de tais dados seriam um dos ônus de ser servidor público, devendo as informações ser divulgadas da forma como a portaria havia disciplinado. No caso do sindicato de técnicos e analistas da finanças e controle do DF, tanto o TJDFT como o STJ julgaram no sentido de reafirmar que a LAI e as portarias ali questionadas eram formas de promover a publicidade da administração, decidindo pela ampla divulgação dos salários dos servidores públicos (Mandado de Segurança nº 18.847/STJ – 2014 e AgRg no RO nº 766.390/STF – 2013).

No Mandado de Segurança nº 20.895/STJ – 2014, em que a Empresa de Comunicação InfoGlobo configura como autora da ação, trata-se de único caso dentre os colacionados em que houve voto divergente do relator. A lide se concentra na negação do pedido de informação dos extratos do cartão corporativo do Governo Federal usado por Ministra de Estado em mandato eletivo de 2003 a 2011. O princípio em debate foi o da transparência, uma vez que os dados foram disponibilizados no primeiro pedido de acesso pela secretaria de comunicação, porém, incompreensível para quem os interpretaria. O relator, em seu voto, afirmou que, segundo a Lei de Acesso à Informação, não haveria motivos para a secretaria de comunicações negar tal pedido, e determinou que dos dados fossem disponibilizados na forma como foi requerido (detalhamento de tipo, data, valor das transações e CNJP/Razão social dos fornecedores). A divergência foi apenas no sentido de que o ano de 2011 não poderia ser integrado no pedido de acesso, visto que o ano eleitoral possui sigilo até o seu término, segundo art. 24, § 2º, da Lei de Acesso à Informação. A divergência foi acolhida. Até a presente data da pesquisa não ocorreu o trânsito em julgado da ação. O Mandado de Segurança encontra-se em grau de Embargos de Declaração na decisão de negou seguimento ao Recurso Extraordinário.

Com base nesses cinco julgados, podemos traçar os perfis de quem pleiteia o acesso a dados: são pessoas jurídicas que têm o interesse na informação (como a empresa Globo, que

tem o interesse jornalístico em jogo, o de divulgação das informações em seus meios televisivos). No caso dos sindicatos, temos o interesse em proteger os direitos dos seus sindicalizados, que se acham ameaçados de terem direito à intimidade, à personalidade, à segurança violados com a divulgação dos seus salários na internet. Portanto, nesses três casos podemos perceber que o interesse em pleitear no judiciário o acesso à informação decorre de pessoas jurídicas que detêm condições intelectuais, econômicas, além de contar com assessoria jurídica.

Os votos dos relatores se baseiam em quase a sua totalidade na mesma fundamentação: o direito ao acesso à informação por ser previsto na Constituição Federal, regulado pela LAI (Lei nº 12.527/2011), necessita de maior proteção, visto que objetiva a transparência, a publicidade, e proporciona a participação da sociedade no controle da administração. Apresenta-se também como princípio, o interesse da coletividade, que não pode ser restringido por vontades particulares.

É importante destacar as palavras do Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ao proferir seu voto no Mandado de Segurança nº 20.895-DF (caso da InfoGlobo):

[...] a obtenção de informações como as cogitadas neste MS é reconhecido amplamente em todas as democracias contemporâneas ocidentais e não deveria, a rigor, provocar qualquer estranheza ou recusa; na verdade, a sonegação de tais informações, ao que se percebe, é capaz de produzir maior celeuma do que a sua disponibilidade; afinal, se nada há ocultar, dissimular ou esconder, é claro que o negaceio em causa assume feição de ilegalidade ou de ato abusivo, além de irrazoável [...] Nesta matéria tem aplicação, ao meu ver, a parêmia consagrada pela secular do povo, segundo a qual *é melhor prevenir, do que remediar*¹⁴.

Portanto, o STF e STJ têm decidido de modo a possibilitar a efetivação da formação da cultura da informação no Brasil, embora o número de julgados encontrados não seja bastante expressivo, os seus conteúdos são de grande valor. Em nenhum caso foi negado o acesso à informação, pelo contrário, como vimos, em um dos casos o STF cassou a decisão do TJDF para determinar que a informação fosse disponibilizada.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, traçam-se alguns parâmetros de como as decisões são tomadas no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça quando é colocado em pauta o direito de acesso à informação. Constata-se, ainda, que nossas Cortes Superiores têm pouquíssimos julgados em relação ao tema, principalmente quando se refere ao acesso à informação ambiental. Entretanto, não podemos afirmar categoricamente que não temos muitos conflitos em nossa sociedade quanto à disponibilização de dados, visto que muitos dos pedidos negados perante à Administração Pública não são judicializados, e sem contar aqueles que ainda estão em trâmite em primeiro grau, já que o nosso recorte institucional foram as instâncias superiores.

¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 20.895/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 25/11/2014.

Porém, o que podemos afirmar, com os resultados da pesquisa, é que o STF e o STJ em todos os casos encontrados e analisados tendem a assegurar o livre acesso às informações públicas. Portanto, exercem papel fundamental na construção da jurisprudência, visto que esta é parâmetro de seguimento em todo território nacional, servindo de embasamento para o acesso à informação. Assim, têm contribuído para promoção e manutenção da democracia, uma vez que o direito de acesso à informação, assegurando pela Constituição Federal de 1988, mostra-se como um meio de chegar à efetividade da democracia. Na medida em que as informações públicas são divulgadas e/ou acessadas, cria-se a possibilidade de fiscalização pela sociedade, contribuindo para o exercício pleno da cidadania.

O Brasil ainda está em processo de desenvolvimento quanto ao amadurecimento da necessidade de disponibilização de informação, de transparência, de publicidade. A análise que se propõe não é aquela apenas do ponto de vista do espaço para o acesso a informação, mas também do desenvolvimento social do próprio país.

REFERÊNCIAS

- ATOJI, M. I. *Lei de acesso a informações públicas é aprovada pelo Senado*. Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas, 2011.
- BASTERRA, M. *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.
- BARCELLOS, A.P. *Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*. RDE: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v.3, n.12. 2008.
- BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Acesso à Informação Pública: Uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <<http://www.acaoainformacao.gov.br/central-deconteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.
- FREITAS FILHO, R.; LIMA, T. M. *Metodologia de Análise de Decisões*. Universitas Jus, Brasília, v. 21, p. 1-17, 2010.
- FURRIELA, R. B. *A lei brasileira sobre acesso à informação ambiental como ferramenta para a Gestão democrática do Meio Ambiente*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, n. 1, p. 283-290, 2004.
- LEME MACHADO, P. A. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MENDEL, T. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. UNESCO, 2009.
- PERUZZOTTI, E.; SMULOVITZ, C. (eds.). *Controlando la Política: Ciudadanos y Medios en las Democracias Latinoamericanas*. Buenos Aires: Grupo Editorial Temas, 2002.

SILVA, T. A. Avaliação do Acesso ao SINIMA – Sistema Nacional de Informação sobre o Meio Ambiente. *Perspectivas em Ciência da Informação*. v.12, n. 13, p. 41 – 53, 2007.

WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UnB, 2004.

WEBSTER, F. *Theories of the information society*. 4. ed. London: Routledge, 2014.

