

REVISTA DA  
**AGU**

volume 17 nº 02 - Brasília-DF, abr./jun. 2018

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da AGU	Brasília	v. 17	nº 02	p. 1-368	abr./jun. 2018
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

# Revista da AGU

## Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -  
CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br  
© Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

**ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO**  
Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

**ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO**  
Maria Aparecida Araujo de Siqueira

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Maria Aparecida Araujo de Siqueira	Secretária-Geral de Consultoria
Sergio Eduardo de Freitas Tapety	Procurador-Geral da União
Fabrício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador-Geral do Banco Central
Júnia Cristina França Santos Egídio	Secretária-Geral de Administração (interina)
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

### ESCOLA DA AGU

Diogo Palau Flores dos Santos	Diretor
Douglas Henrique Marin dos Santos	Coordenador-Geral de Ensino
Andrea Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral Administrativa

**ABNT(adaptação)/Diagramação:** Niuza Lima /Gláucia Pereira

**Capa:** Niuza Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU/ Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes  
Leal. – Brasília : EAGU, 2002.  
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes

Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU :  
Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da  
AGU (2008-).

Apartir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá  
numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN -L 1981-2035; ISSN 2525-328x

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05  
CDU 342(05)

## **EDITOR-CHEFE**

### **DIOGO PALAU FLORES DOS SANTOS - AGU-DF**

Doutor em Direito Constitucional (Função Social do Direito - Direito Processual Civil) pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Professor do Centro Universitário IESB e da Escola da AGU. Advogado da União - AGU

## **VICE-EDITOR**

### **DOUGLAS HENRIQUE MARIN DOS SANTOS**

Doutor em Ciências pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp).  
Mestre em Direito (Ciências jurídico-filosóficas) pela Universidade do Porto (UP-Portugal).  
Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil no Centro Universitário IESB/DF.  
Procurador Federal. Membro da Advocacia-Geral da União - AGU

## **EDITORAS ASSISTENTES**

Gláucia Maria Alves Pereira  
Niuza Gomes Barbosa de Lima

## **INDEXAÇÃO EM:**

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR - Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros

## CONSELHO EDITORIAL

### INTERNACIONAIS

**CARLA AMADO GOMES  
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,  
PORTUGAL)**

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Leciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

**JOSÉ ALEXANDRE GUIMARAES DE  
SOUSA PINHEIRO. (UNIVERSIDADE  
DE LISBOA, PORTUGAL)**

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorado pelo

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA  
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,  
ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

**PEDRO T. NEVADO-BATALLA  
MORENO (UNIVERSIDAD DE  
SALAMANCA, ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

### NACIONAIS

#### REGIÃO NORTE

**EDSON DAMAS DA SILVEIRA  
(UEA/UFRR)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO  
(CESUPA)**

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

#### REGIÃO NORDESTE

**MONICA TERESA COSTA SOUSA  
(UFMA)**

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

**MARTONIO MONT'ALVERNE  
BARRETO LIMA (UNIFOR)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA  
(UFPE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

**ARTUR STAMFORD DA SILVA  
(UFPE)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

**HERON JOSÉ DE SANTANA  
GORDILHO (UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR  
(UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

**REGIÃO CENTRO-OESTE**

**JEFFERSON CARÚS GUEDES  
(AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi Procurador Geral da União, Procurador-Chefe Nacional do INSS e Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social, Diretor da Escola da AGU e Vice-Presidente Jurídico dos Correios. Membro da Advocacia-Geral da União.

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES  
GODOY (AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-

UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi Procurador-Geral Adjunto na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Membro da Advocacia-Geral da União.

**MARCELO DA COSTA PINTO  
NEVES (UNB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Universidade de Bremen. Foi Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq). Foi Procurador do Município de Recife.

## REGIÃO SUDESTE

### **JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutorado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

### **ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

### **MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

### **DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP).

Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutorado em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

### **TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM WAMBIER (PUC/SP)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

### **THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

## REGIÃO SUL

### **LÊNIO STRECK (UNISINOS)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

### **MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)**

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande

do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União. Foi Procuradora do Município de Porto Alegre.

### **REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutorado em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

## PARECERISTAS

**ANA SUELEN TOSSIGE GOMES - MG**  
Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, na linha de pesquisa “História, Poder e Liberdade”. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014), com período de intercâmbio/pesquisa na Università degli Studi di Siena (2013).

**ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO - UFMG**  
Doutor em Direito pela Université Panthéon-Assas Paris II (Sorbonne). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara.

**ANDRÉA MADALENA WOLLMANN - PORT**

Doutoranda em Estudos Jurídico Filosóficos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre pela Universidade Federal Fluminense no curso de Política Social. Especialista em Direito Privado pela UNIJUÍ (200). Como Advogada, possui mais de dezessete anos de experiência, tendo atuado no RS, MT e RJ.

**AUGUSTO CÉZAR BARAÚNA - PUC/SP**

Mestre e Doutor pela PUC/SP. Advogado e professor da Universidade Federal do Maranhão e Universidade Estadual do Maranhão.

**BERNARDINA FERREIRA FURTADO ABRÃO - FACAMP/ SP**

Mestrado em Direitos Fundamentais. Doutorado em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora de Direito Constitucional, Administrativo, Ambiental e do Consumidor em cursos de Pós-Graduação Lato Sensu, MBA. Advogada em São Paulo no contencioso e assessoria nas áreas de Direito Administrativo, Ambiental, Consumidor e Seguros.

**FLÁVIO ROBERTO BATISTA - AGU/SP**  
Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo - USP. Professor Doutor da Faculdade

de Direito da Universidade de São Paulo, Professor da Escola Paulista de Direito Social e Procurador Federal junto à Procuradoria Seccional Federal em São Bernardo do Campo/ SP. Advocacia-Geral da União AGU-SP

**FULVIA HELENA DE GIOIA - SP**  
Doutora em Direito Político Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Teoria do Estado, com concentração em Direito Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Advogada e sócia-fundadora da DE GIOIA ADVOCACIA.

**GUILHERME DOLABELLA BICALHO - PGDF/DF**

Mestre em Argumentação Jurídica e Filosofia do Direito pela Universidade de Alicante/Espanha; Mestre em Direito Tributário pela Universidade de Brasília – UnB; especialista em Direito da Economia e da Empresa - Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da UnB. Professor do Curso de Especialização em Direito Público do CEAD/UnB. Advogado e Consultor Jurídico em Brasília e em Minas Gerais; Procurador do Distrito Federal com atuação no Núcleo de Grandes Devedores.

**JOÃO ADOLFO RIBEIRO**

**BANDEIRA - UF/CE**

Professor Assistente I da Universidade Federal do Cariri - UFCA. Doutorando em Filosofia pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ - UFPB e doutorando neste mesmo programa.

**JULIANA DINIZ FONSECA CORVINO - DF**

Doutora em Ciência Política. Mestre em Direito. Especialista em Direito Médico. Licenciatura em Letras e Literaturas - Fisioterapeuta - Especialista em Fisioterapia Hospitalar

**KAROL ARAÚJO DURÇO (PUC/MG)**  
Doutorando em Direito Público pela PUC/MG. Mestre em Direito Processual pela UFES;

Especialização em Direito Empresarial e Relações do Trabalho pela UFJF. Professora da Universidade Federal de Juiz de Fora UFJF. Professora visitante do Instituto de Educação Continuada da PUC/Minas IEC Belo Horizonte-MG; e da Univix Faculdade Brasileira Vitória-ES

#### **LAURO ERIKSEN - TRT/UFRN**

Doutor, Mestre e Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Oficial de Justiça Avaliador Federal (atualmente) no Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Primeira Região (TRT-21), lotado na Vara do Trabalho de Macau - RN.

#### **LEONARDO VALLES BENTO - MA**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) desde 2007. Atualmente é Auditor da Controladoria-Geral da União (CGU) no Estado do Maranhão, e professor de Direito Administrativo na Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB), em São Luís (MA).

#### **LILIANE VIEIRA MARTINS LEAL - UF/GO**

Doutora em Ciências Ambientais (UFG). Professora Adjunta, Curso de Direito, Universidade Federal de Goiás/Regional Jataí. Mestre em Filosofia (UFG)

#### **MARCO CESAR CARVALHO - AGU/SP**

Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Professor Universitário. Advogado da União - Advocacia-Geral da União.

#### **MARIA CRISTINA ZAINAGHI - PUC-SP**

Doutora pela PUC/SP. Mestre pelo Mackenzie Advogada.

#### **MARILDA DE PAULA SILVEIRA - DF**

Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Professora dos cursos de Pós-Graduação em Direito Administrativo e Eleitoral do IDP. Advogada do Silveira e Unes Advogados Associados, em Brasília.

#### **MARTINHO MARTINS BOTELHO - SP**

Doutor pela Universidade de São Paulo (USP), Doutor em Teoria Econômica pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC PR). Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional Uninter

#### **MATHEUS PASSOS SILVA - PORT**

Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador voluntário do CEDIS/ Universidade Nova de Lisboa. Pesquisador da CAPES - Proc. N.º 1791/15-0. Professor do Centro Universitário UniProjeção.

#### **PAULO FERNANDO DE MELLO**

##### **FRANCO - RJ**

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Doutorando em Direito e Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Professor de Direito Civil, Processual Civil e Econômico em Cursos de Graduação e de Pós-Graduação. Professor Substituto de Direito Civil na Universidade Federal Fluminense - UFF.

#### **PEDRO HENRIQUE ARCAIN**

##### **RICCETTO - SP**

Doutorando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina - UEL. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo na Universidade do Norte do Paraná - UENP.

#### **ROGÉRIO PICCINO BRAGA - PR**

Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR), Pós-graduado em Direito Municipal (especialização). Advogado.

#### **RÚBEN MIRANDA GONÇALVES - ESP**

Doctorando en Derecho Administrativo, Máster en Derecho Administrativo y Licenciado en Derecho con grado (sobresaliente), por la Universidad de Santiago de Compostela.

Diplomado en Estudios de la Defensa Nacional (Universidad de Santiago de Compostela - CESEDEN). Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales en la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor en el Máster de Abogacía de la Universidad Europea de Madrid.

#### **RUBENS BEÇAK - SP**

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (Graduação e Pós-graduação). Professor visitante da Universidade de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños.

#### **SONIA APARECIDA DE CARVALHO**

Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC, Dupla Titulação pela Universidad de Alicante, na Espanha - Doutora em Direito pela Universidade de Alicante - UA-Espanha - Doctora en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad de la Universidad de

Alicante. Mestre em Direito Constitucional Contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC - RS. Professora de Direito. Integrante do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Intelectual - GEDAI da UFPR - PR.

#### **THAÍS CÍNTIA CÁRNIO - SP**

Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP, especialista em Banking e graduada em Administração de Empresas pelo Mackenzie, graduada em Direito e especialista em Direito Privado pela USP. Professora dos cursos de graduação e Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Mackenzie e professora convidada do curso de Pós-Graduação Lato Sensu da PUC/SP e EPD. Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

#### **THIAGO SANTOS AGUIAR DE**

##### **PÁDUA - DF**

Doutorando e Mestre em Direito. Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC). PPG/Direito (UniCEUB). Professor da Especialização em Direito UniCEUB.

## AUTORES

### **ALAN PEREIRA DE ARAÚJO - AGU/MG**

Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos, FMC. Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Público. Procurador Federal

### **ANALISSA BARROS PINHEIRO - CE**

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema da Justiça da Universidade Federal do Maranhão.

### **ANNE ELISE BRANDALISE GONÇALVES**

Bacharel em Relações Internacionais pelo UNINTER. Bacharel em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito pelo UniBrasil

### **CARLOS EDUARDO ALBAN - RS**

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Bolsista Integral do Programa CNPq. Especialista em Direito Médico pela Universidade Católica de Salvador – UCSAL.

### **CAROLINE FOCKINK RITT - RS**

Doutor em Direito no PPGD da UNISC. Professora de Direito Penal do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc/RS

### **CLARISSA SAMPAIO SILVA - AGU/CE**

Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Professora da Universidade de Fortaleza Advogada da União

### **CRISTIANE RODRIGUES IWAKURA - AGU/RJ**

Doutora e Mestre em Direito Processual (UERJ). Procuradora Federal da Advocacia Geral da União, Procuradoria Federal Especializada CVM RJ

### **EDUARDO BIACCHI GOMES**

Pós-Doutor em Estudos Culturais junto à Universidade Federal do Rio de Janeiro Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil, Professor Titular de Direito Internacional da PUCPR. Professor Adjunto do UNINTER.

### **FRANCISCO SÉRGIO MAIA ALVES - TCU/DF**

Mestre em Direito pelo Uniceub. Bacharel em Direito pela UFPB. Engenheiro Civil Aeronáutico pelo ITA. Auditor de Controle Externo no TCU. Assessor de Ministro

### **HELENA DO PASSO NEVES - RJ**

Doutora da Universidade do Minho., Portugal. Doutoranda em Ciência Jurídica Privatística com programa Mestre em Direito Universidade Estácio de Sá. Professora de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e de Prática Jurídica da Universidade Estácio de Sá. Advogada Especialista em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes.

### **JOÃO FELIPE MENEZES LOPES - MS**

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Juiz Federal Substituto desde 2011, vinculado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (2011-2014) e da 3ª Região (2014-2017).

### **KARINNY GUEDES DE MELO VIEIRA - AL**

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Advogada.

**LUIS LIMA VERDE SOBRINHO - CE**

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Analista Judiciário e Assessor Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - TJCE.

**MANOEL CAVALCANTE DE LIMA NETO - AL**

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Juiz de direito (Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas). Professor adjunto da Universidade Federal de Alagoas e professor do Centro Universitário Tiradentes - UNIT.

**MARCOS CÉSAR BOTELHO - AGU/SP**

Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP. Advogado da união - Advocacia-Geral da União, Campinas/SP.

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS - MA**

Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Granada - Espanha. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

**POLLYANNA REIS DA CRUZ - SP**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso e em Comunicação Social - Habilitação em Jornalismo pela Universidade de São Paulo. Auditor-fiscal do trabalho.

**RICARDO FONTES MACEDO - RJ**

Mestrando em Direito na Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil. Pós-graduado em Direito do Estado e Administrativo pela UNESA. Professor da Universidade Estácio de Sá

**ROGÉRIO GESTA LEAL - RS**

Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul .

**SAUL DUARTE TIBALDI - MT**

Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT

**SELMAR JOSÉ MAIA - RS**

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Advogado.

# SUMÁRIO

Editorial ..... 15

## ARTIGOS

A CVM e a Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários  
*The CVM and Inspection Fee of the Securities Markets and Securities*  
*Alan Pereira de Araújo* ..... 17

Para Compreender a Questão dos Refugiados e Migrantes: bases teóricas ao direito internacional e a prática no Brasil  
*Comprehending the Refugees and Migrants Question: theoretical bases of international law and practice in Brazil*  
*Anne Elise Brandalise Gonçalves*  
*Eduardo Biacchi Gomes* ..... 61

A Necessidade de Adoção de Códigos de Integridade Corporativa – Compliance – pelas Entidades da Administração Pública Indireta de Direito Privado  
*The Need of Adoption of Corporate Integrity Codes – Compliance - By Indirect Public Administration Entities of Private Law*  
*Caroline Fockink Ritt*  
*Rogério Gesta Leal* ..... 87

A Regulação Econômica da Atividade de Praticagem: marcos normativos e análise de caso sobre as falhas de mercado  
*The Economic Regulation of the Practice Activity: regulatory frameworks and case analysis on market failures*  
*Clarissa Sampaio Silva* ..... 109

Do Imposto Sobre a Renda e o IOF Incidentes sobre as Operações no Mercado Financeiro e de Capitais e os Princípios Fundamentais do Direito Tributário  
*Tax Income and IOF Incidents on Operations in the Financial Market and Capital and Fundamental Principles of Tax Law*  
*Cristiane Rodrigues Iwakura* ..... 129

Análise da Juridicidade do Controle dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial pelo Tribunal de Contas da União  
*Analysis of the legality of the Control of Leniency Agreements of the Corporate Anti-Corruption Law by the Brazilian Court of Accounts*  
*Francisco Sérgio Maia Alves* ..... 155

Os Precedentes na Fundamentação das Decisões Judiciais <i>The Precedents in the Foundation of Judicial Decisions</i> Helena do Passo Neves Ricardo Fontes Macedo .....	183
O Contrato Social Como Ideia Regulatória: a evolução de um conceito jurídico <i>Social Contract as Regulatory Idea: the evolution of a concept</i> João Felipe Menezes Lopes .....	205
Liberdade Religiosa no Brasil: uma abordagem histórico-constitucional <i>Religious Freedom In Brazil: a historic-constitucional approach</i> Kariny Guedes de Melo Vieira Manoel Cavalcante de Lima Neto.....	225
O Direito a Serviço do Justo e do Legítimo ou a Tridimensionalidade Axiológica do Direito <i>The Law in Function of the Fair and the Lawful or the Axiological Tridimensionality of Law</i> Luis Lima Verde Sobrinho.....	255
Da Desapropriação de Imóveis Improdutivos e a Incidência dos Juros Compensatórios <i>The Expropriation of the Unproductive Properties and the Compensatory Interests</i> Marcos César Botelho .....	273
Diálogo Institucional: um estudo comparado <i>Institutional Dialogue: a comparative study</i> Paulo Roberto Barbosa Ramos Analissa Barros Pinheiro.....	295
Responsabilidade Civil do Tomador de Serviços por Acidentes de Trabalho <i>Work Accidents Civil Liability of Service Takers</i> Pollyanna Reis da Cruz Saul Duarte Tibaldi.....	321
As Assimetrias da Esfera Pública e a Efetivação dos Direitos das Minorias: as audiências públicas do STF a partir dos novos movimentos sociais <i>The Asymmetries of the Public Sphere and the Effectiveness of the Rights of Minorities: the public hearings of brazilian supreme court from the new social movements</i> Selmar José Maia Carlos Eduardo Alban.....	347



## EDITORIAL

Prezado leitor,

É com satisfação que apresentamos uma nova edição da Revista da Advocacia-Geral da União. Este volume 17, n. 2, é constituído por quatorze artigos científicos elaborados por autores integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União, juízes, professores, acadêmicos, pesquisadores e membros de carreiras de Estado de todo Brasil.

Tais números refletem a verdadeira vocação da Escola da Advocacia-Geral da União e de sua publicação mais relevante: nosso periódico é plural, democrático, relevante academicamente e uma referência cada vez mais marcante na produção e divulgação de inteligência jurídica.

Os artigos ora publicados reforçam tal conclusão. Os assuntos enfrentados são contemporâneos – sem deixar de serem historicamente relevantes - e provocam intensa reflexão acerca do papel e dos limites do Estado moderno, bem como sua relação com a sociedade que lhe dá baldrame axiológico em tempos de crise.

Caroline Fockink Ritt e Rogério Gesta Leal, por exemplo, defendem a necessidade de adoção de códigos de compliance pelas entidades da Administração Pública Indireta de Direito Privado.

De outro lado, Francisco Sérgio Maia Alves sugere que não é possível depreender a competência do TCU para fiscalizar a legalidade, legitimidade e economicidade de acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial. Faltaria, ao órgão de controle, autorização legal para tanto, uma vez que “a fiscalização do TCU sobre a celebração de acordos de leniência depende de previsão legal, constituindo, portanto, matéria sujeita à apreciação do legislador ordinário”.

De outro lado, a contribuição de Anne Elise Brandalise Gonçalves e Eduardo Biacchi Gomes traz ao leitor as bases teóricas para compreensão dos direitos dos refugiados, refletindo, alfm, sobre o papel desempenhado pelo Brasil. Concluem os autores que nosso país “tem procurado observar os ditames internacionais sobre migração e refúgio, bem como vem adotando posições solidaristas e cosmopolitas”.

Mais adiante, Selmar José Maia e Carlos Eduardo Alban fazem interessantíssima reflexão acerca da efetivação dos direitos das minorias sob a perspectiva da porosidade democrática instituída no âmbito das audiências públicas do Supremo Tribunal Federal. Destacam, contudo, que “uma única esfera pública de debate como forma de efetivação da democracia é insuficiente para lidar com as assimetrias presentes em múltiplas relações sociais de poder”.

No âmbito tributário, Alan Pereira de Araújo reflete sobre a Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários e Cristiane Rodrigues Iwakura debate a incidência do IOF e do Imposto de Renda nas operações do mercado financeiro e de capitais.

Há, ainda, excelentes contribuições em processo civil, direito do trabalho, direitos fundamentais, sociologia e filosofia do direito. Todas, note-se, com elevado rigor metodológico e científico, incrementando o debate criterioso e, destaque-se, indispensável à evolução do pensamento jurídico nacional.

Logo, considerando a qualidade científica da publicação, a Escola da Advocacia-Geral da União espera que cada um de seus leitores possa apreciar as conclusões - e provocações - trazidas à baila nos artigos e pesquisas aqui publicadas, fomentando novos estudos e publicações, quiçá também futuramente publicados no âmbito desta casa.

Desejamos uma ótima leitura a todos com o convite para navegarem pela revista eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Diogo Palau Flores dos Santos

Douglas Henrique Marin dos Santos

RECEBIDO EM: 31-10-2016

APROVADO EM: 16-06-2017

# A CVM E A TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS

*THE CVM AND INSPECTION FEE OF THE SECURITIES  
MARKETS AND SECURITIES*

*Alan Pereira de Araújo*

*Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos, FMC*

*Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Público*

*Procurador Federal*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Comissão de Valores Mobiliários: origem e atribuições; 1.1 A CVM e sua natureza jurídica; 1.2 Mercado de capitais e valores mobiliários; 1.3 A CVM e seu poder normativo; 2 A CVM e suas exações; 2.1 O perfil normativo das taxas na Constituição e no CTN. 2.2 A Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários; 3 Do lançamento tributário da taxa prevista na Lei 7.940/1989 e de sua impugnação; 4 Análise crítica 4.1 A Taxa de Fiscalização e sua variação em função do patrimônio líquido da empresa; 4.2 A Taxa de Fiscalização e os auditores independentes; 5 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** A Comissão de Valores Mobiliários - CVM, autarquia federal instituída pelo art. 5º da Lei 6.385/1976 e considerada agência reguladora, tem por missão desenvolver, regular e fiscalizar o Mercado de Valores Mobiliários, enquanto instrumento de captação de recursos para as empresas, agregando proteção ao público investidor, em especial os acionistas minoritários e assegurando a divulgação de informações sobre os emissores e seus valores mobiliários. Para cobrir os custos de sua relevante atividade fiscalizatória, a CVM cobra uma taxa de polícia (tributo), a saber, a Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, essencial à sua manutenção e analisada neste artigo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mercado de Valores Mobiliários. CVM. Taxa de Fiscalização.

**ABSTRACT:** The Brazilian Securities and Exchange Commission - CVM, a federal agency established by art. 5 of Law 6,385/1976 and considered regulatory agency's has as its mission to develop, regulate and supervise the Securities Market, while funding instrument capabilities for businesses, adding protection to investors, especially minority shareholders and ensuring the dissemination information about the issuers and their securities. To cover the costs of their relevant inspection activity, CVM charges a administrative fee (tax) - Supervisory Fee of the securities markets - essential for its maintenance and analyzed in this article.

**KEYWORDS:** Securities Market. CVM. Supervisory Fee.

## INTRODUÇÃO

É natural que em um mercado estratégico e sensível, sofisticado e vulnerável a fraudes, tal como o mercado de capitais brasileiro, a atividade fiscalizatória exercida pela Comissão de Valores Mobiliários deva se fazer mais intensa, apresentando, por esta razão, custo específico e relevância social, ligada à proteção do público investidor, especialmente dos acionistas minoritários.

Nesse contexto, as exações cobradas pela CVM, a fim de garantir a continuidade de sua relevante atividade, podem apresentar natureza tributária (taxas) ou não-tributária (multas), revelando-se, em qualquer caso, importantes para cobrir os custos da atividade de fiscalização.

Se por um lado não se pode dizer que a Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários seja nova, por outro, forçoso reconhecer que as reflexões que a envolvem ainda permanecem atuais, merecendo, por isso, um estudo mais aprofundado sobre o tema.

Este, pois, o objetivo do presente ensaio, que está organizado da seguinte forma: a seção 2 apresenta ao leitor a Comissão de Valores Mobiliários, quando então se investiga sua origem, natureza jurídica, atribuições, dentre as quais se inclui o exercício do poder de polícia aplicado ao mercado de capitais e, ainda, o de seu poder normativo. A seção 3 se dedica às principais exações daquela Autarquia, cuidando especialmente da Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários e de seu perfil normativo. A seção 4 busca destrinchar o instituto do lançamento tributário aplicável à taxa sob exame, bem como a forma de sua impugnação. A seção 5 traduz o esforço de promover uma análise crítica sobre a referida taxa, com destaque para as controvérsias envolvendo a sua variação em função do patrimônio líquido das empresas e a sua incidência quanto aos chamados auditores independentes. A seção 6 sumaria as conclusões.

Feitas estas considerações, ao estudo.

## 1 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS: ORIGENS E ATRIBUIÇÕES

### 1.1 A CVM E SUA NATUREZA JURÍDICA

Conta-nos o Prof. José Anchieta da Silva (2007, p. 326) que, em 1976, como consequência de um *insipiente*, porém ativo mercado acionário no Brasil e após amargas experiências vividas nesse setor, decorrentes de um crescente número de negociações com ações, principalmente em Bolsa,

sem o amparo de uma legislação que fosse atual, criou-se a Comissão de Valores Mobiliários – CVM (Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976), combinando sua promulgação com a chamada nova lei de sociedades por ações – LSA (com a Lei 6.404/1976). Com tais instrumentos, afirma o autor, o mercado se fortaleceu, fazendo-se mais profissional, mais maduro e mais organizado.<sup>1</sup>

De acordo com Maria Eduarda Fleck da Rosa (2012), a CVM nasceu em um momento de crise, no qual se buscava restaurar a credibilidade e a segurança do mercado de capitais por meio da criação de um órgão disciplinador especializado, capaz de acompanhar sua dinâmica.<sup>2</sup>

Antes de sua instalação, porém, era o Banco Central do Brasil que exercia as funções da Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do revogado art. 29 da Lei 6.385/1976. A rigor, o legislador optou por distribuir a competência normativa e fiscalizadora a ser exercida sobre o mercado entre as duas entidades, cabendo ao BACEN a disciplina do sistema financeiro bancário, monetário e creditício e à CVM, especificamente, aquela relacionada ao mercado de valores mobiliários (EIZIRIK, 2011, p. 243).

Certo é que, desde o advento da Lei 4.728/1965, disciplinadora do Mercado de Capitais e de medidas para o seu desenvolvimento, como observa Petrônio Muniz (1998, p. 15), “tornou-se fundamental a existência

---

1 No sítio eletrônico da entidade é informado que “a CVM surgiu com vistas ao desenvolvimento de uma economia fundamentada na livre iniciativa, e tendo por princípio básico defender os interesses do investidor, especialmente o acionista minoritário, e o mercado de valores mobiliários em geral, entendido como aquele em que são negociados títulos emitidos pelas empresas para captar, junto ao público, recursos destinados ao financiamento de suas atividades. Ao eleger como objetivo básico defender os investidores, especialmente os acionistas minoritários, a CVM oferece ao mercado as condições de segurança e desenvolvimento capazes de consolidá-lo como instrumento dinâmico e eficaz na formação de poupanças, de capitalização das empresas e de dispersão da renda e da propriedade, através da participação do público de uma forma crescente e democrática e assegurando o acesso do público às informações sobre valores mobiliários negociados e sobre quem os tenha emitido.” Sua missão consiste em “desenvolver, regular e fiscalizar o Mercado de Valores Mobiliários, como instrumento de captação de recursos para as empresas, protegendo o interesse dos investidores e assegurando ampla divulgação das informações sobre os emissores e seus valores mobiliários” (CVM, 2016).

2 Conta-nos a autora (ROSA, 2012, p. 35 e 69) que, no ano de 1971, com a diminuição da euforia especulativa – pois em momento anterior experimentou-se um excesso de recursos disponíveis em relação aos ativos ofertados, o que fez elevar os níveis das cotações de ações e dos seus volumes de negociações – iniciou-se a crise do mercado acionário, levando a um período de forte retração no mercado. Constatou-se que este (o mercado) havia se tornado bem maior do que sua estrutura institucional. Por isso, foi a CVM criada durante um momento de crise, no qual se buscava uma resposta à insegurança que havia se instaurado no mercado de capitais brasileiro no início da década de 70, com a finalidade de regulá-lo e desenvolvê-lo, objetivando restaurar a instituição e afastar as incertezas advindas da crise.

de órgão autônomo com atribuições específicas para a fiscalização desse mercado com vistas ao atendimento dos seus objetivos.”

Assim, a Comissão de Valores Mobiliários é uma entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, que possui autonomia financeira e orçamentária (art. 5º da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.411, de 26 de fevereiro de 2002).

De acordo com o art. 8º da Lei 6.385/1976, destacam-se, dentre as atribuições da CVM, (inc. I) regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas na referida lei, bem como na lei de sociedades por ações; (inc. II) administrar os registros instituídos pela Lei 6.385/1976; (inc. III) fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o art. 1º, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.303/2001,<sup>3</sup> bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participam, e aos valores nele negociados; (inc. IV) propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado; (inc. V) fiscalizar e inspecionar as companhias abertas, dando prioridade àquelas que não apresentem lucro em balanço ou deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.

Conforme o art. 1º do Decreto-lei nº 2.298, de 21 de novembro de 1986, compete ainda à Comissão de Valores Mobiliários: I - fiscalizar e disciplinar as sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais para a aplicação em participações societárias; e II - regulamentar a negociação e a intermediação de títulos e valores mobiliários emitidos pelas referidas sociedades.

Nos termos dos arts. 3º e 4º do anexo ao Decreto nº 6.382, de 27 de fevereiro de 2008, que aprovou a estrutura regimental da CVM, a autarquia é administrada por um Presidente e quatro Diretores, nomeados

3 Acerca desta última, Eduardo Secchi Munhoz (2009, p. 120) acentua que “a Lei 10.303/2001, ao reformar a Lei de Sociedades Anônimas, teve o objetivo declarado de conferir maior proteção às minorias acionárias e, assim, estimular o desenvolvimento do mercado de capitais (v.g., limitação da emissão de ações preferenciais a 50% do capital, atribuição de *tag along* aos acionistas com direito a voto por preço equivalente a 80% da importância paga ao controlador, etc.).”

pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais, para um mandato de cinco anos, sendo vedada a recondução.

Seus recursos são compostos por (art. 7º da Lei 6.385/1976): (a) dotações das reservas monetárias a que se refere o art. 12 da Lei 5.143/1966 (que instituiu o IOF), alterado pelo Decreto-lei 1.342/1974, que lhe forem atribuídas pelo Conselho Monetário Nacional; (b) dotações que lhe forem consignadas no orçamento federal; (c) receitas provenientes da prestação de serviços pela CVM, observada a tabela aprovada pelo Conselho Monetário Nacional; (d) pela renda de bens patrimoniais e receitas eventuais, além das (e) receitas de taxas decorrentes do exercício de seu poder de polícia, nos termos da lei.<sup>4</sup>

Assim, o financiamento da CVM decorre das fontes de recursos estabelecidas pela Lei 6.385/1976, com destaque para a Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários paga pelos administrados, instituída pela Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989, em decorrência do exercício do poder de polícia conferido à Autarquia.<sup>5</sup>

Discute-se, entretanto, se a CVM é ou não uma agência reguladora.<sup>6</sup> Esta, em sentido amplo, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p.

---

4 O art. 33 do Decreto 6.382/2008 estabelece serem recursos financeiros da CVM: I - dotações orçamentárias que lhe forem consignadas no Orçamento da União; II - *receitas provenientes da arrecadação da taxa de fiscalização do mercado de valores mobiliários, conforme disposto na Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989, e das cobranças de multas previstas em lei e em instruções da CVM (grifo nosso); e III - outras receitas eventuais.*

5 Hugo de Brito Machado, então juiz do TRF da 5ª Região e por ocasião do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 3.068/PE, processo nº 91.05.01908-7, ressaltou que “a Taxa de Fiscalização de que se cuida destina-se ao custeio de atividade desenvolvida pela Comissão de Valores Mobiliários, em proveito direto daqueles que participam do mercado de valores mobiliários. Sua cobrança, portanto, realiza o princípio da justiça tributária. Pagam aqueles que se beneficiam diretamente da atividade da CVM, que pertine diretamente a um segmento da sociedade, perfeitamente identificado, composto pelas pessoas que participam do mercado de valores mobiliários. Por sinal, um dos segmentos da sociedade brasileira dotado de maior capacidade contributiva, relativamente à maioria da população.”

6 Quanto à questão, afirmava Jean Paul Veiga da Rocha (2000, p. 70) que não há, propriamente, em nosso sistema financeiro, “agências” regulatórias, no sentido norte-americano. Segundo ele, “o vínculo gerencial e funcional que o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Banco Central (BACEN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) mantêm com a Administração Direta impede que eles sejam caracterizados daquela forma. O primeiro é resultado da tradicional técnica de desconcentração administrativa, enquanto os dois últimos, duas autarquias, expressam uma descentralização administrativa.” Egon Bockmann Moreira (1999, p. 100), no qual se inspirou aquele autor, tenta agrupar algumas características comuns às três entidades, destacando que todas elas “detêm competência

466-467) compreenderia, entre nós, “qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”, ou seja, de organizar determinado setor afeto à agência e controlar as entidades que atuam nesse mesmo setor e, que, se se tratar de entidade da Administração Indireta, estará sujeita ao princípio da especialidade, o que significa que “cada qual exerce e é especializada na matéria que lhe foi atribuída por lei.”

Floriano Marques Neto (2009, p. 55) prefere utilizar o termo *Autoridades Reguladoras Independentes* para se referir às agências porque, segundo o autor, essa designação “tem o mérito de nela embutir os três aspectos centrais para caracterização das agências: serem elas i) órgãos públicos, dotados de autoridade; ii) voltados ao exercício da *função de regulação* e iii) caracterizados pela *independência*.” Já Arnaldo Wald e Luíza Rangel de Moraes (1999, p. 146), ao se referirem a esta “independência”, identificam quatro dimensões que caracterizam uma agência reguladora, a saber, a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira.<sup>7</sup>

Marçal Justen Filho (2009), entretanto, adverte que não existe homogeneidade na configuração do regime jurídico das diversas agências reguladoras, o que permite, inclusive, a variação de intensidade e da extensão de sua autonomia, e acrescenta:

para regulamentar, guardando limite decrescente (CMN, BACEN e CVM), os denominados sistema financeiro nacional e mercado mobiliário. Fixam diretrizes, estatuem e baixam normas, disciplinam e coordenam, regulam, etc.. Variam os verbos, mas a *mens legis* é a mesma: atividade de prescrição de normas regulamentares, por parte das três entidades. As únicas variantes são o grau competencial e o conteúdo de tais outorgas”, afirma. Segundo o autor, BACEN e CVM seriam, pois, autarquias “ortodoxas” (ibidem, p. 101). Conclui seu articulado entendendo que “CMN, BACEN e CVM não são agências administrativas independentes, mas autoridades reguladoras, que detêm poder regulamentar autônomo – ainda que substancialmente diverso daqueles detidos pelas atuais agências.”

- 7 A rigor, é possível apontar como características das agências reguladoras a independência administrativa, a ausência de subordinação hierárquica, o mandato fixo e a estabilidade de seus dirigentes, além de autonomia financeira (art. 8º, §2º da Lei 9.472/1997), mas José Cláudio Linhares Pires e Maurício Piccinini (1999, p. 232) indicam como principais características daquelas agências a autonomia decisória e financeira (orçamento próprio), estabilidade (mandato fixo e critérios rígidos para a exoneração de seus Diretores), transparência (mandato não-coincidente e sem recondução, audiências públicas e ouvidoria) e especialização (quadro técnico especializado). Destacam os autores, ainda, ser importante para a independência das agências que as fontes próprias de recursos sejam “significativamente maiores do que as dotações da União e que o órgão tenha autonomia para a programação orçamentária e financeira.” Isto porque as principais fontes de recursos dessas agências são as receitas oriundas das atividades de fiscalização e outorga de concessões ou autorizações, embora outras fontes também componham o seu orçamento, tais como as provenientes de convênios, acordos e contratos com outras entidades, além de doações, subvenções e as dotações consignadas no Orçamento Geral da União.

A categoria é integrada por entidades dotadas de características não uniformes, variáveis dentro de determinados limites. Sob esse ângulo, figuras novas e antigas podem ser enquadradas nessa categoria. Assim, podem ser referidas a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a Agência Nacional de Petróleo – ANP. Mas também seria possível fazer referência a autarquias criadas há muito tempo, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e à Comissão de Valores Mobiliários – CVM (JUSTEN FILHO, 2009, p. 585).

Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 171) afirma que “há uma entidade cujas funções são de índole equivalente às das ‘agências reguladoras’ e à qual também veio a ser atribuído o qualificativo de autarquia ‘sob regime especial’, mas que não recebeu a designação de ‘agência’, pois foi mantido seu nome original: Comissão de Valores Mobiliários – CVM.”<sup>8</sup>

Catagórico, Fabrício Tanure (2004) entende que “no caso particular da CVM, a nova redação dada aos artigos 5º e 6º da Lei nº 6.385/76, pela Lei nº 10.411/02, faz concluir que a Comissão de Valores Mobiliários, hodiernamente, detém todos os elementos e características inerentes a uma agência reguladora independente.”

Por todo o exposto, assim a consideraremos também, não ignorando que, de acordo com o Projeto de Lei nº 3.337/2004, hoje arquivado, a CVM não foi incluída na lista taxativa de agências reguladoras, ou seja, caso o projeto fosse aprovado, a CVM não seria legalmente uma agência reguladora, embora tivesse as mesmas características de autonomia e independência de tais entidades, previstas nos arts. 19 e 20 do projeto, segundo lição de Nelson Eizirik (2011, p. 245).

## 1.2 MERCADO DE CAPITAIS E VALORES MOBILIÁRIOS

Sérgio Mourão Corrêa Lima (2011, p. 55), em articulado que versa sobre o tema da análise jurídica da economia, ensina que o termo “mercado” é utilizado para demarcar ambientes das mais variadas dimensões, nos quais são praticadas as atividades econômicas. Contudo, Paula Forgioni (2009, p.

8 Esta também é a opinião de José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 495), para quem “há autarquias que, conquanto não instituídas com tal nomenclatura, são consideradas agências reguladoras, não apenas pela função de controle que executam, como também pela similaridade quanto à fisionomia jurídica das entidades”, citando como exemplos o CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei nº 8.884, de 11.6.1994) e a CVM - Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385, de 7.12.1976).

189-199; 225-228), inspirada em Asquini, encara o mercado como fenômeno “poliédrico”, uno, mas dotado de várias facetas, interdependentes entre si, onde se pode identificar quatro perfis ou dimensões, a saber, o *econômico* (mercado abrangendo o conjunto das relações existentes entre os agentes que nele atuam e também o produto dessa interação), o *político* (mercado como objeto de intervenção exógena formatada pelo Direito, ou seja, de decisões políticas e implementação de políticas públicas), o *social* (o mercado tem função social, derivada de normas constitucionais – art. 219 CF, que também o formatam) e, por fim, o *jurídico* (compreende o conjunto de regras e princípios que pauta o comportamento dos agentes econômicos).<sup>9</sup>

Mas, o que é o mercado de capitais? Juliano Lima Pinheiro (2005) esclarece:

O mercado de capitais pode ser definido como um conjunto de instituições e de instrumentos que negociam com títulos e valores mobiliários, objetivando a canalização dos recursos dos agentes compradores para os agentes vendedores. Ou seja, o mercado de capitais representa um sistema de distribuição de valores mobiliários que tem o propósito de viabilizar a capitalização das empresas e dar liquidez aos títulos emitidos por elas (PINHEIRO, 2005, p. 135).

Em síntese, trata-se de um sistema de distribuição de valores mobiliários que busca proporcionar liquidez aos títulos emitidos pelas empresas e viabilizar seu processo de capitalização.<sup>10</sup> Dele participam bolsas de valores, corretoras e outras instituições financeiras para tanto autorizadas.

---

9 Já Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2011, p. 152-153), com apoio em Natalino Irti, ensina que duas funções básicas são exercidas pelo mercado, a saber, “(i) é o lugar (em sentido bastante largo) no qual o empresário exerce sua atividade; tanto um lugar físico precisamente determinado (as Bolsas de Valores) quanto uma região mais ampla e, até mesmo, nenhum lugar determinável, como ocorre com as operações hoje realizadas via Internet; e (ii) é a estrutura social, econômica e jurídica que, no seu conjunto, permite ao empresário realizar sua atividade, facilitando o encontro dos operadores e a celebração de contratos.”

10 Antônio Gledson de Carvalho (2000, p. 596) ensina que os mercados de capitais afetam o crescimento econômico justamente por meio da criação de liquidez. Segundo o autor, “muitos investimentos de alta produtividade requerem volumes expressivos de recursos a longos prazos. No entanto, os investidores geralmente são refratários a comprometer recursos por longos períodos. Os mercados de capitais tornam estes investimentos líquidos, portanto, menos arriscados e mais atraentes aos investidores. Assim sendo, a liquidez propiciada pelos mercados de capitais pode melhorar a alocação de recursos da economia à medida que redireciona recursos de projetos com baixos retornos e curta maturação para projetos com altos retornos e longa maturação.”

Em um Estado Democrático de Direito, “o mercado de capitais é a principal via de acesso à poupança pública, seja ela oriunda dos indivíduos, seja originária dos denominados ‘investidores institucionais’ – aquelas entidades que por decisão privada ou por força de lei invistam nesse mercado” (MUNIZ, 1998, p. 15).<sup>11</sup>

E, precisamente pelo fato de serem as negociações desenvolvidas no mercado de capitais atividades de risco, ensina Nelson Eizirik (1993, p. 385), “é que o Estado intervém como agente regulador, visando a proteção dos investidores.” No mesmo sentido é a lição do Prof. Osmar Brina Corrêa Lima (1999, p. 55), para quem “tratando-se de um mercado muito sofisticado e vulnerável a fraudes, é necessário que um órgão governamental se incumba de discipliná-lo, fiscalizá-lo e punir os infratores.” Daí ser indispensável a atuação da CVM.<sup>12</sup>

Afinal, o mercado de capitais tem papel fundamental no processo de financiamento das empresas, uma vez que, graças a ele, pode a empresa obter os recursos de que necessita, lançando ações ou títulos no referido mercado sem recorrer a empréstimos bancários ou mesmo descapitalizar-

---

11 No mercado de capitais, os agentes superavitários emprestam seus recursos diretamente aos agentes deficitários. Estas operações ocorrem sempre com a intermediação de uma instituição financeira. No entanto, essas instituições atuam principalmente como prestadoras de serviços, estruturando as operações, assessorando na formação de preços, oferecendo liquidez, captando clientes, distribuindo os valores mobiliários no mercado, entre outros trabalhos. Assim, são remuneradas pelo serviço prestado. Na relação que se estabelece no mercado de capitais, os investidores, ao emprestarem seus recursos diretamente para as empresas, adquirem títulos (valores mobiliários), que representam as condições estabelecidas no negócio. Podem ser títulos de dívida, em que se estabelece uma relação de crédito entre as partes tomadora e poupadora, a exemplo das debêntures, ou podem ser títulos patrimoniais, ou de capital, em que os investidores se tornam “sócios” do negócio, com todos os direitos e deveres inerentes a esta condição, como é o caso das ações. Observe-se que os investidores podem adquirir esses valores mobiliários diretamente, ou indiretamente por meio de estruturas de investimento coletivo, como os fundos ou clubes de investimento. São participantes desse mercado, entre outros, os Bancos de Investimento, as Corretoras e Distribuidoras de títulos e Valores Mobiliários, as entidades administradoras de mercado de bolsa e balcão, além de diversos outros prestadores de serviços. Por tudo isso, pode-se afirmar que o mercado de capitais é um segmento do mercado financeiro em que são criadas as condições para que as empresas captem recursos diretamente dos investidores, por meio da emissão de instrumentos financeiros, com o objetivo principal de financiar suas atividades ou viabilizar projetos de investimentos (CVM, 2014, p. 34-36).

12 Refletindo sobre o que dispôs a Lei 6.385/1976, o mencionado jurista (CORRÊA LIMA, 1999, p. 55) destaca particularmente, que “(1) criou ela a Comissão de Valores Mobiliários, à imagem e semelhança da *Securities and Exchange Commission* norte-americana, dotando-a de personalidade jurídica própria, sob a forma de autarquia federal; (2) delimitou o seu campo de atuação, no art. 1º; (3) fixou com clareza os seus objetivos; (4) estabeleceu o seu rol de competência, no art. 18; e (5) no art. 30, atribuiu à CVM a importante função processual de *amicus curiae*, nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída no seu rol de competência.”

se para isto. É, portanto, uma especial e estratégica fonte de recursos. Por isso, o mercado de capitais é muito importante para o desenvolvimento de qualquer país, pois estimula a poupança e o investimento produtivo, medida essencial para o crescimento de uma sociedade moderna.

Oportuno destacar que o regime jurídico<sup>13</sup> das Bolsas de Valores<sup>14</sup> e dos valores mobiliários nelas negociados obedecem a uma diretriz fundamental de nossa Carta Magna, consubstanciada na livre iniciativa, um dos fundamentos de nossa ordem econômica (art. 170, *caput*, da CR) e, também, da própria República (art. 1º, inc. IV, da CR), conforme lição de Newton de Lucca (1998, p. 20).

Já quanto ao conceito de valor mobiliário, crê José Eduardo Carneiro Queiroz (2008) seja talvez a mais importante definição para que o mercado de capitais possa ser bem estruturado e claramente definida a atuação do seu regulador. Daí, explica o jurista que

O conceito de valor mobiliário originalmente adotado pela Lei 6.385/76 era um conceito restrito e adequado a uma realidade econômica que não mais existe. A definição que compreendia originalmente apenas os valores mobiliários de emissão das companhias, conforme definidos na Lei 6.404/76, e seus certificados, refletia um mercado de capitais muito centrado nas ações das companhias abertas e nos títulos de dívida corporativa destas, principalmente na figura das debêntures.

A nova redação do art. 2º da Lei 6.385/76, trazida em 2001, certamente ajudou a atualizar o conceito e expandir o escopo do mercado de capitais e a atuação da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”). Nos termos da nova definição, estão compreendidos no conceito de valor mobiliário não apenas aqueles de emissão das companhias abertas, sejam ações

13 De acordo com a Resolução CMN nº 2.690, de 28 de janeiro de 2000, as bolsas de valores são sociedades anônimas ou associações civis, com o objetivo de manter local ou sistema adequado ao encontro de seus membros e à realização entre eles de transações de compra e venda de títulos e valores mobiliários, em mercado livre e aberto, especialmente organizado e fiscalizado por seus membros e pela Comissão de Valores Mobiliários. São elas dotadas de autonomia financeira, patrimonial e administrativa.

14 Bolsas de Valores são úteis para diminuir custos de transação. Jairo Saddi (2007, p. 341-343), com apoio em Ronald Coase, afirma que as Bolsas de Valores, na sua organização atual, “servem apenas para diminuir o custo de transação dos agentes econômicos racionais por meio do que se conhece como mobilização de poupança.” Coerente, afirma ainda que “o papel da CVM, enquanto regulador, é proteger e assegurar a ampla informação. No sentido coaseano, o regulador garante o marco institucional para assegurar a igualdade da participação dos agentes de mercado, mas é o mercado que deve tentar reduzir os custos de transação entre os agentes econômicos e permitir a obtenção do máximo bem-estar por cada indivíduo.”

ou títulos de dívida corporativa, mas toda uma nova diversidade de modalidade de investimento extremamente importante para o mercado de capitais. As cotas dos fundos de investimento e os contratos derivativos de qualquer natureza passaram a ser tratados como valores mobiliários, tendo como consequência a ampliação da competência da CVM para também regular essas modalidades de investimento. Ainda permanecem excluídos expressamente do regime da Lei 6.385/76, os títulos da dívida pública e os títulos cambiais de emissão das instituições financeiras (QUEIROZ, 2008, p. 122).

Esclarece ainda o autor (ibidem, p. 123-124) que a análise da legislação de mercado de capitais em vigor nos permite concluir que qualquer espécie de investimento poderá ser considerada como valores mobiliários, salvo os excetuados expressamente, e, somente quando tais investimentos se enquadrarem na definição de valor mobiliário e forem objeto de oferta pública, deverão ser considerados para fins de aplicação do regime de que trata a Lei 6.385/1976 e a regulamentação de mercado de capitais. Em contrapartida, para os valores mobiliários objeto de ofertas privadas, não há que se falar em aplicação da regulamentação de mercado de capitais.

Sobre o conceito de valor mobiliário, que se sabe ser instrumental, não se pode deixar de fazer menção ao substancial estudo feito por Jefferson Siqueira de Brito Álvares (2006), segundo o qual

[...] podem-se apontar os seguintes elementos cuja presença simultânea no mesmo instrumento financeiro o torna um valor mobiliário. Trata-se (a) da função econômica de instrumentar a captação de recursos para a consecução de empreendimento com fim lucrativo ou a obtenção de proteção contra riscos de variação de preços (*hedge*), (b) do risco potencial à poupança pública, (c) da negociabilidade e (d) da liberdade de forma. Com base nesses caracteres essenciais, é possível conceituar os valores mobiliários como *instrumentos negociáveis de forma livre que instrumentam a captação de recursos para a consecução de empreendimentos com fim lucrativo ou a obtenção de proteção contra riscos de variação de preços (hedge), com risco potencial à poupança pública* (ÁLVARES, 2006, p. 142, destaque no original).

Vistos os conceitos de mercado de capitais e de valor mobiliário, investigar-se-á o poder normativo da Comissão de Valores Mobiliários.

### 1.3 A CVM E SEU PODER NORMATIVO

Vimos que, de acordo com o art. 8º da Lei 6.385/1976, compete à CVM, dentre outras atribuições, regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas na referida lei, bem como na Lei de Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976). Trata-se, na verdade, de atribuição inerente à sua missão de desenvolver, regular e fiscalizar o mercado de valores mobiliários.

A par disso, como observou Marcos Juruena Villela Souto (1999, p. 131), a CVM “também exerce uma função de regulação, fiscalização e supervisão dos mercados de títulos e contratos de investimentos coletivos (Medida Provisória nº 1.742-15, de 11/03/1999 (D.O.U. Parte I, de 12/03/1999, p. 9).”<sup>15</sup>

Nos termos do art. 3º do Decreto-lei 2.298, de 21 de novembro de 1986, a CVM poderá *expedir normas* sobre: a) registro de companhia emissora; b) registro de distribuição primária ou secundária e de operações especiais de títulos e valores mobiliários incentivados; c) informações a serem prestadas pelas companhias emissoras, seus acionistas controladores e administradores, pelos intermediários e pelas entidades que administrem centros ou sistemas de negociação de títulos e valores mobiliários incentivados; d) elaboração e auditoria das demonstrações financeiras das companhias emissoras; e) procedimentos, métodos e práticas que devam ser observados no mercado secundário de títulos e valores mobiliários incentivados, inclusive referentes a registro das operações a ser mantido pelas entidades participantes desse mercado; f) credenciamento e responsabilidade dos intermediários e das entidades que administrem centros ou sistemas de negociação, ou que prestem serviços de agente emissor e de custódia de títulos e valores mobiliários incentivados; g) configuração, nesse mercado, de práticas não equitativas, modalidades de fraude e de manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta e preço.

---

15 No Processo CVM nº RJ-2011-3493, julgado em 18/10/2013, restou consignado que após a alteração na Lei 6.385/1976 pela Lei 10.303/2001, “o legislador expressamente atribuiu competência à CVM para editar normas, conceder autorizações e registros e supervisionar quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo ofertados publicamente, entre os quais se incluem as quotas de fundos de investimento financeiro, fundos de aplicação em quotas de fundos de investimento e fundos de investimento no exterior. Nesse sentido, em 5 de julho de 2002, foi celebrado, entre a CVM e o BACEN, convênio visando à implementação de mudanças estruturais necessárias à unificação da matéria. Este processo de unificação culminou na edição da Instrução CVM nº 409, de 18 de agosto de 2004, que dispõe sobre normas gerais que regem a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento e fundos de investimento em cotas de fundo de investimento.”

Maria Eduarda Fleck da Rosa (2013, p. 21) esclarece que a competência para emitir regras gerais e abstratas está, por excelência, contida na função normativa da CVM, a exemplo do que se dá com suas instruções, além de sua competência para emitir soluções para casos específicos, concretos, a requerimento dos agentes do mercado, por meio de pareceres.

A rigor, é possível afirmar que a CVM tem autoridade e legitimidade para expedir deliberações, instruções, pareceres, pareceres de orientação, notas explicativas, portarias e atos declaratórios.

Aliás, foi a DELIBERAÇÃO CVM N° 1, de 23 de fevereiro de 1978, que instituiu a seguinte nomenclatura dos atos a serem expedidos pela Autarquia no exercício de suas atribuições, a saber: DELIBERAÇÃO: Para consubstanciar todos os atos do Colegiado que constituam competência específica do mesmo nos termos do Regimento Interno; INSTRUÇÃO: Para consubstanciar os atos por meio dos quais a CVM, nos termos do disposto no inciso I do art. 8° da Lei 6.385/1976 regulamentará as matérias expressamente previstas naquela Lei e na Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações); PARECERES, identificando-se: a) Pareceres de Orientação: atos por meio dos quais a CVM, nos termos do disposto no art. 3° da Lei 6.385/1976, dará orientação aos agentes do mercado e aos investidores sobre matéria que caiba à CVM regular, lembrando que os Pareceres de Orientação servirão, também, para veicular as opiniões da CVM sobre interpretação das Leis 6.385/1976 e 6.404/1976 no interesse do mercado de capitais; b) Pareceres: atos por meio dos quais a CVM, igualmente nos termos do referido art. 13 da Lei 6.385, responderá a consultas específicas que lhe vierem a ser formuladas por agentes do mercado e investidores, sempre sobre matéria que caiba à CVM regular; NOTA EXPLICATIVA: ato que torna públicos os motivos que levaram a CVM a propor ao Conselho Monetário Nacional matéria, objeto de sua decisão, e também, as razões pelas quais o Colegiado da CVM aprovou determinada Instrução; PORTARIA: consubstancia os atos que envolvam os aspectos de administração de pessoal da CVM; ATO DECLARATÓRIO: consubstancia os atos por meio dos quais a CVM declarará a existência de um direito, face ao seu poder de credenciar ou autorizar o exercício de atividades.

Observe-se, entretanto, que o poder normativo das agências reguladoras não se confunde com o poder regulamentar de que dispõem os chefes do Executivo.

Lucas Rocha Furtado (2007, p. 189-190) bem o explica, ensinando que o poder normativo conferido às agências, o poder de regular determinados segmentos e que, ao expedirem normas técnicas e setoriais muitas

vezes inovam no mundo jurídico, não se confunde com a competência regulamentar de que trata o art. 84, VI da CR, pois “esse dispositivo constitucional impede qualquer agência de editar norma que possa se sobrepor à lei ou ao respectivo e eventual decreto editado pelo chefe do Executivo.” O jurista esclarece que “o poder das agências de regular determinado segmento de mercado não se inclui no poder regulamentar, de que é titular exclusivo o chefe do Poder Executivo”<sup>16</sup> e mais, alerta que “inserir o poder das agências de regular determinado segmento do mercado no campo da discricionariedade, e não do regulamentar, não importa em outorgar-lhes independência absoluta.”

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião, já firmou o entendimento de que “às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente” (ADI 4.093, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014, DJe-203 17/10/2014).

Fabrizio Tanure (2004), entretanto, ao refletir especificamente sobre os limites do poder normativo da CVM, pondera que:

[...] o ato normativo, além de se conformar com os demais critérios apresentados, deverá ser apropriado à realização dos objetivos sociais perquiridos (elemento adequação), qual seja, aqueles definidos na Lei nº 6.385/76 (art. 1º), deverá impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à livre iniciativa (necessidade); e a restrição imposta ao mercado deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado (proporcionalidade em sentido estrito) (TANURE, 2004).

---

16 Nelson Eizirik (2011, p. 254) faz a distinção com precisão. Segundo ele, “a regulamentação é atribuída a chefes de Estado ou Governo e é uma função política, que visa a impor regras de caráter secundário em complementação às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e dar-lhes execução. Já a regulação constitui uma função administrativa, que não decorre da prerrogativa do poder político, e sim da ‘abertura’ da lei para que o agente regulador pondere, de forma neutra, conflitos entre os interesses político e privado, sejam eles potenciais ou efetivos. Assim é que a competência das agências reguladoras não consiste apenas em executar leis.”

Pelo exposto até aqui, não é difícil perceber a importância que tem a CVM no exercício de seu poder de polícia aplicado ao mercado, como agente normativo e regulador, em perfeita sintonia com o disposto no art. 174 da Constituição.

Isto porém tem um preço: o do tributo (taxa) que também financia a atividade de fiscalização.

## 2 A CVM E SUAS EXAÇÕES

Vimos anteriormente que, de acordo com o art. 7º, V da Lei 6.385/1976, redação dada pela Lei 10.303/2001, parte dos recursos da CVM é proveniente das receitas de taxas decorrentes do exercício de seu poder de polícia, nos termos da lei. Contudo, a CVM poderá apurar também, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado (art. 9º, V da Lei 6.385/1976, redação dada pela Lei 10.303/2001), impondo aos infratores das normas da Lei 6.385/1976, da LSA, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, dentre outras penalidades, a de multa (art. 11, II da Lei 6.385/1976), desde que observado o procedimento previsto no §2º do art. 9º da Lei 6.385/1976, ou seja, o devido processo legal administrativo, mediante procedimento fixado pela Autarquia.<sup>17</sup>

Hodiernamente, é adequado afirmar que a CVM cobra taxa – tributo – “a mais importante receita do Estado”,<sup>18</sup> para custear as despesas

---

17 Acertadamente, Eduardo Secchi Munhoz (2009, p. 122) ressalta que “de uma abordagem predominantemente *ex post*, baseada na aplicação de sanções ante a ocorrência de condutas ilícitas, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM – tem procurado aumentar sua atuação *ex ante*, especialmente por meio da edição de pareceres que visam a orientar os agentes sobre a interpretação por ela adotada a respeito de determinados dispositivos da lei societária.” O autor (*ibidem*, p. 152) arremata seu estudo dizendo que “a CVM tem dado mostra de que pretende dar resposta aos imperativos postos pelo desenvolvimento do mercado de capitais, procurando adotar uma estratégia regulatória com maior acento na orientação *ex ante*, deixando assim a postura, puramente passiva, de aplicar sanções punitivas nos casos concretos em que se constatam ilegalidades ou abusos.”

18 Kiyoshi Harada (2004, p. 68), em síntese feliz, leciona que “toda prestação pecuniária obrigatória que não seja a multa, resultante de lei, e que é cobrada com observância do princípio da legalidade, configura tributo, a mais importante receita do Estado.”

necessárias ao seu funcionamento<sup>19</sup> e aplica multas, no exercício do poder de polícia, ao deparar com ilícitos administrativos.<sup>20</sup>

Far-se-á, a seguir, algumas reflexões sobre aquela modalidade de tributo, deixando o estudo das multas administrativas para outra oportunidade.

---

19 De acordo com seu *Relatório Anual*, os valores arrecadados pela CVM em 2015 alcançaram R\$323,8 milhões, dos quais R\$282 milhões provenientes da taxa de fiscalização, cuja participação relativa no montante total arrecadado pela Autarquia permaneceu estável (87,1%). A arrecadação da taxa apresentou aumento de aproximadamente 20% em relação a 2014 devido, principalmente, à majoração do valor cobrado dos jurisdicionados, levada a efeito a partir do 4º trimestre. Nos termos da justificação oficial constante dos normativos que a introduziram (Medida Provisória nº 685, de 21 de julho de 2015, convertida na Lei nº 13.202, de 8 de dezembro de 2015; Decreto nº 8.510, de 31 de agosto de 2015; e Portaria MF nº 705, de 31 de agosto de 2015), a mudança teve por objetivo restabelecer as condições mínimas para que a CVM pudesse desempenhar o seu mandato legal. Na verdade, a CVM sofreu contingenciamento expressivo durante o exercício. Contudo, a CVM mantém-se uma entidade superavitária e os recursos provenientes da arrecadação da taxa de fiscalização (em sendo repassados para a instituição) seriam suficientes para fazer frente às despesas relacionadas ao seu funcionamento, não havendo, portanto, qualquer dependência de outras fontes, o que é muito positivo. Com relação às despesas, a CVM apresentou, em 2015, execução de aproximadamente R\$213 milhões, valor 4,3% superior ao executado em 2014 (R\$204,2 milhões), e 24,5% inferior à arrecadação total da Autarquia no exercício. É importante ressaltar que o valor executado no referido ano foi inferior ao próprio montante arrecadado por meio da taxa de fiscalização, demonstrando autossuficiência mesmo se desconsideradas outras fontes de arrecadação. Das despesas realizadas, destacam-se aquelas relacionadas ao pagamento de pessoal e demais encargos correspondentes, que alcançaram o montante aproximado de R\$180 milhões. Considerando que tais despesas são de caráter obrigatório, elas não foram afetadas pelos contingenciamentos impostos ao longo do exercício, concentrados nos demais itens que integram o conjunto de despesas correntes, notadamente no que se refere à contratação de serviços. Nesse aspecto, mesmo nominalmente, o limite orçamentário imposto à CVM em 2015 para a realização de despesas discricionárias foi inferior aos patamares estabelecidos nos últimos seis anos. A propósito, a alocação de recursos em montante inferior ao necessário expõe a CVM a riscos operacionais e de imagem superiores àqueles ordinariamente administrados, que podem afetar suas atividades e ter impacto nas avaliações independentes internacionais. Diante dos limites impostos à CVM em 2015 foram necessários suspender (ou adiar) projetos institucionais, alguns de natureza estratégica, voltados à proteção dos investidores e ao desenvolvimento dos sistemas informatizados de supervisão, que necessitam ser continuamente aprimorados em razão da constante evolução do mercado jurisdicionado. No âmbito internacional, tal cenário pode ocasionar, inclusive, a revisão da nota atribuída ao órgão regulador do mercado de capitais na próxima avaliação a que será submetido, que considera o grau de aderência aos 37 princípios estabelecidos pela *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO). Nesse aspecto, problemas decorrentes da insuficiência de recursos orçamentários podem configurar o descumprimento dos Princípios 2 e 3 da IOSCO, que estabelecem, respectivamente, que o regulador deve ser operacionalmente independente e dispor de recursos adequados ao desempenho de suas funções. Para 2016, a tendência é de agravamento desse cenário, uma vez que o teto estabelecido para o exercício (despesas discricionárias) encontra-se em patamar inferior a 50% do montante definido para o ano de 2013. Assim, a Autarquia espera que as questões envolvendo as restrições orçamentárias possam ser superadas em breve, não comprometendo o cumprimento eficaz dos mandatos legais da CVM, componente importante no desenvolvimento econômico e social do país (CVM, 2015, p. 131-135).

20 Sobre este último aspecto, o tributarista cearense (MACHADO, 1998, p. 25) esclarece que “a CVM tem também função punitiva, destacando-se as multas que ela aplica, cobráveis mediante ação executiva. A CVM aplica a multa, inscreve. Naturalmente existe o procedimento administrativo em que é exercitada a defesa, mas, concluído o procedimento, a multa é inscrita como dívida ativa e é cobrada mediante ação executiva.”

## 2.1 O PERFIL NORMATIVO DAS TAXAS NA CONSTITUIÇÃO E NO CTN

Como se sabe, taxa é espécie de tributo, motivo pelo qual também se sujeita às prerrogativas e restrições próprias desta exação<sup>21</sup> (cobrança específica feita pelo Estado). Conseqüentemente, seu perfil normativo nos é dado pela Constituição da República (art. 145, II) e também pelo Código Tributário Nacional (art. 77).

De acordo com Luciano Amaro (2008, p. 30-31), taxas são tributos cujo fato gerador é configurado por uma atuação estatal específica, referível ao contribuinte, que pode consistir: a) no exercício regular do poder de polícia; ou b) na prestação ao contribuinte, ou colocação à disposição deste, de serviço público específico e divisível. O autor destaca ser o fato gerador da mesma um fato do Estado e não do contribuinte, exercendo o Estado determinada atividade e, por isso mesmo, cobrando a taxa da pessoa a quem aproveita aquela atividade.<sup>22</sup>

Atente-se, porém, para o fato de que “o móvel da atuação do Estado não é o recebimento da remuneração, mas a prestação do serviço público ou o exercício do poder de polícia, impondo restrições ao exercício dos direitos individuais e de propriedade, na defesa do bem comum” (PETTER, 2006, p. 27).<sup>23</sup>

---

21 Por isso, Welington Luiz Paulo (2014, p. 207) afirma que as taxas submetem-se, dentre outros, aos princípios constitucionais tributários da legalidade (art. 150, I, CF/88); isonomia (art. 150, II, CF/88); capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF/88); irretroatividade (art. 150, III, “a”, CF/88); anterioridade (art. 150, III, “b”, CF/88); anterioridade nonagesimal ou mitigada (art. 150, III, “c”, CF/88); vedação à utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV, CF/88); limitação ao tráfego de pessoas ou bens (art. 150, V, CF/88); vedação à instituição de isenções heterônomas (art. 151, III, CF/88). No mesmo sentido: Flávio Bauer Novelli (1992, p. 101-102). Adilson Rodrigues Pires (1989, p. 98-99) tem opinião semelhante, ao menos em relação à legalidade, irretroatividade, anterioridade e isonomia, divergindo, porém, quanto ao princípio da capacidade contributiva que, segundo aquele autor, escudado em Theotônio Monteiro de Barros Filho, se aplicaria somente aos impostos.

22 Nesse sentido também, Luciana Batista Santos (2011, p. 21-25) nos lembra que as taxas são tributos vinculados, justamente porque seu fato gerador descreve uma atuação do Poder Público relativamente ao sujeito passivo, na forma de serviço público ou de exercício do poder de polícia (art. 78 do CTN), conceito extraído do Direito Administrativo, apresentando, pois, um caráter sinalagmático ou contraprestacional. Assim, a pessoa que realiza o fato gerador da taxa é aquela que provoca a atuação estatal, caracterizada pelo exercício do poder de polícia, inclusive aquele voltado à disciplina da produção e do mercado, ou ainda a quem seja prestado ou disponibilizado um serviço público específico e divisível.

23 É bom lembrar que, a par da dificuldade em distinguir a taxa de serviço e o preço público, o Supremo Tribunal Federal, em julgado clássico, consignou que o Poder Público não poderia, em face dos condicionamentos constitucionais à instituição das taxas, estabelecer arbitrariamente que a contraprestação de um serviço público específico e divisível se verificasse por meio de taxa ou de preço público. A compulsoriedade na utilização do serviço, sobretudo se considerado essencial, atrairia o regramento próprio das taxas. Eis

Moderna e sinteticamente, afirma Elody Nassar (2006, p. 182) ser o poder de polícia a “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, seja ele segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade.”

Destaque-se, entretanto, que para ser regular, o exercício do poder de polícia deve observar o devido processo legal, encontrando limites na lei aplicável.<sup>24</sup>

Acerca das taxas de polícia, que especialmente nos interessam neste estudo, ensina Regis Fernandes de Oliveira (2004):

A taxa apenas pode ser cobrada pelo *exercício* do poder de polícia. Não é, pois, o simples *ato* do poder público que enseja a cobrança da taxa, mas o desempenho efetivo da atividade, dirigido ao administrado. Assim, o fato impositivo constituir-se-á no desempenho da atividade administrativa. Não a simples aposição de um carimbo ou mero despacho. O que se tem em mira são as despesas tidas com o exercício da atuação. A taxa só poderá ser exigida caso obrigue o Estado a desenvolver alguma atividade, mais ou menos complexa, a fim de remover obstáculo criado pela norma geral, mantê-lo ou fiscalizar a autorização ou licença expedida. Nenhuma taxa poderá ser exigida, caso o Estado não tenha que desempenhar alguma atividade (OLIVEIRA, 2004, p. 72).

---

sua ementa: “Tarifa Básica de Limpeza Urbana. - Em face das restrições constitucionais a que se sujeita a instituição de taxa não pode o Poder Público estabelecer, a seu arbítrio, que à prestação de serviço público específico e divisível corresponde contrapartida sob a forma, indiferentemente, de taxa ou de preço público. - Sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo - o que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública -, a tarifa de lixo instituída pelo Decreto nº 295, de 12 de novembro de 1975, do poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é, em verdade, taxa. - Inconstitucionalidade do referido decreto, uma vez que taxa está sujeita ao princípio constitucional da reserva legal. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 89.876, Min. Moreira Alves, STF).

24 Quanto a esta questão, Álvaro Lazzarini (1995, p. 80-83) ensina, com apoio em grandes mestres como José Cretella Júnior, Caio Tácito e Hely Lopes Meirelles, que o Poder de Polícia não é ilimitado, embora discricionário. Não pode ser arbitrário, pois a ação administrativa de polícia está demarcada pela norma jurídica, sujeita aos princípios da legalidade e da moralidade, devendo respeitar os direitos do cidadão. Deve sofrer então, forçosamente, as limitações previstas na Constituição da República, relacionadas ao interesse social em conjugação com os direitos fundamentais, no que se sujeita, portanto, aos princípios da legalidade, realidade e razoabilidade.

Entretanto, é a compulsoriedade da taxa,<sup>25</sup> observada também nos impostos,<sup>26</sup> que torna a taxa devida mesmo naquelas situações em que o serviço não tenha sido solicitado pelo sujeito passivo, mas prestado de ofício pelo ente público ao contribuinte.

Feitas estas considerações, ousa-se conceituar a taxa de polícia como sendo uma espécie de tributo vinculado, devido em razão do regular e efetivo exercício do poder de polícia por parte do Estado (pessoas jurídicas de direito público interno), que limita o exercício de direitos individuais, conformando-os ao interesse público, ainda que nenhum serviço, fiscalização ou intervenção tenham sido solicitados pelo sujeito passivo.<sup>27</sup>

No que diz respeito à taxa de polícia do mercado de valores mobiliários, identifica-se a Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários (art. 1º da Lei 7.940/1989) que, ao ser questionada quanto à ausência de referibilidade ao contribuinte, obteve do Tribunal

---

25 Pertinente, aqui, a observação feita por Flávio Bauer Novelli (1992, p. 109) no sentido de que o conceito jurídico de compulsoriedade não é unívoco, podendo se referir ora (1) a um atributo inerente ao vínculo tributário (unilateralidade, obrigatoriedade *ex lege*, indisponibilidade, inderrogabilidade, etc); ora (2) a uma característica, não do próprio tributo, mas da situação subjetiva (sujeição ou dever), que, precedendo à tributária, deu origem à relação de prestação administrativa (ex: Súmula 545 e RE 89.876). Haveria, assim, dois diversos modos de manifestação da compulsoriedade. Entretanto, Luciano Amaro (2008, p. 40) entende “que não é a compulsoriedade (seja lá isso o que for) que caracteriza os serviços taxáveis pela simples utilização potencial”, importando fixar, isto sim, que é a Constituição que autoriza a criação de taxas cobráveis tanto na fruição efetiva quanto na fruição potencial de certos serviços (para cuja prestação o Estado se tenha aparelhado). Segundo este autor, o CTN teria sido infeliz ao pretender separar os grupos de serviços que poderiam e os que não poderiam ser taxados na utilização potencial, o que serviu para aumentar as dificuldades da doutrina no trato da taxa.

26 Adilson Rodrigues Pires (1989, p. 102) o confirma, com apoio na doutrina de Achile Donato Giannini, afirmando também que é graças à compulsoriedade que o imposto pode não ser devido caso o contribuinte opte pelo exercício ou não da atividade sujeita ou não ao tributo, o que exemplifica fazendo menção à taxa de incêndio (que se paga mesmo quando o serviço não foi solicitado) e ao imposto sobre cigarros (IPI), que não se paga se não se fumar. Interessante questão, como se pode observar.

27 Neste caso, é de se exigir um policiamento permanente por parte do Poder Público, ou seja, o poder de polícia compreende também a vigilância exercida pelo Poder Público, como se vê no seguinte julgado: “RECURSO ESPECIAL - TAXA DE LICENÇA - LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO - PODER DE POLICIA – Taxa é tributo de contraprestação, isto é, compensatório de atividade exercida pelo Estado ou por ele posta à disposição do contribuinte. A Taxa de Localização e Funcionamento retine dois fatos impositivos. O primeiro refere-se à permissão para assentamento no Município. O segundo diz respeito à atividade do contribuinte. Aquela não se exaure com a autorização. Está ínsito o policiamento permanente. Daí a legalidade da cobrança anual. O poder de polícia compreende também a vigilância exercida pelo Poder Público. Matéria não prequestionada (Súmulas nºs 282 e 356-STF). III – Dissídio não configurado (art. 255, par. Único, do RISTJ). IV – Recurso não conhecido.” (REsp 19900089271, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, STJ – 2ª Turma, DJ 03/12/1990, p. 14312 JTS, v. 21, p. 41; RDJTJDFT, v. 38, p. 108).

Regional Federal da 2ª Região manifestação no sentido de que “deve-se observar que o caso tem em mira taxa de polícia, que não remunera serviços prestados ao contribuinte, mas sua própria (ainda que potencial) fiscalização por parte da CVM” (AC 2006.50.01.004213-0, Des. Fed. Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, TRF2 – 4ª Turma Especializada, E-DJF2R 31/01/2012, p. 118/119.). Trata-se, portanto, de típica taxa de polícia.

Conheçamos, agora, o tributo cobrado pela Comissão de Valores Mobiliários.

## 2.2 A TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS

De acordo com o art. 8º, inc. III, da Lei 6.385/1976, a CVM é competente para fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários de que trata o art. 1º da mesma lei, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participam, e aos valores nele negociados.<sup>28</sup>

A fim de custear esta atividade, o art. 1º da Lei 7.940, de 20 de dezembro de 1989, publicada no dia seguinte, instituiu a Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, que tem como fato gerador o exercício do poder de polícia administrativa legalmente atribuído à Comissão de Valores Mobiliários – CVM (art. 2º), traduzido nas atividades de regulamentação, controle e contenção do exercício da atividade econômica das pessoas naturais e jurídicas que atuam no sistema de distribuição de valores mobiliários, as companhias abertas, os fundos e sociedades de investimentos, os administradores de carteira e depósitos de valores mobiliários, os auditores independentes, os consultores e analistas de valores mobiliários e as sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais sujeitas a registro na CVM (AC 0076051.47-1992.4.03.6100, Juiz conv. Valdeci dos Santos, TRF3 – Turma Suplementar da 2ª Seção, DJF3 06/05/2008).

---

28 Cumpre ainda observar que, de acordo com o art. 2º do Decreto-lei 2.298/1986, a CVM exercerá suas atribuições para: I - assegurar condições de acesso ao mercado de títulos e valores mobiliários incentivados; e II - proteger os titulares de títulos e valores mobiliários incentivados e os investidores do mercado contra: a) emissões e negociações irregulares; b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das emissoras de títulos e valores mobiliários e demais participantes do mercado. III - assegurar o acesso dos acionistas e do público investidor a informações sobre as companhias emissoras e os títulos e valores mobiliários negociados e; IV - assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado e evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta e preço de títulos e valores mobiliários incentivados.

Segundo Ilene Patrícia de Noronha (1998), o mencionado poder de polícia da CVM é especial e originário:

Pode-se definir, então, de acordo com os administrativistas modernos, que distinguem a atividade de polícia geral da atividade de polícia especial, a atividade de polícia exercida pela CVM como a especial, já que é exercida dentro do setor específico da atividade humana (mercado de capitais que afetam bens de interesse coletivo (poupança popular). Também pode-se afirmar que o poder de polícia da CVM é originário e não delegado, razão pela qual o exercício deste poder de polícia compreende a imposição da Taxa de Fiscalização do Mercado de Valores Mobiliários (tributo criado pela Lei n. 7.940/89, cuja licitude e constitucionalidade vêm sendo cristalizadas pela jurisprudência e até por Súmula – Súmula 15 do TRF da 5ª Região) (NORONHA, 1998, p. 50).

Conforme art. 3º da Lei 7.940/1989, são contribuintes da Taxa as pessoas naturais e jurídicas que integram o sistema de distribuição de valores mobiliários, as companhias abertas, os fundos e sociedades de investimentos, os administradores de carteira e depósitos de valores mobiliários, os auditores independentes, os consultores e analistas de valores mobiliários e as sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais obrigadas a registro na Comissão de Valores Mobiliários.

Contudo, são isentos do pagamento da Taxa os analistas de valores mobiliários não sujeitos a registro na CVM (art. 3º, par. único). Também as sociedades anônimas (companhias) de capital fechado não são contribuintes da Taxa de Fiscalização sob exame.<sup>29</sup>

29 No julgamento da Apelação Cível nº 2000.33.00.011389-3, o TRF da 1ª Região consignou que “o artigo da lei nº 7.940/89 não prevê as companhias fechadas como obrigadas ao pagamento do tributo. Somente se elas forem beneficiadas por recursos oriundos de incentivos fiscais é que estarão sujeitos ao pagamento da taxa.” O argumento foi o de que “tratando-se de sociedade fechada, não há que se falar em registro na Comissão de Valores Mobiliários.” Na oportunidade, destacou-se que “o que distingue as companhias abertas das fechadas não é o número de sócios, mas sim se os valores mobiliários de sua emissão estão ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários” (AC 0011389-11.2000.4.01.3300/BA, Rel. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos, 5ª Turma Suplementar, e-DJF1 11/10/2013, p. 1069). Não bastasse isto, o entendimento firmado pelo Tribunal parece encontrar reforço no disposto no art. 31 da Lei 10.522/2002, resultante da conversão da MP 1.973, de 04/05/2000, onde se lê: “Art. 31. Ficam dispensados a constituição de créditos da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a inscrição na sua Dívida Ativa e o ajuntamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição relativamente: I - à taxa de fiscalização e seus acréscimos, de que trata a Lei no 7.940, de 20 de dezembro de 1989, devida a partir de 1º de janeiro de 1990 àquela autarquia, pelas companhias fechadas beneficiárias de incentivos fiscais; II - às multas cominatórias que tiverem sido aplicadas a essas companhias nos termos da Instrução CVM nº92, de 8 de dezembro de 1988; § 1º O disposto neste artigo somente se aplica àquelas companhias

O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, afirmou sua constitucionalidade,<sup>30</sup> tendo inclusive sumulado a questão (Súm. 665 STF: “É constitucional a taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários instituída pela Lei 7.940/1989.”), orientação que repercutiu no Superior Tribunal de Justiça<sup>31</sup> e também no Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>32</sup>, dentre outros regionais.

Diz a Lei, art. 4º, que a Taxa é devida trimestralmente, nos casos especificados nas Tabelas A, B e C, que acompanham a Lei 7.940/1989 e, por ocasião do registro, de acordo com a alíquota correspondente, incidente sobre o valor da operação, nas situações constantes da Tabela D. No primeiro caso, o tributo deve ser recolhido até o último dia útil

---

que tenham patrimônio líquido igual ou inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), conforme demonstrações financeiras do último exercício social, devidamente auditadas por auditor independente registrado na CVM e procedam ao cancelamento do seu registro na CVM, mediante oferta pública de aquisição da totalidade desses títulos, nos termos do art. 20 e seguintes da Instrução CVM nº265, de 18 de julho de 1997, caso tenham ações disseminadas no mercado, em 31 de outubro de 1997; § 2º-Os autos das execuções fiscais dos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do juiz, ciente o Procurador da CVM, salvo a existência de valor remanescente relativo a débitos legalmente exigíveis; § 3º-O disposto neste artigo não implicará restituição de quantias pagas.”

30 Nesse sentido, confira-se: “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - TAXA DA CVM. Lei nº 7.940, de 20.12.89. FATO GERADOR. CONSTITUCIONALIDADE. I. - A taxa de fiscalização da CVM tem por fato gerador o exercício do poder de polícia atribuído à Comissão de Valores Mobiliários - CVM. Lei 7.940/89, art. 2º. A sua variação, em função do patrimônio líquido da empresa, não significa seja dito patrimônio a sua base de cálculo, mesmo porque tem-se, no caso, um tributo fixo. Sua constitucionalidade. II. - R.E. não conhecido” (STF, Plenário, RE nº 177.835-1, Rel. Min. Carlos Velloso, Sessão de 22/04/1999, DJ 25/05/2001, p. 18). No mesmo sentido, o decidido no RE 198.868, Rel. Min. Moreira Alves, STF, Sessão de 22/06/1999, DJ de 06/08/1999, p. 60.

31 A respeito, confira-se: “PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - TAXA DE FISCALIZAÇÃO - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - LEI Nº 7.940, DE 20.12.89 - CONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL NÃO CONFIGURADA - PRECEDENTE STF. - Tendo o STF proclamado a constitucionalidade da Lei nº 7.940/89, que instituiu a taxa de fiscalização da CVM (RE 177.835) e, sabendo-se que o art. 77 e § único CTN repete preceito constitucional (C.F., art. 145, §§ 1º e 2º), descabe a alegação de contrariedade à lei tributária nacional, nesta superior instância. - Recurso não conhecido” (REsp 199800164723, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - 2ª Turma, DJ 01/08/2000, p. 226).

32 Confira-se ainda: “TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. LEI 7.940/1989. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF NO JULGAMENTO DO RE 177835/PE. 1. A taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, instituída pela Lei 7.940/1989, é cobrada pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, em decorrência do exercício do poder de polícia. 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 177835/PE, em 22/04/1999, sob a relatoria do ministro Carlos Velloso, decidiu pela constitucionalidade da referida taxa. 3. Apelação a que nega provimento” (AC 2001.33.00.018935-2, Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, TRF1 - 8ª Turma, e-DJF1 26/11/2010, p. 259).

do primeiro decêndio dos meses de janeiro, abril, julho e outubro de cada ano. No segundo caso, a Taxa deve ser recolhida juntamente com a protocolização do pedido de registro (art. 5º).

Trata-se, portanto, de tributo sujeito a lançamento por homologação,<sup>33</sup> já que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento da exação.

Destaque-se, por fim, que o Presidente da CVM, no uso da atribuição prevista no art. 17, XIII, do Regimento Interno da autarquia, aprovado pela Portaria nº 327, de 11 de julho de 1997, do Ministro da Fazenda, editou a DELIBERAÇÃO CVM Nº 507, de 10 de julho de 2006, que dispõe sobre o Procedimento Administrativo-Fiscal relativo à Taxa de Fiscalização do mercado de valores mobiliários instituída pela Lei 7.940/1989.

Referido ato normativo será analisado no tópico seguinte.

---

33 Nesse sentido: “TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL PARA A COBRANÇA DA EXAÇÃO. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO. 1. A taxa de fiscalização do mercado de valores mobiliários, prevista na Lei n. 7.940/89, sujeita-se a lançamento por homologação. Nessa sistemática, “[...] a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa [...]” (art. 150, caput, do CTN). Sendo assim, o pagamento do referido tributo deverá ocorrer antes da própria constituição do crédito tributário, isto é, a legislação (art. 5º da Lei nº 7.940/89) estabelece uma data de vencimento que antecede o ato de fiscalização da administração tributária. Essa fiscalização posterior somente ensejará o lançamento do crédito tributário se o pagamento foi parcial (incompleto) ou se não houver pagamento em absoluto. Na primeira hipótese (pagamento parcial), a notificação ao contribuinte deverá se dar dentro do prazo decadencial de 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Já na segunda hipótese (ausência completa de pagamento), a notificação ao contribuinte deverá ocorrer dentro do prazo decadencial de 5 (cinco) anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN). Precedente citado: AgRg no REsp 1.259.563/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 11.10.2011. 2. Notificado o contribuinte para pagar os valores faltantes ou se defender, dá-se a constituição do crédito tributário, o que inaugura o prazo prescricional para a sua cobrança (art. 174 do CTN), salvo em ocorrendo quaisquer das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) ou interrupção do lustro prescricional (art. 174, parágrafo único, do CTN). Nesse sentido, aliás, é bastante esclarecedor o enunciado da Súmula 153 do extinto Tribunal Federal de Recursos, do seguinte teor: ‘Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos.’ 3. No caso, conforme decidiu com acerto o Tribunal de origem, não há que se falar em prescrição, pois os créditos tributários foram constituídos com a notificação (por edital) do contribuinte em dezembro de 2006, a execução fiscal veio a ser ajuizada em julho de 2009, e a citação da executada deu-se em janeiro de 2010 (dentro do quinquênio). 4. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp 225.238/PA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 23/10/2012, DJe 06/11/2012).

### 3 DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO DA TAXA PREVISTA NA LEI 7.940/1989 E DE SUA IMPUGNAÇÃO

De acordo com o art. 142 do CTN, o lançamento é um procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade. Sua impugnação, levada a efeito pelo sujeito passivo, é uma das formas de alterar o lançamento regularmente notificado (art. 145 do CTN).

Rememorada a breve lição, importante saber que o art. 4º da DELIBERAÇÃO CVM Nº 507/2006<sup>34</sup> estabelece que o lançamento da taxa prevista na Lei 7.940/1989 – inclusive aquele destinado a prevenir a decadência (art. 63 da Lei 9.430/1996) – será produzido emitindo-se a pertinente notificação sempre que o sujeito passivo deixe de efetuar o recolhimento daquele tributo, na forma e prazos estabelecidos no art. 5º da dita lei.

Observe-se que o processo administrativo-fiscal de lançamento da Taxa de Fiscalização do mercado de valores mobiliários, instituída pelo art. 1º da Lei 7.940/1989, inicia-se com a emissão da Notificação de Lançamento, confeccionada por meio manual ou eletrônico, pela autoridade lançadora (o Superintendente Administrativo-Financeiro da CVM), da qual será intimado o sujeito passivo (pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária) para pagamento ou impugnação administrativa perante a Comissão de Valores Mobiliários (art. 3º da Del. CVM nº 507/2006). Referida notificação deve conter as informações elencadas no art. 5º da Deliberação mencionada, sob pena de nulidade (§2º).

Uma vez regularmente notificado (art. 6º da Del. CVM nº 507/2006), poderá o contribuinte impugnar o lançamento da referida taxa perante a autoridade que constituiu o crédito tributário da CVM (autoridade lançadora), no prazo de 30 (trinta) dias (art. 11 da Del. CVM nº 507/2006), tal qual se observa no art. 15 do Decreto 70.235/1972,<sup>35</sup> que dispõe sobre

34 Esta Deliberação cuida das rotinas internas relativas ao procedimento administrativo-fiscal de lançamento da taxa de fiscalização instituída pela Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989, e do processamento e julgamento das subseqüentes impugnações e recursos apresentados pelos contribuintes do referido tributo.

35 Sobre a constituição definitiva deste crédito tributário, prazos de decadência e prescrição, confira-se: “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - CVM. LEI N. 7.940/89. FATO GERADOR. CONSTITUCIONALIDADE. NOTIFICAÇÃO. REGULARIDADE. PRESCRIÇÃO.

o processo administrativo fiscal de determinação e exigência dos créditos tributários da União.

A rigor, a impugnação mencionada inicia a fase litigiosa do procedimento (art. 9º da Del. CVM nº 507/2006), traduzindo-se em típico meio de defesa do sujeito passivo para contestar o lançamento, que deve conter os requisitos indicados no art. 12 da Del. CVM nº 507/2006. A impugnação deverá ser apresentada diretamente no protocolo da sede da CVM, de suas Superintendências Regionais de São Paulo-SP ou Brasília-DF ou remetida, por via postal, para o endereço da sede da CVM, na cidade do Rio de Janeiro-RJ, ou, ainda, por meio da rede mundial de computadores, no endereço eletrônico da CVM (art. 11, §2º da Del. CVM nº 507/2006).

---

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA MANTIDA. 1. O aviso de recebimento de intimação entregue no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, ainda que assinado por pessoa estranha, não é causa de nulidade do processo administrativo. 2. A Comissão de Valores Mobiliários possui natureza de autarquia federal, pelo que devem as taxas cobradas pelo órgão obedecer à prescrição quinquenal. No caso de não recolhimento, ou recolhimento parcial do devido, o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN. *A constituição definitiva do crédito se dá no 31º dia a partir da notificação, conforme art. 15, do Decreto n. 70.235/1972, caso o contribuinte não procure impugnar o débito. No caso concreto, se deu no dia 27/01/1999, pois a notificação data de 27/12/1998 - fl. 73. Em se tratando de execução ajuizada anteriormente à edição da Lei Complementar 118/2005, o termo final para a contagem do prazo prescricional (art. 174, do CTN) deve ser a data do ajuizamento da execução, segundo o qual é suficiente a propositura da ação para interrupção do prazo prescricional - Súmula 106 do STJ.* Execução fiscal proposta em 26/06/2002, antes do término do prazo prescricional quinquenal, portanto. 3. A Taxa de Fiscalização do Mercado de Valores Mobiliários, instituída pela Lei nº 7.940/89, cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal: RE 177.935/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 25.05.2001, p. 18. 4. A CDA, conquanto questionada pelo embargante, é título revestido de objetiva liquidez e certeza, amparando validamente a execução proposta, tal como assinalado neste voto, pelo que devem ser rejeitados, na extensão firmada, os embargos que se viram opostos. 5. Apelação improvida" (AC 0042784-80.2002.4.03.6182, Juiz conv. Leonel Ferreira, TRF3 - Turma D, e-DJF3 Judicial 1 de 29/04/2011, p. 1141). Na mesma linha: "PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - TAXA DE FISCALIZAÇÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS - LEI Nº 7.940/89: CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF (RE 177.935/PE) - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INAPLICABILIDADE DO ART 2º, §3º, DA LEI 8.630/80 (SUSPENSÃO POR 180 DIAS) - PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. 1. A Taxa de Fiscalização do Mercado de Valores Mobiliários, instituída pela Lei nº 7.940/89, cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal: RE 177.935/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 25.05.2001, p. 18. 2. *No concreto, considerando que a constituição definitiva do crédito tributário referente às taxas não pagas no exercício de 1991 ocorreu em 12 OUT 1995, ou seja, 30 dias da notificação do lançamento (art. 15 do Decreto nº 70.235/72), do qual não houve recurso administrativo, o prazo para a sua cobrança se esgotou em 12 OUT 2000. Ajuizada, portanto, a EF somente em 22 FEV 2001, há de ser reconhecida a prescrição.* 3. Inaplicável à espécie a suspensão do prazo prescricional de 180 dias de que trata o §3º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, porquanto sua aplicação é adstrita a crédito não-tributário. (STJ, REsp 708.227/PR, T2, Rel(a). Min(a). ELIANA CALMON, DJ 19.12.2005, p. 355). 4. Apelação provida: Embargos procedentes. 5. Peças liberadas pelo Relator, em 05/06/2006, para publicação do acórdão (AC 2002.38.00.037508-9, Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (conv.), TRF1 - 7ª Turma, DJ 16/06/2006, p. 48, grifo nosso).

Decorrido o prazo estabelecido de 30 (trinta) dias sem impugnação (art. 11, §6º da Del. CVM nº 507/2006), o lançamento será considerado procedente, permanecendo o processo com a autoridade preparadora (o Gerente de Arrecadação da CVM), por igual prazo, aguardando a iniciativa do sujeito passivo para regularizar o débito de que foi notificado, sob pena de inscrição do devedor no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (CADIN), observando-se o prazo estabelecido no art. 2º, §2º, da Lei 10.522/2002, e encaminhamento do processo à sua Procuradoria, para inscrição em Dívida Ativa.

Da decisão que julgar a impugnação do contribuinte, proferida pelo Superintendente-Geral da CVM (arts. 2º, III e 17 da Del. CVM nº 507/2006), que poderá concluir pela procedência, improcedência ou procedência parcial do lançamento (art. 22 da Del. CVM nº 507/2006) – na verdade, da impugnação – e, após a necessária notificação do devedor, caberá recurso dirigido ao Colegiado, órgão julgador de segunda e última instância, no prazo de 30 (trinta) dias (art. 25 da Del. CVM nº 507/2006), à semelhança do que se dá no art. 33 do Decreto 70.235/1972, sendo o apelo dotado de efeito suspensivo.

Se intempestivo o recurso, o julgador de primeira instância negará seguimento ao mesmo, remetendo os autos ao órgão preparador, que intimará o recorrente da decisão denegatória, bem como para recolher o valor atualizado do crédito tributário, certificando-se em seguida a preclusão administrativa.

Não havendo pagamento ou parcelamento, no prazo de 30 (trinta) dias, do crédito tributário confirmado por decisão administrativa definitiva, será promovida a inscrição do devedor no CADIN e o encaminhamento do processo e seus apensos à PFE-CVM, para inscrição em dívida ativa (art. 26 da Del. CVM nº 507/2006).

Proferida a decisão colegiada, na sequência, será o processo remetido ao órgão preparador para, após certificar a preclusão administrativa, intimar, em conformidade com o art. 6º da Deliberação, o sujeito passivo da decisão, exortando-o, quando for o caso, a cumpri-la no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de inscrição no CADIN e na dívida ativa (art. 28 da Del. CVM nº 507/2006).

Por fim e, sem embargo do disposto nos arts. 4º, §§1º e 2º; 11, §§4º e 5º e 19 da Del. CVM nº 507/2006, quanto aos efeitos e providências administrativos decorrentes de eventual impugnação judicial do lançamento,

levada a efeito pelo sujeito passivo, vale aqui a pertinente observação de Sávio Guimarães Rodrigues (2011) no sentido de que,

Havendo, a qualquer tempo, discordância por parte do sujeito passivo tributário quanto a determinada cobrança, livres estão as vias de discussão, tanto na esfera administrativa (com o procedimento administrativo fiscal, contencioso e consultivo, que conta, inclusive, com órgãos paritários, compostos por particulares indicados pelas entidades representativas dos setores econômicos e auditores fiscais que, em regra, não possuem funções de lançamento) quanto na judicial (por meio de ações tributárias, como a anulatória, a repetitória, a declaratória, os embargos à execução e também o remédio constitucional do mandado de segurança) (RODRIGUES, 2011, p. 355).

Correto, fazendo-se as necessárias adaptações, é claro.<sup>36</sup>

36 O caráter democrático observado na composição do CARF também se dá, em relação ao mercado de capitais, no CRSFN. De acordo com Maria Eduarda Fleck da Rosa (2013, p. 16-18), uma das funções legalmente imputadas à CVM é a função julgadora, ou seja, a de dirimir conflitos oriundos do mercado de capitais brasileiro, impondo penalidades aos infratores de normas cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar. Das decisões proferidas pela Comissão nesta seara, cabe recurso dirigido ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (art. 11, §4º da Lei 6.385/1976), criado em 15 de março de 1985 por meio do Decreto 91.152, vulgarmente chamado de "Conselhinho" e que, por sua vez, é órgão cujos membros são nomeados por critérios técnicos e tem sua composição paritária, de modo que metade dos integrantes advém de órgãos públicos (Ministério da Fazenda, Banco Central do Brasil, Banco Nacional de Habitação e Comissão de Valores Mobiliários), ao passo que a metade restante é composta por representantes de entidades de classe do mercado financeiro e de capitais. Recentemente, o Decreto 8.652, de 28 de janeiro de 2016, revogou o Decreto 1935/1996, que dispunha sobre a organização e funcionamento do CRSFN, e dispôs: "Art. 1º O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN, órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar, em última instância administrativa, os recursos: I - previstos: a) no § 2º do art. 43 da Lei no 4.380, de 21 de agosto de 1964; b) no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei no 1.248, de 29 de novembro de 1972; c) no § 4º do art. 11 da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976; d) no § 2º do art. 16 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998; e e) no parágrafo único do art. 9º da Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001; II - de decisões do Banco Central do Brasil: a) que aplicarem penalidades em sede de processo administrativo sancionador instaurado em razão do descumprimento de normas legais e regulamentares que lhe caiba fiscalizar; b) que aplicarem medidas cautelares; c) referentes à desclassificação e à descaracterização de operações de crédito rural; e d) relacionadas à retificação de informações, à aplicação de multas e custos financeiros associados a recolhimento compulsório, ao encaixe obrigatório e ao direcionamento obrigatório de recursos; e III - de decisões das autoridades competentes relativas à aplicação das sanções previstas na Lei nº 9.613, de 1998. § 1º O CRSFN decidirá com base em critérios técnicos, com a finalidade de assegurar o regular funcionamento do sistema financeiro, de suas instituições e mercados e do sistema de pagamentos brasileiro. § 2º As sessões de julgamento e as decisões do CRSFN serão públicas. Art. 2º O CRSFN será integrado por conselheiros titulares e suplentes, de reconhecida capacidade técnica e notório conhecimento especializado nas matérias de competência do Conselho, que serão indicados: I - pelo Ministério da Fazenda; II - pelo Banco Central do Brasil; III - pela Comissão de Valores Mobiliários; e IV - em lista tríplice, pelas entidades representativas dos mercados

Vistos, portanto, os aspectos legais da taxa sob exame, ponderar-se-á criticamente acerca dos questionamentos judiciais que ainda a envolvem.

#### 4 ANÁLISE CRÍTICA

A Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários não escapou de ser questionada judicialmente, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal. É o que se verá a seguir.

##### 4.1 A TAXA DE FISCALIZAÇÃO E SUA VARIAÇÃO EM FUNÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO DA EMPRESA

TRIBUTARIO - TAXA DE FISCALIZAÇÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIARIOS - LEI 7940/89 - LEGITIMIDADE PASSIVA - CONSTITUCIONALIDADE. 1. A UNIÃO ESTA LEGITIMADA, EM LITISCONSORCIO COM A CVM, A RESPONDER O MANDAMUS EM ATAQUE A EXIGENCIA DA EXAÇÃO. A PRIMEIRA, CABE A ARRECADAÇÃO (ART. 8 DA LEI 7940/89), ENQUANTO A SEGUNDA, DESTINAM-SE OS RECURSO DA ARRECADAÇÃO. 2. A BASE DE CALCULO DA TAXA QUESTIONADA FAZ DO PATRIMONIO LIQUIDO FATOR DE REFERENCIA PARA A COBRANÇA, NÃO SENDO, PORTANTO, SUA BASE DE CALCULO. 3. A PROIBIÇÃO INCERTA NO PARAG. UNICO DO ART. 77 DO CTN REFERE-SE A CAPITAL E NÃO A PATRIMONIO, CONCEITOS DISTINTOS A QUE, POR ISSO MESMO, NÃO ENSEJA A ALEGADA ILEGALIDADE. 4. RECURSOS PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA PARA CASSAR A SEGURANÇA. (AMS 91.01.07458-0, JUÍZA ELIANA CALMON, TRF1 - QUARTA TURMA, DJ DATA:10/09/1992 PAGINA:27786.) TRIBUTARIO - TAXA DE FISCALIZAÇÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIARIOS - LEI

financeiro e de capitais. § 1º- Os conselheiros titulares e suplentes serão designados pelo Ministro de Estado da Fazenda. § 2º- O CRSFN terá como presidente conselheiro representante do Ministério da Fazenda, assim designado pelo Ministro de Estado da Fazenda. Art. 3º- O Procurador-Geral da Fazenda Nacional designará Procuradores da Fazenda Nacional com conhecimentos especializados nas matérias de competência do CRSFN para atuarem junto a esse Conselho, com atribuição de zelarem pela fiel observância da legislação, na forma e nas hipóteses estabelecidas no regimento interno do CRSFN. Art. 4º A Secretaria-Executiva do CRSFN será exercida pelo Ministério da Fazenda. Parágrafo único. O Ministério da Fazenda, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários fornecerão o apoio técnico e administrativo necessário ao funcionamento do CRSFN. Art. 5º- A composição, a organização e o funcionamento do CRSFN serão fixados em regimento interno aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, que disporá, entre outros assuntos, sobre: I - o número de conselheiros a serem indicados por cada um dos órgãos e entidades relacionados no art. 2º, observada a paridade entre o setor público e o privado; II - a duração do mandato dos conselheiros, a possibilidade de recondução e as hipóteses de perda do mandato; III - a adoção de súmulas, com efeito vinculante em relação às decisões do CRSFN; e IV - as hipóteses em que o presidente do CRSFN poderá decidir monocraticamente.”

7940/89 - LEGITIMIDADE PASSIVA - CONSTITUCIONALIDADE. 1. A UNIÃO ESTA LEGITIMADA, EM LITISCONSORCIO COM A CVM, A RESPONDER O MANDAMUS EM ATAQUE A EXIGENCIA DA EXAÇÃO. A PRIMEIRA, CABE A ARRECADAÇÃO (ART. 8 DA LEI 7940/89), ENQUANTO A SEGUNDA, DESTINAM-SE OS RECURSO DA ARRECADAÇÃO. 2. A BASE DE CALCULO DA TAXA QUESTIONADA FAZ DO PATRIMONIO LIQUIDO FATOR DE REFERENCIA PARA A COBRANÇA, NÃO SENDO, PORTANTO, SUA BASE DE CALCULO. 3. A PROIBIÇÃO INCERTA NO PARAG. UNICO DO ART. 77 DO CTN REFERE-SE A CAPITAL E NÃO A PATRIMONIO, CONCEITOS DISTINTOS A QUE, POR ISSO MESMO, NÃO ENSEJA A ALEGADA ILEGALIDADE. 4. RECURSOS PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA PARA CASSAR A SEGURANÇA. (AMS 91.01.07458-0, JUÍZA ELIANA CALMON, TRF1 - QUARTA TURMA, DJ DATA:10/09/1992 PAGINA:27786.) Parte inferior do formulário

Foi por ocasião do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 91.01.07458-0/PI que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região enfrentou a questão pela primeira vez. Na oportunidade, a impetrante sustentava a inconstitucionalidade da taxa instituída pela Lei 7.940/1989 porque o diploma legal (art. 4º, I) teria estabelecido uma base de cálculo para a taxa idêntica à de imposto (situação econômica do contribuinte).

Estribando-se em precedentes do TRF da 5ª Região – que posteriormente editou a Súmula nº 15<sup>-37</sup> a Corte entendeu que a base de cálculo da taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, fixada em tabela progressiva sobre o patrimônio líquido do contribuinte, não era idêntica à de nenhum tributo, porque inexistia imposto sobre o patrimônio. Ademais, o patrimônio líquido seria um mero referencial para a cobrança da taxa, sem indicar que é o mesmo a base de cálculo. De outra sorte, o disposto no art. 77, parágrafo único, do CTN, não teria o condão de desvirtuar a exação mencionada, pois não se pode confundir patrimônio líquido com capital (AMS 91.01.07458-0, Juíza Eliana Calmon, TRF1 – 4ª Turma, DJ 10/09/1992, p. 27786).

---

37 A Súmula nº 15 do TRF da 5ª Região, publicada no Diário da Justiça de 13/10/1993, p. 43.238, tem o seguinte teor: “É válida a cobrança da Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários (Lei 7.940/89), com base em tabela, por faixas de contribuintes.” Aparentemente, os precedentes que deram origem ao enunciado foram: AMS 2.355/PE (2ª Turma, DJ 08/02/1991), AMS 2.357/CE (2ª Turma, DJ 30/12/1991), AMS 3.032/PE (1ª Turma, DJ 18/09/1992), AMS 15.149/PE (1ª Turma), AMS 2.853/PE e AMS 3.724/CE.

A rigor, a instituição da taxa sob exame também motivou algumas corretoras de valores a postular em juízo a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária. Tais instituições insistiam na inconstitucionalidade da taxa instituída pela Lei 7.940/1989 ao argumento de que a mesma tinha base de cálculo própria de imposto, visto que, no sentir das corretoras, não guardava qualquer relação com a atividade de fiscalização da CVM, restando violado, então, o art. 145, §2º, da Constituição Federal.

Enfrentando a questão, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 94.03.092054-8/SP, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região entendeu que a referida taxa não constituía receita da União,<sup>38</sup> parte ilegítima na demanda, tendo por fato gerador o exercício do poder de polícia administrativa legalmente atribuído à Comissão de Valores Mobiliários – CVM (art. 2º da Lei 6.385/1976) e concluiu afirmando que, *“quanto à base de cálculo, de fato, varia em função do patrimônio líquido, segundo a tabela prevista em lei, mas isso não significa que aquela grandeza contábil constitua a sua base de cálculo, e sim mero elemento referencial do montante a ser pago, implicando tributação segundo a capacidade contributiva do sujeito passivo”* (AC 0076051-47.1992.4.03.6100, Juiz conv. Valdeci dos Santos, TRF3 – Turma Suplementar da 2ª Seção, DJF3 06/05/2008, grifo nosso).

Hugo de Brito Machado (1998), em Simpósio sobre Direito dos Valores Mobiliários, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos Tribunais Regionais Federais da 4ª e 5ª Regiões, abordou o tema em estudo conforme segue:

As questões em que é referida a CVM, na maioria das vezes, são relacionadas com a taxa de fiscalização. A jurisprudência terminou por entender que era legítima a cobrança dessa taxa. Aqui, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tivemos várias questões em torno disso. As empresas impugnavam a cobrança, alegando ser inconstitucional a taxa que tem por base de cálculo o capital das empresas ou qualquer outra base de cálculo que seja própria de impostos. Na verdade, essa taxa de fiscalização, aparentemente, incidiria nessa inconstitucionalidade; mas acontece que o patrimônio líquido das empresas não é, no caso, uma base de cálculo. Não existe sequer alíquota dessa taxa. A taxa é estabelecida em valor fixo. Existe uma tabela na qual há valores maiores para as empresas que têm patrimônio líquido maior.

---

38 Ora, o art. 8º da Lei 7.940/1989 é claro em consignar que “a Taxa será recolhida ao Tesouro Nacional, em conta vinculada à Comissão de Valores Mobiliários - CVM, por intermédio de estabelecimento bancário integrante da rede credenciada.” Não se trata, pois, de receita da União.

Então, quando se diz que a taxa não pode ter base de cálculo própria de impostos, o dispositivo constitucional diz mais: não pode ter fato gerador ou base de cálculo. Por quê? Porque, em Direito Tributário, essas expressões são absolutamente inseparáveis. O tributo tem o seu fato gerador, e alguns tributos têm uma base de cálculo. A base de cálculo do tributo deve ser a expressão econômica do fato gerador. Se o fato gerador é a renda, a base de cálculo deve ser o montante da renda. Se o fato gerador é a importação, a base de cálculo deve ser o valor do produto importado, e assim por diante. No caso da taxa de fiscalização, o fato gerador é o poder de polícia. É um fato que não tem nenhuma expressão econômica. Então, a taxa é fixada arbitrariamente, unilateralmente, sem base econômica, tanto quanto possível guardando proporção com o custo da atividade pública que representa o poder de polícia que ela desenvolve. Mas não é o fato econômico que enseja a incidência do tributo que vai ensejar a incidência dessa taxa. Não é isso.

Logo, não se há de falar em base de cálculo idêntica à de impostos. No caso, a taxa, repito, é fixa e o que existe é uma gradação em função do patrimônio líquido da empresa, o que acho perfeitamente normal, porque é uma maneira de se fazer justiça na cobrança dessa taxa, cobrando-se mais de quem se presume ter um pouco mais: a empresa que tem um patrimônio líquido maior, que tenha capacidade contributiva maior (MACHADO, 1998, p. 27).

Entretanto, no mesmo evento, realizado no ano seguinte, o Prof. Osmar Brina (1999) destacou:

Em vários processos em que se questionava a legalidade da Taxa de Fiscalização do Mercado de Valores Mobiliários, criada pela Lei n. 7.940, de 1989, em face do art. 77 do Código Tributário Nacional, o Superior Tribunal de Justiça deixou de apreciar o mérito da questão por razões de forma. Num dos casos, concluiu pela não-caracterização da ofensa. De acordo com o julgado nele produzido, a expressão final do parágrafo único do art. 77 do CTN, segundo a qual a taxa “não pode ser calculada em função do capital das empresas” está abrangida na sua primeira parte (“a taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto”), isso porque patrimônio líquido (capital efetivo das empresas) é expressão adequada para o cálculo do imposto, e não para o cálculo de taxas, posto que nenhuma relação tem com a atividade estatal (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento RIP 00027482, DJU, 22/08/1994) (CORRÊA LIMA, 1999, p. 60).

Após sucessivas decisões dos tribunais regionais, o Supremo Tribunal Federal se viu incumbido de julgar o Recurso Extraordinário nº 177.835-1/PE, sendo Relator o Min. Carlos Velloso que, após reconhecer que a taxa de fiscalização da CVM tem por fato gerador o exercício do poder de polícia atribuído à Comissão de Valores Mobiliários (art. 2º da Lei 7.940/1989) e com fundamento em lição do Prof. Hugo de Brito Machado, então integrante do TRF da 5ª Região, pontuou que “sua variação, em função do patrimônio líquido da empresa, não significa seja dito patrimônio a sua base de cálculo, mesmo porque tem-se, no caso, um tributo fixo.”

De acordo com o Relator, a lei procurou realizar, com a variação do valor da taxa em função do patrimônio líquido das empresas, o princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º da CR), que diz respeito aos impostos, mas que não sofre qualquer impedimento na tentativa de aplicá-lo também às taxas, principalmente quando se está diante de taxa de polícia.

Respeitada a divergência manifestada pelo Min. Marco Aurélio em seu voto-vista, ponderou o Min. Nelson Jobim que o patrimônio líquido seria “um critério pelo qual se possa aferir o tipo de serviço prestado, considerando a circunstância de que, quanto maior o patrimônio líquido, maior a atividade desenvolvida na Bolsa, porque é condição para essa atividade a garantia do seu patrimônio.”

O Min. Ilmar Galvão, por sua vez, afirmou que “se a CVM tem a função de fiscalizar a situação da empresa, parece óbvio que a sua atividade aumenta na ordem direta da dimensão da empresa fiscalizada, justificando-se, pois, a variação da taxa em razão do patrimônio.” Já o Min. Sepúlveda Pertence, acompanhando o voto do Relator, registrou que:

[...] sobretudo em matéria de taxa de polícia – que remunera uma atividade permanente e não atos concretos de fiscalização – há de tomar-se como base de cálculo um dado que razoavelmente indique a exigência da atividade de polícia provocada pelo contribuinte. E, a meu ver, [...] não se pode negar razoabilidade a que se tome como índice da necessidade de fiscalização do vulto e da quantidade de operações das empresas que atuam no mercado de valores mobiliários o seu patrimônio líquido.

Com isso, a Corte Suprema, por maioria, venceu o Min. Marco Aurélio, não conheceu do Extraordinário (RE 177.835, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/1999, DJ 25/05/2001, p. 18),

dando pela constitucionalidade da referida taxa. Acertado o entendimento do Supremo Tribunal.

#### 4.2 A TAXA DE FISCALIZAÇÃO E OS AUDITORES INDEPENDENTES

Viu-se anteriormente que, de acordo com o art. 3º da Lei 7.940/1989, são contribuintes da Taxa de Fiscalização do mercado de valores mobiliários, dentre outras pessoas, os auditores independentes, premissa esta que, se conjugada ao disposto no art. 26 da Lei 6.385/1976, no sentido de que somente empresas de auditoria contábil ou auditores contábeis independentes registrados na Comissão de Valores Mobiliários poderão auditar as demonstrações contábeis de companhias abertas e de instituições, sociedades ou empresas que integram o sistema de distribuição e intermediação de valores mobiliários, autoriza a compreensão de ser legítima a cobrança da taxa sob exame em relação àqueles profissionais.

Nelson Eizirik (1993, p. 392), com inegável autoridade, lembra que a disciplina do mercado de capitais fundamenta-se no princípio da transparência de informações (*disclosure*), daí vislumbrando um evidente interesse público na regulação da conduta dos auditores independentes, dada a sua função de conferir credibilidade às informações financeiras das companhias abertas e instituições financeiras que atuam no mercado de valores mobiliários. Por tal razão, entende que foi a CVM legalmente dotada de poder de polícia face ao auditor independente que atua no mercado de capitais, podendo, validamente, cobrar taxas pelo seu exercício, tal como estabelecido na Lei 7.940/1989.

Discordando disso, a Confederação Nacional das Profissões Liberais ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 453/DF) da Lei 7.940/1989, que considerou, em seu art. 3º, como contribuintes da referida taxa, os auditores independentes, enquadrados expressamente na Tabela B, primeira parte, a que se refere o art. 4º, I, da mesma Lei.

No sentir da Confederação, os auditores estariam sofrendo um indubitável cerceamento ao livre exercício da profissão, posto que a CVM não teria o poder jurídico de enquadrar sob sua jurisdição os profissionais das ciências contábeis que exercem a atividade especializada de auditoria independente. Não haveria, assim, um poder de polícia nesse relacionamento profissional. Em suas razões, prossegue a Confederação sustentando que os contadores não recebem serviço de espécie alguma da CVM; que esses profissionais liberais não integram o sistema de distribuição de valores mobiliários e nem fazem parte deste mercado; que a auditoria somente

pode ser exercida por profissional legalmente habilitado, registrado no Conselho Regional de Contabilidade na categoria de Contador, nos termos do Decreto-lei nº 9.285, de 27 de maio de 1946; que a função fiscalizadora do exercício da atividade contábil envolvendo especialmente a auditoria compete ao Conselho Regional da localidade em que se situar o domicílio do profissional, em obediência ao estabelecido pelo Conselho Federal de Contabilidade, na forma da lei; ademais, o profissional da auditoria não estaria sujeito ao alcance do poder de polícia da CVM, uma vez que não executa atos negociais e nem presta serviços típicos e específicos do mercado de valores mobiliários, não participando, assim, da distribuição de títulos nesse mercado, mas apenas servindo a empresas e instituições do mercado aberto que necessitem de seus préstimos profissionais.

Em síntese, a irregularidade teria como causas a inexistência do poder de polícia justificativo do lançamento do tributo, bem como eventual ofensa ao princípio da isonomia (art. 150, II da CR), porque estar-se-ia desconsiderando a potencialidade patrimonial de cada um dos contadores representados.

Apreciando a questão, o Relator, Min. Gilmar Mendes, pontuou que “a CVM exerce poder de polícia justificativo do lançamento e da cobrança da taxa que aqui se discute.” Ponderou o Ministro que a Nota Explicativa à Instrução CVM Nº 308, de 14 de maio de 1999, que dispõe sobre o registro e o exercício da atividade de auditoria independente no âmbito do mercado de valores mobiliários, esclarece, dentre outros aspectos, que:

[...] o registro na CVM não se constitui em uma nova categoria profissional e, tampouco, significa cerceamento do exercício da atividade profissional. Ao contrário, a atividade de auditoria independente é prerrogativa do contador legalmente habilitado e registrado em Conselho Regional de Contabilidade. Essa atividade pode ser exercida individualmente ou em sociedade civil, cujos sócios sejam todos contadores, inexistindo, conseqüentemente, incompatibilidades entre essas normas e o regime disciplinar da categoria profissional de contador. [...]

Dentre as outras condições para obtenção do registro, é fundamental que seja comprovado o exercício da atividade de auditoria pelo prazo mínimo de cinco anos, consecutivos ou não. Deve ser esclarecido que este prazo é contado a partir do registro do interessado no Conselho Regional de Contabilidade (CRC), na categoria de contador. O exercício da atividade de auditoria anterior ao seu registro no CRC configura descumprimento às normas profissionais.

Importante ressaltar que, exercendo a competência que lhe foi conferida pela Lei 6.385/1976, a Comissão de Valores Mobiliários expediu inicialmente, em 24 de outubro de 1978, a Instrução CVM nº 4, instituindo as primeiras normas para o registro de auditores independentes e definindo as condições em que poderiam ensejar a recusa, a suspensão ou o cancelamento daquele. Contudo, os fundamentos que nortearam o posicionamento inicial da CVM continuam válidos e atuais, a saber, a importância de um sistema de auditoria independente como suporte indispensável ao órgão regulador; a figura do auditor independente como elemento imprescindível para a credibilidade do mercado e como instrumento de inestimável valor na proteção dos investidores, na medida que a sua função é zelar pela fidedignidade e confiabilidade das demonstrações contábeis da entidade auditada; a exatidão e a clareza das demonstrações contábeis, inclusive a divulgação em notas explicativas de informações indispensáveis à visualização da situação patrimonial e financeira e dos resultados da entidade auditada, dependem de um sistema de auditoria eficaz e, fundamentalmente, da tomada de consciência do auditor quanto ao seu verdadeiro papel dentro deste contexto; e, por fim, a necessidade de que o mercado disponha de auditores independentes altamente capacitados e que, ao mesmo tempo, desfrutem de um elevado grau de independência no exercício da sua atividade.

Prosseguindo em sua detida análise, o Min. Gilmar Mendes consignou:

Há previsões para controle da atividade de auditoria, modelo de aprovação de registros, disposições para envio de informações periódicas, hipóteses de impedimento, rol de deveres e responsabilidades dos auditores independentes, procedimento para exames de qualificação técnica, regime de rotatividade de auditores, controle de qualidade, programas de educação continuada, deveres dos administradores, entre outros. [...] A Taxa de Fiscalização da CVM lançada por homologação, em regra; a obrigação tributária da pessoa natural é de responsabilidade do registrado. A responsabilidade tributária é pessoal; esta última só deixa de existir no momento em que o interessado obtiver da CVM o deferimento formal de descredenciamento de registro. O fato gerador da referida taxa de fiscalização nasce com o registro na CVM e permanece continuamente até o cancelamento do pedido de deferimento.<sup>39</sup> A identificação dos contribuintes da Taxa de que

---

39 Observe-se, aliás, que eventual suspensão das atividades da empresa não a exime do pagamento da taxa em questão, sendo certo que somente sua regular extinção, com o correspondente registro no órgão

se cuida dá conta, especificamente, da necessidade do vínculo com atividades nos mercados de títulos e valores mobiliários. Só se cobra a Taxa daqueles que são fiscalizados pela CVM.

Enfrentando a invocada – suposta – falta de respeito à isonomia, pontificou que a disciplina do assunto não contém diferenciação arbitrária. Segundo o Relator,

É a complexidade do serviço de fiscalização que fixa os níveis de cobrança da Taxa de que se cuida. [...] Na medida em que as tabelas razoavelmente dividem os contribuintes, respeitando as respectivas capacidades contributivas, com referência no patrimônio líquido (Tabela A), no modelo de serviços prestados (Tabela B), bem como no número de estabelecimentos do contribuinte (Tabela C), não há se falar em desrespeito à isonomia. [...]

No caso da Taxa de Fiscalização da CVM a variação dos valores lançados não só reflete a capacidade contributiva do interessado, bem como espelha a quantidade necessária de serviço público dispensado, *uti singuli*, e que deve ser remunerado na exata proporção do trabalho de fiscalização efetivado.

Por fim, o aresto, onde o Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, ficou assim ementado:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 3º, da Lei nº 7.940, de 20.12.1989, que considerou os auditores independentes como contribuintes da taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários. 3. Ausência de violação ao princípio da isonomia, haja vista o diploma legal em tela ter estabelecido valores específicos para cada faixa de contribuintes, sendo estes fixados segundo a capacidade contributiva de cada profissional. 4. Taxa que corresponde ao poder de polícia exercido pela Comissão de Valores Mobiliários, nos termos da Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade que se julga improcedente (ADI 453, GILMAR MENDES, STF, DJ 16/03/2007, p. 19).<sup>40</sup>

---

competente terá o condão de afastar a exigência de seu recolhimento (AC 1999.39.00.006520-6, Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (conv.), TRF1 – 7ª Turma, e-DJF1 26/06/2009, p. 376).

40 Posteriormente, mas em sintonia com o entendimento manifestado, decidiu a Suprema Corte: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS. EMPRESA QUE EXERCE AUDITORIA TÃO-SOMENTE DE COMPANHIAS DE CAPITAL FECHADO, O QUE, SEGUNDO

Comungando desta compreensão, como não poderia deixar de ser, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da Apelação Cível nº 2006.50.01.007809-3, entendeu, pela leitura do art. 3º da Lei 7.940/1989, que os auditores independentes subsumem-se, sim, à hipótese legal da Taxa de Fiscalização do mercado de valores mobiliários, sendo fato gerador para a sua cobrança o exercício de poder de polícia legalmente atribuído à Comissão de Valores Mobiliários - CVM, o que encontra previsão na norma veiculada no art. 2º do mesmo diploma legal, razão pela qual não há qualquer ilegalidade na sua cobrança (AC 2006.50.01.007809-3, Des. Fed. Theóphilo Miguel, TRF2 – 3ª Turma Especializada, E-DJF2R 23/09/2014).

Feitas estas considerações, dúvida não pode restar quanto à legitimidade da cobrança da Taxa de Fiscalização do mercado de valores

---

O ACÓRDÃO RECORRIDO, A EXIME DO PAGAMENTO DA EXAÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI Nº 7.940/89 E DA FISCALIZAÇÃO PELA CVM. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO APELO EXTREMO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 279/STF. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM O SEGUIMENTO DO APELO EXTREMO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 4. *In casu*, o Tribunal *a quo* pronunciou-se quanto à questão *sub examine* à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, consoante se infere do voto condutor do acórdão objurgado, *in verbis*: [...] No presente, afirma a apelante exercer a auditoria tão somente de companhias de capital fechado, o que foi comprovado através de sua relação de clientes acostada aos autos, bem como dos atos constitutivos de tais sociedades, os quais não foram sequer impugnados pela apelada. Ora, a Lei nº 6.835/76 é clara ao estabelecer que serão disciplinadas e fiscalizadas as atividades de auditoria das companhias abertas, não fazendo qualquer menção às sociedades anônimas de capital fechado. (fl. 87). 5. Sob esse enfoque, ressoa inequívoca a vocação para o insucesso do apelo extremo, por força do enunciado sumular nº 279/STF, que interdita a esta Corte, em sede de recurso extraordinário, sindicarmatéria fático-probatória. Precedentes: AI 783269 AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, DJe- 02/03/2011; AI 609983 AgR, Relator: Min. Carlos Britto, DJe- 05/06/2009. 6. O acórdão recorrido assentou: ADMINISTRATIVO. EMPRESA DE AUDITORIA. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. LEI Nº 7.490/89. INEXIGIBILIDADE. - A Lei nº 6.385/76 institui a Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal em regime especial, que tem por finalidade regular o mercado de valores mobiliários, competindo-lhe, dentre outras atribuições, disciplinar o credenciamento de auditores independentes. - O art. 1º, inciso V, da referida Lei, dispõe que as atividades de auditoria das companhias abertas, que são aquelas cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação na bolsa ou no mercado de balcão, serão devidamente fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários. - A apelante exerce a auditoria tão-somente de companhias de capital fechado, o que foi comprovado através de sua relação de clientes acostada aos autos, bem como dos atos constitutivos de tais sociedades, os quais não foram sequer impugnados pela apelada. - A Lei nº 6.835/76 é clara ao estabelecer que serão disciplinadas e fiscalizadas as atividades de auditoria das companhias abertas, não fazendo qualquer menção às sociedades anônimas de capital fechado. - Não estando sujeita à fiscalização pela Comissão de Valores Mobiliários, a apelante não está obrigada ao recolhimento da Taxa de Fiscalização instituída pela Lei nº 7.940/89. (fl. 96). 7. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI-AgR 767493, LUIZ FUX, STF, DJ 13/09/2012).

mobiliários de que são contribuintes os chamados auditores independentes<sup>41</sup> que, à evidência, precisam gozar de credibilidade junto à CVM e também junto ao mercado. Para isso, a Comissão fiscaliza e cobra o tributo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Comissão de Valores Mobiliários é, na prática, uma agência reguladora, ainda que não seja chamada de “agência” pela lei. Sua missão consiste em desenvolver, regular e fiscalizar o mercado de valores mobiliários, como instrumento de captação de recursos para as empresas, protegendo o interesse dos investidores e assegurando ampla divulgação das informações sobre os emissores e seus valores mobiliários.

Dotada de poder normativo, não possui, entretanto, poder legiferante, mas sim o de regular (e não o de regulamentar) determinado segmento do mercado.

A atividade fiscalizatória da CVM é de grande importância para o mercado de capitais e para a sociedade, uma vez que agrega qualidade e segurança ao ato de investir, protegendo o investidor contra práticas enganosas no mercado de títulos e valores mobiliários. Tal atividade, naturalmente, tem um custo.

Para cobrir os custos da fiscalização que exerce, a CVM cobra taxa de polícia, a saber, a Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, exação que se mostra essencial à sua manutenção.

Referida taxa destina-se ao custeio de atividade desenvolvida pela Comissão, em proveito direto daqueles que participam do mercado de valores mobiliários.

Sua cobrança realiza o princípio da justiça tributária, uma vez que a ela estão sujeitos apenas aqueles que se beneficiam diretamente da atividade da CVM, que pertine diretamente a um segmento da sociedade,

---

41 Destaque-se, por oportuno, que de acordo com o art. 8º da Del. CVM nº 507/2006, “sempre que surgir uma nova categoria de participante ou de valor mobiliário no mercado, o Superintendente responsável pela área técnica à qual o novo participante ou produto estiver vinculado fará instaurar o respectivo processo administrativo, encaminhando o mesmo à autoridade lançadora que, após ouvir a PFE-CVM, decidirá sobre a sujeição passiva tributária dos eventuais participantes ou emissores relativamente à taxa de fiscalização do mercado de valores mobiliários. Em seguida, o processo será restituído à Superintendência de origem, com cópia do despacho à SSI, para, se for o caso, incluir a nova categoria no sistema de taxa.”

perfeitamente identificado, composto pelas pessoas que participam do mercado de valores mobiliários.

A análise jurisprudencial relativa ao tributo mencionado revela que a Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários é declaradamente constitucional, mas, ainda assim, sofre questionamentos perante o Judiciário Federal (art. 109, I da CR).

A espécie tributária em estudo tem por fato gerador o exercício do poder de polícia administrativa legalmente atribuído à Comissão de Valores Mobiliários – CVM (art. 2º da Lei 6.385/1976) e, embora sua base de cálculo, de fato, varie em função do patrimônio líquido da empresa, segundo a tabela prevista em lei, isso não significa que aquela grandeza contábil constitua a sua base de cálculo, mas mero elemento referencial do montante a ser pago, implicando tributação segundo a capacidade contributiva do sujeito passivo.

Por outro flanco, os auditores independentes subsumem-se, também, à hipótese legal da Taxa de Fiscalização do mercado de valores mobiliários, pois, quando no exercício de atividade sujeita a registro junto à CVM, à evidência, precisam gozar de credibilidade perante a autarquia e também junto ao mercado.

Para isso, a Comissão fiscaliza e cobra-lhes o tributo.

Feitas estas considerações, espera-se ter contribuído de alguma forma para o estudo das taxas de polícia e, em especial, para o da Taxa de Fiscalização do mercado de títulos e valores mobiliários.

## REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Jefferson Siqueira de Brito. O atual conceito de valor mobiliário. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 142, p. 203-247, abr./jun. 2006.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Antônio Gledson de. Ascensão e declínio do mercado de capitais no Brasil: a experiência dos anos 90. *Economia Aplicada*, v. 3, p. 595-632, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *O mercado de valores mobiliários brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: CVM, 2014.

\_\_\_\_\_. *O que é a CVM?* Disponível em: <[http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso\\_informacao/servidores/estagios/2-Materia-sobre-a-CVM-e-o-Mercado-de-Valores-Mobiliarios.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/servidores/estagios/2-Materia-sobre-a-CVM-e-o-Mercado-de-Valores-Mobiliarios.pdf)> Acesso em: 8 set. 2016.

\_\_\_\_\_. *Relatório Anual 2015*. Disponível em: <[http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio\\_anual/anexos/Relatorio\\_Anual\\_2015.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anual_2015.pdf)> Acesso em: 22 maio 2017.

CORRÊA LIMA, Osmar Brina. O Conceito de Valor Mobiliário nos Direitos Brasileiro e Norte-Americano. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília: CJF, 1999. (Série Cadernos do CEJ, v. 16, p. 52-61).

CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. Análise jurídica da economia. *Revista de Direito Mercantil*, n. 159/160, p. 53-86, jul./dez. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

EIZIRIK, Nelson. Poder de Polícia da CVM frente aos auditores independentes. *Revista de Direito Administrativo*, v. 193, p. 384-392, 1993.

EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de capitais: regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- LAZZARINI, Álvaro. Limites do poder de polícia. *Justitia*. n. 57 (170), p. 73-85, abr./jun. 1995.
- LINHARES PIRES, José Cláudio; PICCININI, Maurício Serrão. A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil. In: *A economia brasileira nos anos 90*. GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org). Rio de Janeiro: BNDES, 1999.
- LUCCA, Newton de. As Bolsas de Valores e os Valores Mobiliários. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 35, jul./set. 1998.
- MACHADO, Hugo de Brito. A Comissão de Valores Mobiliários e a Lei das Sociedades por Ações. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília: CJF, 1998. (Série Cadernos do CEJ, v. 15, p. 22-30).
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 218, p. 93-112, out./dez. 1999.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (org.). *Direito societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MUNIZ, Petrônio R. G. A competência da Comissão dos Valores Mobiliários. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília: CJF, 1998. (Série Cadernos do CEJ, v. 15, p. 15-21).
- NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- NORONHA, Ilene Patrícia de. Poder de polícia da CVM. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília: CJF, 1998. (Série Cadernos do CEJ, v. 15, p. 50-74).
- NOVELLI, Flávio Bauer. Apontamentos sobre o conceito jurídico de taxa. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 45, p. 93-121, 1992.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Taxas de polícia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAULO, Welington Luiz. Comentários ao Título IV – Taxas (arts. 77 ao 80). In: *Código tributário nacional anotado*. GRILLO, Fábio Artigas; SILVA, Roque Sérgio D'Andrea Ribeiro da (coord.). Curitiba: OAB-PR, 2014.

PETTER, Lafayete Josué. *Direito financeiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

PINHEIRO, Juliano Lima. *Mercado de capitais: fundamentos e técnicas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIRES, Adilson Rodrigues. A doutrina das taxas e o direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 104, out./dez. p. 83-104, 1989.

QUEIROZ, José Eduardo Carneiro. Valor mobiliário, oferta pública e oferta privada: conceitos para o desenvolvimento do mercado de capitais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 11, nº 41, p. 121-126, jul./set. 2008.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. As consequências institucionais do novo conceito de valor mobiliário: as competências do CMN, do Bacen e da CVM. In: *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). São Paulo: Dialética, 2000.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. In: *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

ROSA, Maria Eduarda Fleck da. *O poder normativo da Comissão de Valores Mobiliários*. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. Regulação do mercado de capitais. In: *Estudos avançados de mercado de capitais*: Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. PALMA, Juliana Bonacorsi de; PRADO, Viviane Muller (orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SADDI, Jairo. Conflitos de interesse no Mercado de Capitais. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (org.). *Sociedade anônima: 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SANTOS, Luciana Batista. *Direito tributário*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SILVA, José Anchieta da. A lei de sociedades anônimas reformada: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). *Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, v. 216, p. 125-162, 1999.

TANURE, Fabrício Duarte. A nova função reguladora da Comissão de Valores Mobiliários. *Revista Virtual da AGU*, ano IV, n. 28, Brasília-DF, maio. 2004.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. v. 1., 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999.

RECEBIDO EM: 13-05-2017

APROVADO EM: 19-07-2017

**PARA COMPREENDER A QUESTÃO DOS  
REFUGIADOS E MIGRANTES: BASES  
TÉORICAS AO DIREITO INTERNACIONAL  
E A PRÁTICA NO BRASIL**

***COMPREHENDING THE REFUGEES AND MIGRANTS  
QUESTION: THEORETICAL BASES OF INTERNATIONAL  
LAW AND PRACTICE IN BRAZIL***

*Anne Elise Brandalise Gonçalves*

*Mestre em Direito pelo UniBrasil*

*Bacharel em Relações Internacionais pelo UNINTER. Bacharel em Direito pela PUCPR.*

*Eduardo Biacchi Gomes*

*Pós-Doutor em Estudos Culturais junto à Universidade Federal do Rio de Janeiro*

*Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná,*

*Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil,*

*Professor Titular de Direito Internacional da PUCPR,*

*Professor Adjunto do UNINTER*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A base teórica para compreender a atual situação mundial do refúgio e da migração: por uma visão cosmopolita e solidarista; 1.1 Quanto a uma perspectiva ético-filosófica: a visão cosmopolita; 1.2 Quanto à sociedade internacional: a visão solidarista; 2 Refugiados e migrantes como atores sociais e como sujeitos de direitos; 3 Na prática: a realidade dos refugiados e migrantes no Brasil; 4 Considerações finais; Referências .

[...] dans un univers soudain privé d'illusions et de lumières, l'homme se sent un étranger. Cet exil est sans recours puisqu'il est privé des souvenirs d'un patrie perdue ou de l'espoir de une terre promise. Ce divorce entre l'homme de sa vie, l'acteur et son décor, c'est proprement le sentiment de l'absurdité... (CAMUS, Albert. *L'Étranger*).

[...] dentro de um universo privado de ilusões e de luzes, o homem se sente um estrangeiro. Esse exílio é sem recursos, eis que ele é privado de sonhar com uma pátria perdida ou do desejo de uma terra prometida. Este divórcio entre o homem e sua vida, do ator de sua definição é propriamente o sentimento do absurdo (CAMUS, Albert, *O Estrangeiro*).

**RESUMO:** À luz de uma perspectiva ético-filosófica cosmopolita e solidarista de mundo, o presente ensaio visa analisar a questão dos refugiados e dos migrantes traçando diretrizes teóricas ao assunto clarificar a posição dos refugiados e migrantes como não só importantes atores sociais, mas, sobretudo, como sujeitos de direito que são. Após, visa verificar como tais vertentes vem sendo aplicadas na prática cotidiana do Brasil. As fontes usadas foram o tripé jurídico doutrina-legislação-jurisprudência, com destaque para o uso de documentos teóricos outros, especialmente da seara das Relações Internacionais, como base teórica necessária ao entendimento aprofundado do assunto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Internacional. Cosmopolitismo. Solidarismo. Refugiados. Migrantes.

**ABSTRACT:** This paper proposes a study of the refugees and migrants situation and their important role in society as legal rights holders. It also aims to verify how the philosophical, social and ethical aspects of this theme are being handled on a daily basis in Brazil. The sources used were the legal doctrine, as well as the legislation and law cases, with highlight to the international relations legal material needed to comprehend this issue.

**KEYWORDS:** International Law. Cosmopolitanism. Solidarism. Refugees. Migrants.

## INTRODUÇÃO

À luz de uma perspectiva teórica ética em prol do cosmopolitismo e a favor de uma visão solidarista da sociedade internacional, a ser aplicadas tanto em âmbito internacional quanto na seara interna, o presente ensaio visa estudar a questão dos refugiados e migrantes e o seu tratamento pelo direito internacional e pelo direito interno brasileiro, evitando aplicar uma visão eurocêntrica sobre a questão e procurando, ao revés, consolidar uma concepção que possa abranger variados valores e culturas em termos de Direitos Humanos.

*A priori*, antes de adentrar no plano prático e cotidiano da questão, é preciso fornecer as bases teóricas necessárias para a realização da transformação em prol dos refugiados e migrantes, cuja situação atualmente não mais pode ser negligenciada pelo Direito Internacional e pelas Relações Internacionais. Para tanto, apresentar-se-á duas vertentes das teorias normativistas do Direito Internacional e das Relações Internacionais que podem, quiçá, aclarar o problema de estudo a ser desvelado, quais sejam: uma perspectiva ética da corrente denominada de cosmopolita (ou do cosmopolitismo) e uma perspectiva solidarista a nível de sociedade internacional e tratamento pelos Estados, a qual enfrenta percalços, mas é capaz, acredita-se, de consolidar uma (re) construção dos direitos humanos.

Toda construção histórica dos Direitos Humanos está calcada em valores ocidentais, eurocêntricos e colonialista<sup>1</sup>, que culminou, infelizmente, por atender muitas vezes a uma visão solipsista do próprio Estado e não da pessoa humana. O próprio advento científico de temas relacionados ao poder, como as Relações Internacionais, guarda consigo a história da hierarquia internacional, do desenvolvimento entre países e de seus complicados legados históricos<sup>2</sup>.

Não obstante, o presente ensaio apenas irá delinear os aspectos gerais de tais visões teóricas, na medida em que poderão servir ao auxílio do estudo das práticas e políticas brasileiras que tratem dos refugiados e migrantes. Por isso, não se adentrará em todos os extensos debates e desafios em torno dessas perspectivas.

---

1 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004. p. 49 e 50.

2 BAYLIS, SMITH & OWENS. *The Globalization of World Politics: an introduction to international relations*. 6th ed. Oxford University Press: Oxford, 2017, p. 03, trad. livre.

Em um segundo momento, projetar-se-á a noção de refugiados e de migrantes fornecidas pelo direito internacional e direito interno. Assim sendo, é preciso diferenciar o que seria refugiado do que seria migrante e situar ambos como não apenas importantes atores sociais, mas também como sujeitos detentores de direitos e que merecem guarida pelos Estados, em prol de uma verdadeira “humanização do direito”, conforme lembra Antônio Augusto Cançado Trindade. Ora, hodiernamente a força dos refugiados e migrantes parece ser imensa, já que podem ser capazes de modificar a estrutura vestefaliana de sistema internacional e de relacionamento com os Estados (que podem iniciar uma mudança não somente teórica, mas também política).

Veja-se que tanto o Direito quanto as Relações Internacionais procuram lidar com o poder, e por isso mesmo o estudo da prática se faz essencial ao estudo em tela, ainda mais quando se está a tratar de temas que envolvem o ser humano. O poder, pois, é a palavra-chave que circunda tanto Direito quanto as Relações Internacionais, cada qual analisando tal ideia de uma forma cientificamente própria, ora procurando instrumentalizá-lo com ideias normativas (Direito) ora visualizando o poder como um próprio fim em si mesmo (Relações Internacionais)<sup>3</sup>.

Outrossim, conforme Onuma Yasuaki bem lembra, o Direito é uma ideia normativa, mas não apenas de existência puramente teórica: ela também mobiliza pessoas e exerce influências sobre elas<sup>4</sup>.

Assim sendo, no último ponto do trabalho concentrar-se-á no plano prático dos refugiados e migrantes, com o estudo, ainda que sumário, das políticas públicas brasileiras que parecem sinalizar mudanças em prol de uma perspectiva política e ética cosmopolita e de uma visão solidarista entre os Estados.

O método de estudo foi o dedutivo, uma vez que busca, a partir da teoria, encontrar as hipóteses e, após, observá-las no plano prático. O ensaio fez uso especial de documentos teóricos de Relações Internacionais, bem como utilizou-se do tripé jurídico doutrina, legislação e jurisprudência, para clarificar que os sistemas internacional e nacional não podem mais existir nos mesmos moldes antes colocados, sob pena da humanidade

---

3 MELLO, Celso R. D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. revisada e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 81.

4 YASUAKI, Onuma. *A Transcivilizational Perspective on International Law*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2010, p. 87, trad. livre.

viver num estado de absurdo, como personagens de Albert Camus, todos estrangeiros e sem um sentido de vida.

## 1 A BASE TEÓRICA PARA COMPREENDER A ATUAL SITUAÇÃO MUNDIAL DO REFÚGIO E DA MIGRAÇÃO: POR UMA VISÃO COSMOPOLITA E SOLIDARISTA

Para resolver os desafios hodiernos e a questão dos refugiados e migrantes, considerados aqui como verdadeiros “cosmodramas vestefalianos” - conforme expressão de Richard Falk<sup>5</sup> - é preciso delimitar, *a priori*, as bases teóricas que devem circundar toda estrutura internacional e seus respectivos regimes jurídico, com o fito maior de auxiliar na saída do paradigma estadocêntrico fornecido desde 1648 (quando na ocorrência da Paz de Vestefália) para adentrar numa estruturação diferenciada.

Ora, atualmente vive-se em um momento diferenciado, que impõe formas diversas de análise e impõe o repensar das teorias até então vigentes. Assim, por exemplo, em breves palavras, Larissa Ramina elenca quatro pontos exemplificativos para demonstrar as mudanças sentidas na própria seara do Direito Internacional, quais sejam: (a) densificação do direito internacional, (b) proliferação das organizações internacionais e seu impacto na teoria das fontes do direito internacional, (c) surgimento de novas formas de regulação internacional e seu impacto na teoria das fontes do direito interna[...]cional e, por fim, (d) a superação do estatocentrismo no direito internacional<sup>6</sup>.

O tema refugiados e migrantes, pois, perpassa por essas várias modificações do Direito Internacional e, inclusive, traz consequências diretas ao próprio direito interno brasileiro, cujo diálogo com o Direito Internacional é cada vez mais intenso<sup>7</sup> e cuja vertente constitucional atual “tem como elemento essencial a promoção da reinterpretção das

5 FALK, Richard. *Globalização Predatória: uma crítica*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 52.

6 RAMINA, Larissa. O Direito Internacional no século XXI: complexidades e reflexões na contemporaneidade, p. 21-35. In: RAMINA, Larissa e FRIEDRICH, Tatyana. *Direito Internacional Multifacetado*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2014.

7 Neste sentido, inclusive, Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que há de se falar hoje na construção de um “direito dialógico”, produto da interação feita entre legislação nacional e internacional, ao invés do classista “direito dialético”. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O monismo internacionalista dialógico*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 324, p. 50 - 51, 15 jul. 2010.

suas normas, de forma a inserir a pessoa humana como elemento central dentro do ordenamento jurídico”<sup>8</sup>.

Com efeito, cabe clarificar que as vertentes teóricas ora desnudadas são perspectivas pertencentes a teorias normativistas (ou normativas) de Relações Internacionais. Assim sendo, considerando que o tratamento das teorias ora apresentadas pode levar ao esclarecimento da questão dos refugiados e migrantes, optou-se pela apresentação, numa perspectiva ético-filosófica, da visão denominada de cosmopolita, bem como, justamente na tentativa de permitir o diálogo entre direito internacional e direito interno, pela visão solidarista que se pode ter de sociedade internacional.

Por certo, cada subtópico merece cuidados especiais, haja vista que podem desdobrar-se em variados temas e, por vezes, possuir divergências e convergências. Assim sendo, para evitar que o leitor não confunda a visão cosmopolita (de foco ético e filosófico) com a visão solidarista (cujo foco de estudo é a sociedade internacional), é que se optou por subdividir o presente tópico deste artigo em duas partes, ora analisadas de forma bastante sumária, mas sem deixar de integrar as duas perspectivas mencionadas em prol da questão da migração e do refúgio em um contexto globalizatório.

### 1.1 QUANTO A UMA PERSPECTIVA ÉTICO-FILOSÓFICA: A VISÃO COSMOPOLITA E DESCOLONIAL

A ideia do cosmopolitismo já remonta desde há muito, sendo, por essência, uma teoria universalista, da qual se pode mencionar autores clássicos como Hugo Grócio, Francisco Suárez, etc. Do mesmo modo, o nomadismo e migrações dos povos não é novidade, quanto menos foi interrompido pela Ordem de Vestefália de 1648. Nessa toada, “apesar da ordem dos Estados, milhares de pessoas continuam mudando de países, desafiando a lógica de fronteira e identidade, construindo novas fronteiras e identidades”<sup>9</sup>.

No Direito Internacional Clássico, a resposta colonialista culminou na violência em detrimento de determinados grupos, conforme ilustra Francisco de Vitoria, que apesar de buscar elementos do Direito aptos a legitimar a conquista espanhola nas Américas, durante o século XVI, também reconheceu a relevância do *jus gentium*<sup>10</sup>.

8 GOMES, Eduardo Biacchi; ROSSI, Amélia. Neoconstitucionalismo e a (re)significação dos direitos humanos fundamentais. *Revista da Ajuris*, v. 41, p. 63-82, 2014.

9 SARFATI, Gilberto. *Teorias de Relações Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 242.

10 DE VITORIA, Francisco. *Sobre el poder civil, sobre los índios, sobre el derecho de la guerra*. Madrid: Tecnos, 1998.

Nessa linha de raciocínio, defende-se aqui que o descolonialismo e o cosmopolitismo são ideais que podem convergir em prol dos direitos humanos, sendo complementares.

Assim, não obstante a ideia cosmopolita encontrar limites e debates extensos na questão da soberania estatal, há de se ressaltar que o cosmopolitismo ora colocado sob os holofotes há de ser visto antes sob uma perspectiva ético-filosófica, cujos ideais maiores remontam à noção de uma “esfera de permanente igualdade e moral” (*sphere of equal-moral standing*)<sup>11</sup>, comuns a toda sociedade internacional mas, nem por isso mesmo, negligenciadora de questões culturais e regionais nem com pretensões de ser uma teoria em prol de determinada(s) hegemonia(s), como poderia querer, à sua época, Francisco de Vitoria.

Vale dizer: não se está aqui a propugnar por um cosmopolitismo na perspectiva política, com a análise de governança global e questões de poder, legitimidade, etc. A perspectiva aqui tomada é a ético-filosófica, com o fito maior de demonstrar que já há um conjunto de preceitos morais e éticos capazes de inspirar, informar e conformar as normas de direito internacional e de direito interno, até mesmo porque se entende aqui que a soberania ainda é algo a ser levado em conta, mas sem se olvidar que encontra ela limites a serem observados<sup>12</sup>.

No ponto, a formação de valores comuns é ilustrada por variados avanços no Direito Internacional dos Direitos Humanos, tais como a proliferação dos tribunais internacionais e de outras instituições; da sublevação do indivíduo como sujeito de direito internacional, da responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos, etc.

Conforme propõe John Rawls, o tema dos direitos humanos é essencial para consolidar tal cosmopolitismo (e vice-versa), com o seguinte papel<sup>13</sup>:

---

11 ERSKINE, Toni. *Embedded Cosmopolitanism: Duties to Strangers and Enemies in a World of 'Dislocated Communities'*. Published for The British Academy by Oxford University Press, 2008. Trad. livre.

12 Nesse sentido, é o pensamento do jurista André de Carvalho Ramos e de muitos outros teóricos. In: RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 78. Noutro vértice, pode-se colocar o entendimento do filósofo e jurista Ferrajoli, que entende que não há sequer de se cogitar em existir soberania. In: FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno. Nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução de Carlos Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fonte, 2002.

13 RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 105. Atente-se que aqui o pluralismo propugnado por Rawls não é o mesmo pluralismo neste trabalho rechaçado (pluralismo dos Estados, em contraposição ao solidarismo).

1. Seu cumprimento é condição necessária de decência das instituições políticas de uma sociedade e da sua ordem jurídica [...].
2. Seu cumprimento é suficiente para excluir a intervenção justificada e coercitiva de outros povos, por exemplo, por meio de sanções diplomáticas e econômicas ou, em casos graves, da força militar.
3. Eles estabelecem um limite para o pluralismo entre os povos.

Por conseguinte, a ordem jurídica internacional e a questão da justiça, entre outros valores, seriam algo que não apenas dependia da vontade dos Estados, mas que seria uma necessidade maior, formando algo que Antônio Augusto Cançado Trindade, famoso doutrinador idealista, vem a chamar de *recta ratio*. Nesse sentido<sup>14</sup>:

Consoante os princípios da *recta ratio*, cada sujeito de Direito deve comportar-se com justiça, boa-fé e benevolência. São princípios cogentes que emanam da consciência humana e afirmam a relação inelutável entre Direito e a ética. O direito natural reflete os ditados da *recta ratio*, em que se fundamenta a justiça. [...]

Em outros termos, significa que “a nova razão de humanidade passa a primar sobre a velha razão do Estado”<sup>15</sup>. Ora, conforme bem ressalta Richard Falk, “o núcleo normativo interno da experiência humana possui validade universal e está expresso numa ‘cultura dos direitos humanos’ ou no seu conteúdo legal internacional”<sup>16</sup>.

Inclusive, um dos filósofos grandiosos dos direitos humanos, Immanuel Kant, já previa o cosmopolitismo como um dos pontos para a paz perpétua. Mais especificamente, Kant trata do assunto em seu terceiro artigo para a paz perpétua, cuja ideia central pode ser sintetizada pela

---

14 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 07.

15 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. 4. ed. atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. XV (prefácio à Quarta Edição).

16 FALK, Richard. *Globalização Predatória: uma crítica*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 109.

seguinte frase: “o direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal”<sup>17</sup>. Nas palavras do filósofo<sup>18</sup>:

Fala-se aqui, como nos artigos anteriores, não de filantropia, mas de direito, e hospitalidade significa aqui o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro. Este pode rejeitar o estrangeiro, se isso puder ocorrer sem dano seu, mas enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar, o outro não o deve confrontar com hostilidade.

Nesta linha de pensamento e mais especificamente, acerca da questão dos migrantes e refugiados, lembra Antônio Augusto Cançado Trindade o caso dos “trabalhadores e migrantes indocumentados”, que culminou em Opinião Consultiva pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Parecer nº 18/03) no sentido de que o tratamento desigual que discrimine o migrante gera responsabilização internacional, com base no princípio da igualdade e no da não discriminação<sup>19</sup>.

Inclusive, ainda na questão do Parecer nº 18/03, o professor Cançado Trindade, à época Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem sintetiza a ideia ético-filosófica cosmopolita, universalista, ao caso prático dos migrantes. Confira-se trecho de seu voto<sup>20</sup>:

[...]. São os princípios gerais do direito (*prima principia*) que conferem ao ordenamento jurídico (tanto nacional como internacional) sua inelutável dimensão axiológica; são eles que revelam os valores que inspiram todo ordenamento jurídico e que, em última análise, provêm seus próprios fundamentos. [...]. Sem os princípios, a ordem jurídica simplesmente não se realiza e deixa de existir como tal.

A questão demanda análise complexa, pois reconhecidamente (tanto por parte do Direito Internacional quanto das Relações Internacionais) ultrapassa fronteiras. Tanto assim que já se fala em governança global

17 KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua - Um Projecto Filosófico*. Tradução de Artur Morão, Coleção: Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. p. 20.

18 Ibidem.

19 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 310.

20 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, p. 18. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2015.

quando o assunto é refugiados e migrantes<sup>21</sup>. No mais, a questão da migração e refúgio vem chegando aos tribunais internacionais<sup>22</sup>, a exemplo, acerca do tratamento dos migrantes e refugiados em âmbito regional interamericano, do caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana (2005), o caso Vélez Loo vs. Panamá (2010) e o caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana (2012)<sup>23</sup>.

Ora, há aos migrantes e refugiados, mais do que nunca, de ser garantido o direito ao acesso à justiça, à vida privada, entre tantos outros direitos. Para tanto, entende-se aqui que duas perspectivas, para além do cosmopolitismo ético-filosófico ora apresentado, deverão ser tomadas: a noção dos migrantes e refugiados não apenas como importantes atores sociais, mas também como sujeitos de direito internacional e, numa perspectiva mais voltada à atuação estatal, a noção solidarista e não pluralista de sociedade internacional.

Serão tais pontos adiante melhor expostos.

## 1.2 QUANTO À SOCIEDADE INTERNACIONAL: A VISÃO SOLIDARISTA

Conforme demonstrado, sem embargo de entendimentos contrários, ainda a questão da soberania é algo que não pode ser deixada de lado quando na análise dos migrantes e refugiados, uma vez que atais pessoas ainda ficam dependentes da vontade dos Estados em acolher, dar o melhor tratamento, cumprir as diretrizes dos Tratados Internacionais sobre o tema, etc. Neste sentido, relatam Danielle Annoni e Márcia Freitas<sup>24</sup>:

Embora exista a legislação internacional sobre refugiados, sobre o procedimento dos países para o acolhimento de estrangeiros, verifica-se

---

21 CARVALHO, E. C. P.; RIBEIRO, M. R. S.. A governança global nas migrações e os direitos humanos dos deslocados internos: diálogo entre as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos. In: MENEZES, Wagner (org). *Direito Internacional em Expansão*, 14º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

22 Nesse sentido, vide: SILVESTRE FILHO, O.; VEDOVATO, L. R.. Da Análise do Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de Setembro de 2003 Que Trata da Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. In: MENEZES, Wagner (org). *Direito Internacional em Expansão*, 14º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

23 BRASIL, Secretaria Nacional de Justiça. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: migração, refúgio e apátridas*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/7-migracao-refugio-e-apatridas>>. Acesso em: 10 set 2015.

24 ANNONI, Danielle; FREITAS, Márcia Marcondes Diniz. Análise da Crise Política Jurídica na Líbia e a situação dos Refugiados. *Carta Internacional (USP)*, v. 6, 2011, p. 114-130, p 124.

por outro lado que essas pessoas são as primeiras a sentir as pressões de qualquer espécie de crise regional ou mundial que venha a ocorrer, inclusive sob a pena de voltarem compulsoriamente aos seus países de origem, deixando novamente tudo para trás, inclusive novos membros familiares como filhos e cônjuges. Novamente destituídos de seus bens e direitos. Não se trata apenas de estrutura e defesa frente às crises econômicas, mas, também de manter o poder sobre esse segmento de pessoas. Cite-se o exemplo de Israel ou do próprio Afeganistão, sobre vagas de trabalho, preconceito e dúvida na identidade civil. Não existe segurança jurídica internacional frente à legislação interna dos países, aos quais revelam privilégio aos nacionais, desconsiderando totalmente a posição dos estrangeiros tutelados frente ao Estado. Notadamente já o era assim em Roma antiga, em que estrangeiros (metecos) tinham direitos minimizados. Hoje, processos são propostos na Corte Internacional, mas, a efetiva resolução do problema e a garantia dos direitos ainda são precárias. A discussão resume-se a esfera formal do processo e não a esfera material da vida cotidiana das pessoas, isentando os gestores das Instituições de vontade política.

Por isso mesmo, em prol de um cosmopolitismo ético e filosófico apto a ser praticado no cotidiano, tanto no plano internacional quanto nos planos estatais e interestatais, é preciso ver qual o papel, a contribuição, que o Direito Internacional, reconhecidamente tido como o “sistema de normas jurídicas capaz de coordenar vários interesses estatais simultâneos”<sup>25</sup>, pode dar à questão dos refugiados e migrantes.

É preciso ter em mente, neste sentido, que classicamente o Direito Internacional surge com o fito maior de estudar e servir à sociedade internacional, sendo que esta seria composta principalmente pelos Estados, não havendo, entretanto, um conceito único e preciso do que seria propriamente o termo “sociedade internacional”.

Acerca do entendimento de sociedade internacional, acompanhando a linha ético-filosófica do cosmopolitismo e em contraposição a uma vertente denominada de pluralista, crescente cada vez mais a vertente solidarista, que remete à ideia de solidariedade humana em torno de valores morais comuns, capazes de transpassar as fronteiras estatais e trazer à tona novos e importante atores sociais e sujeitos formadores da sociedade internacional, como os refugiados e migrantes.

---

25 MAZZUOLI, Valéria de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 62.

Outrossim, as Relações Internacionais também possuem uma variedade de estudos sobre a sociedade internacional e, inclusive, desenvolveram estudos teóricos próprios acerca do que se poderia entender sobre sociedade internacional, a exemplo maior da denominada Escola Inglesa.

Assim, as Relações Internacionais também se debruçam sobre o solidarismo na sociedade internacional em contraponto ao pluralismo estatal, com destaque, aqui, aos estudos de Barry Buzan acerca da sociedade internacional<sup>26</sup>. De forma simplificada, sobre a ideia de solidarismo e pluralismo, elucida a internacionalista Claudia Stephan<sup>27</sup>:

[...] a concepção pluralista corresponde a uma sociedade internacional — tênue — (thin), devido ao compartilhamento mínimo de valores e o enfoque na criação de — regras de coexistência — que não ultrapassem os limites da soberania e da não intervenção. No outro extremo, a concepção solidarista corresponde a uma sociedade internacional — densa — (thick), devido a um maior compartilhamento de valores e o enfoque para além da simples coexistência, cooperando na — busca por ganhos comuns e no gerenciamento de problemas coletivos diversos— (BUZAN, 2004, p. 59).

Note-se aqui que a expressão pluralismo não possui o mesmo sentido que um pluralismo jurídico (tão aclamado)<sup>28</sup>, afirmando-se, pois, que entre um pluralismo de Estados e uma posição solidarista de sociedade internacional, que agregue os mais variados atores, a melhor opção seria esta última.

Em termos simplificados, enquanto aos pluralistas o Estado é o sujeito maior do debate e detentor de todo poderio, aos solidaristas vigora a noção do ser humano como união de forças. Entre Estados, pois, há de se prevalecer uma visão mais humanizada e mais solidária. Nunca é demais lembrar que o próprio Direito Internacional é tido como sinônimo de Direito das Gentes e de que “o Estado foi originalmente concebido

---

26 Nesse sentido, vide: BUZAN, Barry. *From International to World Society: English School Theory and the Social Structure of Globalization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

27 STEPHAN, Claudia. *A UNRWA e a assistência humanitária prolongada aos refugiados palestinos: uma análise do papel da agência no conflito arabeisraelense*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná (UFPR). 2014.

28 Para entender a faceta do pluralismo jurídico, a qual, frise-se, não se confunde com o pluralismo ora comentado, vide: WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

para a realização do bem comum, e que existe para o ser humano e não vice-versa”<sup>29</sup>.

Tal perspectiva de solidariedade traz uma necessidade de responsabilidades compartilhadas entre todos os Estados e não somente de alguns Estados acolherem outros, de forma seletiva.

Segundo dados da Anistia Internacional, estampados por meio do Informe 2014/2015 – O Estado dos Direitos Humanos no Mundo, hodiernamente há mais de 19 milhões de refugiados, sendo que 85% desses vão para países em desenvolvimento e apenas 15% são repartidos entre Europa e América (considerados países desenvolvidos)<sup>30</sup>. Observa ainda a Anistia que a ineficiência, a inação, por parte de alguns Estados centrais ou mesmo o tratamento desses países de desprezo, violência ou proibição para com os refugiados, tem contribuído para a multiplicação das violações contra direitos humanos<sup>31</sup>.

Além disso, necessário levar em consideração que se desde há muito os Estados seriam parte integrante da sociedade internacional, hodiernamente esta é composta de uma série de outros atores sociais e sujeitos de direito, a exemplo maior das Organizações Internacionais e dos próprios refugiados, cuja força social tem estampado nas agendas de variados governos. Por isso mesmo, faz-se necessário volver os olhos à figura do refugiado e à do migrante, conforme far-se-á no tópico a seguir.

## **2 REFUGIADOS E MIGRANTES COMO ATORES SOCIAIS E COMO SUJEITOS DE DIREITOS**

Conforme visto, as perspectivas teóricas acima explanadas, combinadas, podem dar diretrizes de como melhor analisar a figura do refugiado e dos migrantes, sendo que a estes, assim como a qualquer ser humano, sem distinção, devem ser garantidos seus direitos.

Com efeito, é incrível verificar a força dos refugiados e migrantes na estrutura e regimes jurídicos internacional e nacional, uma vez que tais figuras se mostram capazes de direcionar, cooptar, modificar entendimentos,

29 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 17.

30 ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/15: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Trad.: Anistia Internacional Brasil. Londres: Ed. Amnesty International Ltd. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Web-Informe-2015-03-06-final.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

31 *Ibidem*, p. 37.

etc. Ainda assim, é preciso muito mais que reconhecer aos migrantes e refugiados a importância de serem atores sociais, uma vez que aos olhos do Direito Internacional nem todo ator social é necessariamente considerado um sujeito de Direito internacional Público (é o caso, por exemplo, de organizações não-governamentais e empresas transnacionais).

Nesse passo, para se falar em direitos e, inclusive, deveres é preciso conferir o *status* de sujeito de direito aos refugiados e migrantes, até mesmo porque “a personalidade jurídica internacional do ser humano se cristalizou como um limite ao arbítrio do poder estatal”<sup>32</sup>.

No ponto, há de se diferenciar a noção de refugiados da noção ampla de migrantes, a fim de não se recair em erros técnicos (uma vez que muitos casos não são propriamente de refúgio, mas sim de migrações por questões econômicas, ambientais, etc)<sup>33</sup>.

Por refúgio entenda-se aqui o disposto na Convenção Internacional sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (cujo Brasil é signatário e a incorporou por meio da Lei nº 9.474/97), segundo a qual a expressão “refugiado” pode ser aplicada a todo indivíduo que (I) devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; (II) não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; ou, ainda, (III) devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país<sup>34</sup>.

Com efeito, a partir da Convenção Internacional sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 muitos outros documentos internacionais vieram a tratar da proteção específica aos refugiados, a exemplo maior do Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1967), que revisou a aludida Convenção de 1951.

32 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Os indivíduos como sujeito do direito internacional. In: RAMINA, Larissa e FRIEDRICH, Tatyana. *Direito Internacional Multifacetado*. v. I. Curitiba: Juruá, 2014, p. 15-70, p. 45.

33 Aqui delinea-se apenas características gerais de diferenciação. Para um estudo aprofundado, vide: ARAUJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme de Assis (Orgs.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

34 BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. *Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2015.

De modo um pouco mais abrangente, no sistema interamericano tem-se a Declaração de Cartagena sobre os refugiados (1984), que assim entende sobre a conceituação<sup>35</sup>:

[...], a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Entretanto, seja em caso de proteção global ou mesmo em caso de poder valer-se do sistema regional interamericano, muitos são os casos em que a pessoa tem de se deslocar de seu país de origem, porém não se enquadra em situação de refúgio nos moldes estabelecidos pela documentação internacional global ou regional. São os chamados migrantes, que podem ser classificados em migrantes econômicos, ambientais, entre outros<sup>36</sup>.

Dessa maneira, os refugiados que se encaixam nas definições legais já são sujeitos de direito reconhecidos pela sociedade internacional<sup>37</sup>. Resta conferir proteção, também, aos migrantes. Por isso mesmo, longe de serem estes reconhecidos apenas como atores sociais relevantes, que podem, inclusive, trazer vários benefícios aos países que os acolhem, tais pessoas deverão ser consideradas como sujeitos de direito.

---

35 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração de Cartagena*. Conclusões e Recomendações. 22 de Novembro de 1984. Colômbia: “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugueses/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1)>. Acesso em: 14 set 2015.

36 Parte da doutrina e da teoria de Relações Internacionais defende que os migrantes econômicos e ambientais devem ser compreendidos como refugiados também, já que a pobreza ou um meio ambiente desequilibrado viola os direitos humanos tanto quanto as situações que levam ao refúgio, sendo uma migração sem escolha. Neste sentido, é a opinião de Alexander Betts, da internacionalista Luciana Mendes Barbosa, Liliana Lyra Jubilut e, ao que parece, tal ideia de alargamento do conceito de refúgio vem sendo fomentada cada vez mais pelo meio acadêmico.

37 Inclusive, no meio acadêmico, aos refugiados já se delinea o estudo específico de um ramo próprio, mas pertencente ao Direito Internacional Público, qual seja: o Direito Internacional dos Refugiados, com todo um regime jurídico próprio e uma doutrina voltada à investigação dos conflitos a ele inerentes e soluções possíveis.

Nesse sentido, afirma Flávia Piovesan<sup>38</sup>:

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Nesse cenário, as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os povos indígenas, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

De todo modo, seja qual for o tratamento jurídico conferido à pessoa (refúgio, estrangeiro, etc), há de se ver que os princípios básicos que delineiam tais situações são os mesmos e cuja finalidade maior é a proteção da pessoa humana.

### **3 NA PRÁTICA: A REALIDADE DOS REFUGIADOS E MIGRANTES NO BRASIL**

Com toda bagagem teórica ora apresentada de maneira sumária resta verificar a questão dos refugiados e dos migrantes no Brasil, sua correlata legislação básica e suas práticas.

Segundo dados do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) apresentados ao ACNUR, vivem no Brasil aproximadamente 7.700 refugiados de 81 nacionalidades, sendo estas Síria, Colômbia, Angola e República Democrática do Congo em sua grande maioria, sem mencionar refugiados do Líbano, da Palestina, Libéria, do Iraque, da Bolívia e de Serra Leoa<sup>39</sup>.

Afora os refugiados, muito são os casos de migrantes econômicos e ambientais, a exemplo maior do caso da vinda dos haitianos ao Brasil (e

---

38 PIOVESAN, Flávia. Migrantes sob a perspectiva dos direitos humanos. *Revista Diversitas (USP)*, mar./set. 2013, p. 139-146, p. 140. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/diversitas/article/viewFile/58380/61381>>. Acesso em: 23 set. 2015.

39 NAÇÕES UNIDAS, Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). *Dados sobre Refúgio no Brasil: Uma análise estatística (2010-2014)*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 23 set 2015.

principalmente ao Paraná<sup>40</sup>) desde o terremoto que abalou as estruturas do Haiti em 2010.

Além disso, vários são outros dados que se tem sobre a questão dos refugiados e migrantes. Ao que parece, o Brasil vem adotando ao longo dos anos a posição solidarista em torno da questão, acolhendo os refugiados e migrantes na medida de suas possibilidades.

No direito interno reitera-se que o tratamento aos refugiados se enquadra na Lei nº 9.474/97, que incorporou a Convenção Internacional sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951. De forma generalizada, aos migrantes que não se enquadrem nas definições legais de refúgio é aplicada a mais recente Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017)<sup>41</sup>, substituta do Estatuto do Estrangeiro de 1980.

No ponto, a nova Lei de Migração procurou trazer um novo paradigma, modificando a vetusta ideia, presente no antigo Estatuto do Estrangeiro, do migrante como ameaça à estabilidade do país<sup>42</sup>.

De toda maneira, acerca da relação brasileira com os refugiados e migrantes, assim Danielle Pamplona e Flávia Piovesan realizam sete propostas para o avanço futuro na questão, que podem muito bem ser aplicadas em todo globo. São tais propostas: (1) compreender o refúgio como um fenômeno complexo e dinâmico; (2) fomentar dados e estatísticas sobre a geografia do refúgio; (3) fomentar dados e estatísticas sobre o perfil dos refugiados; (4) compreender as causas do refúgio; (5) Identificar o alcance dos deveres dos Estados com relação aos direitos dos refugiados e refugiados; (6) Fortalecer o combate à xenofobia e a outras práticas de

---

40 Mais especificamente, acerca da vinda dos haitianos ao Paraná, segundo dados do Sistema Nacional de Cadastramento e Registro de Estrangeiros do Departamento de Polícia Federal (SINCRES/DPF), cerca de 1695 haitianos vivem no Paraná, sendo que a maioria procura Curitiba, capital paranaense, como local para viver. In: BRASIL, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). *Boletim Conjuntura*, n. 3, maio de 2015. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/boletimconjuntura/2015/boletimConjuntura003.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2015.

41 BRASIL. *Lei n. 13.445*, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 29 set. 2017.

42 OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. *Revista brasileira de estudos de população*, v.34, n. 1 São Paulo jan./abr. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-30982017000100171&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 29 set. 2017.

intolerância; (7) Avançar na cooperação internacional visando à proteção dos direitos dos refugiados<sup>43</sup>.

Poder-se-ia acrescentar mais um desafio em meio aos mencionados anteriormente, qual seja: a necessidade de fortalecer um desenvolvimento interno, que impeça a vulnerabilidade do Estado<sup>44</sup> e que auxilie outros atores sociais, numa posição solidarista acima mencionada.

No ponto, considerando a história brasileira dos fluxos migratórios, sem mencionar a questão migratória mais recente, Amado Cervo observa que<sup>45</sup>:

O último pique da imigração para o Brasil ocorreu durante a década de 1950 em razão das dificuldades de reconstrução na Europa e no Japão do pós-guerra e da fase de industrialização acelerada do Brasil. Para cá aportavam portugueses, italianos, espanhóis e japoneses. O crescimento acelerado dos anos 1970 ainda atraiu imigrantes de países vizinhos, principalmente argentinos, chilenos e uruguaios. Já o primeiro pique da emigração de brasileiros ocorreu na década de 1980, por causa da crise da dívida externa, da inflação e da estagnação econômica. As estatísticas das migrações refletem, portanto, o processo de desenvolvimento como um todo, de tal sorte que o movimento anda ao compasso do nível de bem-estar da sociedade.

Outrossim, Amado Cervo anota, ainda, que as migrações movimentam a economia internacional, sendo que o Brasil pode se beneficiar com os fluxos migratórios, seja no turismo, com a promoção do país a nível nacional e internacional, seja na cooperação técnica ou científica, com novos estudos e com inserção científica internacional<sup>46</sup>.

Em termos de migração voltada ao trabalho, a Fundação Getúlio Vargas (FGV), em estudo investigativo realizado em 2012, constatou que os imigrantes que vem para o Brasil, com regulada condição de trabalho, preferem as regiões de (1º) São Paulo, (2º) Rio de Janeiro, (3º) Minas Gerais, (4º) Amapá, (5º) Paraná, já que tais regiões, segundo a FGV, concentrariam grandes multinacionais estrangeiras. Outrossim, desse

43 PAMPLONA, Danielle Anne; PIOVESAN, Flávia. O instituto do refúgio no Brasil: práticas recentes. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UnBrasil)*, v. 17, p. 43-55, 2015.

44 Para saber mais sobre o conceito de vulnerabilidade, sob o viés da teoria das Relações Internacionais da interdependência complexa em ambiente globalizatório, vide: KEOHANE, Robert; NYE, Joseph. *Power and Interdependence*. New York: Longman, 1989.

45 CERVO, Amado. *Inserção Internacional: formação dos conceitos brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 179-180.

46 *Ibidem*, p. 188.

ranking 92% seriam homens, ao passo que somente 8% seriam mulheres que viriam ao Brasil para fins de trabalho<sup>47</sup>.

Acerca do tema, não se pode olvidar, também, da existência de migrantes e refugiados em situações precárias de trabalho e irregulares. Infelizmente, e apenas a título exemplificativo, é reconhecida a situação de um grande fluxo migratório boliviano no Brasil<sup>48</sup>, ou mesmo a situação de crescimento do trabalho informal, mas capaz de fomentar todo um comércio local, como na região da Tríplice Fronteira, delimitação existente entre Brasil (em Foz do Iguaçu), Argentina (em Puerto Iguaçu) e Paraguai (em Ciudad del Est e Presidente Franco)<sup>49</sup>.

Diante dos fatos, acredita-se, aqui, que o atendimento da questão migratória sob o viés cosmopolita e solidarista pode, também, ter pontos positivos para o crescimento da própria figura do Estado Brasileiro. Para tanto, as políticas públicas serão essenciais para esse processo.

Cumpra esclarecer que nesse trabalho a expressão “políticas públicas” toma sentido conceitual de um conjunto de políticas coordenadas com a finalidade de concretizar direitos. Outrossim, podem as políticas públicas serem “elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e os projetar para o futuro mais próximo”<sup>50</sup>.

Inclusive, a imigração e migração já são vistas como vetor estratégico de desenvolvimento, sendo que o Brasil se destaca por ser um dos maiores fornecedores de mão de obra qualificada, perdendo apenas para a Índia, mas parece pecar por não observar políticas públicas diversificadas (especialmente no setor de educação)<sup>51</sup>.

47 FGV PROJETOS. *Imigração como vetor estratégico do desenvolvimento socioeconômico e institucional do Brasil: estudos estratégicos sobre políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV projetos, 2012. p. 82.

48 Sobre o tema, vide: TOMÁZ, Marcela. *Fluxos migracionais entre Brasil e Bolívia: imigração irregular, causas, vítimas e políticas migratórias*. Distrito Federal: UNICEUB, 2010.

49 GOMES, Eduardo Biacchi; OLIVEIRA, Francisco Cardoso; GONÇALVES, Ane Elise Brandalise. Migração, cidadania e direitos fundamentais na tríplice fronteira. *Revista do Direito* (Santa Cruz do Sul. Online), v. 3, p. 81-97, 2016, p. 91.

50 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19.

51 FGV PROJETOS. *Imigração como vetor estratégico do desenvolvimento socioeconômico e institucional do Brasil: estudos estratégicos sobre políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV projetos, 2012.

Por isso mesmo, para reverter tal quadro, em prol de uma política solidarista, que respeite os ditames internacionais e fortaleça o próprio país, defende-se que<sup>52</sup>:

Em primeiro lugar, é preciso que as políticas migratórias sejam discutidas juntamente com as políticas econômicas e comerciais, no bojo de negociações levadas a cabo em organismos multilaterais. De fato, a falta de cooperação entre os países de origem, trânsito e destino provoca um desafio na regulamentação dos fluxos de migração, especialmente no contexto atual de interdependência global. Diferente dos fluxos de mercado e capitais, as políticas de migração, na realidade, tendem a ser unilaterais e restritivas. Enquanto a Organização Mundial de Comércio (OMC) observa as negociações de mercado, e o Fundo Monetário Internacional (FMI), em conjunto com o Global Financial Board (GFB), gerencia a mobilidade de capital, não existem organizações regulamentando a migração.

Ora, conforme visto, na questão migratória e de refúgio as organizações internacionais (intergovernamentais e não governamentais) possuem aspecto relevante. Na seara internacional, são atores sociais relevantes bem como, no caso das organizações intergovernamentais, são sujeitos reconhecidos pelo Direito Internacional. Na esfera interna, as organizações internacionais também possuem aspecto prático para auxílio nas políticas migratórias. Por fim, da correlação entre ambiente internacional e doméstico, pode-se mencionar o “efeito bumerangue” (“boomerang pattern”), em que agentes como ONGS são capazes de ultrapassar as fronteiras estatais, mas também trazer um retorno ao Estado, o qual se vê obrigado a mudar suas políticas internas devido essas forças transnacionais<sup>53</sup>.

Ademais, não é demais lembrar que o Brasil é reconhecido atualmente como um *global trader* e *global player*, cujas ações repercutem, em maior ou menor medida, em toda sociedade internacional, de modo que uma política migratória consistente se faz primordial.

De outra banda, verificou-se que políticas públicas dependem da conjuntura institucional do país. Nessa toada, observa-se que hodiernamente as melhorias de políticas públicas brasileira perpassam por diversas mudanças de caráter institucional e organizacional política, o que faz

52 FGV PROJETOS, op. cit., p. 90.

53 KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond borders: advocacy networks in international politics*. Cornell University Press, 1998, p. 13, tradução livre.

com que não seja possível, ainda, avaliar se o atual momento político traz mudanças de caráter positivo ou negativo às questões envolvendo migrações no Brasil e seu inter-relacionamento com o desenvolvimento do país.

Ainda assim, se vislumbra que o Brasil tem procurado observar os ditames internacionais sobre migração e refúgio, bem como vem adotando posições solidaristas e cosmopolitas. No mundo jurídico, talvez o maior exemplo de avanço em termos de política migratória seja o advento da mais nova Lei de Migração, que trouxe um novo paradigma, com um olhar do migrante como ser humano dotado de direitos.

Conforme visto, a posição estatal em prol do cosmopolitismo e do solidarismo pode ter aspectos positivos para o crescimento do próprio país, bem como auxiliará na proteção e promoção dos direitos humanos.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Premente faz-se a necessidade de um olhar à questão dos refugiados e migrantes por parte do Direito Internacional e também do Direito Interno. Ora, a própria nomenclatura “Direito Internacional” tem um significado de “Direito das Gentes”, em que a pessoa humana deve ter guarida jurídica e se encontra unida às demais pelos mesmos valores, princípios e ideias maiores, mas sem compor, com isso, ideais hegemônicos escusos.

É aí, então, que o cosmopolitismo se apresenta como uma teoria ético-filosófica possível de ser vislumbrada, aliado à ideia solidarista de sociedade internacional. Inclusive, ao falar em sociedade internacional, há a necessidade de fazer com que os refugiados e migrantes não sejam vistos tão somente como importantes atores sociais que trazem e impõem mudanças e soluções a “cosmodramas vestefalianos” (conforme expressão de Richard Falk), mas também como sujeitos de direito, que necessitam de uma guarida jurídica e tratamento que vise o combate a violações de direitos humanos.

Tal cosmopolitismo, na sua concepção ético-filosófica e com base em autores como Kant e Rawls, não se contrapõem com a ideia de descolonização, muito pelo contrário. Os direitos humanos como ideia e valor especial devem aparecer em plano principal, sem ideais hegemônicos estadocêntrico, afinal, conforme lembra Caçado Trindade, “os seres humanos existem aos Estados e não vice-versa”.

Com efeito, a questão ainda parece mais complexa quando se verifica a conceituação de refúgio, tomada sobretudo com base em documentos

internacionais que atualmente não abarcam a nova conjuntura mundial e, assim, negligenciam situações de migrações econômicas, ambientais, etc. Entretanto, justamente com base na teoria cosmopolita e numa perspectiva solidarista entre os Estados, há de se considerar que os migrantes também são pessoas merecedoras de direitos.

Por certo, como visto, aliar a teoria à prática não é tarefa simples e nem repentina, não havendo de se falar em respostas prontas, conceitos atomizados ou conclusões estanques. Noutra vértice, a questão dos refugiados e dos migrantes permanece cada vez mais premente de estudos e carece de soluções. Ora, o meio acadêmico é um dos responsáveis por trazer à tona entendimentos e mudanças do porvir, em prol de toda humanidade.

Por isso mesmo, espera-se que o estudo da questão avance ao redor de todo globo, sempre tendo como premissas teóricas básicas a ideia maior de direitos humanos e de uma busca pela humanização do direito.

## REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/15: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Trad.: Anistia Internacional Brasil. Londres: Amnesty International Ltd. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Web-Informe-2015-03-06-final.pdf>>. Acesso em: 20 set 2015.

ANNONI, Danielle; FREITAS, Márcia Marcondes Diniz. Análise da Crise Política Jurídica na Líbia e a situação dos Refugiados. *Carta Internacional (USP)*, v. 6, 2011, p. 114-130.

ARAUJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme de Assis (Orgs.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus t 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2015.

BRASIL. *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 29 set 2017.

\_\_\_\_\_, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). *Boletim Conjuntura*. n. 3, maio de 2015. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/boletimdeconjuntura/2015/boletimConjuntura003.pdf>>. Acesso em: 26 set 2015.

\_\_\_\_\_, Secretaria Nacional de Justiça. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: migração, refúgio e apátridas*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/7-migracao-refugio-e-apatridas>>. Acesso em: 10 set. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUZAN, Barry. *From International to World Society: English School Theory and the Social Structure of Globalization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

CERVO, Amado. *Inserção Internacional: formação dos conceitos brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, E. C. P.; RIBEIRO, M. R. S.. A governança global nas migrações e os direitos humanos dos deslocados internos: diálogo entre as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos. In: MENEZES, Wagner (org). *Direito Internacional em Expansão*, 14º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condicion Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, p. 18. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2015.

DE VITORIA, Francisco. *Sobre el poder civil, sobre los índios, sobre el derecho de la guerra*. Madrid:Tecnos,1998.

- ERSKINE, Toni. *Embedded Cosmopolitanism: Duties to Strangers and Enemies in a World of 'Dislocated Communities'*. Published for The British Academy by Oxford University Press, 2008. Tradução livre.
- FALK, Richard. *Globalização Predatória: uma crítica*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlos Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fonte, 2002.
- FGV PROJETOS. *Imigração como vetor estratégico do desenvolvimento socioeconômico e institucional do Brasil: estudos estratégicos sobre políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV projetos, 2012.
- GOMES, Eduardo Biacchi; OLIVEIRA, Francisco Cardoso; GONÇALVES, Ane Elise Brandalise. Migração, cidadania e direitos fundamentais na tríplice fronteira. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul. Online, v. 3, p. 81-97, 2016.
- KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond borders: advocacy networks in international politics*. Cornell University Press, 1998.
- KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua - Um Projecto Filosófico*. Tradução de Artur Morão, Coleção: Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.
- KEOHANE, Robert e NYE, Joseph. *Power and Interdependence*. New York: Longman, 1989.
- MAZZUOLI, Valéria de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- \_\_\_\_\_. O monismo internacionalista dialógico. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 324, p. 50 - 51, 15 jul. 2010.
- MELLO, Celso R. D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- NAÇÕES UNIDAS, Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). *Dados sobre Refúgio no Brasil: Uma análise estatística (2010-2014)*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 23 set. 2015.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. *Revista brasileira de estudos de população*, v. 34, n. 1, São Paulo jan./abr. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-30982017000100171&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 29 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração de Cartagena*. Conclusões e Recomendações. 22 de Novembro de 1984. Colômbia: “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1)>. Acesso em: 14 set. 2015.

PAMPLONA, Danielle Anne; PIOVESAN, Flávia. O instituto do refúgio no Brasil: práticas recentes. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia UniBrasil*, v. 17, p. 43-55, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Migrantes sob a perspectiva dos direitos humanos. *Revista Diversitas (USP)*, mar./set. 2013, p. 139-146. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/diversitas/article/viewFile/58380/61381>>. Acesso em: 23 set. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMINA, Larissa. O Direito Internacional no século XXI: complexidades e reflexões na contemporaneidade, p. 21-35. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana. *Direito Internacional Multifacetado*. v. I. Curitiba: Juruá, 2014.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SARFATI, Gilberto. *Teorias de Relações Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVESTRE FILHO, O.; VEDOVATO, L. R.. Da Análise do Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de Setembro de 2003 Que Trata da Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. In: MENEZES, Wagner (org). *Direito Internacional em Expansão*, 14º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

STEPHAN, Claudia. *A UNRWA e a assistência humanitária prolongada aos refugiados palestinos: uma análise do papel da agência no conflito arabeisraelense*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná (UFPR). 2014.

TOMÁZ, Marcela. *Fluxos migracionais entre Brasil e Bolívia: imigração irregular, causas, vítimas e políticas migratórias*. Distrito Federal: UNICEUB, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito das Organizações Internacionais*. 4. ed. atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2009 (prefácio à Quarta Edição).

\_\_\_\_\_. Os indivíduos como sujeito do direito internacional. In: RAMINA, Larissa e FRIEDRICH, Tatyana. *Direito Internacional Multifacetado*. v. I. Curitiba: Juruá, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

YASUAKI, Onuma. *A Transcivilizational Perspective on International Law*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2010.

RECEBIDO EM: 30-07-2017

APROVADO EM: 29-08-2017

**A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE CÓDIGOS  
DE INTEGRIDADE CORPORATIVA –  
COMPLIANCE – PELAS ENTIDADES DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA DE  
DIREITO PRIVADO**

***THE NEED OF ADOPTION OF CORPORATE INTEGRITY  
CODES – COMPLIANCE - BY INDIRECT PUBLIC  
ADMINISTRATION ENTITIES OF PRIVATE LAW***

*Caroline Fockink Ritt*

*Doutorado em Direito no PPGD da UNISC*

*Professora de Direito Penal do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do  
Sul - Unisc/RS*

*Rogério Gesta Leal*

*Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina*

*Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Lei Anticorrupção brasileira como consequência de documentos internacionais e seus principais aspectos quanto a responsabilizações; 2 Aplicação da Lei Anticorrupção às entidades da administração pública

indireta de direito privado quando forem sociedades empresárias; 3 A necessidade de as entidades da administração pública indireta de adotar os códigos de integridade corporativa, *compliance*; 3.1 Diretrizes de *compliance* sugeridas pela Controladoria Geral da União para empresas privadas; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente possui como objetivo demonstrar que as entidades da administração pública indireta, que possuem personalidade jurídica de direito privado, quando assumem a forma de sociedades empresárias, têm a necessidade de se adequar às exigências do mercado, especificamente, adotando códigos de integridade corporativa- *compliance*, para evitar práticas corruptivas e minimizar as eventuais penalizações previstas na Lei Anticorrupção brasileira. Considerando que o trabalho é de natureza bibliográfica, o método de abordagem adotado no seu desenvolvimento será o dedutivo. Em termos de técnica da pesquisa, utilizar-se-á documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias. A Lei Anticorrupção brasileira é consequência de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil da empresa corruptora. As sociedades empresárias poderão ser sujeito ativo de práticas corruptivas previstas na Lei Anticorrupção brasileira, deverão adequar-se às determinações da Lei Anticorrupção, adotando códigos de integridade corporativa, *compliance*, para poderem atuar com maior eficiência no mercado. Material publicizado pela Controladoria Geral da União traz diretrizes com relação ao Programa de Integridade que devem ser adotadas pelas empresas privadas e pelas entidades da administração pública indireta, que possuem personalidade jurídica de direito privado e assumem a forma de sociedades empresárias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração Pública Indireta. *Compliance*. Corrupção. Lei Anticorrupção.

**ABSTRACT:** The presente study has as objective to demonstrate that indirect public administration entities, which has legal personality of private law, when carrying out the form of business companies, have the need of adapting to the market demands, specifically, by adopting business integrity codes – *compliance*, to avoid corrupt practices and to minimize any penalties foreseen by Brazilian Anti-corruption Law. Whereas the paper is bibliographic the deductive method will be in its development. In terms of research techniques,

indirect documents will be used on the basis of literature sources both primary and secondary. Brazilian Anti-corruption Law is a consequence of international commitments made by Brazil and set on administrative or civil accountability of corrupting company. Business companies may be active subject of corrupt practices provided for by Brazilian Anti-corruption Law, which shall fit Brazilian Anti-corruption Law determinations, adopting corporative integrity codes, *compliance*, in order to be able to operate more efficiently in the Market. The Controller General of the Union published guidelines referring to Integrity Programme that should be adopted by private companies and Indirect Public Administration entities, which own legal personality of a private right and take on the form of entrepreneurial companies.

**KEYWORDS:** Indirect Public Administration. *Compliance*. Corruption, Anti-corruption Law.

## INTRODUÇÃO

O presente possui como objetivo demonstrar que as entidades da administração pública indireta, que possuem personalidade jurídica de direito privado, quando assumem a forma de sociedades empresárias, estão diante da necessidade de se adequar às exigências do mercado, especificamente, deverão adotar códigos de integridade corporativa-*compliance*, para evitar práticas corruptivas e minimizar as eventuais penalizações, previstas na Lei Anticorrupção brasileira.

Para isso, considerando que o trabalho é de natureza bibliográfica, o método de abordagem adotado no seu desenvolvimento será o dedutivo. Em termos de técnica da pesquisa, utilizar-se-á documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias.

A Lei Anticorrupção foi aprovada como decorrência dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para enfrentamento e combate à corrupção. Ela prevê as responsabilizações, administrativa e judicial, para empresas, dispendo sobre a sua responsabilização objetiva, administrativa e civil, pela prática de atos contra a administração pública, tanto nacional quanto estrangeira.

As sociedades empresárias poderão ser sujeito ativo de práticas corruptivas previstas na Lei Anticorrupção brasileira. Pelo fato de a Constituição Federal dar a elas tratamento isonômico, com relação às demais empresas privadas, deverão adequar-se às atuais determinações

da Lei Anticorrupção, adotando códigos de integridade corporativa, *compliance*, para poderem atuar com maior eficiência no mercado. Programas de *compliance* são necessários para evitar e punir práticas corruptivas no meio empresarial.

O Brasil conta, atualmente, com algumas diretrizes com relação ao Programa de Integridade, propostas em material pela Controladoria Geral da União, e que podem ser adotadas pelas empresas privadas. Como decorrência do tratamento isonômico, estabelecido pela Constituição Federal, também deverá ser adotado pelas entidades da administração pública indireta, que possuem personalidade jurídica de direito privado, quando assumem a forma de sociedades empresárias, como meio de se adequarem à Lei Anticorrupção e às exigências atuais de mercado.

### **1 LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA COMO CONSEQUÊNCIA DE DOCUMENTOS INTERNACIONAIS E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS QUANTO A RESPONSABILIZAÇÕES**

O Brasil assumiu um compromisso de combate à corrupção, tanto diante da comunidade internacional, como também diante de seus cidadãos, os quais têm o direito natural a um governo honesto. Aderindo ao regime global de proibição da corrupção, o Brasil assinou, aprovou e ratificou a Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA); a Convenção Internacional contra a Corrupção (ONU); a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da *Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico* – OCDE. (QUEIROZ, 2015, p. 283- 284)

Atendendo a uma inclinação internacional, a Lei Anticorrupção preenche uma lacuna existente na legislação brasileira ao alcançar a empresa do corruptor, estendendo as punições dos funcionários envolvidos em crimes de corrupção às empresas nas quais trabalham. (BITTENCOURT, 2014, p. 22)

Ela é um importante recurso de combate à corrupção, prevendo instrumentos legais anticorrupção que viabilizam a responsabilização administrativa e civil dos corruptores – preenchendo o vácuo repressivo que incentivava, por inação, a atuação dos corruptos, certos da inoperância estatal. O Estado Brasileiro dispõe, atualmente, de mais uma ferramenta legal para sancionar direta e de forma rigorosa para aqueles que cometem atos de corrupção. (ARAÚJO, 2014, p. 201)

A Lei Anticorrupção tutela a probidade administrativa e busca coibir atos que dão causa à corrupção, que são praticados contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. Possui como objetivo o de combater as imoralidades qualificadas, que trazem como resultado a malversação da coisa pública. Coíbe o exercício nocivo das funções públicas, que permitem o beneficiamento indevido das pessoas jurídicas de direito privado, através de práticas de fraudes, corrupção, tráfico de influência, dentre outras. Para tanto a lei Anticorrupção brasileira estabelece dois regimes de responsabilidade. A administrativa, cujas sanções prescritas para as pessoas jurídicas derivam de um processo que deverá correr na seara administrativa, e a responsabilidade judicial, cujas sanções são aplicadas pelo Poder Judiciário, através de um processo judicial. Os dois sistemas jurídicos são independentes e cumulativos. As penas aplicadas em um regime não impedem o sancionamento em outro. (HEINEN, 2015, p. 41-42)

No que diz respeito à responsabilidade administrativa, conforme art. 6º da Lei, serão aplicadas as seguintes sanções de multa: I- no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória. A publicação extraordinária da sentença é feita na forma do § 5º, do art. 6º, a expensas da pessoa jurídica, cujo valor, se não for pago, converte-se em dívida também a ser inscrita para cobrança executiva. (BRASIL, 2013)

Por serem ilícitos administrativos, os atos lesivos contra a administração são passíveis de sanções administrativas, aplicadas, em regra, pela própria Administração no exercício da função administrativa, no interior de um processo administrativo litigioso.

A competência para a instauração do processo administrativo de responsabilização, que será passível de delegação, caberá à autoridade máxima de órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que poderão agir de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. A Controladoria Geral da União, no âmbito federal, exercerá protagonismo, uma vez que terá competência concorrente para instauração dos processos, além de ser o órgão responsável pela apuração, processo e julgamento dos atos ilícitos praticados contra a administração pública estrangeira. (SOUZA, 2015, p. 166)

O Ministério Público foi autorizado a buscar responsabilização pela omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, medida que deve ser aplaudida, a fim de evitar que haja a perpetuação de atos lesivos ao patrimônio público pela inação de agentes públicos que deveriam zelar por ele. (FERNANDES, COSTA, 2014, p. 46)

Com relação à responsabilização judicial, ela é deflagrada por uma *ação cível de responsabilização da pessoa jurídica por ato lesivo à administração pública*, a qual visa à aplicação, isolada ou cumulativamente, das sanções previstas no art. 19 da Lei: I- perdimento dos bens, direitos ou valores que representam vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; II- suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica; III- dissolução compulsória da pessoa jurídica; e, IV- proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras ou controladas pelo Poder Público, pelo prazo mínimo de 1 ano e máximo de 5 anos. Estas sanções, que têm natureza cível, somente podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário. Pressupõe o ajuizamento da respectiva ação de responsabilização judicial. É proibida à autoridade administrativa a sua manipulação no âmbito extrajudicial. Na ação de natureza judicial são previstos como legitimados a União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios e o Ministério Público. (QUEIROZ, 2015, p. 296)

As entidades da administração pública indireta poderão ser sujeito ativo de comportamentos corruptivos previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção ensejando sobre ela a aplicação de penalidades previstas no art. 19 da referida Lei.

É certo afirmar, portando, que as sanções previstas no art. 19 têm uma cláusula legal de reserva de jurisdição, somente podendo ser aplicadas pela via da responsabilização judicial. O mesmo não se pode dizer das sanções previstas no art. 6º, que são típicas da esfera de responsabilização administrativa, mas que podem ser veiculadas, subsidiariamente, na esfera judicial nas situações de omissão da autoridade administrativa competente. (QUEIROZ, 2015, p. 296)

Entidades da administração pública indireta, de natureza de direito privado, estão sujeitas de aplicação a penalidades da Lei Anticorrupção principalmente quando estas assumem a forma de sociedades empresárias estatais, ponto que abordaremos a seguir.

## 2 APLICAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO ÀS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA DE DIREITO PRIVADO QUANDO FOREM SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Conforme artigo primeiro da Lei Anticorrupção brasileira, são as pessoas jurídicas que serão responsabilizadas pelas práticas que são tipificadas por ela, em detrimento da administração pública, nacional ou estrangeira. E o parágrafo único do referido artigo acaba fazendo uma interpretação autêntica do que se entende por pessoa jurídica, como sendo: as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário que foi adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. (HEINEN, 2015, p. 43)

O parágrafo único do artigo 1º da Lei Anticorrupção não quer apenas exemplificar o que se considera “*peças jurídicas*” pois o artigo 40 do Código Civil, já o fez. Mas muito mais do que isso, ele define quais os limites jurídicos da dita expressão para a aplicação da Lei Anticorrupção; veio dizer quais são as pessoas jurídicas que podem ser punidas pela Lei Anticorrupção, independentemente de outra disciplina conferida por outro diploma normativo. Listou somente espécies de pessoas jurídicas de direito privado. Deixou de fora aquelas de natureza estatal. Pela redação da norma, o legislador não quis punir as pessoas jurídicas de direito público. (HEINEN, 2015, p. 45-46)

As pessoas jurídicas de direito público, interno ou externo, são gestoras do patrimônio público e, como consequência, são as entidades que a Lei Anticorrupção, justamente, visa a proteger. E, como decorrência lógica, ficariam elas (as pessoas jurídicas de direito público, interno ou externo) excluídas de serem sujeitos ativos da prática de atos lesivos à administração pública. Nessas hipóteses, a responsabilidade pelo ato ilícito será pessoal do agente público que praticou a conduta. Para esses casos, aplicam-se ao agente público as sanções de caráter penal, civil e administrativo, além daquelas de natureza política e eleitoral, previstas nos respectivos estatutos legais. Principalmente pelo fato de que as sanções que estão previstas na Lei Anticorrupção são destinadas exclusivamente a pessoas jurídicas. (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 54)

Mesmo se a lei nada dissesse a esse respeito, seria difícil de acreditar que se criaria uma norma para o Poder Público punir a si mesmo. Observa-

se que o objetivo da Lei Anticorrupção não é esse. A persecução punitiva restringe-se às pessoas jurídicas de direito privado e, excepcionalmente, às pessoas naturais que venham a contribuir com as irregularidades, na medida de sua culpabilidade. As pessoas jurídicas de direito público não podem ser consideradas sujeitos ativos da Lei Anticorrupção. (HEINEN, 2015, p. 46-47)

A questão que se coloca é se haverá aplicação das penalizações, tanto administrativas quanto judiciais, previstas na Lei Anticorrupção brasileira, para entidades da administração pública indireta quando estas atuam no domínio econômico. Para chegarmos à devida resposta ao problema de nossa pesquisa, é necessário pontuar, de forma objetiva, algumas características e definições das pessoas jurídicas da administração pública indireta.

A administração indireta é definida como sendo o conjunto de pessoas administrativas vinculadas à administração direta, com o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada. São entidades que executam algumas tarefas de forma descentralizada, seja porque o tipo de atividade tenha mais pertinência para ser executada por outras entidades, seja para obter maior celeridade, eficiência e flexibilização em seu desempenho. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 464- 465)

Compõem a administração indireta: as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Dessas entidades, a autarquia é pessoa jurídica de direito público; a fundação pode ser de direito público ou privado, dependendo do regime que lhe for atribuído pela lei instituidora e as demais são pessoas jurídicas de direito privado. (DI PIETRO, 2002, p. 361)

Muitas das entidades da administração pública indireta assumem a formação de sociedade empresária estatal. As sociedades empresárias são definidas como sendo pessoas jurídicas de direito privado que atuam no âmbito de seu objeto social e que visam à exploração da atividade empresarial. São as primeiras destinatárias da Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção. A finalidade da Lei foi a de alcançar a outra ponta da relação de corrupção, que é justamente a empresa corruptora, que pratica atos lesivos à administração pública em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

A Lei Anticorrupção brasileira se aplica às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou do modelo societário que foi adotado. Também

se aplica a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território nacional, constituídas de direito ou de fato. Ressalta-se que as empresas estatais que exercem atividades econômicas sujeitam-se à Lei Anticorrupção. (MEIRELES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2015, p. 124)

E, inclusive, com o objetivo de evitar qualquer ato de dissimulação para fugir da persecução do Estado, subsiste a responsabilidade de pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, conforme art. 4º da Lei. (QUEIROZ, 2015, p. 307)

Conforme texto expresso da Constituição Federal de 1988, alguns dispositivos não deixam dúvidas acerca da possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas de direito privado, criadas e controladas pela Administração Pública indireta e que explorem atividade econômica. A Lei Anticorrupção poderá alcançar as sociedades de economia mista ou as empresas públicas, que são entidades da administração pública indireta e que possuem a natureza jurídica de serem pessoas jurídicas de direito privado.

As pessoas jurídicas de direito privado que são criadas pelo Poder Público, quando exploram atividade econômica de forma direta, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, conforme art. 173, §1º, inciso II, da CF/88. (HEINEN, 2015, p. 48)

Além disso, as pessoas jurídicas de Direito Privado ainda que pertencentes à administração indireta estão sujeitas à Lei Anticorrupção no polo passivo, ou seja, podem praticar atos lesivos em face da pessoa de direito público e sujeitas às penas da lei. Completa o embasamento constitucional desse entendimento o art. 173 da Constituição que coloca a empresa pública e a sociedade de economia mista no plano da atividade econômica e no nível do setor privado. (GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 172-173)

As sociedades empresárias estatais podem ser sujeito ativo da prática dos atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção. No mundo globalizado atual, sociedades empresárias estatais brasileiras acabam atuando além dos limites territoriais nacionais. Da mesma forma, vemos estatais de outros países atuando em território nacional, participando, inclusive, em licitações, algumas delas envolvendo grande volume de recursos. (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR. 2014, p. 55)

Uma exceção poderia ocorrer somente com relação às entidades criadas ou controladas pela Administração Pública indireta e que são pessoas jurídicas de direito privado, que, prestem serviços públicos. Nesse caso, deve ser observado sempre o princípio da continuidade, que rege a prestação dos serviços públicos, o que significa a impossibilidade da interrupção do serviço público e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido. (MELLO, 2015, p. 702)

Assim, as empresas estatais que exercem atividades econômicas sujeitam-se à Lei Anticorrupção, mas, as sanções em relação às que prestam serviços públicos, devem atender ao juízo de razoabilidade e proporcionalidade das sanções considerando as suas finalidades públicas e o interesse público que buscam realizar bem como o princípio da continuidade. (MEIRELES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2015, p. 124)

Se a entidade da administração pública indireta, de direito privado pratica atos de corrupção, previstos na Lei Anticorrupção, não está atingindo as suas finalidades. Essas instituições não possuem blindagem com relação à aplicação de penalidades. Quando assumem a forma de entidades empresariais, de direito privado, sujeitam-se a todas as condições e penalidades das demais empresas, conforme tratamento isonômico previsto na Constituição Federal.

O Brasil possui várias empresas estatais que cometem muitas improbidades. Diante disso faz-se necessário aplicar as punições da Lei Anticorrupção, inclusive até a possibilidade de extingui-las, pois a referida Lei não traz nenhuma blindagem com relação às punições para estatais. Se a Lei assim o fizesse estaria trazendo um prejuízo moral muito grande, pois, como consequência disso, muitos governantes poderiam nomear agentes corruptos para dirigir estatais, na certeza de que os bens e a existência da própria empresa seriam preservados em caso de eventual descoberta de desvios cometidos. Por conseguinte, a pessoa jurídica se perpetuaria como instrumento de práticas corruptivas, que é justamente o que a Lei quer evitar e reprimir. Considerar que as empresas estatais não possam ser penalizadas pela Lei Anticorrupção reforça o argumento de banalização com relação à corrupção. (PRISCO, 2014)

Os casos concretos que envolvam entidades da administração pública indireta, de natureza de direito privado ensejarão, conforme a Lei Anticorrupção, a possibilidade de aplicação de suas penalidades, tanto na esfera administrativa, quanto judicial, principalmente quando estas assumem a forma de sociedades empresárias estatais, conforme

determinação constitucional de tratamento isonômico com relação às demais empresas privadas.

### **3 A NECESSIDADE DE AS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA DE ADOTAR OS CÓDIGOS DE INTEGRIDADE CORPORATIVA, COMPLIANCE**

O tema *Compliance* especialmente em matéria de anticorrupção, nos últimos anos, tem estado no topo da lista de prioridades de grande parte das empresas e são programas voltados à prevenção, como também à detecção de desvios de conduta, e na solução de eventuais problemas que forem identificados. Esse movimento crescente e considerado irreversível, se fortaleceu na última década especialmente em decorrência da aplicação rigorosa, nos Estados Unidos, do *Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”) pelo *Department of Justice* (“DOJ”) e pela *U.S. Securities & Exchange Commission* (“SEC”). Da mesma forma, se desenvolve pela disseminação de importantes convenções internacionais de combate à corrupção, com destaque para a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (“Convenção da OCDE”). (MAEDA, 2013, p. 168-169)

O *compliance* é a adesão da companhia a normas ou procedimentos de determinado setor. Seu objetivo primordial é o combate à corrupção. Diferente da ética, que é assumida com espontaneidade, o *compliance* está relacionado à responsabilidade legal. Ser ético é agir voluntariamente com princípios morais para com a sociedade. Já *compliance* é cumprir com regras e regulamentos, ou seja, é trabalhar ou agir dentro da lei. O *compliance* é formado por leis, decretos, resoluções, normas, atos e portarias. É todo arcabouço regulatório que é aplicado pelas agências que controlam e regulam o setor no qual a empresa está inserida. As maiores e mais organizadas corporações também criam suas próprias normas internas para direcionar o comportamento de seus diretores e executivos e, dessa forma, coibir comportamentos negativos, desvios de conduta e inconformidades. Analisado sob a ótica dos executivos, o *compliance* pressupõe atender, além da normativa regulatória e legal, as resoluções internas da companhia. (ANTONIK, 2016, p. 46-47)

A evolução histórica das atividades de *compliance* ocorreu pela necessidade do próprio mercado em instituir controles internos, pela necessidade de estar em conformidade. Assim, o *compliance* e os controles internos representam uma necessidade imperiosa da globalização para

combater as fraudes nas organizações, a lavagem de dinheiro, como também o financiamento ao terrorismo. (NEGRÃO, 2014, p. 23)

Além da aplicação de multas milionárias, em especial nos Estados Unidos, as notícias envolvendo práticas de corrupção causam sérios danos à reputação das empresas. A simples comunicação ao mercado de que uma empresa está em processo de investigação ou colaborando com as autoridades na apuração de possíveis violações de legislações anticorrupção acaba gerando, como consequência, efeitos imediatos no valor das ações da empresa. Considera-se, ainda, que os gastos despendidos pelas empresas na condução de investigações internas para a apuração de irregularidades, muitas vezes, são maiores que as próprias sanções financeiras a elas impostas. (MAEDA, 2013, p. 169)

No Brasil, observa-se também uma crescente pressão da sociedade para o fortalecimento do combate à corrupção, com tolerância social cada vez menor aos desvios de conduta. Tradicionalmente o foco de atenção no Brasil tem sido o agente público corrupto, mas observa-se, de forma recente, que a opinião pública e a sociedade questionam o papel desempenhado pelas empresas que estão envolvidas em práticas de corrupção. A sociedade cobra consequências e responsabilização adequadas para o agente corruptor. (MAEDA, 2013, p. 170)

No decorrer desses anos, as áreas de auditoria e *compliance* se estruturaram e se tornaram áreas complementares nas organizações. A atuação de *compliance* está fortemente voltada à prevenção e ao combate da corrupção, sendo fortalecida com a sanção da Lei Anticorrupção brasileira. (NEGRÃO, 2014, p. 24)

A Lei Anticorrupção brasileira buscou fazer com que as empresas criem mecanismos internos de fiscalização e de incentivo à denúncia de irregularidades, em seu art. 7º, inciso VIII. Buscou também que as empresas procurem descobrir desvios de conduta ética e, que, como consequência, incentivem a elaboração e o aperfeiçoamento de Códigos de Ética. (DAL POSSO, 2014, p. 106)

A Lei estabelece, ainda, que seja levada em conta, na aplicação das sanções, a existência de mecanismos e de procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e à aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. (CAPANEMA, 2014, p. 22)

Dessa forma, a Lei evidencia uma direção para que as empresas mitiguem e atuem prontamente em desvios cometidos pelos seus

funcionários, fomentando a escolha desse caminho através de redução de penalidades.

O Brasil está dando um importante passo para uma nova era de maturidade no seu ambiente de negócios. Com a publicação e a regulamentação da Lei Anticorrupção, o país se alinha às mais rigorosas e avançadas legislações do mundo no combate à corrupção. A lei brasileira possui texto semelhante ao da Lei de Práticas de Corrupção (o *Practices Act* ou FCPA) dos Estados Unidos e ao da Lei do Suborno (o *Bribery Act*) do Reino Unido. É consenso que a Lei Anticorrupção afetar profundamente a cultura organizacional de empresas brasileiras e estrangeiras que atuam no País. Para evitar que essas caiam em casos de corrupção, serão obrigadas a criar então uma estrutura de governança corporativa, que também opere a gestão de riscos e determine controles internos. (DELOITTE, 2014, p. 04)

As empresas devem estabelecer políticas consistentes “antipropina” e de *Compliance*. As áreas de controles internos devem assegurar que seus empregados ajam de acordo com tais políticas. Como os relacionamentos são muito importantes no Brasil, deve ser implementada uma política para assegurar que as interações profissionais sejam de conhecimento de todos os envolvidos e que conflitos de interesses, assim como as partes envolvidas, sejam relatados e monitorados. (CLAYTON, 2013, p. 154)

A corrupção no setor público tem grande repercussão nas sociedades. No entanto, a prática de atos ilícitos não é exclusividade dos governos. O setor privado também está repleto de maus exemplos. O que reforça a necessidade da adoção de códigos de integridade corporativa, *compliance*, pelas empresas privadas, inclusive as da administração pública indireta que assumem a forma de entidades empresariais. O Brasil conta com um documento que traz algumas diretrizes que poderão ser adotadas pelas empresas privadas, com relação à adoção de *compliance* - alguns pontos que passamos a abordar a seguir.

### **3.1 DIRETRIZES DE COMPLIANCE SUGERIDAS PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO PARA EMPRESAS PRIVADAS**

Problemas ou irregularidades são comuns entre as diversas organizações existentes no Brasil e no mundo. No entanto, o *compliance* direciona os passos a serem dados em conformidade com os aspectos legais que norteiam a organização. O mercado brasileiro segue o exemplo do modelo americano, adotando uma visão proativa, adequando as regulamentações ao ambiente de extrema competitividade e

disseminando a importância da área denominada *compliance*. (NEGRÃO, 2014, p. 45)

Em material de consulta e apoio às empresas privadas, que foi chamado de *Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas*, elaborado e publicizado pela Controladoria Geral da União - CGU, o Programa de Integridade é definido como sendo aquele que tem como objetivo medidas anticorrupção que devem ser adotadas pela empresa, principalmente aquelas que visem à prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos contra a administração pública nacional e estrangeira previstos na Lei nº 12.846/2013. As empresas que já possuem programa de *compliance*, ou seja, uma estrutura para o bom cumprimento de leis em geral, devem trabalhar para que medidas anticorrupção sejam integradas ao programa já existente. E, mesmo as empresas que possuem e aplicam medidas dessa natureza, principalmente para atender a legislações antissuborno estrangeiras, deverão ficar atentas com relação à necessidade de adaptá-las à nova lei brasileira. Essas recomendações da CGU, refletem a preocupação com a ocorrência de fraudes em licitações e na execução de contratos com o setor público. (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2015, p. 06)

As diretrizes da CGU ressaltam a importância do comprometimento e apoio da alta direção da empresa, que é considerada condição indispensável e permanente para a construção e reforço de uma cultura que seja ética e de respeito às leis, e para a aplicação efetiva do Programa de Integridade. Com relação à instância que é responsável pelo Programa de Integridade, ela deverá ter sempre autonomia, independência, imparcialidade, recursos materiais, humanos e financeiros para que ocorra o seu pleno funcionamento, e também ter a possibilidade de acesso direto ao mais alto corpo decisório da empresa.

Também estabelece determinações com relação à análise de riscos, à estruturação das regras e dos instrumentos e às estratégias de monitoramento contínuo. A empresa deve desenvolver mecanismos de detecção de irregularidades, como, por exemplo, a criação dos chamados canais de alerta, que são canais de denúncia e mecanismos de proteção ao denunciante. A empresa deverá definir as medidas disciplinares para casos de violação e medidas de remediação. Para uma ampla e efetiva divulgação do Programa de Integridade, a empresa deverá elaborar um plano de comunicação e treinamento, que possua estratégias específicas para os diversos públicos da empresa.

Com relação à análise de perfil e dos riscos, Programa de Integridade deve ser desenvolvido, levando-se em consideração o porte e as especificidades

da empresa, baseando-se em informações como: setores do mercado em que atua no Brasil e no exterior; estrutura organizacional, com relação à hierarquia interna; processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores; informações no sentido quantitativo de funcionários e de demais colaboradores. Definir o nível de interação que a empresa possui com a administração pública, principalmente com relação a processos de obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades. Tratando do aspecto quantitativo, no sentido de se saber os valores de contratos celebrados com entidades e órgãos públicos; a frequência e a relevância da utilização de terceiros nas interações com o setor público; participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada.

A estruturação de Programa de Integridade fará a análise do perfil da empresa e vai depender de uma avaliação de riscos que levará em conta as características dos mercados onde a empresa atua, tanto no aspecto de cultura local, de nível de regulação estatal, como de seu histórico de corrupção. Tal avaliação irá considerar principalmente a probabilidade que ocorram fraudes e corrupção, inclusive ligadas a licitações e a contratos, e o impacto desses atos lesivos nas operações da empresa. Com base nos riscos que forem identificados, deverão ser desenvolvidas as regras, políticas e os procedimentos para prevenir, detectar e até remediar a ocorrência dos atos indesejados.

É recomendada muita cautela com a oferta e o pagamento de hospitalidades, brindes e presentes para agentes públicos estrangeiros, pois podem ser entendidos, dependendo da situação, como uma vantagem indevida, não somente pela Lei Anticorrupção Brasileira (Lei nº 12.846/2013), mas também por outras legislações como, por exemplo, o FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) dos Estados Unidos e o *UK Bribery Act* do Reino Unido.

Dentre outras sugestões também estabelece determinações de a empresa adotar uma política de relacionamento com o setor público. Em decorrência dos vários riscos aos quais a empresa está submetida, existe a necessidade de se estabelecerem normas que disciplinem como os seus representantes devem agir quando estiverem em contato com agentes públicos. Uma política privada, corporativa, que seja clara e efetiva sobre o relacionamento com o setor público, é capaz de diminuir os riscos relacionados à participação em licitações e contratos administrativos, como também ao pagamento de tributos, à obtenção de licenças, de autorizações e de permissões. Da mesma forma, com relação a situações de fiscalização ou regulação e à contratação de atuais e ex-agentes públicos.

Existem diversos tipos de normas que podem ser estabelecidas para evitar que o contato com agentes públicos propicie o oferecimento ou o pagamento de vantagens indevidas. São citados, como exemplos, regras que imponham uma rotatividade de funcionários da empresa que possuem contato com agentes públicos. Essa seria uma forma de diminuir a possibilidade de vícios, como também de regras que proíbem a realização de reunião de um único funcionário da empresa com agentes públicos. Sugere que deve ser proibido que um único funcionário valide de forma autônoma documentos que serão apresentados para participação da empresa em licitações, em decorrência da possibilidade de ocorrer o risco de falsificação ou eventuais fraudes ao processo.

Com relação à política relativa ao oferecimento de hospitalidade, brindes e presentes a agente público nacional ou estrangeiro, o relacionamento com o setor público envolve, de forma frequente, questões que estão relacionadas a brindes, presentes e hospitalidades. Estes relacionamentos exigem a adoção de regras e políticas que sejam específicas por parte da empresa. A empresa deve prestar muita atenção, pois geralmente há regras sobre o valor de brindes que agentes públicos podem receber. Além disso, o oferecimento de presente ou custeio de viagens pode ser utilizado, muitas vezes, para ocultar o pagamento de vantagens indevidas e a política de integridade da empresa deve ser adequada para prevenir esse tipo de situação.

O combate à corrupção também depende da iniciativa privada e depende, fundamentalmente, de uma mudança profunda de cultura no ambiente corporativo. Ainda que programas de *Compliance* possam ser inicialmente impulsionados pela concessão de tratamento diferenciado na aplicação de penalidades e sanções, sua adoção e implementação, desde que realizadas de modo efetivo, poderão contribuir significativamente para esse processo de mudança cultural, de um ciclo virtuoso em direção à não tolerância à corrupção. (MAEDA, 2013, p. 201).

A Lei Anticorrupção traz o compromisso com as boas práticas na gestão pública e as empresas terão de fazer seus procedimentos de *compliance*, adotar as medidas previstas em lei, permanecer vigilantes e zelar pela sustentabilidade ética. Observa-se que, sem esses cuidados, nenhuma empresa conseguirá sobreviver no ambiente competitivo. O sistema legal brasileiro está se equiparando agora às práticas anticorrupção adotadas principalmente nos Estados Unidos desde a década de 70 e nos países europeus anos depois, lugares onde a lei é implacável com quem comete ilícitos, da mesma forma que reconhece os esforços dos empresários que

tentam moralizar seus procedimentos. O caminho da transparência, da modernização e da qualificação dos serviços públicos é uma tendência mundial, inevitável nas grandes democracias. (OSÓRIO, *Veja*, 20.ago.2014, p.18-19)

A Controladoria Geral da União dispôs de um documento orientando os empresários a fazer a adoção de *Compliance*. Conforme abordamos, traz sugestões de critérios que devem ser adotados, para que se considerem os códigos de ética eficientes e que de fato evitem práticas corruptivas que possam ocorrer nas relações de mercado, principalmente quando as empresas se relacionam com a Administração Pública.

Existe a necessidade de as empresas da administração pública indireta, de natureza privada, quando atuam no domínio econômico, como entidades empresariais, por uma questão de isonomia, adotarem códigos de integridade corporativa, ou seja, a necessidade de *compliance*. Desta forma, estão se adequando às atuais exigências de mercado, reforçadas pela Lei Anticorrupção, pois podem ser sujeito ativo de condutas corruptivas previstas na Lei.

#### 4 CONCLUSÃO

A Lei Anticorrupção, que prevê as responsabilizações, administrativa e judicial, foi aprovada como decorrência dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para enfrentamento e combate à corrupção. A punição que se busca, com a aplicação da Lei Anticorrupção, restringe-se às pessoas jurídicas de direito privado e, excepcionalmente, às pessoas naturais que venham a contribuir com as irregularidades, na medida de sua culpabilidade. As pessoas jurídicas de direito público não podem ser consideradas sujeitos ativos da Lei nº 12.846/2013.

É possível punir as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta por atos de corrupção que são tipificados na Lei Anticorrupção. Partindo do texto expresso da Constituição Federal de 1988, conforme alguns dispositivos aqui analisados, que estabelecem tratamento isonômico destas com as empresas privadas, não deixam dúvidas acerca da possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas de direito privado, criadas e controladas pela Administração Pública indireta e que explorem atividade econômica.

Conforme artigo 173 da Constituição Federal, as sociedades empresárias estatais estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas

privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Dessa forma, considera-se inafastável admiti-las como sujeitos ativos da prática de atos lesivos à administração pública.

Entendimento é no sentido de possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas de direito privado controladas ou autorizadas pelo Estado e que atuem no domínio econômico. Elas não estão imunes à aplicação da Lei quando estiverem envolvidas numa situação de corrupção, prevista no art. 5º da Lei. O § 5º do artigo 173 da Constituição Federal de 1988 é claro no sentido de referendar a possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas de direito privado controladas ou autorizadas pelo Estado e que atuem no domínio econômico.

Observando a seguinte limitação, que parece ser consenso, de que as pessoas jurídicas de direito privado, criadas ou controladas pela Administração Pública indireta, mas que prestem serviços públicos, poderão ser punidas pela Lei Anticorrupção, mas as penas que forem aplicadas, devem levar em conta a observância do princípio da continuidade dessas atividades. Esse princípio indica que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar prejuízo social.

A aplicação de penalizações, nesta situação específica, deverá observar o juízo de razoabilidade e proporcionalidade das sanções, deve considerar as suas finalidades públicas e o interesse público que buscam realizar.

Pelo fato de as instituições da administração indireta assumirem a forma de sociedades empresárias e atuarem no domínio econômico, por isonomia seguem as mesmas regras que são aplicadas às pessoas jurídicas de direito privado; elas também devem adotar códigos de ética que determinem bons comportamentos e garantam a lisura nos negócios. Deverão ter também códigos de integridade corporativa- *compliance*, que além de determinar medidas anticorrupção, garantam vantagens nas eventuais penalizações previstas na Lei Anticorrupção.

No Brasil, a Controladoria Geral da União (CGU) editou um material de programa de integridade, que trouxe pertinentes recomendações com relação à adoção de *compliance*, para as empresas privadas. As empresas da Administração Indireta deverão adotar também as respectivas recomendações, devido à isonomia constitucional.

## REFERÊNCIAS

ANTONIK, Luis Roberto. *Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ARAÚJO, Kleber Martins de. Responsabilização administrativa da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes.; (Org.). *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL, *Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2017.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do. (Org.). *Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de *Compliance* no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do *Compliance* anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, A.D.; MAEDA, B.C.; AYRES, C. H. S.; (Orgs.). *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. *Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas*. Brasília, setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

DAL POSSO, A.A.F. et al. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DELOITTE, Touche Tohmatsu. *Lei Anticorrupção: um retrato das práticas de compliance na era da empresa limpa*. São Paulo, 2014, p. 04. Disponível em:

<[http://www.abbc.org.br/images/content/Lei\\_Anticorrupcao.pdf](http://www.abbc.org.br/images/content/Lei_Anticorrupcao.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERNANDES, J.U.J; COSTA, K.A.S. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil e pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do. (Org.). *Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013)*. Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção. Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, A.D.; MAEDA, B.C.; AYRES, C. H. S. (Orgs.). *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MEIRELES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. *Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas*. Brasília: Senac, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. Uma ética de mão dupla. Entrevistador: Robson Bonin. Entrevista concedida à *Revista Veja*, São Paulo, edição 2387, ano 47, n. 34, de 20 de agosto de 2014, p. 15-19.

PETRELLUZZI, M. V.; RIZEK JUNIOR, R. N. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo, Saraiva, 2014.

PRISCO, Alex Vasconcellos. *Lei Anticorrupção e empresas estatais*. Disponível em: <<http://www.apeop.org.br/apeop/noticia/licitacoes-874/lei-anticorruptao-e-empresas-estatais-16>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização Judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R.P. de.; (org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2015.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R.P. de.; (org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2015.



RECEBIDO EM: 13-09-2016

APROVADO EM: 01-06-2017

# **A REGULAÇÃO ECONÔMICA DA ATIVIDADE DE PRATICAGEM: MARCOS NORMATIVOS E ANÁLISE DE CASO SOBRE AS FALHAS DE MERCADO**

***THE ECONOMIC REGULATION OF THE PRACTICE  
ACTIVITY: REGULATORY FRAMEWORKS AND CASE  
ANALYSIS ON MARKET FAILURES***

*Clarissa Sampaio Silva*

*Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa*

*Professora da Universidade de Fortaleza*

*Advogada da União*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Da natureza da atividade de praticagem no contexto da Constituição e da Lei 9.537/97; 2 Dos fundamentos normativos da regulação do serviço de praticagem e suas finalidades; 3 As falhas do mercado: situações ensejadoras de regulação econômica; 4 A verificação de ocorrências das falhas de mercado quanto à atividade; 4.1 O poder de mercado; 4.2 Informações assimétricas; 4.3 Externalidades negativas; 4.4 Bens públicos; 5 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo trata regulação econômica do serviço de praticagem, propondo-se a investigar, primeiramente, a natureza e o regime jurídico ao qual ele se encontra submetido, tanto no contexto constitucional da ordem econômica e do setor portuário, quanto no da legislação. Observar-se-á, a seguir, o exercício da atividade de regulação por parte do Estado sobre o tal domínio, identificando seus marcos normativos, finalidades e as falhas de mercado apontadas pela doutrina e que, por meio de análise de caso concreto, serão identificadas no setor em foco. A partir de tais elementos, pretende-se demonstrar a legitimidade da atuação da Comissão Nacional de Praticagem de fixar preços máximos para os serviços, em substituição ao anterior regime de livre negociação entre os agentes econômicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regulação Econômica. Praticagem. Competência. Finalidades.

**ABSTRACT:** This article deals with the economic regulation of the pilotage service, proposing to investigate , first, the nature and the legal regime to which it is subjected , both in the constitutional context of the economic order and the port sector, as in the legislation .Then, it will be discussed , the exercise of regulatory activity by the state on such a field, identifying their regulatory frameworks , finalities and market failures identified by the doctrine which,, will be identified in a concrete setting related to piloting, by means of a case study. Based upon these elements, the article aims to demonstrating the legitimacy of the National Commission Acting Pilotage for establishing maximum prices for services , replacing the previous system of free negotiation between economic agents .

**KEYWORDS:** Economic Regulation. Piloting. Competence. Finalities.

## INTRODUÇÃO

O estabelecimento de regulação econômica sobre o serviço de praticagem, mediante a substituição de um modelo de livre negociação de preços entre os atores econômicos pela fixação de preços máximos pela Comissão Nacional de Praticagem, traz consigo o debate sobre a legitimidade de semelhante forma de intervenção na ordem econômica pelo Estado.

A adequada abordagem de tal questionamento deve, primeiramente, considerar a natureza e o regime da atividade de praticagem no contexto da Ordem Econômica constitucional, do setor portuário e da Lei n. 9.537/97, que trata da segurança do transporte aquaviário em águas de jurisdição nacional.

De acordo com o art.14 da referida lei o serviço de praticagem possui o caráter de essencialidade, cabendo à Autoridade Marítima a competência para fixação de seus preços.

A regulação da atividade de praticagem, por sua vez, apenas pode se dar para assegurar a disponibilidade permanente do serviço ou seria possível a incidência da regulação para correção de falhas de mercado eventualmente identificadas? Pretende o presente trabalho buscar resposta para tal indagação.

Coloca-se, pois, a questão se referida atuação estatal pode se dar, apenas, para assegurar a disponibilidade permanente do serviço ou se finalidades outras podem ser obtidas mediante a regulação econômica, conduzindo, assim, à correção de possíveis falhas de mercado, no tocante à atividade de praticagem.

A partir de uma análise de caso, e portanto, sendo utilizados elementos dele retirados, buscou-se identificar a ocorrência das falhas de mercado quanto à prestação do serviço de praticagem, com vistas a, dentro dos marcos normativos constitucionais, legais, regulamentar e apreciar a legitimidade da regulação econômica.

### **1 DA NATUREZA DA ATIVIDADE DE PRATICAGEM NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI 9.537/97**

O texto constitucional prevê como competências materiais da União relacionadas ao setor portuário a de explorar diretamente ou mediante autorização, permissão e concessão “os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado do

Território”, bem como o de explorar, também pelas mesmas formas, os portos marítimos, fluviais e lacustres, de acordo com seu art. 21 alíneas d) e e).”

A disciplina sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas de jurisdição nacional, por sua vez, é feita pela Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997, cujo Capítulo III é dedicado à atividade de praticagem, conceituada como “o conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação.”

De acordo com a doutrina<sup>1</sup> há registro milenar sobre a praticagem, podendo ser conceituada como:

A atividade pela qual um profissional, com alto grau de qualificação, devidamente habilitado, embarca em um navio para prestar apoio ao comandante durante a navegação em zonas críticas, entradas e saídas de portos, manobras de atracação e desatracação, fundear e suspender.<sup>2</sup>

Referida atribuição, por sua vez, cabe ao prático, como tal considerado o “aquaviário não tripulante que presta serviços de praticagem embarcado” (art. 20, XX da Lei n. 9.537/97), e cuja habilitação depende da aprovação em exame e estágio de qualificação, de acordo com os requisitos estabelecidos pela Autoridade Marítima, responsável por fixar os requisitos para a manutenção e tal condição, e, também pela regulação da atividade de praticagem. (art. 4, II). Por sua vez, o prático tanto pode atuar individualmente, quanto organizar-se em associações ou ser contratado por empresas.

A regulamentação da atividade de praticagem, considerada pela Lei como essencial, “deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas” (art. 14 da Lei n. 9.537/97) é feita pelo Decreto nº 2596, de 18 de maio de 1998, havendo, posteriormente, com o advento do Decreto nº 7.860 de 2012<sup>3</sup>, sido criada a Comissão Nacional de Praticagem, com atribuições para estabelecer a regulação técnica e econômica daquela.

---

1 Como exemplo em Uhr, na Caldeia, há quatro mil anos haviam práticos, embora a organização da praticagem no plano institucional tenha ocorrido na Grã Bretanha, no sec. XVI, durante o reinado de Henrique VIII. Já em Portugal, com D. Duarte (1433-1438) há referência aos pilotos práticos, que tanto atuavam nas expedições junto à Armada ou no comércio marítimo. No Brasil, o primeiro serviço de praticagem foi organizado por meio de decreto do Príncipe Regente em 1808. CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino; POFFO, Daniel. Aspectos Jurídicos destacados das responsabilidades civil e administrativa do prático. In: *Direito Marítimo*. Temas Atuais. Belo Horizonte: Forum Editora, 2012. p. 66 a 69.

2 Ibidem, p. 61

3 Art. 1º Fica criada a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem, com o objetivo de propor:  
I - metodologia de regulação de preços do serviço de praticagem;

A definição da natureza jurídica e, conseqüentemente, do regime da atividade de praticagem deve partir da distinção feita, no contexto da Ordem Econômica da Constituição Federal, entre exploração de atividade econômica, com seus cânones de liberdade de iniciativa e livre concorrência, nos termos do art.170, caput, IV e a prestação de serviços públicos, em relação aos quais há um dever de atuação estatal<sup>4</sup>, nos termos do art.175, sob um regime de direito público.

As atividades que são consideradas serviço público constam, em princípio, da própria CF, embora a doutrina<sup>5</sup> entenda pela possibilidade de lei qualificar outras como tal.

Além da referida dicotomia, há um terceiro grupo, enquadrando-se nele “aquelas *atividades* consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso. Por sua vez, as atividades privadas de interesse público “são proclamadas em lei ou diretamente pela Constituição.”<sup>6</sup>

Embora não haja aqui a titularidade estatal, com as obrigações de serviço público tradicionalmente reconhecidas pela legislação, sendo, portanto, atividades livres à iniciativa privada, a lei ordinariamente impõe que a fiscalização e sua *regulação* pelo Poder Público seja *minudente e tutelar*.<sup>7</sup>

No âmbito da legislação ordinária, a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o direito de greve, enuncia uma série de <sup>8</sup>atividades

II - preços máximos do serviço de praticagem em cada Zona de Praticagem;

III - medidas para o aperfeiçoamento da regulação do serviço de praticagem em cada Zona de Praticagem; e

IV - abrangência de cada Zona de Praticagem.

Parágrafo único. As propostas serão submetidas à Autoridade Marítima para homologação.

- 4 Dentre do campo da exploração econômica encontram-se também aquelas exercidas pelo Estado, em regime de monopólio, por força da Constituição, como é o caso do art.177, que trata do setor petrolífero.
- 5 Paulo Modesto “Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas.” *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 2, maio/jun./jul. 2005, p.5. Em obra de referência, por sua vez, Eros Roberto Grau retoma uma noção material de serviço público, entendendo deverem ser assim consideradas aquelas que atendem a interesses sociais, de modo que não é o regime jurídico o definidor de quais atividades são consideradas serviços públicos, mas a própria natureza delas. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.162.

6 *Ibidem*, p. 17.

7 *Ibidem*, p.19.

8 *Ibidem*, p.17.

consideradas essenciais.<sup>9</sup> Portanto, em relação a elas impõem-se, durante o movimento, além da prestação daqueles serviços considerados indispensáveis para a coletividade, ou seja, aqueles que atendem às suas necessidades inadiáveis, a comunicação do movimento com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas.

A listagem de referidas atividades compreende algumas que são consideradas serviço público, como telecomunicações, bem como outras livremente exercidas pelos particulares, como distribuição e comercialização de medicamentos, alimentos e serviços funerários.

Quanto ao serviço de praticagem, apesar de ser desempenhado por particulares, restando assegurada àqueles devidamente habilitados a liberdade de exercício profissional, a Lei nº 9.537/97 enquadrou-o como atividade essencial.

O caráter de essencialidade e a obrigação de disponibilidade permanente da atividade de praticagem constituem importantes dados para a definição da sua natureza jurídica e do regime jurídico ao qual se encontra submetida, pois, embora não tenha sido aquela tratada como serviço público, sendo assegurado ao prático, devidamente habilitado perante a Autoridade Marítima, o livre exercício da profissão, nos termos do art. 13 da Lei 9.537/97, não se pode considerá-la inteiramente sujeita às leis do mercado.

Com efeito, em todos os Estados há um controle estatal, nos aspectos técnico e econômico, sobre o serviço de praticagem, quer tenha ele sido organizado como service público ou, como no Brasil, executado por particulares organizados em associações ou sindicatos.<sup>10</sup>

---

9 Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV - funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI compensação bancária.

10 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino; POFFO, Daniel. Aspectos Jurídicos destacados das responsabilidades civil e administrativa do prático. In: *Direito Marítimo. Temas Atuais*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p.67.

Indaga-se, portanto, se do caráter de essencialidade do serviço de praticagem, tal como referido em lei, seria possível também retirar a justificativa para a incidência de regulação econômica sobre ele.

Tais reflexões, por sua vez, devem ser feitas dentro do contexto do setor portuário brasileiro na Constituição de 1988, que contempla o tema dos portos não mais apenas com enfoque na arrecadação tributária e na segurança nacional, como nas constituições anteriores, tendo-lhe acrescido o aspecto da “atividade econômico empresarial cujo desenvolvimento estratégico é cometido ao Estado”.<sup>11</sup>

## 2 DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS DA REGULAÇÃO DO SERVIÇO DE PRATICAGEM E SUAS FINALIDADES

A regulação de dado setor da economia implica a intervenção do Estado na qualidade de agente normativo, o qual exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”, de acordo com a redação art.174 da CF.

A regulação implica atuação externa ao exercício de atividades econômicas,<sup>12</sup> havendo uma separação entre regulador e regulado, cabendo ao primeiro a formulação das regras que irão incidir sobre aquelas, a

11 ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz; ECHEVERRIA, Carolina Lages. O Setor portuário brasileiro e sua disciplina jurídica. *Revista da AGU*, ano 14, n. 03, Brasília-DF jul/set, 2015, p. 153/181.

12 Na doutrina brasileira, Marçal Justen Filho compreende a regulação como atuação do Estado como “árbitro das atividades privadas”, e não mais como agente econômico, como o fora na era do Estado do Bem Estar. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 21. Não destoa de tal entender Carlos Ari Sundfeld, para quem a regulação, como característica de certo modelo econômico, ou seja, de uma política econômica, implica não o exercício por aquele de atividades empresariais, mas de sua intervenção no mercado “utilizando instrumentos de autoridade.” *Serviços Públicos e Regulação Estatal. Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.23. Em igual sentido: “A idéia de regulação está indissociavelmente ligada à separação entre o exercício direto de atividades econômicas e a formulação de regras de funcionamento delas.” SILVA, Clarissa Sampaio. *Legalidade e Regulação*. Belo Horizonte: Forum, 2005. p.20. Na doutrina brasileira Ricardo Marcondes Martins ressalta, a partir da análise do art.174 da CF e sua acepção técnica, o caráter externo da atividade de regulação, de modo que trata da regulação administrativa como “atividade estatal voltada aos particulares, à esfera de liberdade destes, muito embora entenda que o excepcional exercício de atividades econômicas pelo Estado, nos termos autorizados pelo art. 173 da CF, constitua uma forma de regulação, dentro do princípio subsidiariedade. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.115 e p. 268 e ss. Na doutrina portuguesa Vital Moreira adere ao conceito de regulação como intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta no exercício de atividades de tal natureza, compreendendo o condicionamento, a coordenação e a disciplina da atividade econômica privada. In: *Auto Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p.35. Da mesma forma, Saldanha Sanches, para quem a regulação significa forma de

respectiva fiscalização e a sanção por seu descumprimento. Ou seja, o estabelecimento das regras do jogo é feito por quem dele não é participante, até mesmo como condição para o favorecimento de uma livre concorrência.

A regulação administrativa, por sua vez, é feita por meio de várias técnicas, como meios normativos, atos administrativos concretos, medidas consensuais e informativas para condicionar o comportamento dos agentes econômicos, implicando, a partir do estabelecimento de normas sobre dado setor da economia, nos termos do art.174 da CF, não o estabelecimento de uma normatividade abstrata, mas a realizações de “ponderações no plano concreto,”<sup>13</sup> ou seja, a escolha, diante de situações específicas, das medidas regulatórias que se fizerem cabíveis.

No tocante ao aspecto finalístico, consoante esclarece a doutrina<sup>14</sup>, a regulação pode ter objetivos econômicos, considerando a atividade em si, abrangendo aspectos como ingresso dos atores no mercado, preços, quantidade e natureza dos produtos, bem como objetivos sociais, exteriores à atividade econômica, como proteção ambiental e direito dos consumidores.

Por meio da regulação, busca portanto o Estado assegurar a regularidade do mercado, a garantia da livre concorrência e ainda a defesa de outros interesses consagrados pela ordem jurídica constitucional e que poderiam ser afetados pelo livre e irrestrito desenvolvimento de dada atividade.<sup>15</sup>

A regulação, mesmo a econômica, possui, portanto, finalidades que vão além da prevenção de perigos que os agentes econômicos possam causar ao mercado, aos consumidores, não funcionando apenas como limite negativo das atividades dos particulares, mas buscando também a otimização, o equilíbrio de dado setor, a composição de interesses, a defesa de um sistema complexo.<sup>16</sup>

---

atuação em que Estado não assume diretamente o exercício de atividades econômicas. In: A Regulação: História de um breve conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2000, p. 20.

13 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

14 MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p.39

15 SALDANHA SANCHES. A Regulação: História de um breve conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2000. p. 5.

16 MAS, Joaquín Tornos. La Actividad de Regulación. In *El Derecho Administrativo em el Umbral del Siglo XXI*. Valencia: Tirant no Blanch, 2000, p. 1336.

No tocante ao plano legal da regulação da atividade de praticagem, sua previsão encontra-se no art.14, I e II da Lei n. 9537/97,<sup>17</sup> que se refere, respectivamente, à possibilidade de fixação do número de práticos para cada zona, bem como dos preços dos serviços.

Já o Decreto nº 7.860/2012 criou a Comissão Nacional de Praticagem com a finalidade de estabelecer a “metodologia de regulação de preços, a fixação dos preços máximos de praticagem em cada zona, bem como a previsão de medidas para o aperfeiçoamento da regulação de semelhante serviço.” (art. 1, I, II e II).

A alteração de um regime de liberdade de negociação entre práticos e tomadores, com a fixação *ad hoc* dos preços dos serviços pela Autoridade Marítima no caso de divergências e do sistema do *price cap*, no que diz respeito ao procedimento, observou, por sua vez, as exigências de legitimação da atuação da Administração Pública por meio de uma busca de consensualidade.

Com efeito, por meio de Consultas Públicas, a Comissão Nacional de Praticagem disponibilizou os valores sugeridos para cada serviço, resultantes, por sua vez, de “metodologia específica desenvolvida, aplicável a todas as Zonas de Praticagem no país.

As Consultas Públicas ensejariam a demonstração de eventuais equívocos na metodologia e nos critérios adotados pela Comissão Nacional de Praticagem para estabelecimento dos valores máximos por serviços constantes das tabelas das diversas zonas, com possibilidade de aperfeiçoamento e adequação das propostas feitas por aquela.

A despeito da tentativa de consenso acima referida, no caso da atividade de praticagem, as finalidades que podem ser perseguidas por meio da regulação têm sido objeto de diversas ações ajuizadas por associações profissionais, questionando a possibilidade de a Comissão Nacional de Praticagem realizar a fixação dos preços dos serviços, com arguição, assim, da inconstitucionalidade do Decreto nº 7.860/2012.

---

17 Art. 14. O serviço de praticagem, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas.

Parágrafo único. Para assegurar o disposto no caput deste artigo, a autoridade marítima poderá:

I - estabelecer o número de práticos necessário para cada zona de praticagem;

II - fixar o preço do serviço em cada zona de praticagem. (grifos nossos)

De acordo com o entendimento que vem sendo defendido em juízo pelas associações de praticagem,<sup>18</sup> a fixação de preços dos serviços pela Comissão Nacional apenas poderia ocorrer para fins de assegurar a sua disponibilidade permanente, conclusão resultante da leitura combinada do caput do art. 14 da Lei 9.537/97, com seu inciso II, de modo que, não se estando diante de situação de risco de interrupção do serviço, deveria vigorar a livre fixação dos preços entre as tais como decorria do art. 6º, II e III Decreto n. 2596/98,<sup>19</sup> revogado pelo Decreto n 7.860/2012.

Dentro de tal perspectiva, o Decreto n. 7.860/2012 teria exorbitado dos limites do Poder Regulamentar, ao admitir à Comissão Nacional de Praticagem a fixação de preços supostamente fora da única hipótese prevista em lei, qual seja, o risco de interrupção da prestação do serviço.

Tal linha de raciocínio, todavia, implica significativa diminuição da força normativa do art. 174 da CF, contrariando referido princípio próprio da interpretação constitucional,<sup>20</sup> ao reduzir o potencial da regulação à mera manutenção do serviço. Desta forma, despreza-se toda uma gama de objetivos que podem ser atingidos por meio da regulação e que são consentâneos com uma ordem econômica fundada não apenas na livre iniciativa, mas também na valorização do trabalho humano (CF, art.170), tendo como princípios, dentre outros, a livre concorrência (inciso IV), a defesa do consumidor (inciso 170, V), a defesa do meio ambiente (inciso VI) e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso VII) e desprezando, também, o próprio tratamento constitucional dado ao setor portuário.

Inadmissível, assim, que um serviço considerado por lei essencial fique imune à regulação econômica, mormente *quando* forem identificadas no seu desempenho *Market failures* que necessitem correção, fazendo com

---

18 Como exemplos de ações movidas com a finalidade de discutir a legitimidade da regulação econômica podem ser citadas as seguintes: Ação Ordinária nº 00112094.20.2014.4.02.5100- 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro; Mandado de Segurança nº 0000646.50.2014.4.02.5101- 1ª Vara Federal do Estado do Rio de Janeiro; Agravo de Instrumento nº 010.2837-53.2014.4.02.0000- Tribunal Regional Federal da 5ª Região;

19 Os incisos do decreto revogado que estabeleciam o regime de livre negociação e preços possuíam a seguinte redação: “a remuneração do serviço de praticagem abrange o conjunto dos elementos apresentados no inciso I, devendo o preço ser livremente negociado entre as partes interessadas, seja pelo conjunto dos elementos ou para cada elemento separadamente”, e “nos casos excepcionais em que não haja acordo, a Autoridade Marítima.

20 Pelo princípio da força normativa da Constituição, segundo Konrad Hesse, “na resolução de problemas jurídico-constitucionais, deve ser dada preferência àqueles pontos de vista que, sob o respectivos pressupostos, proporcionem às normas Constituição força de efeito ótimo.” *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. p.68.

que, ao ser aquele exercido dentro de um legítimo patamar regulatório, promova a realização de valores como aumento da competitividade, redução de preços e desoneração da cadeia produtiva.

### 3 AS FALHAS DO MERCADO: SITUAÇÕES ENSEJADORAS DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

Para além da identificação dos fundamentos normativos, bem como das finalidades que a regulação deve realizar, faz-se necessário analisar as situações que ensejam seu exercício, compreendendo aquelas que apresentam falhas de mercado, impedindo a competição perfeita.

E, dentre as principais falhas de mercado, podem ser apontadas as seguintes: *poder de mercado*, *informação assimétrica*, *externalidades e bens públicos*, cabendo atentar para cada uma delas.

O poder de mercado designa situações de controle de preços e que ora pode estar nas mãos dos vendedores, caracterizando-se, assim o monopólio, ora pode estar nas mãos dos compradores, configurando o monopólio. Como estratégias para a correção de tal falha podem ser utilizadas as seguintes medidas de intervenção estatal: a) proibição de fusão de empresas; b) fixação de preços; c) apropriação pública do monopólio ou estatização.

Já a assimetria de informações diz respeito ao grau diverso de conhecimento daqueles envolvidos em dada relação econômica, podendo ser representada em “situações em que o comprador e o vendedor detem informações diferentes sobre uma transação.”<sup>21</sup>

As externalidades referem-se a efeitos positivos (benefícios) ou negativos (custos) involuntariamente gerados por dada atuação econômica, não considerados para a fixação de preços e que acabam levando a uma alocação inadequada de recursos.

Por fim, os bens públicos são considerados falhas de mercado na medida em que são usufruídos sem rivalidade ou competição, o que finda por fazer com que os usuários adotem a posição de “carona”(free riders), sempre no aguardo de que outros financiem tal item.

---

21 MARTINS, op. cit., p.106.

#### 4 A VERIFICAÇÃO DE OCORRÊNCIAS DAS FALHAS DE MERCADO QUANTO À ATIVIDADE

Dentro da perspectiva metodológica de análise de caso, em que se dispõe de um “conjunto de informações acerca de um grupo, organização, comunidade, fato ou fenômeno que podem ser analisadas com propósitos diversos”,<sup>22</sup> passar-se-á, no presente tópico, a analisar a ocorrência de falhas de mercado, no contexto da atividade de praticagem, tal como apurado no âmbito do processo n 08002669720154058100<sup>23</sup>, em trâmite perante a 3ª Vara Federal do Estado do Ceará.

Ou seja, não se está aqui a analisar de forma abstrata e nem generalista possíveis falhas de mercado no exercício da atividade de praticagem, mas sim a identificação delas a partir de específica situação concreta.

Tratou-se de ação proposta contra a União, pela empresa Ceará Marine Pilots, a qual reúne praticos da Zona de Praticagem do Estado do Ceará (ZP-05), centrando-se o pedido principal na determinação para que a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem (CNAP) se abstenha de praticar, através de quaisquer de seus órgãos ou servidores (em especial a Autoridade Marítima), todo e qualquer ato que importe na fixação de preço para os serviços de praticagem prestados pela promotente, garantindo, assim, seu direito de negociar livremente sua remuneração com os tomadores de serviço.

Serão verificados dados constantes de prova documental, bem com testemunhal, produzida tanto pela parte autora quanto pela parte ré no que diz respeito à ocorrência de falhas de mercado, acima descritas.

Considerando, todavia, que a tese central da parte autora é a ausência de previsão legal para realização da regulação econômica que não seja para assegurar a disponibilidade permanente do serviço, as provas por ela produzidas não tiveram por objetivo afastar a ocorrência de falhas de mercado, procurando, contudo, demonstrar a plena eficiência do serviço em si.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> GIL, Antônio Carlos. *Estudo de caso*. São Paulo: Atlas, 2009. p.4.

<sup>23</sup> Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/PJE>>.

<sup>24</sup> A sentença de primeiro grau, proferida aos 16/02/2017, por sua vez, não analisou a questão sob a ótica da ocorrência de falhas de mercado, centrando-se na tese de que o decreto presidencial teria exorbitado dos limites do poder regulamentar, já que a regulação da atividade de praticagem apenas poderia ocorrer para assegurar sua permanente disponibilidade. O dispositivo da sentença restou assim redigido: “julgo procedente, em parte, o pedido desta ação, a fim de declarar a ilegalidade do art. 1º, inciso II, do Decreto 7860/12, ficando afastada qualquer medida de fixação de preço do serviço de praticagem, salvo quando a

#### 4.1 O PODER DE MERCADO

De acordo com a Nota Técnica n. 87/2013<sup>25</sup>, da Secretaria de Políticas Portuárias, a regulamentação técnica do serviço de praticagem é bastante minuciosa, “dada a relevância deste serviço para garantir a segurança da navegação em águas restritas, a preservação da vida humana no mar e a prevenção de impactos ambientais”. Desta forma, as características de tal serviço fazem com que o respectivo mercado “guarde mais semelhanças com mercados em concorrência imperfeita”, os quais podem levar ao exercício de poder de mercado.

No caso do serviço de praticagem, verificava-se, em muitas situações, não uma livre negociação de preços, mas uma imposição pelo tomador, “com consequências negativas para a comunidade marítima e para o interesse público”, de modo que entre 2010 a 2012 a Autoridade Marítima necessitou intervir para fixar preços, consoante as diversas portarias editadas.

Por ocasião da audiência de instrução, de acordo com o depoimento prestado pela testemunha da União,<sup>26</sup> obteve-se a seguinte informação: “o mercado com barreira de entrada (como o é o da Praticagem), por si já delimita esse mercado. Mercado com características de barreira de entrada idealmente deveria ser regulado economicamente falando como o é tecnicamente.”

Explicita a testemunha não haver o Brasil adotado o modelo argentino, “em que qualquer um pode manobrar navio”, enquanto que, aqui, o mercado da praticagem “não é concorrente nem de um lado e nem de outro. Existe Market power de um e outro lado. No mercado brasileiro o Market power é exercido com maior pressão pela praticagem. Valores são um pouco maiores do que a média mundial.”

Por sua vez, a própria *regulação técnica* “exerce algum impacto sobre a regulação econômica. Fórmula para garantir a habilitação, manutenção dos práticos e isonomia de acesso ao mercado. Item que influencia a forma de remuneração.”

---

intervenção da autoridade marítima se fizer necessária para assegurar a disponibilidade permanente do serviço de praticagem, na forma do art. 14, parágrafo único, inc. II, da Lei Federal n.º 9.537/97.”

25 Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/PJE>>.

26 Link de acesso aos depoimentos da audiência <<http://drsweb.jfce.jus.br/DRSWebJFCE/?NumeroProcesso=0800266-97.2015.4.05.8100&DataAudiencia=201504291400&DataAcesso=201504291615&Hash=bf36ea56a9d3aad0e0d65d8d53a8fc92>>.

Ou seja, considerando as características do modelo de praticagem adotado pelo Brasil, a própria existência de barreiras de entrada já justifica, por si só, a regulação econômica, tal como é feita a regulação técnica, a qual, inevitavelmente, já produz efeitos sobre a econômica.

E, dentre as várias técnicas adotadas, diante de um mercado com características monopolistas, adotou o Brasil o sistema do “Price Cap”, havendo o modelo regulatório sido embutido no próprio Decreto, utilizando a metodologia, basicamente, 3 (três) itens: custos, estrutura de referência e remuneração do prático.

#### 4.2 INFORMAÇÕES ASSIMÉTRICAS

Com base no art. 14, II da Lei 9.537/96 e art. 1, II do Decreto n. 7860/2012, o antigo sistema de fixação ad hoc de preços de praticagem foi substituído pelo sistema de fixação de preços teto (“Price Cap”), “com a utilização de critérios matemáticos para a fixação dos preços, conforme parâmetros e metodologia específica desenvolvida, aplicável a todas as Zonas de Praticagem no país, de acordo com informações constantes da Nota Técnica n. 87/2013, produzida pela Secretaria de Políticas Portuárias.

A sistemática unificada, por sua vez, teve como objetivo “eliminar as assimetrias metodológicas, assegurando a adequada remuneração de todos os práticos no país.

Consoante explicitado pela testemunha da União, as informações a respeito do custo da praticagem, remuneração dos práticos para fins de elaboração das respectivas tabelas apresentadas nas diversas consultas públicas levadas a efeito, em cada zona de praticagem, para fixar os respectivos preços, basearam-se no mercado norte americano, pois era “*o que de mais consistente se tinha em termos de remuneração, sendo os Estados Unidos referência para o comércio mundial. Além do que os EUA “são um país de dimensão continental como a nossa, com portos em quantidade e igualmente diversificados.”*

A busca de referências junto ao mercado americano ocorreu pelo simples fato de que, aqui no Brasil “*não tínhamos referência nem de custos, nem de remuneração, ninguém nos informava. Apesar de não sabermos quanto ganha um prático brasileiro dá pra fazer alguma estimativa baseado nas tabelas fixadas entre associações de praticagem. Também por estimativa dá para fazer alguma inferência. Há negociações entre diferentes associações.”*

Ou seja, a *ausência de transparência nos preços da praticagem e em, especial, na remuneração do prático* significa, decerto, *assimetria de informação*, de tal forma que as diferenças entre os valores *propostos nas diversas tabelas e aqueles efetivamente praticados representam UMA ESTIMATIVA*, pois, como pontuou a testemunha da União “os valores são diferentes segundo se estima”. E continua:

Falam muito que os valores estão aquém, mas não falam o que se deve acrescentar. Não nos é informado se deve ser acrescentado mais isso, isso, isso.

Há uma grande preocupação digo, que é não piorar o que está funcionando. Para que isso aconteça é preciso alinhamento de informação. Eliminar assimetria de informação. O fato de os dados terem sido colocados em Consulta Pública mostra o desejo de apurar esses valores.

A ausência de transparência na remuneração dos práticos fica bastante evidenciada no depoimento da testemunha da autora, a respeito da indagação feita pelo Senhor Juiz sobre os ganhos dos práticos:

O grande foco da CNAP é o ganho do prático. Alguns ganham menos do que R\$ 20.000,00 (vinte mil) outros mais do que R\$100.000,00. O valor máximo *não posso dizer* porque não é em Santos.

Sobre sua remuneração:

Pro labore de R\$ 30.000,00 (trinta mil) reais por mês. O *resto* é distribuição de lucro.

Não é plausível que se chegue de uma hora para outra à redução de 60%, 70%, 80% da receita de uma empresa.

Em torno de quanto seria esse *resto* distribuído a título de lucro? Qual o parâmetro para que se possa dizer que, com a aplicação das tabelas de preços máximos sugeridos pela CNAP, haverá redução de 60% a 80% do faturamento das empresas de praticagem?

Enfim, não pode ser admitida *assimetria de informação* em relação a *serviço considerado como essencial*, sendo que, de acordo com a testemunha da União “o que se está a fazer é colocar regulação econômica num setor em que não existia.”

#### 4.3 EXTERNALIDADES NEGATIVAS

A regulação econômica da atividade de praticagem tem por objetivo permitir que ela venha a “gerar lucros considerados normais, de modo que o Estado exerça seu papel de gerador de bem-estar econômico `a sociedade”, nos termos da Nota Técnica expedida pela Secretaria de Políticas Portuárias. E, como os valores de tais serviços praticados no Brasil “são um pouco maior do que a média mundial”, o seu realinhamento vem impedir a produção de efeitos negativos na cadeia produtiva.

Os objetivos da regulação econômica da praticagem, de acordo com a testemunha da União, são, além da modernização dos portos, a “*busca pela excelência, eficiência, no caso, eficiência econômica, aumento da capacidade geral dos portos, alinhamento do Brasil em relação às melhores práticas. Em termos de custo Brasil é item em que podemos ter manobra.*” Ainda segundo esclarece o assistente da Secretaria dos Portos:

Se você tem o valor de um serviço que está majorado quem deve estar pagando? Se o produto transita de A para B e é agregado valor ao longo da cadeia, quem paga é o tomador. Então o impacto da praticagem é projetado na cadeia. Embora o impacto da praticagem seja pequeno na cadeia é a parcela gerenciável. Alguns elementos da cadeia são gerenciáveis. A praticagem é um que é passível de regulação tanto econômica como tecnicamente.

Assim, a regulação econômica da praticagem pretende “*alinhar os custos do serviço aos custos praticados internacionalmente*”, sendo que, no Brasil, “*os valores são um pouco maiores do que a média mundial.*”

Diversamente da praticagem, já não é um elemento gerenciável da cadeia o *frete internacional*, pois, de acordo com o assistente da Secretaria dos Portos isso “*provocaria sumiço dos navios dos portos. Não tenho conhecimento de frete marítimo regulado. Mercado internacional comanda esse jogo.*”(mencionar o autor da citação que está entre aspas)

Assim, a despeito de os preços da praticagem não terem, consoante reconheceu a própria testemunha da União, grande impacto nos custos portuários, *por serem elemento gerenciável* podem sofrer a incidência da regulação econômica, eliminando *externalidades negativas*, como o é a transferência para a cadeia produtiva, de um valor indevido e que pode ser minorado.

#### 4.4 BENS PÚBLICOS

A atuação do prático assim pode ser descrita: Utiliza-se, além da lancha e da atalaia,<sup>27</sup> da infraestrutura aquaviária do porto, que compreende os canais, a bacia de evolução, a área de fundeio. O porto, por sua vez, realiza a integração logística o transporte marítimo e o terrestre, sendo considerado “infraestrutura essencial em rede, com algumas características de monopólio natural”, tendo em vista tanto as limitações de área para duplicação de suas estruturas, quanto a necessidade de elevados aportes financeiros para sua instalação e manutenção, atraindo, ainda usuários cativos.

Servindo-se a praticagem de parte da infraestrutura de um monopólio natural, e que não é por ela financiada, configura-se mais uma falha de mercado que enseja a incidência da regulação econômica\

Essas são, em essência, as falhas do mercado que justificam a regulação econômica do setor de praticagem, devidamente fundamentada, por sua vez, na Constituição, na lei em ato normativo.

#### 5 CONCLUSÕES

O tratamento constitucional dado ao setor portuário engloba a previsão da competência material da União para explorar, diretamente ou mediante outorga, os portos marítimos e fluviais, bem como os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites entre Estados, inserindo-se, no contexto da segurança de tal forma de transporte, o serviço de praticagem.

Embora situe-se tal atividade no campo próprio das atividades econômicas, o ingresso e permanência no mercado daqueles que exploram o serviço de praticagem encontram-se submetidos a controle estatal, cuidando a lei de segurança do transporte aquaviário de atribuir-lhe o caráter de essencialidade com obrigação de disponibilidade permanente, cabendo à Autoridade Marítima a prerrogativa de fixar seus respectivos preços.

A substituição do regime de liberdade de negociação de preços entre os agentes econômicos envolvidos na atividade de praticagem pelo regime de preços máximos (price cap), os quais são estabelecidos pela Comissão Nacional de Praticagem, em virtude da revogação do art. 6 do Decreto

---

27 Art. 6º do Decreto n. 7.860/2012. “O serviço de praticagem é constituído de prático, lancha de prático e atalaia.”

2596/98 pelo Decreto 7.860/2012 fez surgir o judicializado debate sobre a legitimidade de tal atuação, se apenas para assegurar a disponibilidade permanente do serviço, ou se para atingir finalidades outras.

Neste contexto, a atuação do Estado como agente normativo da economia, prevista no art. 174 da CF, densificada, por sua vez, por normas legais regulamentares, fundamenta a realização da regulação econômica para corrigir falhas de mercado, que são: o poder econômico, a assimetria de informações, as externalidades negativas e os bens públicos, todos significativamente presentes na hipótese estudada, considerando-se que a perspectiva metodológica empregada foi a de análise de caso

Assim, tanto os marcos normativos quanto as falhas de mercado legitimam a realização da regulação econômica do serviço de praticagem para atingir finalidades coetâneas com os princípios da ordem econômica, em que, além da livre iniciativa, há também princípios outros, valorização do trabalho humano, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regional.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz; ECHEVERRIA, Carolina Lages. O Setor portuário brasileiro e sua disciplina jurídica. *Revista da AGU*, ano 14, n. 03, Brasília-DF jul./set. 2015, p. 153/181.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino; POFFO, Daniel. Aspectos Jurídicos destacados das responsabilidades civil e administrative do prático. In: *Direito Marítimo. Temas Atuais*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

GIL, Antônio Carlos. *Estudo de caso*. São Paulo: Atlas, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, KONRAD. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MAS, Joaquín Tornos. La Actividad de Regulación. In: *El Derechp Administrativo em el Umbral del Siglo XXI*. Valencia: Tirant no Blanch, 2000.

MODESTO, Paulo. “Reforma do Estado, formas as de prestação de serviços ao público e parcerias público privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas.” *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 2, maio/jun./jul. 2005, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 2, maio/jul. 2005, p.1-42.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

SALDANHA SANCHES. A Regulação: História de um breve conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2000.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Legalidade e Regulação*. Belo Horizonte: Forum, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.



RECEBIDO EM: 27-08-2016

APROVADO EM: 31-05-2017

**DO IMPOSTO SOBRE A RENDA E O IOF  
INCIDENTES SOBRE AS OPERAÇÕES NO  
MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS  
E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO  
DIREITO TRIBUTÁRIO**

***TAX INCOME AND IOF INCIDENTS ON OPERATIONS  
IN THE FINANCIAL MARKET AND CAPITAL AND  
FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF TAX LAW***

*Cristiane Rodrigues Iwakura  
Doutora e Mestre em Direito Processual (UERJ)  
Procuradora Federal da Advocacia Geral da União  
Procuradoria Federal Especializada CVM RJ*

**SUMÁRIO:** Introdução – Da tributação no Mercado Financeiro e de Capitais – Delimitação do objeto de estudo; 1 Do Imposto sobre a Renda sobre as operações no Mercado Financeiro e de Capitais; 2 Do IOF-TVM sobre as operações no Mercado Financeiro e de Capitais; 3 Dos princípios tributários incidentes sobre a tributação no Mercado Financeiro e de Capitais. Análise crítica e doutrinária; 3.1 Princípios da igualdade, da liberdade individual e da proteção à propriedade privada; 3.2 Princípio da Livre Concorrência; 3.3 Princípio da Justiça Fiscal; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Objetiva-se por meio do presente trabalho apresentar uma análise principiológica sobre a tributação atualmente vigente no ordenamento brasileiro, especificamente no que diz respeito às operações financeiras realizadas no âmbito do mercado de capitais. Para tanto, levar-se-á em conta as diversas correntes de pensamento expostas ao longo do curso, todas com ênfase na busca pela justiça fiscal, na reorganização das finanças tendo por base o equilíbrio orçamentário e a capacidade contributiva, sem que haja uma tributação excessiva, portanto, restritiva das liberdades individuais sem uma devida justificativa social para sua existência e modo de ser.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tributação. Mercado de Capitais. Justiça Fiscal.

**ABSTRACT:** The Objective of this study is to present a analysis of the current tax levels in the Brazilian system, specifically with regard to financial transactions in the capital market. In this direction, different currents of thoughts have been taken into account, so that exposed along the course, all with an emphasis on the search for fair taxation, the reorganization of finance based on the budget balance and the ability to pay, without taxation excessive, therefore, restrictive of individual liberties without due social justification for their existence and way of being.

**KEYWORDS:** Taxation. Capital Markets. Tax Justice.

## **INTRODUÇÃO – DA TRIBUTAÇÃO NO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS – DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO**

Com o propósito de situar o leitor, preliminarmente passa-se a expor quais são os principais tributos e operações no mercado de capitais, objeto de estudo e análise.

Em matéria de Mercado Financeiro e de Capitais, a tributação incide, principalmente, sobre dois tipos de operações: compra e venda de ações no mercado de valores primário ou secundário, e aplicações sobre fundos de investimento, títulos e valores mobiliários de renda fixa ou variável.

Portanto, pode-se dizer que os principais fatos geradores identificados nas operações típicas do mercado de capitais seriam o acréscimo patrimonial e a aquisição, cessão, resgate, repactuação ou pagamento para liquidação de títulos e valores mobiliários.

A partir destes fatos geradores torna-se evidente que, em matéria tributária no mercado de capitais, devem ser enfatizadas basicamente duas espécies de tributos correspondentes a cada um deles, quais sejam: o Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR) e o Imposto sobre as Operações Financeiras incidentes sobre Títulos e Valores Mobiliários (IOF-TVM), cada qual com um regramento específico.

Vale destacar que, a despeito da existência de outros tributos incidentes sobre as operações no mercado de capitais como, por exemplo, a Contribuição para o financiamento da Seguridade Social (COFINS), a análise principiológica em questão, mesmo sem a exposição exaustiva de todas as espécies tributárias existentes em nosso ordenamento, não se revela comprometida, portanto, suficiente para a extração das conclusões que se seguirão ao final do trabalho.

### **1 DO IMPOSTO SOBRE A RENDA SOBRE AS OPERAÇÕES NO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS**

O Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza (IR) é uma das espécies de impostos federais cujo fato gerador consiste em uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte, na forma do art. 16 da Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional – CTN).

De acordo com o art. 43 do Código Tributário Nacional, o referido fato gerador deve traduzir necessariamente a disponibilidade econômica ou

jurídica da renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Em matéria de mercado de capitais, constata-se a incidência do IR sobre o rendimento assim entendido como a remuneração do capital aplicado pelo investidor como aporte às atividades empresariais e econômicas do emissor das ações, bem como sobre o ganho de capital decorrente da alienação das aplicações de um investidor para outro, ou de volta para a Companhia emissora.

Vale salientar que o conceito de fato gerador descrito no art. 43 da Lei 5.172/66 incorpora também como fato gerador, em se tratando de operações no mercado de capitais, as perdas incorridas nas operações financeiras, com algumas limitações previstas em lei em função da natureza do investidor (que pode ser, por exemplo, brasileiro ou estrangeiro, pessoa física ou jurídica) e da espécie de aplicação (que pode variar como um fundo de renda fixa ou de renda variável).

Em se tratando da arrecadação do imposto sobre a renda, temos como regra geral, a possibilidade de seu exercício por meio da retenção na fonte no caso das aplicações financeiras de renda fixa e aplicações em fundos de investimento. Nestes casos, portanto, competirá à fonte pagadora dos rendimentos calcular e recolher o Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), realizando o pagamento ao beneficiário final da operação financeira com base no valor líquido dos rendimentos, ou seja, abatendo-se o valor recolhido como tributo.

Nesta seara vale destacar que a retenção do IRRF é uma obrigação tributária acessória da fonte pagadora que lhe atribui responsabilidade na forma da Lei 5.172/66, que não exclui do contribuinte a responsabilidade pela obrigação principal tributária do contribuinte, *in casu*, o pagamento do IR propriamente dito sobre os rendimentos auferidos nessas operações financeiras.

Como já salientado anteriormente, esta é apenas uma regra geral, podendo a forma de investimento, por sua natureza, excepcionar esta sistemática outorgando a responsabilidade acessória de fazer a retenção do tributo a outra pessoa que não seja necessariamente o gestor das aplicações financeiras<sup>1</sup>. E isto deve-se ao fato de o valor da tributação

1 De acordo com o art. 17 da IN RFB 1.585/2015 são responsáveis pela retenção do IR sobre as aplicações financeiras, via de regra, o administrador do fundo de investimento ou a instituição que intermediar recursos, junto a clientes, para aplicações em fundos de investimento administrados por outra instituição,

ser mais facilmente apurado por outro participante, tendo em vista as peculiaridades da cadeia operacional daquela operação financeira, que lhe possibilita melhor o conhecimento das informações sobre a quantidade de rendimentos e eventuais perdas auferidas ao final do investimento propriamente dito.

Este é o caso, por exemplo, da apuração e recolhimento nas aplicações de renda variável, que, ao invés de seguirem a regra geral que atribui esta responsabilidade ao gestor responsável pelo pagamento dos rendimentos, a estabelece diretamente ao beneficiário final, no caso, o investidor, pois as oscilações constantes dos valores só permitem que este tenha o pleno conhecimento dos valores envolvidos desde o início das operações até o seu final. Não há como um gestor, que tenha ingressado em uma etapa mais avançada da cadeia de investimento, apure o valor da aplicação inicial ao longo do tempo, se os índices são extremamente voláteis, com a possibilidade de grande oscilação sobre o valor nominal inicial da quantia investida. As chances de erro aqui, quanto ao cálculo do imposto sobre a renda devido, revelam-se muito maiores, e isto não é desejável pelo órgão fazendário fiscalizador. Por isso, a lei amolda-se à cada circunstância fática de cada investimento no mercado de capitais, fazendo a responsabilidade sobre a obrigação acessória de fazer a retenção tributária ora recair sobre o órgão pagador, ora sobre o próprio investidor que será o beneficiário final dos rendimentos.

Existe, portanto, a possibilidade de, em algumas espécies de aplicações financeiras, se estabelecer por força de lei a concentração das obrigações tributárias acessória e principal sobre a mesma pessoa, mesmo que esta não seja a regra geral no cenário do mercado de capitais.

Em outros casos, diferentemente, busca-se conferir a um terceiro a obrigação de retenção por pessoa que não seja o obrigado principal, tendo em vista o distanciamento do investidor que tornaria o cumprimento da obrigação acessória praticamente inviável, como é o caso do investidor estrangeiro, tal como disposto no art. 100 da IN RFB 1.585/2016<sup>2</sup>.

---

na forma prevista em normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN ou pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM. Vale destacar que a obrigação de retenção, por ser acessória, não se confunde com a obrigação tributária principal, qual seja, a de pagar o tributo com recursos próprios. Neste caso, dispõe o artigo mencionado que, como regra geral, são sujeitos passivos do IR sobre as operações financeiras o investidor ou beneficiário final que auferir efetivamente os rendimentos ou ganho de capital, caso haja alienação dos valores mobiliários ou ações emitidas pelas Companhias abertas.

2 IN RFB n.º 1.585/2015. Art. 100. Fica responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto sobre a renda na fonte, incidente sobre os rendimentos de operações financeiras auferidos por qualquer investidor estrangeiro, a pessoa jurídica com sede no País que efetuar o pagamento desses rendimentos.

Em matéria de Imposto sobre a renda no mercado de capitais, faz-se necessariamente remissão ao regramento descrito na lei geral do IR, a Lei 7.713/88 alterada pela Lei 13.149/2015, ao Decreto 3.000/99 (que trata especificamente da regulamentação da tributação, arrecadação e administração do IR), com destaque aqui para as suas normas descritas a partir do Livro III que trata da tributação na fonte sobre operações financeiras (arts. 620 a 786), e, por fim, a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil de nº 1.585/2015.

A Instrução Normativa RFB 1.585/2015 que trata da incidência do imposto sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiro e de capitais é estruturada em três capítulos: o primeiro, cuida da tributação sobre as aplicações em fundos de investimento de residentes no Brasil; o segundo, da tributação sobre as aplicações em títulos ou valores mobiliários de renda fixa ou variável e de fundos específicos pertencentes a residentes no Brasil; e, por fim, o terceiro, da tributação sobre as aplicações em fundos de investimento, títulos ou valores mobiliários de renda fixa ou variável de residentes no exterior. Resta aqui evidenciado, mais uma vez, que a legislação sempre se preocupa em dar um determinado tratamento tributário às operações no mercado de capitais de acordo com a espécie de investimento envolvida ou conforme a natureza do investidor.

Dentre os fundos de investimento disciplinados no Capítulo I da IN RFB 1.585/2015 estão: os fundos de investimento não elencados no art. 2º da Instrução Normativa; os Fundos de Investimento em ações; os Fundos de investimento em ações no mercado de acesso; os Fundos Mútuos de Privatização – FGTS, incluindo carteira livre; os Fundos

---

§ 1º Para efeito de incidência da alíquota aplicável aos rendimentos de que trata este artigo, o administrador dos recursos estrangeiros deverá informar à fonte pagadora o nome do país ou dependência do qual se originou o investimento.

§ 2º A falta da informação de que trata o § 1º ensejará incidência da alíquota aplicável ao rendimento auferido por residente ou domiciliado no País.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no caput, o detentor de investimento estrangeiro de que trata o art. 88 deverá, no caso de operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, nomear instituição autorizada a funcionar pelo Bacen como responsável, no País, pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das referidas operações.

§ 4º No caso de operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, o investidor estrangeiro deverá, também, nomear instituição autorizada a funcionar pelo Bacen, como responsável pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes dessas operações.

§ 5º No caso das operações de que trata o § 4º do art. 99, fica responsável pelo cumprimento das obrigações tributárias do investidor estrangeiro a bolsa de mercadorias e de futuros encarregada do registro do investimento externo no País.

§ 6º O imposto de que trata esta Seção será retido e pago nos mesmos prazos fixados para os residentes ou domiciliados no país, sendo considerado exclusivo de fonte ou pago de forma definitiva.

§ 7º Os rendimentos e ganhos líquidos submetidos à forma de tributação prevista neste Capítulo, não se sujeitam a nova incidência do imposto sobre a renda quando distribuídos a beneficiário no exterior.

de Investimento em Índice de Mercado – Fundo de Índice de ações; os Fundos de Índice de renda fixa; Fundos de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FI-FGTS); os Fundos de Investimento em Participações (FIP), Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações (FIF/FIP) e Fundos de Investimento em Empresas Emergentes (FIEE); os Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e Fundos de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I); os Fundos de Investimento com Carteira em Debêntures; e, por fim, os Fundos de Investimento Imobiliário.

Quanto aos Fundos de investimento em ações, cumpre salientar que a lei diferencia o tratamento para aqueles considerados como de curto prazo (prazo de investimento médio igual ou inferior a 365 dias) ou de longo prazo (prazo médio de investimento superior a 365 dias).

Este tratamento diferenciado sobre os investimentos de curto ou longo prazo é bem interessante, pois, apesar de o imposto sobre a renda não ser um tributo tipicamente extrafiscal, ou seja, com finalidade além daquela exclusivamente financeira de arrecadar tributos sobre parcela do ativo circulante, neste caso, evidencia um propósito que vai além destes limites, auxiliando de certa maneira a intervenção e a regulação do mercado financeiro.

Sobre a extrafiscalidade Ricardo Lobo Torres pondera que:

A extrafiscalidade, como forma de intervenção estatal na economia, apresenta uma dupla configuração: de um lado, a extrafiscalidade se deixa absorver pela fiscalidade, constituindo a dimensão finalista do tributo; de outro, permanece como categoria autônoma de ingressos públicos, a gerar prestações não tributárias.<sup>3</sup>

A partir desta concepção de extrafiscalidade pode-se extrair que qualquer tratamento tributário diferenciado capaz de interferir no modo de agir dos investidores no mercado financeiro e de capitais, como é o caso em questão, traduz aquilo que se espera como resultado de tributo tipicamente extrafiscal, ou seja, o direcionamento de um comportamento ou outro, dada as benesses fiscais encontradas sob determinadas condições especificadas em lei. E em matéria de investimentos, este caráter é bem acentuado, pois qualquer benefício fiscal incrementa a margem de ganho

---

3 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar: 2001. p. 167.

líquido do investidor, e o mercado de capitais é extremamente propício a qualquer medida benéfica que potencialize a possibilidade de se aumentar a rentabilidade sobre o capital gerido.

Da mesma forma, contemplamos uma forma de tributação menos onerosa nas operações financeiras que envolvam a captação de recursos em favor de empresas brasileiras por meio da emissão de ações adquiridas por pessoas físicas ou jurídicas residentes no exterior. Ora, veja-se aqui novamente o intento extrafiscal, ao se tributar de maneira diferenciada e mais benéfica a operação que traga a inserção de recursos obtidos no exterior para o desenvolvimento da economia interna brasileira, com o estabelecimento de alíquotas progressivas ou regressivas em razão do tempo em que o valor permanece investido<sup>4</sup>.

Portanto, aqui já se apresenta a primeira peculiaridade da tributação do IR em operações financeiras no mercado de capitais: a diferenciação de tratamento em razão do tipo de aplicação ou de acordo com a natureza do investidor, traduz em si uma extrafiscalidade sobre o imposto sobre a renda que não lhe é comumente atribuída no cenário tributário brasileiro.

E, para auxiliar ainda mais este sistema tributário no âmbito do mercado de capitais, constata-se também a inserção de normas regulamentadoras e fiscalizadoras emanadas da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, com o objetivo de manter o equilíbrio e a salubridade sobre as operações financeiras no território nacional, coibindo-se qualquer prática danosa à ordem econômica e financeira, tal como estabelecem os arts. 170 a 181 da Constituição da República Federativa do Brasil.

---

<sup>4</sup> Vide art. 6º e art. 8º da IN RFB nº 1.585/2015:

Art. 6º Os fundos de investimento classificados como de longo prazo sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte, por ocasião do resgate, observado o disposto no art. 9º, às seguintes alíquotas:

I - 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de até 180 (cento e oitenta) dias;

II - 20% (vinte por cento), em aplicações com prazo de 181 (cento e oitenta e um) dias até 360 (trezentos e sessenta) dias;

III - 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de 361 (trezentos e sessenta e um) dias até 720 (setecentos e vinte) dias;

IV - 15% (quinze por cento), em aplicações com prazo acima de 720 (setecentos e vinte) dias.

Parágrafo único. O disposto nos §§ 9º a 11 do art. 46 aplica-se também, no que couber, aos rendimentos auferidos nos fundos de investimento de que trata este artigo.

Art. 8º Os fundos de investimento classificados como de curto prazo sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte, por ocasião do resgate, observado o disposto no art. 9º, às seguintes alíquotas:

I - 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de até 180 (cento e oitenta) dias;

II - 20% (vinte por cento), em aplicações com prazo acima de 180 (cento e oitenta) dias.

Dentre essas normas editadas pela CVM, destaca-se, neste contexto, a Instrução CVM nº 555/2014 que regulamenta expressamente os fundos de investimento de curto prazo, referenciado, de renda fixa, de ações, cambial, de dívida externa e multimercado.

Ao lado desta regulamentação geral, existem Instruções da CVM específicas para determinadas espécies de fundos, como é o caso, por exemplo, da Instrução CVM nº 391/2003, que regula os Fundos de Investimento em Participações (FIP) e os Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações (FIC-FIP), da Instrução CVM nº 460/2007 que dispõe sobre os Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura, e da Instrução CVM nº 209/1994 que trata dos Fundos de Investimento em Empresas Emergentes.

Apresentada a questão sobre o caráter excepcionalmente extrafiscal do IR em algumas operações no mercado de capitais, temos, em outra ponta, outro questionamento que se demonstra extremamente relevante em matéria de justiça fiscal. Faz-se aqui referência ao sistema conhecido como “come-cotas” previsto no art. 9º da citada Instrução Normativa da RFB nº 1.585/2015.

Uma vez identificado o fato gerador do imposto de renda sobre uma operação financeira, passa a lei a identificar o momento em que o tributo deverá incidir sobre a mesma, já que as negociações no mercado mobiliário envolvem uma série de etapas que demandam do legislador uma maior precisão sobre o marco temporal inicial da tributação, já que existe uma imensa variação sobre os valores da base de cálculo tomada como referência, que podem sofrer alterações em até segundos de diferença.

Em alguns casos, a dificuldade de se precisar o momento da ocorrência do fato gerador é tão grande (pois existem investimentos que ocasionam ganhos e perdas diárias de renda, com múltiplas possibilidades de bases de cálculo) que a única solução viável encontrada para a sua fixação pelo legislador é a consideração de uma data ficta dentro do período total do investimento, que pode ser antecipada para o início da cadeia, ou para o seu final, no momento do resgate.

Quando o momento ficto da ocorrência do fato gerador é legalmente estabelecido para o início do investimento, ou seja, quando ainda não se tem qualquer embasamento para o cálculo dos ganhos ou perdas potenciais de capital, se está diante da chamada antecipação tributária sobre o recolhimento do tributo, com a possibilidade de ajuste fiscal em momento posterior.

É justamente isto que ocorre no caso do mencionado sistema do “come-cotas” previsto no art. 9º da IN RFB nº 1.585/2015. Estabelece o legislador, como forma de se garantir a tributação em favor do fisco logo no início da cadeia, sem ter assim que se esperar o término da aplicação que pode durar um longo período, dois marcos fictícios temporais, um no mês de maio e outro no mês de novembro, nos quais se antecipará o imposto sobre a renda pago sobre os ganhos obtidos nas aplicações de fundo de investimento de curto ou de longo prazo.

Esta regra do come-cotas somente não se aplica aos fundos de investimento constituídos sobre a forma de condomínio fechado, pois nestes casos, a incerteza quanto ao momento do resgate (fato este que justifica a fixação de um marco temporal ficto em favor da fazenda) não existe da mesma forma, pois será o regulamento do fundo que determinará o prazo de carência mínimo para a retirada do investimento, portanto, a antecipação tributária não teria fundamento e suporte fático para sua existência neste caso.

A principal crítica quanto ao sistema do recolhimento conhecido como “come-cotas” reside no fato de que o investidor ou o governo só terem real conhecimento sobre o valor realmente devido no momento do resgate da aplicação. Isto funciona da seguinte forma: cobra-se o percentual mínimo de 15% nos fundos de longo prazo e 20% nos fundos de curto prazo (art. 9º, §1º da IN RFB nº 1.585/2015). Veja-se que as alíquotas diferenciadas traduzem um caráter extrafiscal ao incentivarem, de certa forma, que os investimentos permaneçam sem resgate pelo maior tempo possível.

Mas o acerto de contas ao final entre contribuinte e fisco não seria uma prática já aceita em nosso ordenamento sem qualquer injustiça fiscal? Veja-se o caso do IRRF e do IRPF. Aonde estaria o prejuízo do contribuinte ou do ente tributário se o ajuste fiscal busca exatamente recompor as diferenças eventualmente verificadas após a antecipação tributária?

Pode-se dizer que a diferença entre a situação do ajuste anual do Imposto sobre a renda de pessoa física e jurídica e a tributação antecipada do “come-cotas” reside em apenas dois fatores: o tempo e a natureza da operação envolvida.

Diferentemente da tributação sobre a renda retida na fonte, quando tratamos do “come-cotas” estamos diante de um investimento financeiro. Ou seja, lá no início já se tem como intento a inserção de um capital com finalidade lucrativa em razão do tempo. Ou seja, qualquer antecipação,

implica necessariamente no esvaziamento da base de cálculo que servirá como parâmetro para a aferição das rentabilidades posteriores.

Vejam-se as seguintes situações hipotéticas sobre o “come-cotas”:

**SITUAÇÃO 1.** Fundo de curto prazo. Investimento inicial em 01 de março de 2015.

No dia 29 de maio (sexta-feira – último dia útil do mês) é realizada a retenção do IR na fonte dos rendimentos a uma alíquota de 20% (vide art. 9º IN RFB 1.585/2015).

Se o investidor fizer o resgate total no dia 1º de junho de 2015 (ou seja, antes de 180 dias), ele terá que pagar a diferença da alíquota tomando-se por base a tabela do art. 8º da IN 1585/2014 = 22,5% - 20% = 2,5%.

Conclusão: A base de cálculo para a sua rentabilidade final foi maior que a real, pois sua antecipação foi menor que o valor realmente devido ao fisco. Como o período é pequeno, esta diferença seria irrelevante do ponto de vista econômico.

**SITUAÇÃO 2.** Fundo de longo prazo. Investimento inicial: R\$ 10.000,00.

1º. Semestre: Rentabilidade 5% de juros nos 6 primeiros meses:  $10.000 \times 5\% = 500,00$

Em maio: imposto de 15% sobre rentabilidade:  $\times 15\% = 75,00$

Saldo líquido 1º sem. - R\$ 10.500,00 - R\$ 75,00 = R\$ 10.425,00

2º. Semestre: 5% de juros nos 6 últimos meses:  $10.425 \times 5\% = 521,25$

Em novembro: imposto de 15% sobre rentabilidade:  $521,25 \times 15\% = 78,18$

Saldo líquido 2º sem. - R\$ 10.425,00 + R\$ 521,25 - R\$ 78,18 = R\$ 10.868,07

Conclusão: Se não houvesse o “come cotas”, e a tributação fosse ao final, sem antecipação, o saldo líquido no 2º semestre seria:  $10.000 + 10.000 \times 5\% + 10.500 \times 5\% = \underline{\underline{R\$ 11.025,00}}$ .

Destarte, registre-se aqui o tão conclamado questionamento sobre a legalidade e legitimidade do sistema do come cotas, que como visto, a longo prazo, claramente traz prejuízos ao investidor, sendo a antecipação tributária em favor do fisco *a priori* um mecanismo de arrecadação injustificável, do ponto de vista econômico, em desconformidade com os princípios da livre propriedade e da justiça fiscal.

Por fim, destaque-se, retomando a discussão quanto ao peculiar caráter extrafiscal vislumbrado sobre o IR no Mercado Financeiro e de Capitais, uma rápida abordagem sobre as hipóteses de isenção, imunidade e apuração da base de cálculo regulamentadas na IN RFB nº 1.585/2015.

O primeiro destaque é o artigo 14 da referida Instrução Normativa que enumera expressamente todas as hipóteses de isenção sobre o IR

no Mercado Financeiro e de Capitais, dentre as quais destacam-se os rendimentos e ganhos líquidos ou de capital, auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento e os juros sobre o capital próprio (JCP) de que trata o art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, recebidos pelos fundos de investimento, observado o disposto no art. 75 (ou seja, na apuração do lucro real de Pessoa Jurídica)<sup>5</sup>.

Ao lado das hipóteses de isenção a IN RFB 1.585/2015 regulamenta a imunidade tributária no art. 72, § 1º, da seguinte forma:

Art. 72. Está dispensada a retenção do imposto sobre a renda na fonte sobre rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, quando o beneficiário do rendimento declarar à fonte pagadora, por escrito, sua condição de entidade imune.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, a entidade deverá apresentar à instituição responsável pela retenção do imposto declaração, na forma prevista no Anexo III, em 2 (duas) vias, assinada pelo seu representante legal.

§ 2º A instituição responsável pela retenção do imposto arquivará a 1ª (primeira) via da declaração, em ordem alfabética, que ficará à disposição da RFB, devendo a 2ª (segunda) via ser devolvida ao interessado, como recibo.

§ 3º O descumprimento das disposições previstas neste artigo implicará a retenção do imposto sobre os rendimentos pagos ou creditados.

Esta norma é de suma importância pois como visto anteriormente, nas operações financeiras normalmente a obrigação de se fazer a retenção do tributo não recai sobre o obrigado principal tributário. Portanto, a imunidade alegada pelo contribuinte de direito, não pode gerar quaisquer prejuízos ao responsável pela obrigação acessória caso se constate *a posteriori* a sua inexistência, seja por dolo, culpa, ou incerteza quando à sua abrangência.

É justamente por esta razão que a lei exige que, no caso da entidade imune, para que o sujeito responsável pela retenção do imposto possa

---

5 Outra hipótese de isenção que merece destaque está prevista na Lei 9.532/97 segundo a qual também são consideradas como isentas as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos. Mais uma vez resta evidente o caráter extrafiscal do tributo, mantendo-se esta isenção como uma forma de incentivo aos seus beneficiários.

se imiscuir de realizar a respectiva obrigação acessória sem que isto lhe cause qualquer prejuízo perante o órgão fiscalizador, demonstra-se imprescindível a apresentação por aquela de declaração atestando que preenche determinada condição capaz de lhe outorgar imunidade tributária nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil.

A respeito da extrafiscalidade vale fazer menção à doutrina de Marcus Gouvêa no sentido de que a isenção (ou também a imunidade) se revela como um instrumento em favor da capacidade contributiva adequando a previsão genérica e abstrata da norma impositiva, ou como instrumento de política pública, independente da capacidade econômica dos contribuintes, com proteção às atividades econômicas desenvolvidas e até ao chamado mínimo existencial<sup>6</sup>.

No cenário brasileiro vem ganhando cada vez maior destaque o tratamento tributário diferenciado conferido aos investidores estrangeiros, um verdadeiro instrumento de política pública na medida em que serve como incentivo para a entrada de capital estrangeiro direcionado ao incremento e desenvolvimento das atividades produtivas em todo o território nacional. Assim, a legislação em vigor estabelece em seu conjunto uma série de medidas que favorecem o tratamento tributário sobre os investimentos estrangeiros, seja por meio de isenções, ou fixação de alíquotas menores que variam de 10 a 15%, ao lado da não sujeição ao IRRF de 0,005% (que será objeto de comentário mais adiante) ou de 1% nas operações “daytrade”.

Todavia, este incentivo à entrada do capital estrangeiro no território nacional não é concedido aos estrangeiros residentes ou domiciliados em paraísos fiscais, pois a não tributação no país de origem geraria uma verdadeira situação de desigualdade em relação a outros investidores estrangeiros, o que por si só desencadearia uma situação indesejada de desequilíbrio econômico, repudiada por todos os países no cenário internacional e violadora dos pactos e normas de livre e leal concorrência reconhecidos pelo nosso ordenamento.

Ainda seguindo a mesma lógica, mas já se adentrando na apuração do valor do Imposto sobre a renda efetivamente devido nas operações financeiras de mercado de capitais, merecem atenção as regras inseridas na Instrução Normativa RFB nº 1.585/2015 que trazem as hipóteses de possíveis deduções no cálculo do tributo devido, ou seja, valores que não devem integrar a base de cálculo para a quantificação do valor revertido

---

6 GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 211.

ao ente tributário. Dentre as deduções estão, em síntese, o valor do IOF não retido quando não houver o resgate de cotas (art. 9º, § 3º da IN RFB 1.585/2015), custos e despesas necessários à realização das operações financeiras (art. 29 da IN RFB 1.585/2015) e as perdas apuradas no resgate das cotas (art. 15 da IN RFB 1.585/2015).

Tratam-se, evidentemente, de regras que têm como objetivo impedir a incidência da tributação sobre valores que não seriam revertidos na prática como renda ou ganho de capital em favor do investidor<sup>7</sup>, e que, portanto, não deveriam servir como base de cálculo sob pena de violação ao equilíbrio tributário, na medida em que sua inobservância implicaria uma invasão no patrimônio do contribuinte sem qualquer respaldo constitucional.

Por fim, uma última observação quanto ao regramento descrito na IN RFB 1.585/2015 que reflete um argumento adicional sobre a extrafiscalidade existente no IR nessas operações financeiras, diz respeito à curiosa alíquota irrisória de retenção na fonte estabelecida no art. 63, equivalente a 0,005%.

Este valor por ser ínfimo ficou conhecido no mercado como “dedo-duro”, ou seja, não se tem com esta previsão legal a mínima intenção de se estabelecer um meio de arrecadar tributos, mas sim, exclusivamente, de se manter uma fiscalização efetiva sobre as operações realizadas no mercado financeiro e de capitais. Note-se que a importância da obrigação acessória fulmina a utilidade da obrigação principal arrecadatória correspondente, pois o estabelecimento de valor extremamente insignificante, imaterial, torna evidente que a intenção do legislador neste caso, não é a obtenção de uma parcela dos valores negociados. A arrecadação tributária, por si só, chegaria a ser, na grande proporção dos casos concretos, até impraticável.

Pode-se assim dizer que na alíquota de 0,005% o caráter da extrafiscalidade é mais do que patente, restando, *in casu*, traduzido diretamente pela necessidade de o Poder Público estabelecer um mecanismo de controle efetivo sobre as operações no mercado financeiro e de capitais, com a finalidade única de promover preventivamente a regulação e a manutenção do desenvolvimento e da ordem econômica.

7 Por este motivo, a IN RFB 1.585/2015 também traz um tratamento diferenciado para as deduções nos casos das pessoas jurídicas que optem pela forma de apuração do IRPJ pelo lucro real ou presumido. Para as pessoas jurídicas que optem pela modalidade lucro real, as perdas apuradas devem ser tratadas como despesas e podem ser consideradas na determinação da base de cálculo, na forma da lei, se não tiverem sido registradas em operações “daytrade”. Para as pessoas jurídicas optantes pelo lucro presumido, as perdas apuradas são tratadas como despesas, e por isso não podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto, uma vez que o regime eleito leva em conta apenas o lançamento de receitas para a apuração da base de cálculo.

## 2 DO IOF-TVM SOBRE AS OPERAÇÕES NO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS

O Impostos sobre Operações Financeiras incidente sobre Títulos e Valores Mobiliários – IOF-TVM é regido basicamente pelo Decreto nº 6.306/2007.

Antes de adentrar no regramento do IOF-TVM, revela-se necessária a elucidação do conceito de “título e valores mobiliários”, objeto principal do tributo em questão.

O conceito de “valores mobiliários” vem descrito expressamente no art. 2º da Lei 6.385/76. Segundo este dispositivo constituem valores mobiliários: as ações, partes beneficiárias e debêntures, os cupões desses títulos e os bônus de subscrição; os certificados de depósito de valores mobiliários; outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional.

Contudo, vale frisar que, além desses títulos e valores mobiliários, o IOF-TVM também incide sobre certificados de depósito a prazo de reaplicação automática, operações compromissadas com lastro em títulos de renda fixa, *commercial papers*, e, por fim, as *export notes*. Neste sentido, vide art. 11 da Instrução Normativa RFB nº 907/2009.

Esclarecido o conceito e abrangência da expressão “título e valores mobiliários”, passa-se à identificação do fato gerador do IOF-TVM.

De acordo com o art. 25 do Decreto 6.306/2007, o fato gerador do IOF-TVM consiste na aquisição, cessão, resgate, repactuação ou pagamento para liquidação de títulos e valores mobiliários.

Quanto ao sujeito passivo da obrigação tributária principal, define o art. 26 do citado Decreto que este pode ser tanto o adquirente do título ou valor mobiliário, o titular de aplicação financeira (no caso de resgate, cessão ou repactuação) ou até uma instituição financeira ou outra instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil na hipótese prevista no art. 28, inciso IV<sup>8</sup>.

---

8 O inciso IV do art. 28 do Decreto 6.306/2007 estabelece uma forma específica para a base de cálculo do IOF que poderá ser o valor do pagamento para a liquidação das operações de aquisição, resgate, cessão ou repactuação de títulos e valores mobiliários, quando inferior a noventa e cinco por cento do valor inicial da operação. Nestas situações o sujeito passivo da obrigação tributária principal, ou seja, o contribuinte, será a própria instituição financeira ou instituição autorizada a funcionar para este fim pelo Banco Central do Brasil.

No que diz respeito à obrigação tributária acessória, qual seja, a obrigação de realizar a cobrança e o recolhimento do tributo IOF-TVM ao Tesouro Nacional, estabelece o art. 27 que são responsáveis as instituições autorizadas a operar na compra e venda de títulos e valores mobiliários; as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, em relação às aplicações financeiras realizadas em seu nome, por conta de terceiros e tendo por objeto recursos destes; a instituição que liquidar a operação perante o beneficiário final, no caso de operação realizada por meio do SELIC ou da Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP; o administrador do fundo de investimento; a instituição que intermediar recursos, junto a clientes, para aplicações em fundos de investimentos administrados por outra instituição, na forma prevista em normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional; e, por fim, a instituição que receber as importâncias referentes à subscrição das cotas do Fundo de Investimento Imobiliário e do Fundo Mútuo de Investimento em Empresas Emergentes.

Em sentido diverso do Imposto sobre a Renda sobre as operações no Mercado Financeiro e de Capitais, o caráter preponderante da extrafiscalidade sobre o IOF é reconhecido amplamente, sem necessidade de maiores discussões.

Hugo de Brito Machado ao tratar do tema destaca que:

O imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários, ou, na forma resumida, como é mais conhecido, imposto sobre operações financeiras-IOF, tem função predominantemente extrafiscal. Efetivamente, o IOF é muito mais um instrumento de manipulação da política de crédito, câmbio e seguro, assim como de títulos e valores mobiliários, do que um simples meio de obtenção de receitas, embora seja bastante significativa sua função fiscal, porque enseja a arrecadação de somas consideráveis<sup>9</sup>.

Pode-se afirmar que o Imposto sobre as Operações Financeiras, assim como também o Imposto sobre Produtos Industrializados, os Impostos sobre as operações de Importação e de Exportação, o Imposto Extraordinário lançado na iminência ou no caso de guerra externa e o Empréstimo Compulsório para atender despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência são mais comumente reconhecidos de plano como os únicos tributos

---

9 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 337.

dotados de extrafiscalidade por uma simples razão: o sistema normativo que circunda estas espécies de impostos propicia mais facilmente a alteração de alíquotas do ponto de vista formal e principiológico.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em rol restritivo, estabeleceu para estas seis espécies de tributos (quatro presentes na CF e outros dois trazidos pela EC 33/2001), a possibilidade de o Chefe de Poder Executivo majorar ou reduzir alíquotas sem a necessidade do atendimento ao princípio da legalidade e ao princípio da anterioridade, sempre que presente a necessidade de se prontamente atingirem objetivos de natureza diversa dos arrecadatórios, ou seja, estimulando práticas ou inibindo condutas no cenário político-econômico.

Ainda assim, como já explanado anteriormente, não seria correto dizer que somente estes seis tributos elencados seriam dotados da característica da extrafiscalidade. Outros tributos podem expressar esta qualidade, mesmo que em grau de intensidade menor, ou sem as mesmas e amplas condições para a variação de alíquotas com exceções aos princípios da legalidade e da anterioridade. Até porque o incentivo ou contenção de práticas podem ser atingidas por outras medidas que não sejam necessariamente consistentes na alteração do valor do tributo efetivamente devido.

Veja-se a exemplo disto, que a fixação de uma obrigação acessória de retenção do Imposto sobre a Renda na Fonte (IRRF) a uma alíquota irrisória de 0,005%, por si só é capaz de atingir o objetivo extrafiscal de se garantir ao Poder Público um amplo controle e constante monitoramento sobre as operações financeiras. Para tanto, destaque-se que não houve necessidade de um sistema de fixação de alíquotas variáveis por simples iniciativa do Chefe do Poder Executivo, nem tampouco de exceções expressas na constituição aos princípios da legalidade e anterioridade. Ainda assim, sem tais mecanismos, o IR revela, sem sombra de dúvidas, um preponderante grau de extrafiscalidade, até porque a finalidade arrecadatória demonstra-se completamente fulminada pela imaterialidade das alíquotas incidentes na situação relatada.

### **3 DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS INCIDENTES SOBRE A TRIBUTAÇÃO NO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS - ANÁLISE CRÍTICA E DOUTRINÁRIA**

O conjunto de normas relacionado ao exercício do poder de tributar deve estar em plena conformidade com todos os princípios e garantias individuais estabelecidos na Constituição da República Federativa do

Brasil. A colisão entre tributação e liberdades individuais gera uma certa perplexidade por parte dos contribuintes que encaram a imposição de tributos como algo desprovido de legitimidade, o que acarreta uma série de problemas quanto à aplicabilidade das normas tributárias e orçamentárias e sua consequente exequibilidade.

Em outras palavras, significa dizer que a tributação deve ser exercida dentro de limites razoáveis e correspondentes com as despesas pretensamente custeadas pela arrecadação. Do ponto de vista econômico, qualquer interferência na circulação do capital que se demonstre excessiva ou desproporcional pode acabar gerando um sério desequilíbrio no fluxo de caixa dos setores produtivos e prestadores de serviços que podem comprometer seriamente a continuidade e o desenvolvimento de todos os setores envolvidos.

Ao tratar do tema igualdade tributária, Humberto Ávila delinea alguns elementos necessários para a sua manutenção, dentre os quais destaca, justamente, o exame sobre a excessividade do tributo, da seguinte maneira:

[...] o exame de excessividade do tributo pressupõe dividir, em graus de importância, os bens jurídicos necessários à sua realização, de modo a saber aquilo que é importante, muito importante e essencial, considerando-se essencial aquele bem jurídico sem cuja disponibilidade o direito fundamental não mais possa ser minimamente exercido.<sup>10</sup>

Não seria legítimo, assim, por exemplo, estabelecer-se uma tributação extremamente onerosa sobre um determinado fato gerador, sob o pretexto de se estar garantindo o exercício de um direito fundamental, quando a excessividade do tributo na verdade, estaria violando outro ou o mesmo direito fundamental invocado.

Veja-se o caso da liberdade constitucional para o exercício de atividades profissionais. Seria um contrassenso o ente tributante, a pretexto de garantir melhorias estruturais relacionadas ao exercício daquela mesma atividade profissional, estabelecer uma tributação sobre os profissionais que deveriam ser beneficiados em um patamar tão alto, a ponto de inviabilizar o seu exercício. Ora, a melhoria estrutural da atividade profissional pode ser garantida, na medida em que a liberdade de exercê-la não seja tolhida pela tributação. O tributo não deve servir como um meio de se canibalizar o próprio direito ou bem que seja pretensamente tutelado.

10 Ávila, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105.

No caso do Mercado Financeiro, o bem que está em jogo é o capital. Como visto no início do presente trabalho, existem vários órgãos reguladores responsáveis pelo monitoramento, regulamentação e fiscalização das atividades financeiras desempenhadas no Mercado de Capitais. É claro que existe um custo para que o Poder Público mantenha esta estrutura e assim ofereça uma proteção a todos os participantes envolvidos nestas operações, tendo como objetivo principal a manutenção da ordem econômica.

Todavia, suponhamos hipoteticamente que, a pretexto de se manter toda esta proteção e fiscalização, o ente tributante resolva estabelecer uma série de tributos com valores exorbitantes que fulminem completamente a margem de lucros dos investidores.

O efeito resultante será extremamente danoso e contrário aos interesses do próprio ente tributante. E é bem fácil visualizar como isto ocorreria na prática. Com uma tributação excessiva, as operações se tornariam desinteressantes para os investidores, que buscarão meios alternativos para a obtenção de lucros fora do Mercado de Capitais. Consequentemente, as Companhias emissoras não terão mais público-alvo para a aquisição de suas ações e títulos e, não conseguindo por esta fonte captar os recursos almejados para o seu crescimento, sofreriam significantes perdas, tendo que fechar as portas, demitir empregados, ou mudar seus estabelecimentos para outro país com uma tributação menos onerosa.

Neste caso, a excessiva tributação não só fulminaria o Mercado de Capitais, mas também outros setores contíguos, como o industrial, trabalhista, consumerista, e, por fim, até a própria estrutura dos serviços públicos.

O crescimento da arrecadação só ocorrerá de maneira satisfatória respeitando-se o ciclo econômico que o sustenta. Se o capital for totalmente aniquilado, não haverá dinheiro suficiente para o pagamento dos tributos, e a tributação excessiva se tornará uma obrigação não realizável na prática. Em outros termos, o estabelecimento de normas tributárias desprovidas de razoabilidade, em evidente desequilíbrio econômico, portanto, desprovidas de legitimidade, revelar-se-á em pouco tempo, verdadeira letra morta. Tanto o é, que são inúmeros casos de execuções tributárias em valores altíssimos que terminam sem qualquer sucesso, seja pela prescrição, ou seja pela falência de empresas sem o numerário correspondente para o seu pagamento.

Na mesma esteira, Maurin Almeida Falcão e Ieda Machado lembram o efeito confiscatório no Direito Tributário como um destes elementos

inviabilizadores do sistema como um todo, em contraposição à capacidade contributiva do cidadão:

O efeito de confisco começa onde termina a capacidade contributiva do cidadão. A tributação confiscatória destruiria a capacidade contributiva e inviabilizaria o próprio sistema econômico, político e social.<sup>11</sup>

É por esta razão que se passa a expor a seguir alguns princípios importantes para que a tributação se demonstre legítima e efetiva no Mercado Financeiro e de Capitais, tal como propõe o objeto de estudo do presente trabalho.

### **3.1 PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA LIBERDADE INDIVIDUAL E DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE PRIVADA**

Ao mencionar-se o mecanismo de arrecadação por meio da tributação, pode-se levantar de plano três princípios constitucionais que devem servir de alicerce para o estabelecimento de limitações que garantam a sua subsistência no plano concreto.

Neste ensejo, valem destaque o princípio da igualdade tributária, da liberdade individual, e da proteção à propriedade privada.

A respeito da igualdade tributária, Humberto Ávila aponta que:

O dever de tratar os contribuintes “como iguais” decorre do dever de o Poder Legislativo tratar cada um com respeito ao exercício, socialmente legitimado, da sua autonomia. Cada cidadão, com base nos direitos fundamentais de dignidade e de liberdade, tem a prerrogativa de desenvolver-se autonomamente como pessoa (quer física, quer jurídica, em todas as suas manifestações). Essa autonomia começa depois de respeitadas a dignidade e a liberdade dos outros. De um lado, isso significa, por exemplo, que o contribuinte não pode, pela instituição de uma regra geral, ver desconsideradas e injustificadamente restringidas práticas comerciais diferenciadas relativas à direção do seu negócio que afetem consideravelmente os preços que pratica. Tratar “como igual” significa regerar sem aniquilar ou substancialmente restringir o exercício autônomo da liberdade.<sup>12</sup>

11 FALCÃO, Maurin Almeida; MACHADO, Ieda. *O limite frágil entre a capacidade contributiva e a vedação ao confisco no Sistema Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Revista do Programa da Pós-Graduação em Direito da UFC, 2012. p. 98.

12 ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 103.

Propositadamente, coloca-se a igualdade tributária antes de todos os demais princípios mencionados, pois o seu conteúdo, de fato, está presente em todas as outras garantias fundamentais, de um certo modo. Por esta razão a doutrina reconhece o princípio da igualdade tributária como o “princípio dos princípios”, já que ele serve de norte para toda e qualquer outra orientação garantidora de direitos constitucionalmente estatuídos<sup>13</sup>.

Outro aspecto interessante sobre a igualdade tributária é levantado pelo Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Greco, no sentido de que:

O princípio da isonomia tem de funcionar como um norte no modo de agir da interpretação e aplicação da lei tributária porque, além de tudo, está de acordo com a ideia de eficiência. O princípio da eficiência previsto no art. 37 da CF/88 não é meramente a eficiência econômica, é também a eficiência no cumprimento dos princípios e valores constitucionais.<sup>14</sup>

Já em termos de liberdade individual, temos que o exercício do poder de tributar pelo Estado deve sofrer limitações para que não se invada ilegitimamente a esfera de atuação e de direitos garantidos constitucionalmente a cada um dos indivíduos que o integram.

A respeito dos direitos individuais, Ana Paula Barcellos esclarece que:

Os direitos individuais são comumente identificados como direitos da liberdade. Trata-se de um conjunto de direitos cuja missão fundamental é assegurar ao indivíduo uma esfera livre da intervenção da autoridade política ou do Estado. Nessa linha, foram progressivamente conquistados o direito à liberdade religiosa, à liberdade civil e profissional, à liberdade de opinião, de expressão e de reunião, à liberdade de ser proprietário, dentre outros.<sup>15</sup>

13 Em igual sentido, Humberto Ávila pondera que: “Com efeito, a igualdade é, em primeiro lugar, uma norma que está por trás de todas as outras, porque lhes assegura uniformidade de aplicação. Todos os direitos assegurados pela Constituição são assegurados com igualdade: quando a Constituição assegura o direito de propriedade, ela o assegura com igualdade; quando protege a liberdade, o faz com igualdade, e assim sucessivamente. Essas ponderações explicam a afirmação de Campos no sentido de que a igualdade é a “garantia das garantias”, sem a qual todas as outras perderiam sua utilidade.<sup>200</sup> Elas também mostram a grandeza da assertiva de Borges, para quem a igualdade termina por “penetrar, como uma linfa, os demais direitos e garantias constitucionais, perpassando-lhes o conteúdo normativo”.<sup>201</sup> E evidenciam, finalmente, o enunciado de Dworkin, no sentido de que a igualdade é o último comando constitucional, que engloba todos os outros”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008, p. 144).

14 GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. p. 354.

15 BARCELLOS, Ana Paula de. Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: *Legitimações dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 13.

Resta assim, evidente, que o exercício do poder de tributar pelo Estado acarreta uma intervenção direta do Estado sobre as liberdades individuais, aqui especificamente com destaque para a liberdade profissional, e à liberdade de ser proprietário que se correlaciona diretamente com a proteção à propriedade privada.

Se, por um lado, o indivíduo tem pela Constituição assegurado o direito de exercer sua profissão ou atividade econômica acumulando bens e riquezas ao longo de sua vida, por outro, deve o Estado interferir em suas ações de modo a garantir o bem-estar social e o respeito às normas fundamentais, mantendo-se a ordem pública e a proteção aos interesses da coletividade. Portanto, pode-se dizer que aqui a Constituição autoriza um sistema de limitações recíprocas, onde a liberdade de um termina aonde se inicia a liberdade do outro.

E qual seria o meio ideal para se dirimir, no caso concreto, uma colisão entre os interesses do indivíduo e do Estado? É exatamente neste momento que ganham relevo as garantias e direitos fundamentais. E se houver colisão entre garantias fundamentais de ambos? Neste caso, o único recurso disponível suscitado pela doutrina seria a ponderação dos princípios constitucionais envolvidos, prezando-se sempre por aquele de maior “peso”, hoje entendido como aquele, em síntese, mais próximo à dignidade da pessoa humana<sup>16</sup>.

No âmbito do Mercado de Capitais, pôde-se constatar que o sistema de tributação do Imposto sobre a Renda conhecido como “come-cotas” incidente sobre os fundos de investimento a longo prazo<sup>17</sup>, denota um certo distanciamento dos princípios ora elencados, razão pela qual se revela importante a reflexão sobre o tema neste e em outros casos semelhantes.

A partir de tais balizamentos, a compreensão sobre a justiça ou não de uma tributação sobre uma determinada liberdade individual, seja ela profissional, sobre o direito de propriedade ou para o exercício de atividade econômica concorrencial, passa a ser avaliada de maneira ainda mais criteriosa. E é claro, que se o sistema tributário estiver harmônico e devidamente equilibrado, certamente a legitimidade que recairá sobre

---

16 Nota da autora: Certamente a discussão quanto à colisão entre direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados não é tão simples como se expõe neste parágrafo, mas para a abordagem deste tema específico, cujo ponto primordial está com o foco voltado para o direito tributário e financeiro, procurei simplificar a questão apenas para melhor compreensão do raciocínio que desenvolveria nos itens seguintes.

17 Vide art. 9º da IN RFB 1.585/2015.

a arrecadação potencialmente exercida justificará os meios para sua devida observância no meio social. Do contrário, estar-se-á diante de uma situação que certamente não se perpetuará no tempo, seja pelas dificuldades econômicas encontradas, por manobras de evasão ou elisão fiscal, ou por decisões judiciais que coíbam tais práticas com fundamento nos preceitos citados da Constituição.

### 3.2 PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Como já destacado anteriormente, o equilíbrio econômico deve ser mantido para que o sistema de tributação tenha uma base para sua arrecadação. Por esta razão, o exercício do poder de tributar encontra na própria Constituição limites para sua realização, enfatizando-se assim a necessidade de se impor um controle na relação entre o Estado e o indivíduo.

Ainda no plano das relações Estado e Indivíduo, enfatiza-se a neutralidade estatal tributária como um dos fatores essenciais para a promoção da livre concorrência. Neste sentido, Humberto Ávila destaca que:

a neutralidade evidencia o dever de atuação ou abstenção estatal em determinado nível relativamente aos efeitos que a tributação provoca quando recai sobre bens jurídicos essenciais à realização do princípio da liberdade de concorrência. Esses efeitos, a rigor, não nulificam a disponibilidade dos bens jurídicos, pois, nesse caso, haveria um problema de excessividade, não necessariamente ligado à igualdade. Seria o caso, por exemplo, da instituição de um tributo tão alto que impedisse o exercício de determinada atividade econômica. O que os efeitos da tributação desatenta ao dever de neutralidade fazem é prejudicar a existência de um determinado nível de liberdade concernente a bens jurídicos relativos à liberdade de concorrência entre os contribuintes. [...]. Dentre os vários aspectos que poderiam ser aqui analisados, pode-se afirmar que é essencial, para o livre exercício da concorrência, o livre exercício da autonomia privada. Essa, por sua vez, envolve a liberdade de tomar decisões e de competir num mercado livre, especialmente pelo poder de fixar uma política ou estratégia comercial, intimamente relacionada com a livre fixação de preços.<sup>18</sup>

Todavia, para que se garanta hígidez na economia, não basta regular a relação Estado e Indivíduo. Por este motivo, a lei também estabelece várias regras que têm por objetivo regular as relações entre os indivíduos. Destarte, se

18 ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 97-98.

por um lado se estabelece o princípio da livre concorrência como uma garantia constitucional, por outro, deve-se garantir a lealdade concorrencial, sem a qual, certamente, o equilíbrio econômico restaria igualmente comprometido, com graves prejuízos de ordem fiscal, tributária e orçamentária.

De acordo com Sérgio André Rocha e Maurício Faro, a livre concorrência não pressupõe que toda forma de competição seja lícita:

Haja vista que apesar de a competitividade ser inerente à livre concorrência, não se pode ignorar que isto implica certas limitações que, se não forem observadas, podem conduzir à própria desintegração do mercado<sup>19</sup>.

Além disso, para os citados autores, vale também destacar que a livre concorrência é “indispensável para o funcionamento do sistema capitalista, na medida em que possibilita a evolução das condições de competitividade das empresas, traduzindo-se numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado”<sup>20</sup>.

Especificamente no Mercado de Capitais, a livre concorrência sofre algumas limitações relevantes, com a necessidade de inscrição dos participantes nos cadastros da Comissão de Valores Mobiliários como forma de controle e prevenção, além do auxílio de outros órgãos públicos como o Banco Central, que é responsável pela autorização de controle das instituições financeiras atuantes no Mercado financeiro, e até órgãos privados, como é o caso da BM&F Bovespa, que operando sob a supervisão da CVM, administra mercados organizados de Títulos, Valores Mobiliários e Contratos Derivativos, além de prestar serviços de registro, compensação e liquidação, atuando, principalmente, como contraparte central garantidora da liquidação financeira das operações realizadas em seus ambientes.

### 3.3 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA FISCAL

Coroando todo o arcabouço principiológico exposto ao longo do presente trabalho, deparamo-nos com o princípio da Justiça Fiscal, que funcionaria como um elemento balizador e equalizador da tributação em face do contribuinte, sob todos os aspectos, quais sejam: legalidade, capacidade

19 ROCHA, Sergio Andrade; FARO, Mauricio Pereira. Livre Concorrência e Neutralidade Tributária, in *Direito Financeiro e Tributário Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 679.

20 Idem, p. 675.

contributiva, vedação ao confisco, realização das liberdades individuais, respeito às regras concorrenciais, e, por fim, igualdade tributária.

Em matéria de justiça fiscal, Marcus Abraham assevera que:

com a superação dos positivismos conceptualista e economicista (da defesa da legalidade estrita, do primado do direito civil sobre o direito tributário e da liberdade de planejamento fiscal fundada no dogma da autonomia de vontade ou, ainda, da exacerbação da visão causalista da capacidade econômica, com a consideração econômica do fato gerador e com a tese da ilicitude da elisão), a consolidação da jurisprudência dos valores e dos princípios, que procura, com base em princípios formais de legitimação (igualdade, ponderação, razoabilidade e transparência), nortear a interpretação do direito tributário pelo equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça, a legalidade e a capacidade contributiva, os poderes legislativo, executivo e judiciário, o sistema e a finalidade, a liberdade de planejamento e o combate à elisão abusiva. Esta evolução se fez a partir das posições firmadas no campo da teoria geral da interpretação: a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores.<sup>21</sup>

Como principais mecanismos de justiça fiscal hodiernamente utilizados podemos citar as imunidades, as isenções, as alíquotas diferenciadas, a fixação da base de cálculo e outros elementos tributários levando-se em conta as peculiaridades de cada regime ou as características do contribuinte.

#### 4 CONCLUSÃO

Apresentado um breve panorama sobre o sistema tributário aplicável às operações financeiras no Mercado Mobiliário ao longo dos itens 3 e 4 do presente estudo, pode-se constatar que no Mercado de Capitais existe uma série de medidas tendentes a realização da justiça fiscal, na medida em que a legislação vigente aplicável contempla tratamento diferenciado para contribuintes que se encontrem em posição de desvantagem ou hipossuficiência, destacando-se aqui, também, a preocupação com a observância dos princípios apresentados no item 5, quais sejam: o da capacidade contributiva, da livre concorrência, da igualdade tributária e da justiça fiscal, mesmo que ainda não em toda sua integralidade.

---

21 ABRAHAM, Marcus. *O planejamento tributário e o direito privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 125.

Portanto, ainda se verificam pendentes algumas questões carecedoras de normas ou interpretação judicial capazes de garantir a efetiva justiça fiscal, como é o caso do sistema de tributação antecipado do “come cotas” previsto no art. 9º da Instrução Normativa RFB 1.585/2015, e a ausência de um melhor escalonamento de alíquotas progressivas no caso do Imposto sobre a Renda, sendo este um problema que se espalha por todo o sistema tributário, que não se restringe ao Mercado Financeiro e de Capitais.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *O planejamento tributário e o direito privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: *Legitimações dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FALCÃO, Maurin Almeida; MACHADO, Ieda. *O limite frágil entre a capacidade contributiva e a vedação ao confisco no Sistema Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Revista do Programa da Pós-Graduação em Direito da UFC, 2012.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ROCHA, Sergio Andrade; FARO, Mauricio Pereira. Livre Concorrência e Neutralidade Tributária. In: *Direito Financeiro e Tributário Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RECEBIDO EM: 26-06-2017

APROVADO EM: 05-03-2018

# **ANÁLISE DA JURIDICIDADE DO CONTROLE DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

***ANALYSIS OF THE LEGALITY OF THE CONTROL OF  
LENIENCY AGREEMENTS OF THE CORPORATE ANTI-  
CORRUPTION LAW BY THE BRAZILIAN COURT OF  
ACCOUNTS***

*Francisco Sérgio Maia Alves*

*Mestre em Direito e Políticas públicas pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília.*

*Graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba e graduação em*

*Engenharia Civil Aeronáutica pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica.*

*Auditor Federal de controle externo - Tribunal de Contas da União*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Características, Conceito e Natureza Jurídica dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial; 1.1 Fundamento da Lei Anticorrupção Empresarial; 1.2 Fundamentos dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial; 1.3 Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial como Instrumento de Consensualidade no Direito Administrativo; 1.4 A Natureza Contratual dos Acordos de Leniência

da Lei Anticorrupção Empresarial; 2 Acordos Administrativos no Processo Sancionatório; 2.1 Poder Sancionador da Administração Pública; 2.2 Acordos de leniência da Lei Anticorrupção Empresarial como Instrumento do Poder Sancionador do Estado; 3 Controle Externo da Administração Pública; 3.1 Espaço Objetivo de Incidência do Controle Externo da Administração Pública; 3.2 Modelo Constitucional Vigente do Controle Externo de Atos e Contratos Administrativos; 3.3 Controle dos Acordos de Leniência pelo TCU; 4 Inconveniências e Problemas da Atuação do TCU na Fiscalização dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial; 5 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar se o Tribunal de Contas da União possui, à luz das disposições constitucionais e legais que regem a sua atuação, competência para fiscalizar os acordos de leniência celebrados com fulcro na lei anticorrupção empresarial e condicionar a eficácia jurídica de tais instrumentos à sua aprovação, conforme previsto na Instrução Normativa-TCU nº 74, de 11/02/2015. Para tanto, serão estudadas as características e a natureza jurídica dos acordos de leniência; a conformidade jurídica do controle prévio de tais instrumentos, à luz do modelo de controle estabelecido na Constituição de 1988; a legalidade da Instrução Normativa-TCU nº 74/2015, os efeitos dos acordos de leniência sobre a jurisdição de contas; e os aspectos práticos da fiscalização dos acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei Anticorrupção Empresarial. Acordo de Leniência. Poder Sancionador. Controle Externo. Tribunal de Contas da União.

**ABSTRACT:** This paper aims analyzing whether, in the light of the constitutional and legal provisions, the Brazilian Court of Accounts has the power to oversee leniency agreements based on the corporate anti-corruption law and to condition the legal effectiveness of such instruments to your approval, according to the Normative Instruction-TCU No. 74, dated 02/11/2015. Therefore, will be studied the characteristics and legal nature of leniency agreements; the legal conformity of the prior control of such instruments, in the light of the control model established in the 1988 Constitution; the legality of Normative Instruction-TCU No. 74/2015, the effects of leniency agreements on the jurisdiction of

accounts; and the practical aspects of oversight of the leniency agreements of the corporate anti-corruption law.

**KEYWORDS:** Business Anticorruption Law. Leniency Agreement. Sanctioning Power. External Control. Brazilian Court of Accounts.

## INTRODUÇÃO

A fim de atender aos diversos acordos e tratados internacionais voltados ao combate à corrupção, o Brasil editou a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como lei anticorrupção empresarial. O propósito principal da norma, exposto logo em seu art. 1º, foi introduzir em nosso ordenamento jurídico a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Além de dispor sobre os atos lesivos, o processo administrativo de responsabilização e as sanções administrativas e judiciais cabíveis, a lei tratou dos denominados acordos de leniência.

Por entender que tais ajustes constituem espécie de ato administrativo sujeito à sua jurisdição, o Tribunal de Contas da União editou a Instrução Normativa-TCU nº 74, de 11/02/2015.

Dentre os diversos aspectos tratados na norma, o art. 3º instituiu o controle prévio dos acordos de leniência. Segundo o dispositivo, a apreciação do Tribunal sobre as etapas que compõem a celebração de acordos de leniência, descritas no art. 1º, constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes.

O objetivo do presente artigo é analisar se o Tribunal de Contas da União possui, de fato, à luz das disposições constitucionais e legais que regem a sua atuação, competência para fiscalizar os acordos de leniência e condicionar a eficácia jurídica de tais instrumentos à sua aprovação. Dito de outra forma, será avaliada a compatibilidade material e formal da Instrução Normativa-TCU nº 74, de 11/02/2015 com a Constituição Federal e a Lei Orgânica do TCU.

Como objetivo secundário, serão analisadas as implicações da celebração de tais ajustes sobre as atribuições da Corte de Contas, especificamente, se os seus termos impedem que o Tribunal apure a responsabilidade financeira e aplique as sanções previstas em sua lei

orgânica em razão dos atos abarcados pelo acordo de leniência da lei anticorrupção empresarial.

Para a consecução da pesquisa, serão examinados os atributos e o conceito dos acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial. Para tanto, serão explorados os conceitos de contrato administrativo segundo a doutrina especializada e daí confrontadas as noções abstratas de tais institutos jurídicos com a disciplina dos acordos de leniência estabelecidos na Lei nº 12.846/2013.

Ademais, será examinado o espaço objetivo de incidência do controle externo realizado pelo TCU e analisadas as disposições que regem a fiscalização de atos e contratos, estabelecidos na Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, e na Constituição Federal. Na sequência, o texto da Instrução Normativa-TCU nº 74, de 11/02/2015, que constitui a base da presente pesquisa, será confrontado com as disposições constitucionais e legais que disciplinam a fiscalização realizada pelo Tribunal.

Para cumprir esses objetivos, será adotado o método de abordagem dedutivo, partindo-se da análise geral do objeto de estudo, ou seja, da legislação e da doutrina pertinentes, até se chegar a conclusões particulares. Quanto às técnicas de pesquisa, será utilizada a documentação indireta, por intermédio da pesquisa documental e bibliográfica.

## **1 CARACTERÍSTICAS, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL**

### **1.1 FUNDAMENTO DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL**

A lei anticorrupção empresarial foi instituída no esforço de coibir a prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira, por meio da criação de procedimento sancionatório voltado à responsabilização objetiva da pessoa jurídica por ilícitos administrativos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

A lei buscou sancionar, na esfera administrativa e cível, os atos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, tendo especificado, em seu art. 5º, cinco atos lesivos, com a descrição das condutas proibidas pela lei.

As penas estabelecidas na lei inserem-se no âmbito do poder sancionador do Estado, que, no presente caso, busca tutelar o patrimônio público, a probidade e a ética na relação entre as pessoas jurídicas e a administração pública. O pano de fundo da lei é a defesa dos princípios da administração pública e, em especial, os compromissos assumidos pelo Brasil em convenções internacionais de combate à corrupção. Foi por essa razão que a lei, a despeito de não tratar unicamente de corrupção, entendida aqui como ilícito penal definido no art. 333 do Código Penal, passou a ser conhecida como lei anticorrupção empresarial.

Segundo Dias (2015, p. 77), “essa proteção à ética administrativa, contudo, não é feita de forma direta, mas sim indiretamente, uma vez que o legislador optou por elencar, no caput do art. 5º, os bens jurídicos que a lei protege diretamente”. É justamente por essa carga axiológica da lei que a doutrina se divide quanto ao caráter exaustivo ou exemplificativo do artigo 5º<sup>1</sup>, ou seja, se é possível aplicar as sanções da lei por outros atos que tenham infringido os valores que a lei visa tutelar.

A lei anticorrupção empresarial apresenta evidentes pontos de intersecção com a lei de improbidade administrativa. Nesse sentido, Ferraz (2014, p. 33-34) assinala que a referida normas, juntamente com as Leis nºs 8.429/1992 e 1.079/1952, o Decreto-Lei nº 201/1967 e a Lei Complementar nº 64/1990, prescrevem um microsistema normativo de tutela da ética nas relações político-administrativas no Brasil.

A despeito da intenção do legislador, a lei acabou por criar espaços de sobreposição com a Lei nº 8.429/1992 e gerou, por força do instituto do acordo de leniência, expectativas errôneas quanto à extensão de seus efeitos para outras normas e órgãos de controle da administração pública. A instituição do controle dos acordos de leniência pelo TCU é um reflexo dos equívocos cometidos na interpretação da norma.

## **1.2 FUNDAMENTOS DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL**

Os acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial são instrumentos jurídicos bilaterais, formados a partir da conjunção de vontades entre um órgão da administração pública e uma pessoa jurídica

---

1 A título de exemplo, Dias (2015, p. 87) entende que o rol é exemplificativo e admite interpretação extensiva. Campos (2014, p. 166) compreende que a lista é taxativa.

que tenha praticado atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, tipificados na referida lei, em que a primeira se compromete a mitigar ou deixar de aplicar as sanções administrativas previstas na norma, em troca da obtenção de informações e elementos de provas úteis à apuração dos atos ilícitos praticados.

Trata-se de instrumentos de investigação processual concebidos para a comprovação dos atos ilícitos especificados na norma. Assim como a colaboração premiada, constituem meio de obtenção de prova, possuindo, portanto, caráter instrumental ao processo administrativo e judicial especificado na lei<sup>2</sup>.

Os acordos de leniência foram formatados para ampliar os poderes de investigação do estado, e, assim, aumentar a probabilidade de punição dos ilícitos anticoncorrenciais, especialmente os cartéis.

Braga, Oliveira e Pinha (2016, p. 139) ressaltam, no mesmo sentido, que a implementação dos programas de leniência ao redor do mundo decorre do consenso de que este é um mecanismo inteligente de combate aos cartéis. A ideia, portanto, é desequilibrar o ajuste formado para a prática de ilícitos, por meio da criação de uma estrutura de incentivos que induza um dos membros da organização a colaborar com o Estado<sup>3</sup>.

Os acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial foram criados sob inspiração de institutos semelhantes existentes no direito internacional e nacional. Eles são mais um exemplo da aproximação do direito sancionador brasileiro com o sistema da *common law* (PINTO, 2016, p.52).

Com isso, conclui-se que os acordos de leniência são instrumentos processuais destinados à obtenção eficiente de provas da materialidade e autoria dos atos ilícitos tipificados na lei anticorrupção empresarial. Pelos efeitos jurídicos que produzem sobre o exercício do poder sancionador do Estado frente ao colaborador, eles também podem ser considerados negócios jurídicos processuais substitutivos ou integrativos das sanções previstas em lei.

---

2 MARRARA (2015, p. 511) destaca, na mesma linha, o caráter funcional dos acordos de leniência.

3 PALMA (2010, p. 91-116) destaca a consensualidade como instrumento de realização da eficiência administrativa na investigação de ilícitos.

### **1.3 ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL COMO INSTRUMENTO DE CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Os acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial refletem, na esfera do direito sancionador, a tendência de consensualidade que tomou conta do Direito Administrativo no presente século.

A consensualidade consiste em uma técnica de gestão administrativa por meio da qual são firmados os acordos entre Administração e administrado com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício de autoridade estatal (prerrogativa pública) (PALMA, 2010, p. 127).

No processo administrativo sancionatório, a consensualidade se manifesta pelo emprego de módulos contratuais de forma alternativa à prática do ato administrativo unilateral de aplicação de sanção.

A consensualidade nos acordos de leniência não tem como norte o atendimento dos interesses particulares. Conforme visto, ela é instrumental à satisfação do interesse da própria Administração de apurar a responsabilidade e punir, de forma mais eficaz e eficiente, os ilícitos cometidos contra ela.

Por óbvio, o interesse do particular colaborador também é atendido, na medida em que ele também participa do ato bilateral que conjuga as vontades de ambas as partes. Porém, como o objetivo imediato da consensualidade, nos acordos de leniência, é atender aos interesses da própria Administração, é esse aspecto que será avaliado pela autoridade competente, ao decidir pela atuação por meio de atos imperativos e unilaterais ou consensuais.

Por essa razão, é o órgão da administração pública, na condição de guardião dos valores promovidos pela lei, por absoluta deferência legal, quem pode verificar os meios que se mostrem mais adequados para a promoção da finalidade da lei anticorrupção empresarial, a promoção da moralidade pública, da probidade administrativa e o combate à corrupção. A má escolha do órgão, a decisão equivocada, terá como única consequência o exercício deficiente de seu poder sancionador.

### **1.4 A NATUREZA CONTRATUAL DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL**

No direito nacional, a doutrina costuma restringir a ideia de contrato administrativo aos acordos disciplinados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como a lei geral de licitações e contratos. Todavia, além

de a norma não tratar apenas dessa modalidade de contrato, ela admite expressamente a existência de outros contratos administrativos, distintos dos tipificados e nominados na aludida lei.

O fato de a Lei nº 8.666/1993 ter instituído um regime geral de contratos da Administração não impede que outras leis estabeleçam diversos regimes jurídicos para outros contratos, inclusive administrativos (ALMEIDA, 2012, p. 203)<sup>4</sup>.

Dito isso, cabe discutir se os acordos de leniência podem ser enquadrados como contratos administrativos.

Segundo Moreira e Bagatin (2014, p. 27), a estruturação do Direito Administrativo brasileiro não permite que se reconduza o exercício negociado de poderes unilaterais à categoria dos contratos administrativos. Isso porque, no Brasil, a expressão remete primariamente à aplicação da Lei nº 8.666/1993, que disciplina exclusivamente contratos de aquisição de bens e serviços, sem qualquer preocupação com a disciplina de outras formas de concertação entre Administração Pública e particulares. A despeito disso, os autores entendem que o acordo de leniência constitui ato comutativo que visa modificar situações jurídicas, o que o identifica com a noção de contrato (MOREIRA, BAGATIN, 2014, p. 27).

Moreira Neto (2003, p. 10-11), por sua vez, diferencia os contratos dos acordos. Segundo ele, o consenso se formaliza no concurso de vontades – o pacto – que, por sua vez, se apresenta ora como contrato ora como acordo, distinguindo um do outro pela natureza jurídica das respectivas prestações neles avençadas. Com efeito, enquanto as prestações dos contratos são recíprocas, voltadas cada uma delas ao atendimento de interesses distintos de cada um dos contratantes, as prestações dos acordos são integrativas, porque solidariamente voltadas ao atendimento de interesses comuns.

Palma (2010, p. 87) prefere posicionar os acordos de leniência dentre os instrumentos consensuais da administração pública.

Marrara (2015, p. 512) compreende os acordos de leniência como um “instrumento negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade

---

<sup>4</sup> Quanto a esses contratos administrativos, entende-se que a Lei nº 8.666/1993 funciona como norma geral, sendo, portanto, de aplicação subsidiária às leis especiais que regem os aludidos, como, aliás, impõem as regras elementares de hermenêutica jurídica. No mesmo sentido, ver ALMEIDA (2012, p. 204).

pública e um particular”. Pereira (2016, p. 88-89), por sua vez, entende que os acordos de leniência são dotados de um viés contratual, pois comprometem os assinantes a cumprirem o que fora avençado com boa-fé.

No presente trabalho, adota-se a definição de contrato administrativo Correia (1987, p. 396):

acordo vinculativo por força de lei, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que vise criar, modificar ou extinguir relação jurídica disciplinada em termos específicos do sujeito administrativo, em que figure como parte pelo menos uma pessoa coletiva da Administração.

Dessa forma, como os acordos de leniência constituem a expressão de duas ou mais vontades contrapostas e harmonizáveis entre si com o objetivo de disciplinar relação jurídica entre a pessoa jurídica colaborada e o órgão administrativo dotado do poder de investigar os atos ilícitos reportados e exercer *ius puniendi*, entende-se que tais instrumentos se amoldam à ideia de contrato administrativo, segundo a doutrina de Correia (1987).

## 2 ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO PROCESSO SANCIONATÓRIO

### 2.1 PODER SANCIONADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A prerrogativa sancionatória é a faculdade detida pela Administração Pública de impor unilateral e imperativamente sanções administrativas. Tal competência decorre do denominado poder administrativo sancionador geral, o *ius puniendi*, que resulta da soberania do Estado e de seu papel de proteger os bens jurídicos relevantes para toda a sociedade.

Prates (2005, p. 37) assinala que a possibilidade de a Administração impor, por ela mesma e com império, sanções aos particulares com os quais não mantivesse nenhuma relação jurídica especial, constitui verdadeiro poder administrativo, a ser usado em favor da coletividade.

Quanto à extensão desse poder, Osório (2015, p. 43) observa que o Estado, por meio do Direito Administrativo, costuma proibir e sancionar determinados comportamentos, alcançando agentes públicos e particulares. Com isso, constata-se que o poder sancionador do Estado se irradia sobre todos os administrados independentemente de possuir uma relação especial ou geral com o Estado.

O poder sancionatório deve ser exercido na forma e no limite da lei (Palma, 2010, p. 73). Segunda a referida autora, o fundamento da competência sancionatória detida pela Administração Pública não encontra amparo no *ius puniendi* estatal, mas sim na prerrogativa sancionatória prevista nos textos legais, a ser exercitada nos termos e limites definidos no regime administrativo ao qual se relacione.

Entende-se que existe ampla discricionariedade do legislador para estabelecer as infrações administrativas e penais, as sanções e os órgãos encarregados da fiscalização dos valores tutelados pelas normas e da aplicação das sanções. Nesse sentido, Souza (2015, p. 190) assinala que “a possibilidade de que o Estado selecione condutas indesejadas e a prescrevam como ilícitos, atribuindo as respectivas sanções, deriva da própria noção de soberania e de seu consectário lógico que é o Poder Punitivo Estatal (*jus puniendi*)”.

É nesse contexto que devem ser analisadas as disposições da lei anticorrupção empresarial. Conforme Souza (2015, p. 194), as infrações especificadas na referida norma foram, por opção legislativa, classificadas “[...] como ilícitos extrapenais, passíveis de responsabilização administrativa e judicial, sem prejuízo de que também sejam considerados ilícitos penais ou cíveis de outras leis”.

Com relação às sanções especificadas na lei anticorrupção empresarial, embora a Constituição não tenha atribuído expressamente à administração pública e ao sistema de controle interno o poder de sancionar pessoas jurídicas, nos termos de seu art. 8º, nada impede que o legislador ordinário defina, como de fato fez, determinados comportamentos como ilícitos administrativos, estabeleça sanções administrativas e atribua a função de aplicá-las a um dos órgãos da estrutura estatal.

Afinal, é absolutamente legítimo se atribuir competências aos órgãos estatais por meio de lei, desde que a outorga de competência não afete o arranjo de atribuições estabelecidas na própria constituição. A constituição não é a única fonte de competências estatais, de modo que o legislador é livre para definir a organização administrativa que, em sua concepção, seja a mais adequada para o cumprimento das funções do Estado<sup>5</sup>.

---

5 Nesse sentido, Osório (2015, p. 140) destaca a ampla discricionariedade do Poder Legislativo na configuração dos regimes jurídicos do *ius puniendi* estatal

Dessa forma, apesar de o art. 74 da Constituição não ter atribuído ao sistema de controle interno o poder de punir pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, a lei anticorrupção empresarial não incorreu em inconstitucionalidade ao atribuir, de forma difusa, o poder de sanção dos atos lesivos contra a administração.

## **2.2 ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL COMO INSTRUMENTO DO PODER SANCIONADOR DO ESTADO**

Segundo Palma (2010, p. 190-191), os acordos administrativos se dividem em duas categorias. Pelos acordos substitutivos, a Administração deixa de emitir ato imperativo e unilateral que lhe compete e encerra ou deixa de instaurar o processo administrativo correspondente. Pelos acordos integrativos, não há terminação do processo, a administração e o administrado celebram o acordo integrativo para viabilizar a posterior emissão de ato final, imperativo e unilateral, de forma mais célere ou mais adequada ao caso concreto.

Os acordos de leniência da lei anticorrupção enquadram-se no último tipo. Isso porque a norma não prevê a remissão de todas as sanções administrativas especificadas, sendo que, no caso da multa, ela admite a redução em no máximo 2/3 (dois terços). Dessa forma, tais instrumentos se enquadram no conceito de acordo administrativo integrativo do exercício de competência unilateral, segundo a referência bibliográfica citada.

Os acordos de leniência da lei anticorrupção constituem forma de manifestação estatal exercida no âmbito do poder sancionador atribuído à administração pública em face dos ilícitos especificados na referida norma. Eles constituem a contraface do poder-dever do Estado de impor unilateralmente as sanções administrativas instituídas pela Lei nº 12.846/2013, especificamente no art. 6º e 19 da norma.

Dessa forma, a autoridade competente terá ampla liberdade de impor as aludidas penas, segundo o seu livre convencimento, caso a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios ou o Ministério Público ingressem com ação judicial com vistas à aplicação dessas sanções, independentemente da celebração de acordo de leniência na esfera administrativa<sup>6</sup>.

---

6 Contudo, Marrara (2015, p. 522) entende que a celebração de acordo de leniência também impediria a aplicação da pena de dissolução compulsória, pois, se assim não for, a legislação padece de um grave vício lógico. Nesse sentido, indaga: “De que adianta conceder esse benefício ao infrator colaborador, se a leniência não impede que o juiz determine a sua extinção como pessoa jurídica? Para que os benefícios sejam reais e efetivos, portanto, é preciso reinterpretar a Lei Anticorrupção. Embora o art. 16 não o

Considerando que os acordos de leniência são integrativos do processo administrativo sancionatório da lei anticorrupção empresarial, é razoável que somente os órgãos competentes para impor as sanções da lei tenham competência para dispor desse poder-dever e, portanto, celebrar tais acordos.

No que se refere aos danos decorrentes dos ilícitos tipificados na lei anticorrupção empresarial, a norma não atribui às autoridades administrativas competência para transacionar os prejuízos causados contra a Administração Pública por meio da celebração de acordos de leniência. A administração somente pode dispor a respeito das sanções especificadas nos arts. 6º e 19, inciso IV, da lei anticorrupção empresarial e nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993.

O art. 16, § 3º, da lei anticorrupção empresarial preconiza que “o acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”. Segundo o art. 13, a administração deve instaurar processo administrativo específico de reparação integral do dano, que segue independentemente do processo administrativo pertinente à aplicação das sanções estabelecidas nesta lei. Por fim, o parágrafo único do referido dispositivo estabelece que “concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública”.

Apesar da omissão da norma, é preciso destacar que o art. 8º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, impõe a obrigação da autoridade competente de instaurar tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. Segundo o § 2º do art. 8º, a tomada de contas especial deverá ser, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal.

Isso implica que a celebração de acordo de leniência e a conclusão do processo administrativo de reparação do dano pela administração pública não afetam a competência do TCU de apurar débitos e imputar responsabilidade financeira daqueles que eventualmente causaram prejuízo ao erário, uma vez que tal atribuição tem raiz constitucional.

---

diga, a leniência impõe uma imunidade também contra a medida prevista no art. 19, inciso III. Se não for assim, de nada adiantará o benefício quanto ao inciso IV”.

### 3 CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle externo da União e das entidades da administração direta e indireta é exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete, dentre outras atribuições (art. 71)

Diante desse quadro normativo constitucional, passa-se a examinar se o TCU tem competência para fiscalizar os acordos de leniência celebrados pela administração pública federal e, em caso positivo, se ele pode condicionar a eficácia de tais instrumentos à sua aprovação prévia.

#### 3.1 ESPAÇO OBJETIVO DE INCIDÊNCIA DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, cabe um pequeno esclarecimento sobre o conceito de “espaço objetivo de incidência”. A expressão foi extraída da obra do administrativista português Tavares (1998, p. 68 e 81) e pode ser definida, para os fins do presente artigo, como o universo de atos jurídicos sobre os quais incide a fiscalização e o controle do Tribunal de Contas da União.

Segundo o art. 70, parágrafo único, da Constituição:

prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

A leitura do dispositivo mencionado, em especial, dos verbos utilizados no artigo, permite deduzir que o controle externo da administração pública se dá sobre os atos relativos à atividade financeira do Estado, assim entendida como “a atuação estatal voltada para obter, gerir e aplicar os recursos necessários à consecução das finalidades do Estado que, em última análise, se resumem na realização do bem comum” (HARADA, 2008, p. 4).

Segundo o art. 41, da Lei nº 8.443/ 1992, o Tribunal “efetuará a fiscalização dos *atos de que resulte receita ou despesa*, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição” (grifo do autor). Segundo o art. 45 da norma, “*verificada a ilegalidade de ato ou contrato*, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (grifo do autor).

Com isso, conclui-se que o controle externo do TCU não incide sobre todos os atos e contratos administrativos, mas apenas sobre aqueles relacionados à atividade de administração e gestão de bens, dinheiros e valores públicos que resultem receita e despesa pública e, ainda, sobre os atos que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

### **3.2 MODELO CONSTITUCIONAL VIGENTE DO CONTROLE EXTERNO DE ATOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

A doutrina administrativista costuma dividir o controle quanto ao momento em que se realiza em três tipos: controle prévio ou preventivo; controle concomitante e controle *a posteriori*. Apesar da falta de uniformidade na definição dos tipos mencionados, buscar-se-á delimitar os tipos de controle mencionados, a fim de permitir o melhor entendimento da tese que se propõe.

A despeito da falta de rigor terminológico no estudo do tema, entende-se adequado delimitar, para os fins do presente estudo, a ideia de controle prévio de atos administrativos. Apesar de a doutrina administrativa considerá-lo como sinônimo de controle preventivo, entendo que tais modalidades de controle não devem ser confundidas.

O controle prévio é o que antecede a conclusão ou operatividade do ato, como requisito para sua validade ou eficácia. Por exemplo, quando o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, estabelece que “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”, está instituindo um controle prévio de tais atos e negócios administrativos, que somente serão considerados válidos se cumprirem tal condição.

O controle preventivo, por sua vez, é o que antecede a consumação dos efeitos do ato, mas não constitui condição para a sua validade ou eficácia. Nesse caso, o ato pode ser celebrado e as despesas realizadas durante a realização do controle preventivo, a menos que seja expedida ordem de suspensão do ato, mediante a adoção de medida cautelar. A existência do poder geral de cautela por parte do TCU não impede que os atos administrativos produzam desde logo seus efeitos, ou seja, não condiciona a eficácia dos atos à manifestação do Tribunal. Ele apenas admite a atuação preventiva do TCU em situações excepcionais onde restarem configurados o perigo da demora e a fumaça do bom direito.

O controle prévio de atos e contratos que resultassem obrigação de pagamento vigeu no ordenamento jurídico brasileiro, com variadas formatações, até a aprovação da Constituição de 1967. No regime constitucional anterior, o art. 77, § 2º, da Constituição de 1946, estabelecia que estava “sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste”.

Com a Constituição de 1967, o sistema de registro prévio de atos e contratos foi substituído pela fiscalização por meio da técnica de auditoria, instrumento de controle sucessivo à formação do ato e concomitante à execução orçamentária das despesas<sup>7</sup>. Dessa forma, considerando que o elenco de competências atribuído ao TCU, no art. 71 da Constituição não abrange o controle prévio de atos e contratos, entende-se que tal modalidade de controle é incompatível com o regime constitucional de controle externo atualmente em vigor.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido, em análise de ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual:

2.O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da Função Executiva.

3. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público<sup>8</sup>.

Com isso, conclui-se que o controle prévio de atos e contratos administrativos não encontra amparo no regime constitucional de controle externo atualmente em vigor.

### 3.3 CONTROLE DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA PELO TCU

Por meio da Instrução Normativa – TCU nº 74, de 11 de fevereiro de 2015, o TCU disciplinou a fiscalização da organização do processo de

7 No mesmo sentido, Speck (2000, p. 68).

8 Supremo Tribunal Federal. ADI 916-8 Mato Grosso. Relator Ministro Joaquim Barbosa, Sessão de 2/2/2009. DJe nº 43, de 6/3/2009.

celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei nº 12.846/2013.

Segundo a norma, “a celebração de acordos de leniência por órgãos e entidades da administração pública federal é ato administrativo sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas da União quanto a sua legalidade, legitimidade e economicidade, nos termos do art. 70 da Constituição Federal”.

Dentre os motivos indicados para a edição da norma, o Tribunal invocou a competência que lhe foi atribuída nos arts. 38, 41, inciso I, alínea “b” e 42 da Lei n.º 8.443/1992, de “promover o acompanhamento sobre a gestão e o controle contábil, orçamentário, financeiro e patrimonial praticados pela administração pública e pelos sistemas de controle interno dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. Segundo se depreende dos considerandos da instrução normativa, o objetivo da fiscalização dos acordos de leniência é assegurar a eficácia do controle e instruir o julgamento das contas pelo TCU.

Nesse contexto, a norma criou um procedimento de fiscalização dos processos de celebração de acordos de leniência da administração pública federal, por meio da análise de documentos e informações, que serão enviados ao Tribunal segundo as etapas estabelecidas no art. 1º da norma.

Porém, entende-se que o Tribunal de Contas da União não é competente para fiscalizar a legalidade e a economicidade da celebração dos acordos de leniência.

Primeiramente, o acordo de leniência não é ato administrativo. Conforme visto, trata-se de instrumento formado a partir do concurso de vontades da pessoa jurídica particular e da administração pública, possuindo a natureza de contrato administrativo, conforme visto no capítulo 2.4.

Todavia, o acordo de leniência não é celebrado no âmbito da atividade de gestão de bens, dinheiros e valores públicos. Embora ele resulte receita pública, correspondente à multa prevista no art. 6º, inciso I, da lei anticorrupção empresarial, ele não constitui ato jurídico praticado no bojo da administração de recursos públicos.

Ademais, o ato de celebração do acordo de leniência não é apto a gerar, por si só, perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, uma vez que não é possível, por meio dele, reduzir ou

isentar a pessoa jurídica do pagamento do dano causado à administração pública em virtude do ato ilícito praticado.

Dessa forma, considerando que o acordo de leniência não envolve a utilização, arrecadação, gerência ou administração de dinheiros, bens e valores públicos, entende-se que ele não gera o dever de prestar contas, nem está sujeito à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas da União.

No que se refere ao sistema de controle interno dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, embora o TCU seja competente para fiscalizar e acompanhar os atos de gestão praticados pelos aludidos órgãos no âmbito de sua função administrativa, ele não possui a atribuição constitucional de controlar e acompanhar os atos de controle. Sem o pudor de ser repetitivo, o TCU não é uma instância de supracontrole, que fiscaliza a legalidade e a legitimidade dos atos da administração praticados no âmbito da função de controle.

Por exemplo, o TCU não controla a legalidade, a legitimidade e a economicidade do parecer conclusivo do tomador de contas especial quanto à comprovação da ocorrência do dano, à sua quantificação e à correta imputação da obrigação de ressarcir a cada um dos responsáveis. Da mesma forma, o Tribunal também não controla a legalidade, a legitimidade e a economicidade do parecer conclusivo do dirigente do órgão de controle interno, elaborado no âmbito do processo de tomada de contas especial instaurado pela administração pública.

Após a sua conclusão, a tomada de contas especial será encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento<sup>9</sup>, que deliberará a respeito da matéria, segundo sua própria convicção, independentemente das conclusões da administração pública e do controle interno e da existência de eventual vício no procedimento.

Ademais, o TCU não controla a legalidade do processo administrativo de aplicação da sanção, ou seja os diversos atos praticados no âmbito da competência sancionatória atribuída à administração pública.

---

9 Art. 8º, § 2º, da Lei nº 8.443/1992: A tomada de contas especial prevista no caput deste artigo e em seu § 1º será, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao Erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu Regimento Interno.

Sob a ótica dos interesses particulares dos administrados, caso eles se sintam prejudicados pelas decisões unilaterais da administração no exercício do poder sancionatório devem recorrer ao Poder Judiciário para defesa de seus direitos subjetivos. Nesse sentido, a jurisprudência do TCU é pacífica, conforme se verifica nas seguintes deliberações prolatadas pelo Tribunal:

Por esse motivo, a exemplo do que decidido pelo Plenário do TCU, mediante os Acórdãos 209/1999, 823/1999, 657/2000, 1.438/2002, 125/2011, *não cabe a este Tribunal atuar como instância revisora de pena administrativa*, aplicada aos particulares, que poderão – se assim o quiserem – recorrer ao Poder Judiciário, para defesa de seus interesses subjetivos<sup>10</sup>. (grifo do autor)

Sob a ótica do interesse público, o TCU também não atua como segunda instância administrativa do exercício do poder sancionatório da administração pública, pois além de essa atribuição não ter sido conferida expressamente pela lei e pela constituição, os atos formais do procedimento de aplicação de sanção não podem ser considerados atos de gestão de recursos públicos sujeitos ao controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial deferido pela Constituição ao TCU.

O Tribunal não fiscaliza nenhum ato de imposição de sanção administrativa nem os acordos substitutivos ou integrativos das sanções previstos na legislação. A título exemplificativo, o TCU não realiza o controle externo dos:

- a) termos de compromissos ambientais previstos no art. 139 do Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008;
- b) acordos de leniência do sistema de defesa da concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011); e
- c) termo de compromisso no âmbito do mercado de valores mobiliários (art. 11, § 5º, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976).

Assim como o exame da materialidade e da conduta do agente infrator para fins de aplicação de sanções, a valoração da efetiva colaboração, mediante a análise dos documentos e das informações prestadas pelo

---

10 Voto condutor do Acórdão nº 3997/2016-Primeira Câmara. Ministro Relator: Walton Alencar Rodrigues

colaborador com vistas à celebração da leniência é matéria de competência exclusiva da autoridade administrativa. Não cabe ao TCU adentrar nesse aspecto e verificar a justeza e a correção do exercício do *ius puniendi* pelas autoridades administrativas legitimadas pela lei.

Além de ter fixado indevidamente a jurisdição do TCU sobre os acordos de leniência, a Instrução Normativa-TCU 74/2015 instituiu modalidade de controle prévio, o qual se mostra incompatível com o regime constitucional vigente.

Conforme o art. 3º da norma, a apreciação do Tribunal de Contas da União sobre as etapas que compõem a celebração de acordos de leniência constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes. Dessa forma, verifica-se que o dispositivo em análise instituiu o controle prévio dos acordos de leniência celebrados no âmbito da administração pública federal.

Tomando por base as considerações aduzidas no item anterior, entende-se que o controle prévio dos acordos de leniência celebrados pela administração pública federal, instituído pelo art. 3º, da Instrução Normativa – TCU 74/2015, não está de acordo com as disposições constitucionais atualmente em vigor.

Em sentido próximo, cabe mencionar a doutrina de Rosilho (2016, p.1-3), segundo o qual não compete ao TCU fiscalizar, nem muito menos aprovar ou rejeitar, minutas de acordos que não foram sequer foram publicadas, pois se assim o fosse ele estaria se imiscuindo na função executiva (praticar atos, celebrar contratos e formular acordos).

Sendo assim, compreende-se que o TCU, ao condicionar a eficácia jurídica dos acordos de leniência à sua aprovação, instituiu modalidade de controle prévio, o qual se mostra incompatível com o regime constitucional vigente.

Da mesma forma, Fidalgo e Canetti (2015, p. 369) entendem que a Constituição não atribuiu ao TCU qualquer competência apriorística para a análise dos acordos de leniência.

Segundo o art. 3º, da Lei nº 8.443/1992, o Tribunal de Contas da União pode, no âmbito de sua competência e jurisdição, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Sobre o assunto, Barroso (2001, p. 239) assinala que o exercício do poder regulamentar pelo TCU deve ser interpretado conforme a Constituição. Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, o órgão de contas desfruta de competências normativas inferiores, e não do poder de editar regras gerais e abstratas. Para ele, o Tribunal não tem competência para editar regulamentos de execução, regulamentos autônomos, muito menos para invadir a esfera de reserva legal, com o fim de impor obrigações, estabelecer requisitos ou ditar vedações que não tenham apoio na lei.

Conforme visto, os acordos de leniência não constituem atos de gestão nem atos de que resulte receita ou despesa, de modo que eles não estão sujeitos à prestação de contas nem à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial prevista no art. 70 da Constituição e no arts. 41 da Lei nº 8.443/1992.

Dessa forma e considerando, ainda, que a lei anticorrupção empresarial não atribuiu ao TCU competência para celebrar ou aprovar acordo de leniência, nem para verificar a legalidade na aplicação da referida norma, como, por exemplo, o fez a Lei nº 8.666/1993<sup>11</sup>, compreende-se que o TCU extrapolou o poder regulamentar que lhe foi conferido, ao disciplinar, por meio da Instrução Normativa-TCU 74/2015, a fiscalização da organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal<sup>12</sup>.

A celebração dos acordos de leniência não afeta a competência do TCU de imputar débitos e apurar a responsabilidade financeira daqueles que deram causa a prejuízo ao erário. O eventual ressarcimento dos prejuízos decorrentes dos atos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas, no âmbito dos processos administrativos instaurados pela administração

---

11 Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

12 A propósito, encontrava-se em tramitação na Câmara dos Deputados, na data da elaboração do presente artigo, o Projeto de Decreto Legislativo nº 5/2015, apresentado pelo Deputado Raul Jungmann (PPS-PE), em 19/2/2015, com o objetivo de sustar a referida norma (Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1301695&filename=Tramitacao-PDC+5/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1301695&filename=Tramitacao-PDC+5/2015)>. Acesso em: 10 maio de 2017. Na data da elaboração desse artigo, a proposta de decreto legislativo encontrava-se em tramitação na Câmara dos Deputados).

pública ou pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, na esfera federal, não constitui óbice à atribuição constitucional do TCU de julgar as contas dos responsáveis, que, por óbvio, levará em conta o valor devolvido na decisão final quanto ao valor do débito.

Quanto ao poder de sanção do Tribunal, ressalta-se que tal competência decorre do art. 71, inciso VIII, da Constituição. Segundo o aludido dispositivo, cabe ao TCU “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, *multa proporcional ao dano causado ao erário*” (grifos do autor).

Considerando que a lei anticorrupção empresarial somente autorizou a administração pública a transacionar as sanções administrativas que lhe compete aplicar, conforme os arts. 16, § 2º e 17 da norma, a celebração de acordo de leniência também não afeta a competência do TCU de imputar as sanções previstas em sua lei orgânica.

No mesmo sentido, Zymler e Dios (2016, p. 172) assinalam que “o TCU não fica vinculado ao conteúdo do acordo de leniência e não há repercussão em suas competências fixadas no art. 71 da Constituição e tampouco impedimento à aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992”.

Por óbvio, o TCU pode considerar a colaboração da pessoa jurídica perante a administração pública, caso os elementos aportados em face do acordo de leniência seja útil ao desenvolvimento de seus processos de controle externo. Nesse caso, o Tribunal pode levar em conta a conduta da empresa na dosimetria de suas sanções, podendo, inclusive, se for o caso, decidir por não aplicá-la. Porém, é preciso destacar que a palavra final é sua, no legítimo exercício de seu poder-dever de sancionar.

Em sentido próximo ao exposto, Barcellos (2015) suscitou três questões acerca da obrigatoriedade de submissão dos acordos de leniência à análise do TCU: os acordos de leniência não são, em si, atos que envolvam a utilização de recursos públicos federais; a própria lei anticorrupção resguarda a competência do TCU ao prever, no art. 16, § 3º, que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado; a celebração do acordo de leniência não afasta as competências do Tribunal de Contas da União fixadas no art.

71 da Constituição Federal, nem impede a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992.

Dessa forma, conclui-se que não é possível depreender, a partir das disposições constitucionais pertinentes ao controle de atos e contratos administrativos, da lei orgânica do TCU e da própria lei anticorrupção empresarial, a competência do Tribunal para fiscalizar a legalidade, legitimidade e economicidade de acordos de leniência. Sendo assim, entende-se que a Instrução Normativa-TCU 74/2015 extrapolou formal e materialmente o poder regulamentar atribuído ao TCU.

#### **4 INCONVENIÊNCIAS E PROBLEMAS DA ATUAÇÃO DO TCU NA FISCALIZAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL**

Alguns autores levantam problemas de ordem prática à ausência na lei anticorrupção da participação do Ministério Público e dos Tribunais de Contas na celebração de acordos de leniência.

Segundo Pereira (2016, p. 92), as controvérsias em torno do tema repousam

[...] no argumento de que a celebração de pactos de leniência pela CGU, sem a anuência e participação do Ministério Público Federal e do Tribunal de Contas da União, poderia prejudicar as práticas investigativas destes órgãos, bem como a aplicação de punições pelos delitos corruptivos cometidos e a correta quantificação dos danos gerados.

Além do acordo de leniência não interferir no exercício das competências constitucionais do TCU e do Ministério Público, já que ele não tem efeitos penais nem impede a interposição de ações de improbidade administrativa, tal instrumento, pelo contrário, pode auxiliar a prática investigativa desses órgãos, principalmente do TCU. Nesse sentido, cabe destacar o dever constitucional do controle interno de dar ciência das irregularidades ao Tribunal, o que impõe a remessa dos documentos obtidos em face do acordo de leniência ao TCU, conforme o art. 74, § 1º, da Constituição.

Por outro lado, alguns doutrinadores destacam a posição desfavorável dos potenciais colaboradores, justamente em razão da

ausência de efeitos do acordo de leniência sobre os demais nichos de controle. Nesse sentido, Marrara (2015, p. 518) destaca que:

[...] nenhum dos acordos gera efeitos protetivos para o colaborador em outros processos administrativos sancionadores. [...] Nada garante, porém, que o mesmo infrator logrará cumprir todos os requisitos de cada lei para celebrar os vários acordos previstos no direito positivo – e é esta imprevisibilidade que torna a negociação de um acordo extremamente arriscada na prática.

Com relação aos à participação do TCU na celebração de acordos de leniência, Fidalgo e Canetti trazem argumentos favoráveis e contrários. Inicialmente, elas destacam que “a inclusão de mais um ator no processo de análise e negociação constitui um fator de complexidade e morosidade indesejável às negociações” (FIDALGO, CANETTI, 2015, p. 369). Por outro lado, a participação do TCU no processo de negociação do acordo poderia mitigar o risco de aplicação da legislação de modo conflitante, especialmente no que se refere à sanção de declaração de inidoneidade por fraude à licitação, aumentando a segurança jurídica do administrado (FIDALGO, CANETTI, 2015, p. 370).

Entende-se que a participação e a fiscalização dos acordos de leniência pelo TCU, além de não estarem previstas em lei, geram custos administrativos adicionais e aumentam o risco da quebra da confidencialidade das tratativas iniciais entre a administração e o colaborador, pelo aumento da quantidade de atores envolvidos. Ademais, a participação do órgão de contas não impacta positivamente em nenhuma das questões indicadas pelas autoras, uma vez que o colaborador não pode obter imunidade nem redução das sanções reservadas ao TCU, nem garantia de que os efeitos do acordo se estenderão à responsabilização financeira apurado pelo Tribunal de Contas, por absoluta falta de previsão legal.

Ademais, a fiscalização pelo TCU dos acordos de leniência não é capaz de tutelar adequadamente o interesse público e diminuir a possibilidade de serem firmados acordos desvantajosos para a Administração, pois o órgão não dispõe de instrumentos adequados para avaliar a efetividade da colaboração trazida pelas pessoas jurídicas.

Nesse cenário, a inclusão, por norma infralegal, de outro ator nesse processo, no caso, o Tribunal de Contas da União, a pretexto

de conferir mais segurança jurídica e almejar a proteção do interesse público, acaba tornando um fator de aumento da subjetividade, custos administrativos e insegurança jurídica.

## 5 CONCLUSÕES

Os acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial tem duplo significado: são, ao mesmo tempo, instrumentos processuais destinados à obtenção eficiente de provas da materialidade e autoria dos atos ilícitos tipificados na referida lei e negócios jurídicos processuais substitutivos ou integrativos das sanções previstos na referida lei. Eles assinalam o viés instrumental e funcional do direito administrativo, especialmente o voltado à aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 12.846/2013.

Tais ajustes constituem espécie de contratos administrativos, pois decorrem de duas declarações de vontade contrapostas entre si, com o objetivo de criar, modificar e extinguir relações jurídicas de direito administrativo, isto é, que sejam disciplinadas pelo direito estatutário da Administração e sejam instrumentais ao exercício de funções públicas.

Não é possível depreender, a partir das disposições constitucionais pertinentes ao controle de atos e contratos administrativos, a competência do TCU para fiscalizar a legalidade, legitimidade e economicidade de acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial, uma vez que tais contratos administrativos não são praticados no âmbito da atividade de administração e gestão de bens, dinheiros e valores públicos que resultem receita e despesa pública, nem são potencialmente aptos a causar perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Embora o TCU seja competente para fiscalizar e acompanhar os atos de gestão praticados pelos órgãos do sistema de controle interno federal no âmbito de sua função administrativa, ele não possui a atribuição constitucional de controlar e acompanhar os atos de controle. O TCU não é uma instância de supracontrole, que fiscaliza a legalidade e a legitimidade dos atos da administração praticados no âmbito da função de controle.

Da mesma forma, o controle prévio dos acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial, instituído pela Instrução Normativa-TCU nº 74/2015, não está de acordo com o regime constitucional vigente. Não há amparo na Constituição e nas leis vigentes a subordinação da eficácia jurídica dos acordos de leniência à aprovação do TCU.

O TCU extrapolou o poder regulamentar que lhe foi conferido, ao disciplinar, por meio da Instrução Normativa-TCU nº 74/2015, a fiscalização da organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal.

As disposições dos acordos de leniência celebrados pela administração pública e pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU não afetam o exercício das atribuições constitucionais deferidas ao TCU, que pode julgar as contas dos responsáveis, condená-los ao ressarcimento dos prejuízos cometidos ao erário e aplicar as sanções estabelecidas em sua lei orgânica, independentemente do conteúdo de tais ajustes;

A fiscalização pelo TCU dos acordos de leniência da lei anticorrupção não é capaz de tutelar adequadamente o interesse público e diminuir a possibilidade de serem firmados acordos desvantajosos para a Administração, pois o órgão não dispõe de instrumentos adequados para avaliar a efetividade da colaboração trazida pelas pessoas jurídicas.

A inclusão, por norma infralegal, de outro ator nesse processo de celebração de acordos de leniência, no caso, o Tribunal de Contas da União, a pretexto de conferir mais segurança jurídica e almejar a proteção do interesse público, acaba tornando um fator de aumento da subjetividade, custos administrativos e insegurança jurídica.

A fiscalização do TCU sobre a celebração de acordos de leniência depende de previsão legal, constituindo, portanto, matéria sujeita à apreciação do legislador ordinário, em seu espaço de liberdade para a organização das estruturas estatais.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Submissão de acordos de leniência ao TCU necessita de esclarecimentos. *Revista Consultor Jurídico*, fev. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/ana-barcellos-submissao-acordos-leniencia-tcu-gera-duvidas>>. Acesso em: 06 maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRAGA, Marcelo José; OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio; PINHA, Lucas Campio. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 133-152, maio. 2016. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/253/128>>. Acesso em: 4 maio 2017

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Brasil, v. 2, n. 1, p. 160-185, out. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/80943>>. Acesso em: 13 maio 2017.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

DIAS, Jeferson Aparecido. Atos de corrupção relacionados com licitações e contratos. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei anticorrupção e Temas de Compliance*. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei anticorrupção e Temas de Compliance*. Salvador: Juspodivm, 2015.

HARADA, Hiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2008.

LIVIANU, Roberto; OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Nova portaria interministerial pró-corrupção usurpa o Poder Legislativo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-19/portaria-interministerial-pro-corrupcao-usurpa-poder-legislativo>>. Acesso em: 24 maio 2017.

MARRARA, Thiago. Acordos De Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: Modalidades, Regime Jurídico e Problemas Emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Brasil, v. 2, n. 2, p. 509-527,

jul. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/98582>>. Acesso em: 04 maio 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, out. 2003. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-DIOGO-DE-FIGUEIREDO-MOREIRA-NETO.PDF>>. Acesso em: 04 maio 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. São Paulo: Universidade de São Paulo. 332 p. 2010.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.

PINTO, José Guilherme Bernan Correa. Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, p. 49-56, dez. 2016.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Feral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSILHO, A. J. Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção. *Revista Colunistas Direito do Estado*, v. 1, 2016.

SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização administrativa na Lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei anticorrupção e Temas de Compliance*. Salvador: Juspodivm.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 2000.

TAVARES, José Fernandes Farinha. *O Tribunal de Contas. Do visto em especial. Conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração*. Coimbra, 1998.

ZYMLER, Benjamin. DIOS, Laureano Canabarro. *Lei Anticorrupção. Lei nº 12.846/2013: uma visão do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RECEBIDO EM: 17-03-2017

APROVADO EM: 03-05-2017

# OS PRECEDENTES NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

*THE PRECEDENTS IN THE FOUNDATION OF JUDICIAL  
DECISIONS*

*Helena do Passo Neves*

*Doutoranda em Ciência Jurídica Privatística com programa Doutoral da  
Universidade do Minho, Portugal.*

*Mestrado em Direito (Conceito CAPES 5) Universidade Estácio de Sá.*

*Professora de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e de Prática Jurídica  
da Universidade Estácio de Sá.*

*Advogada Especialista em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes.*

*Ricardo Fontes Macedo*

*Mestrando em Direito na Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil.*

*Pós-graduado em Direito do Estado e Administrativo pela UNESA*

*Professor da Universidade Estácio de Sá*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Fundamentação das Sentenças no Civil Law; 1.1 A Fundamentação Judicial no Direito Português; 1.2 A Fundamentação no Sistema Brasileiro; 2 A Fundamentação no Sistema da Common Law; 3 Os Precedentes na Fundamentação das Decisões Judiciais; 3.1 Os Precedentes e a Tendência à Padronização Decisória no Brasil; 4 Um Caso Concreto: Fundamentação Judicial e os Novos Conflitos que Surgem nas Universidades; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo tem por alicerce a fundamentação das decisões judiciais, numa perspectiva comparada, tomando como referência os sistemas de precedentes de origem anglo-saxão e do sistema do Civil Law. Em termos específicos, com esse embasamento, analisa-se a diferença entre decisão e fundamentação, bem como a utilização de precedentes no ordenamento jurídico luso e brasileiro. Trata-se de pesquisa descritiva, cujas fontes abarcam doutrina, legislação e jurisprudência atinente aos aspectos centrais do objeto da reflexão e seus desdobramentos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fundamentação das Decisões judiciais. Common Law. Civil Law. Precedentes.

**ABSTRACT:** The foundation of present study is the reasoning of judicial decisions, in a comparative perspective, taking as reference the systems originated of the Anglo-Saxon and of the civil law. In specific terms, with this Foundation, analyzes the difference between decision and rationale, as well as the use of precedent in Portuguese and Brazilian legal and judicial system. This is descriptive research, whose sources include doctrine, legislation and jurisprudence with respect to the central aspects of the object of reflection and its offshoots.

**KEYWORDS:** Justification of Judicial Decisions. Common Law. Precedent.

## INTRODUÇÃO

No Direito Romano, o dever de fundamentar as decisões aplicava-se às sentenças sujeitas a recurso. A principal dificuldade de verificar-se a exigência resulta do fato de que as decisões eram tomadas pelos reis e déspotas que, seja pela coroação alegadamente por vontade divina, ou pela força das armas tornavam-se a própria lei. Em Portugal e na Espanha, com a expansão dos reinos, a exigência da motivação das sentenças decorreu da necessidade prática de controle pelos tribunais, as chamadas Casas de Suplicação, das decisões judiciais inferiores<sup>1</sup>.

Por exemplo, as Ordenações Manuelinas, além de inquirir de nulidade a sentença que não estivesse motivada, obrigava ao juiz, letrado ou não, a pagar multa, *para a parte, em cujo prejuízo for posta dita sentença*.<sup>2</sup>

É interessante sublinhar que o termo decisão é oriundo do latim, do verbo composto *de+caedere*=cortar e resulta da aglutinação do prefixo *de+caesum*, *decisione*, significando algo extraído, tirado, escolhido do que foi cortado, ou do que foi separado<sup>3</sup>. Por influencia de Aristóteles que empregou o vocábulo grego Προαιρεσις (*Proaíresis*<sup>4</sup>), com a conotação de livre escolha, decisão passou ao latim como sinônimo de *liberum arbitrium* (livre arbítrio).

Do ponto de vista do vernáculo atual, encontra-se no popular Dicionário da Língua Portuguesa de BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA<sup>5</sup> que decisão é *ato ou efeito de decidir(se); resolução, determinação, deliberação*.

Sob o enfoque do Direito, é esclarecedora a definição de TUCCI<sup>6</sup>, quando afirma que fundamentação é *o vocábulo designativo de lançar os alicerces, estabelecer, basificar, assentar, firmar as asserções expendidas*. Nesse passo interpretativo do termo, à medida que os fatos presentes no processo

1 Nesse sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 25-33.

2 Ordenações Manuelinas, *Livro III, Título L*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797. p. 191.

3 SARAIVA, F. R. dos Santos. *Dicionário Latino-Português, Livraria Garnier*. 10. ed. Rio de Janeiro: 1993. p. 339

4 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco III. Coleção: Os pensadores*, São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 38.

5 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 3ª reimpressão, 1975. p. 423.

6 TUCCI, Rogério Lauria. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 39, verbete Fundamentação, São Paulo: Saraiva, 1977. p.144/145.

são esclarecidos, é possível encontrar a solução dos pontos controvertidos, com a aplicação da norma jurídica tida como adequada.

## 1 A FUNDAMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS NO CIVIL LAW

O sistema do *Civil Law* abrange os países que sofreram colonização e influência do Direito Romano e, durante muitos anos, consideraram a Lei como principal fonte do Direito. Essa inferência parece clara nas observações transcritas a seguir:

[...] o termo Civil Law refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência também do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do Direito Romano. E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico [...]<sup>7</sup>

O propósito da fundamentação das decisões judiciais é explicar com clareza o(s) motivo(s) subjacentes às decisões judiciais. No sistema do civil law, esse requisito vem de longa data, merecendo relevo a fundamentação no pós-guerra na Europa, como se expõe brevemente a seguir.

O Código Civil Francês, promulgado em março de 1804, no *Titre Préliminaire*, em seu artigo 5º, estabeleceu a regra segundo a qual era vedado ao juiz decidir sobre as causas que lhe era, submetida, meramente com respaldo em disposições gerais e regulamentares.

Na Constituição Italiana, o artigo 111 estabelece o comando segundo o qual *todas as decisões judiciais devem ser motivadas (tutti i provvedimenti giudizionale devono essere motivatti)*.

7 São precisas as palavras de VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 270

A Carta Espanhola de 1987 determina que *as sentenças serão sempre motivadas e serão proferidas em audiência pública (las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia publica- artigo 120, nº 3)*.

### 1.1 A FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, o dever de motivar as decisões já era previsto em 1521, pelas Ordenações Manuelinas e foi mantido pelas Ordenações Filipinas, de 1603<sup>8</sup>.

A Constituição Portuguesa de 1976 impõe no artigo 205 º, 1 que *As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma da lei*. O artigo 20, 4 do mesmo dispositivo estabelece que todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo:

A fundamentação nunca pode, em primeiro lugar, ser dispensada na sentença, tanto na parte em que constitui a decisão sobre a matéria de facto, quer na parte em que julga de direito, aplicando as normas jurídicas aos factos nela própria julgados provados<sup>9</sup>.

Na mesma linha, o artigo 154, 2 do CPC estabelece que:

A justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição, salvo quando, tratando-se de despacho interlocutório, a contraparte não tenha apresentado oposição ao pedido e o caso seja de manifesta simplicidade.

Finalmente, o artigo 374 do Código de Processo Penal aduz que:

2 - Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

A decisão judicial deverá declarar os fatos que julga provados e os que julga não provados, bem como a análise crítica da prova e esclarecer

8 Como relata LUCCA, Rodrigo Ramira de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 102.

9 FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 78.

as que foram relevantes para sua convicção e as provas com valor fixados pela lei. (artigo 607 do Código de Processo Civil Português). Diante disso, exige-se dupla fundamentação: de fato e de direito.

O dever de fundamentação é explícito e inequívoco no ordenamento jurídico português. Exemplificativamente, entre outras bases legais, menciona-se o artigo 154-1 da Constituição Federal<sup>10</sup> que prevê que todas as decisões devem ser fundamentadas, exceto os despachos de mero.

Diante do que se expôs em breves traços até o momento é cristalino o dever de fundamentação das decisões judiciais; contudo a utilização dos precedentes não é obrigatória, como se demonstrará em momento posterior.

## 1.2 A FUNDAMENTAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO

O Estado criador de si mesmo e das regras jurídicas que se aplicam a ele próprio e a todos que vivem sob comando criou três espécies de órgãos-funções: o órgão-função-legislativo, a quem incumbe criar as leis; o órgão-função-executivo, a quem compete levar a efeito os atos do Estado conforme a disciplina legal e o órgão-função-judicial a quem impende aplicar coercitivamente a lei a todos, inclusive ao Estado.

Ao contrário do que ocorre com o homem comum, que por natureza é dotado de livre arbítrio, somente cerceado por ditames legais, os órgãos-funções do Estado, por estarem submetidos às regras da lei tanto para existir, como para agir não desfrutam do livre arbítrio com a mesma amplitude. Compete ao ente estatal o dever de agir pautado interesse público, com transparência e responsabilidade, prestando contas dos seus atos aos cidadãos.

Regendo-se o mundo das leis precipuamente pela lei da finalidade, a vontade ou o interesse humanos só produzirão efeitos jurídicos, se estiverem qualificados juridicamente; ou seja, se houver respaldo legal acerca da premissa de efeitos concretos em favor da pessoa<sup>11</sup>, ou do coletivo.

Assim entendido o termo, fundamentar a decisão judicial implica o dever de justificar, esclarecendo com base em qual regra ou regras jurídicas,

10 Cfr FREITAS, op. cit., p. 142.

11 Cfr SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 72 a 74 .

e em qual ou quais fatos comprovados o juízo firmou o convencimento que sustenta a conclusão e a decisão sobre a(s) questões que lhe foram submetidas, dependam elas ou não da iniciativa das partes<sup>12</sup>.

O dever de transparência exige que a expressão dos fatos ocorra em estilo narrativo ou descritivo, ou, em casos especiais pela indicação física do ocorrido, conforme lição de Pontes de Miranda:<sup>13</sup>

A sentença conta com a petição inicial [...], a reconvenção [...], a contestação [...], as informações orais das partes e as provas produzidas, os argumentos do debate que lhe pareceu colherem, em enunciados de fato, o que se passou. Desse material tira o juiz os fundamentos de fato, tais como as reflexões lhos forneceu no último estado da sua convicção. Depois, usualmente, os fundamentos de direito, sendo de todo ponto indispensável que ponha claro o que pertence às partes e o que constitui convicção do juiz.

O imperativo da motivação está presente no ordenamento jurídico desde as primeiras legislações processuais brasileiras; todavia foi alçado à categoria de direito fundamental com a Constituição Federal de 1988, segundo teor do artigo 93, IX: *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*.

Na legislação infraconstitucional, merece realce o Código de Processo Civil em vigor, quando disciplina a fundamentação nos artigos 11, 321 e 489. Quanto explicita os elementos essenciais da sentença, o artigo 489 do Código de Processo Civil prevê a obrigação de aplicar precedentes nas decisões; de fundamentar a decisão, bem como interpretar o julgado de acordo com o princípio da boa-fé.

Em contrapartida, as forças resistentes ao Estado de Direito<sup>14</sup>, sempre respaldadas em pesados argumentos de autoridade contrapõem-se à luz, à clareza e à transparência que constituem a base do acesso democrático e universal à justiça.

<sup>12</sup> Cfr SCHMITZ, op. cit., p. 169 - 175

<sup>13</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, n.2. p. 87/88.

<sup>14</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, p. 185-201, jun./2008, p. 198/201.

## 2 A FUNDAMENTAÇÃO NO SISTEMA DA COMMON LAW

O sistema da *Common Law* é utilizado na comunidade britânica, com exceção da Escócia, que pertence a matriz romano-germânica - e, modo especial, com adequações, na maioria dos Estados da Federação americana.

Destacam os pesquisadores e juristas como Michele Taruffo<sup>15</sup> que, em geral, no comando legal é imposto o dever de motivar as sentenças sob o regime da *Common Law*. Esse dever é verificado de forma indireta, decorrendo de um princípio geral aceito do próprio sistema que se baseia em precedentes. Nele, a fundamentação não apenas justifica a decisão, mas principalmente cria jurisprudência.

Na Inglaterra, especialmente, a motivação tem a finalidade de convencimento de um julgador, para os demais que compõem o órgão colegiado das Cortes Superiores. Em consequência, a sentença final é o resultado da combinação das opiniões da maioria, formada pelo convencimento e não, como em outros países, pelo resultado da soma dos votos proferidos. O julgamento colegiado no regime da *Common Law* torna imprescindível que cada juiz expresse os motivos de fato e de direito que o levaram à decisão, pois transforma-se em modelo para convencimento de outros julgadores.<sup>16</sup>

A prática da motivação é de considerável importância, pelo que não se admite o *fair trail* (julgamento justo) que não seja ordinariamente precedido de decisão motivada<sup>17</sup>. A prática da motivação ocorre também em outros países do *Common Law*, como Escócia e Canadá.

Nos Estados Unidos, a tradição de motivar não segue o mesmo rigor dos sistemas supramencionados, sendo mais praticada nas cortes superiores dos Estados; em outras palavras, no processo civil americano, não se aplica um princípio geral de motivação dos julgados.<sup>18</sup>

No sistema do *Common Law*, há dois tipos de precedentes: o vinculante, denominado *binding precedent*, e o precedente de natureza

---

15 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paulo Ramos, Marcial Pons. São Paulo: 2015. p.307-309.

16 *Ibidem*, p. 309.

17 *Ibidem*, p. 312.

18 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

meramente persuasória, designado como *persuasive precedent*.<sup>19</sup> Nessa perspectiva, verifica-se maior autonomia e poder ao magistrado; a sentença final resulta da combinação das opiniões da maioria, diferente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, nos quais os julgamentos decorrem de meros placares de votos individuais.

### 3 OS PRECEDENTES NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O precedente decorre da aplicação da norma geral a um caso concreto, sendo que a decisão tende a servir como diretriz para decisões alusivas a casos semelhantes que se repetem com frequência.<sup>20</sup> Dessa forma, pretende-se evitar solução distinta para casos similares e ainda trazer segurança e isonomia aos jurisdicionados.

Registre-se que para uma decisão judicial seja considerada precedente é necessário que a vinculação decorra da regra de direito inscrita no julgado, denominada *ratio decidendi* ou *holding*, que é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório.<sup>21</sup>

O problema é espinhoso e gera dissenso entre doutrinadores e pensadores do Direito. De um lado, situam-se os que conferem ênfase às garantias de segurança jurídica, celeridade processual, coerência e, do outro, os que se posicionam a criticamente em face do que entendem como tendência à padronização das decisões judiciais.

Quando se trata de precedentes, o intuito é de que o sistema disponha de recursos que favoreçam uniformização da jurisprudência; para tanto, as decisões judiciais devem ser fundamentadas com clareza, competindo ao juiz expor objetivamente os motivos que o levaram àquele posicionamento.

No sistema jurídico português, o precedente é utilizado na uniformização de jurisprudência nos termos dos artigos 688º e segs. do Código de Processo Civil Português.

Contudo, é fundamental ressaltar que o ordenamento jurídico português não prevê o precedente vinculante.

19 NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125.

20 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 8. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 2, p.386.

21 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.222.

### 3.1 OS PRECEDENTES E A TENDÊNCIA À PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes judiciais passaram a serem aplicados em larga escala após a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual introduziu os enunciados de súmula vinculante<sup>22</sup> e da repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário.

Contudo, somente após a Lei 11.417/2006 - que regulou a Súmula Vinculante, a Lei nº 11.418/2006, que dispôs sobre a repercussão geral das questões constitucionais e a Lei nº 11.672/2008 que disciplinou os recursos repetitivos, verificou-se maior destaque ao poder decisório vinculante.

Porém, o marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil foi a Emenda Constitucional nº 03/1993, que atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade. Antes disso, no Código de Processo Civil de 1973 já se encontra referencia à Uniformização da Jurisprudência com o intuito de padronizar os julgamentos no mesmo órgão jurisdicional, dentre outros.

Essas breves referencias são indicadores de que, há anos, o Direito Brasileiro manifesta interesse pelo sistema de precedentes, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência.

A criação de súmulas é semelhante aos precedentes norteamericanos (*stare decisis*), que se apoia na premissa: “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”:

Assim, foram lançadas as bases para o desenvolvimento da ideia do precedente vinculante (*rectius: stare decisis*) que representa, em linhas gerais, a possibilidade jurídica de que o juízo futuro declare-se vinculado a decisão anterior, em face da identidade de casos. De sorte que, ‘Standing by a decision (firmar numa decisão)’, representa a tarefa de decidir uma questão de direito de modo uniforme em casos materialmente idênticos. Na proposta clássica, encerra a ideia: *stare decisis et non quieta movere*, ou, deixe-se a decisão firmada e não altere-se as coisas que foram assim dispostas, ou, ainda, ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso.<sup>23</sup>

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 179.

23 PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 778.

Alguns autores<sup>24</sup> defendem que o efeito vinculante do sistema jurídico brasileiro assemelha-se à teoria do *stare decisis*, inspirado no modelo europeu de controle concentrado de constitucionalidade, criado para evitar inconformidades dos demais poderes em face das decisões dos Tribunais Constitucionais, a exemplo da Espanha e Alemanha.

Para outros juristas<sup>25</sup>, o efeito vinculante tem inspiração no *Bindungswirkung*, do direito alemão, que objetivou a ampliação dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada.

Contudo, a teoria do *stare decisis* é instrumento de garantia de segurança jurídica e uniformização e harmonia da jurisprudência, ao subordinar julgadores às decisões das cortes superiores. O estabelecimento de precedente extrapola o limite de uma só decisão, provocada pelo julgamento de um caso concreto; o efeito vinculante pressupõe uma série de julgamentos idênticos para conflitos semelhantes ou análogos.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o Brasil passou a evidenciar tendência de aproximação entre os sistemas do Common Law e do Civil Law, verificada em outros países.

A diferença central do ordenamento jurídico brasileiro para o anglo-saxão está no fato de os Tribunais Superiores não serem obrigados a restringir-se a decisões anteriores. Logo, no Brasil aplica-se o *stare decisis*; porém, desvinculado do mandamento de que o juiz deve apenas declarar o direito firmado em precedente.

Nesta seara, o Código de Processo Civil enalteceu os precedentes, quando atribuiu efeitos obrigatórios e gerais aos julgados proferidos pelo STF e pelo STJ, em recursos extraordinários e especiais repetitivos, aos acórdãos produzidos pelos demais tribunais, em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), nos termos dos artigos 928, 976 a 978, 947 e 992.

Registre-se a importância do caso julgado nos efeitos vinculantes das decisões tomadas na jurisdição constitucional, bem como o traço de semelhança com a Common Law, em razão do peso atribuído às decisões judiciais nesta seara.

24 LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

25 MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no processo de controle de constitucionalidade abstrato de normas, *Revista Jurídica Virtual*, v. I, n. 4, ago. 1999.

Os precedentes vinculantes não podem ser aplicados às decisões judiciais sem ligação e justificativa, vez que é obrigatório verificar se o caso paradigma possui semelhança com aquele que será analisado.<sup>26</sup> Essa comparação, na teoria dos precedentes, recebe o nome de *distinguishing* - distinção. Nessa linha de raciocínio, mesmo nos casos de precedente vinculante, o julgador poderá fazer o *distinguishing* do caso que lhe é submetido, conferindo prioridade à individualização da análise do caso concreto, desde que a decisão seja motivada, com respaldo no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 489 § 1º do Código de Processo Civil.<sup>27</sup>

A esse respeito, cabe destacar o posicionamento de Streck a respeito do tema:

Em síntese, na aplicação dos provimentos do art. 927 deverá haver interpretação pelas instâncias inferiores perante a especificidade de cada caso concreto com o intuito de se preferir a solução constitucionalmente adequada para o caso concreto bem como assegurar a integridade e coerência do sistema. Trata-se, pois, de levar a sério a advertência de Dworkin: juízes decidem por princípio, e não por políticas (e muito menos de acordo com a sua consciência ou vontade pessoal). Direito se aplica a partir do respeito à coerência e à integridade. Há sempre um DNA do(s) caso(s) e/ou dos enunciados, que vem a ser um elemento que proporciona um elo de ligação (sic) na cadeia discursiva.<sup>28</sup>

Por outro lado, o *overruling* ocorre quando o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação, o que requer do órgão julgador atualização da hermenêutica jurídica em consideração ao novo contexto.

Como se demonstrou, a aplicação de precedentes com efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro adveio da necessidade de unificação da jurisprudência, bem como da busca de celeridade processual e eficiência da prestação jurisdicional, abroquelando-se na igualdade de decisões e na segurança jurídica.

---

26 STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 177.

27 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: 2004. p. 174.

28 STRECK; ABOUD, op. cit., p. 180

O sistema brasileiro não se encontra mais tão arraigado ao sistema da *Civil Law*, pois aos poucos, abre-se à adoção do precedente também como fundamento de decisões judiciais.

Diante das diversas demandas, com o intuito da celeridade processual foram implementados remédios paliativos, tais como súmulas vinculantes, uniformização de jurisprudência, adoção pelos tribunais de jurisprudência defensiva, sentenças-padrão (facilmente perceptíveis na prática) a casos distintos, julgamentos por amostragem, entre outros:

A Meta 2, estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça, não constitui imposição ao magistrado de prolação de sentença, mas mera recomendação, sob pena de incorrer em inúmeras inconstitucionalidades formais e materiais.<sup>2</sup> Decerto, a denominada Meta 2 do CNJ, à luz da garantia de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB), preza a celeridade na tramitação dos feitos judiciais, não a extinção dos processos a qualquer custo.<sup>3</sup> É inaceitável que tal ato sirva como subterfúgio para a prolação de sentenças padronizadas, destinadas apenas a diminuir o acervo do Judiciário, melhorando suas estatísticas, sem que se tenha verdadeira, adequada e eficiente prestação jurisdicional. 4. Inobservância da norma do §1º. do art. 267 do CPC. [...] Nesse passo, não resta alternativa senão anular a sentença para determinar o prosseguimento do feito. Dou provimento ao recurso, na forma do art. 557, § 1º-A do CPC - 86<sup>29</sup>

Nessa linha de pensamento, a efetividade deixa de ser meio, para ser o fim, superando a distorção do conceito de efetividade, quando se resume à necessidade de decisões judiciais rápidas, inconsequentes e arbitrárias. A tendência à padronização de decisões, conforme o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 87.574/SP – 83, desconsidera a especificidade de cada caso.

A crítica à obrigatoriedade da aplicação dos precedentes repousa no risco de retirar do judiciário a liberdade do julgamento imparcial. Alguns doutrinadores entendem que a padronização alija os julgadores do direito de apreciarem a lide com independência e conforme suas convicções jurídicas.

Outro problema grave é a possibilidade das decisões dos julgadores, de natureza eminentemente política, em especial, quando os integrantes do

29 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Processo nº 0007984-07.2003.8.19.0202- Recurso de Apelação*; DES. Marcelo Lima Buhatem - Julgamento: 02/08/2011 - Quarta Câmara Cível; Processual Civil - Apelação Cível - Ação Ordinária

corpo julgador são, em maioria, nomeados pelo Presidente da República, como é o caso do STF, no cenário brasileiro. Nessa circunstância, a existência de precedente exime o julgador de maior esforço na fundamentação; pelo contrário, a padronização das decisões tende a engessar o Poder Judiciário, em sua missão de dizer o direito no caso concreto. Nestes termos, cabe registrar interessante crítica do Professor Lenio Streck<sup>30</sup>:

O que resta do direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são “resolvidos” no atacado...! Não mais discutimos causas, pois passamos a discutir “teses” jurídicas...! Como que a repetir a lenda do “leito de Procusto”, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc). E as ações são julgadas por “pilhas”. Por isso, a repergunta: as duas décadas de fortalecimento do protagonismo judicial redundaram em que? O que ocorreu é que voltamos a um lugar de onde nunca saímos: o velho positivismo. Isso porque apostamos em uma “autônoma razão teórica” e quando ela não é “suficiente”, delegamos tudo para a razão prática ...! E o que é a “razão prática”? Na verdade, nem precisamos buscar auxílio na hermenêutica para falar sobre ela. Basta ver o que diz Habermas, na abertura de seu *Fakticität und Geltung*: substituo a razão prática (evitada de solipsismo) pela razão comunicativa...! Claro que não concordo com a solução dada por Habermas, por razões já explicitadas em Verdade e Consenso. Mas é inegável que ele tem razão quando ataca de forma contundente o solipsismo.

A garantia processual de fundamentação das decisões judiciais é referencia fundamental. Nessa linha de entendimento, o certo é que cada caso individualizado merece análise individual, não se admitindo despreocupação com a justiça no caso concreto, em favor da busca pela celeridade e da eficiência a qualquer custo.

Talvez essa vertente seja reflexo da ausência de uma teoria de precedente voltada para as peculiaridades da cultura brasileira. O processo justo somente será atendido, quando as decisões judiciais considerarem todas as particularidades da causa, refletindo em sua fundamentação a observância das garantias mínimas que o compõem, como se depreende das considerações transcritas a seguir:

---

30 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

A justiça está para lá da igualdade. Não se alcança através da uniformização desvirtuosa mas antes pela tolerância, compreensão e respeito pela diferença que nos é ingénita. Nessa medida, estaremos num melhor caminho se trabalharmos com as ideias de humanidade, de justiça e de equidade, em detrimento do mais facilmente manipulável e equívoco conceito de igualdade. Isto sem prejuízo de nos reconhecermos a todos como personae, sujeitos de direito e de obrigações, partícipes de uma natureza e de um destino comum. Até porque, e nisso temos de prestar atributo a esta noção, estamos todos igualmente sujeitos a infortúnio, e podemos todos ter necessidade de ver atendido o nosso eu e a nossa circunstância no dia de amanhã.<sup>31</sup>

#### **4 UM CASO CONCRETO: FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL E OS NOVOS CONFLITOS QUE SURGEM NAS UNIVERSIDADES**

A sentença transcrita a seguir, proferida pelo juiz da 25<sup>a</sup> Vara Cível de Recife, não seguiu a perspectiva da automatização das decisões judiciais e representa importante julgado a respeito dos novos conflitos que surgem nas universidades e em outros contextos, em que se discutem as fundamentações das decisões judiciais:

25a Vara Cível - B, de Recife - Processo no. 781/92-2017

##### **SENTENÇA**

Vistos, etc...

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por Klenia Laves Novaes e outros contra IBGM - Instituto de Gestão e Marketing, todos qualificados, afirmando autores que são estudantes de enfermagem junto ao réu, e que foram reprovados em uma disciplina do oitavo período e não podem prosseguir ao nono período do curso, o que irá atrasar a conclusão acadêmica, pelo que precisam estudar com professores diferentes do semestre passado, ante o desgaste sofrido com as reprovações, pelo que pedem providências judiciais, gratuidade da justiça, proteção do código do consumidor e atribuem à causa o valor de setenta mil reais. Determinei emenda da inicial em 06 do corrente, alterando autores valor da causa para mais de cento e vinte e sete mil reais e insistindo na tutela antecipada para serem matriculados no nono período do curso.

31 AGUIAR E SIVA, Joana. Igualdade ou equilíbrio hermenêutico da diferença. *Scientia Iuridica*, Ed. Scientia & Ars, Portugal, TOMO LXII | NÚMERO 333 | set./dez. 2013, p. 518.

Relatados, decido:

Indefiro já por sentença a petição inicial por falta de fundamento jurídico com absoluta segurança por que, além de juiz, sou professor universitário. Ora, os autores são alunos de uma faculdade, foram reprovados e querem avançar no curso sem passar pela matéria pré-requisito, e ainda exigem professores diferentes dos que os reprovaram semestre passado. Data vênia, inexistente qualquer chance de êxito desta demanda neste Juízo. A vitimização da sociedade estimulada pelo Governo, transformou alunos em consumidores e professores em empregados, e o país perdeu o prumo educacional, numa proliferação irresponsável de faculdades, sendo mais importante passar pela faculdade do que efetivamente aprender. Se os autores estão insatisfeitos com o nível do ensino da ré, devem trocar de faculdade e não pedir intervenção judicial para avançar sem aprovação. Um juiz pode muito, mas não pode tudo, e pela especificidade da função, não pode o Judiciário se imiscuir no método acadêmico de ensino, ou nos critérios de correção de prova pelo professor. Ainda determinei a emenda da inicial conforme art. 321 do CPC, mas sem sucesso conforme petição de fls. retro. Aproveito para indeferir justiça gratuita pedida pelos autores pois estudam em faculdade privada e arcam com expressivo valor da mensalidade, deixando de comprovar a miserabilidade do art. 5º, LXXIV da CF; ainda são dezenas de autores que podem ratear as custas iniciais sem incorrer em evasão fiscal e comprometer sua condição financeira. Isto posto, indefiro já por sentença o pedido inicial por falta de fundamento jurídico, com base nos arts. 319, III, e 330, IV, CPC, e condeno autores nas custas iniciais.

Sem honorários por que não houve citação.

Para fins de prevenção, cite-se o réu desta demanda, mas sem necessidade de oferecer contestação.

PRI e archive-se.

Recife, 23 de janeiro de 2017

Juiz Rafael de Menezes

- em exercício -

A decisão não se pautou pelo modelo padronizado, pois diversos julgados incentivam a mercantilização do ensino, sob o argumento de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. A esse respeito, cumpre esclarecer que, nas Universidades privadas brasileiras, o aluno é tratado como cliente e todos os pleitos são deferidos por mais estapafúrdios e contrários ao interesse acadêmico.

Embora indiretamente ligada ao tema principal, nesse julgado é evidente a fundamentação subjetiva da decisão, na qual o julgador expressa uma carga de valores, sentimentos, experiências práticas, cultura que:

São muitas as motivações sentenciais. É verdadeiramente impossível ao juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. São tantas as influências que inspiram o juiz que dificilmente a explicação de como se convenceu, será plenamente satisfatória. No julgamento há premissas ocultas imperceptíveis. Podem-se distinguir três planos de motivações: probatórias, pessoais e ideológicas. São motivações que se ligam entre si e se influenciam dialéticamente. [...] São motivações pessoais: interferências (psicológicas, sociais e culturais) personalidade, preparação jurídica, valores, sentimento de justiça, percepção da função, ideologia, estresse, remorsos e intelectualização. [...] Quer-se se chamar a atenção neste livro para o fato de que os juízes são profundamente afetados para sua concepção de mundo: formação familiar, educação autoritária ou liberal, valores de sua classe social, aspirações e tendências ideológicas de sua profissão. Enfim, todo homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal a até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual. Depois, vê tais valores nas regras jurídicas. Contudo, estas não são postas por si. É a motivação ideológica da sentença<sup>32</sup>

A decisão seguiu a motivação ideológica do julgador, não obstante seja nítida a falta de fundamento legal. Diante desse dado de realidade, o judiciário está preparado para a fundamentação subjetiva, ou seria melhor a padronização das decisões como visto no item acima?

[...] ao julgar, a intuição e o sentimento têm frequentemente maior lugar do que à primeira vista parece. Não foi sem razão que alguém disse que sentença deriva de sentir.<sup>33</sup>

32 PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: *Livraria do Advogado*, 1994. p. 15/16.

33 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 4. ed. Lisboa: *Livraria Classica*, p. 145.

## 5 CONCLUSÃO

Os critérios legais e judiciais existentes nos sistemas da *Common Law* e os que derivam da chamada *Civil Law* são assinalados por diferenças que não permitem comparação, a não ser pela própria diferença.

Destaque-se, por exemplo a legitimidade do juiz que julga sob os princípios da *Common Law* que, em muito, difere do magistrado cuja bússola se orienta sob o império da *Civil Law*.

O dever de fundamentar a decisão é inerente à função do juiz luso-brasileiro, que dele não pode furtar-se sob qualquer pretexto ou sofisma.

Os defensores do sistema *Civil Law* difundiram a ideia de que a segurança jurídica impõe a observância pura e simples da lei. Ocorre que a lei, por ser interpretada de vários modos, inclusive a partir de percepções subjetivas do próprio julgador, não se mostra suficiente para assegurar aos jurisdicionados a segurança jurídica inerente ao Estado Democrático de Direito. O que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas.

A utilização dos precedentes judiciais – pelo menos no “*Civil Law* brasileiro” – não tem o condão de revogar as leis já existentes.

No sistema brasileiro, a insegurança jurídica decorrente de decisões díspares em casos semelhantes, por exemplo, circundada pela ausência de controle efetivo e justo da atividade decisória do Judiciário comprometem o próprio Estado.

O novo Código de Processo Civil procura resolver o problema, mediante aplicação dos precedentes nas decisões judiciais. Com isso, ocorre a aproximação dos dois sistemas (*Civil Law* e *Common Law*): a abertura progressiva e rápida à adoção do precedente também como fundamento de decisões judiciais e no *Common Law* verifica-se a necessidade de leis.

O fenômeno é patente, diante da maior interação entre os sistemas e do fenômeno da globalização, gerando até a criação de um Direito Europeu por parte da União Europeia.

A aplicação de precedentes nas decisões judiciais tem pontos positivos e negativos. As perspectivas analíticas que valorizam os precedentes judiciais e, conseqüentemente, a celeridade processual, a isonomia e a segurança jurídica, devem servir para aprimorar o sistema processual civil e jamais para engessar a atuação interpretativa dos juízes e tribunais pátrios ou para limitar o direito de acesso à justiça.

A esse respeito, é forçoso recordar que a padronização das decisões pode retirar do judiciário a liberdade do julgamento imparcial e a possibilidade de decisões politizadas. Por outro lado, há circunstâncias em que o julgador decide arbitrariamente, conforme valores pessoais ou motivação ideológica, sem que demonstre o imprescindível fundamento legal.

Assim, antes de adotar um sistema de precedentes, é necessário promover a reflexão e compreensão do tema entre os operadores do direito, de maneira a promover condições para que o magistrado exerça o “livre” convencimento, sem a costumeira preocupação com metas de produtividade definidas pelo sistema judiciário. Em última instância, o critério de justiça basilar deve ser a qualidade dos julgados, no estrito respeito aos direitos dos jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR E SIVA, Joana. *Igualdade ou equilíbrio hermenêutico da diferença*, SCIENTIA IVRÍDICA, Scientia & Ars, Portugal, TOMO LXII, n. 333, set./dez. 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco III*. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 4. ed. Lisboa: Livraria Classica.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Nova Fronteira, Rio de Janeiro 3ª reimpressão, 1975.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios à luz do novo código*, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LUCCA, Rodrigo Ramira de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 47, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no processo de controle de constitucionalidade abstrato de normas, *Revista Jurídica Virtual*, v. I, n. 4, agosto de 1999.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORDENAÇÕES MANUELINAS, Livro III, Título L. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III, 2. ed. n. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARAIVA, F. R. dos Santos. *Dicionário Latino-Português*. 10. ed. Rio de Janeiro, Livraria Garnier, 1993

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivum, 2015.

\_\_\_\_\_, *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paulo Ramos, Marcial Pons, São Paulo, 2015

TUCCI, Rogério Lauria. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 39, verbete Fundamentação. São Paulo: Saraiva, 1977.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_, *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, p. 185-201, jun. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out, 2009.



RECEBIDO EM: 21-03-2017

APROVADO EM: 04-05-2017

# O CONTRATO SOCIAL COMO IDEIA REGULATÓRIA: A EVOLUÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO

*SOCIAL CONTRACT AS REGULATORY IDEA: THE  
EVOLUTION OF A CONCEPT*

*João Felipe Menezes Lopes*

*Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Juiz Federal Substituto desde 2011, vinculado ao Tribunal Regional Federal da 4ª  
Região (2011-2014) e da 3ª Região (2014-2017)  
Membro da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro  
(ENCCLA), na condição de representante da Associação dos Juízes Federais do  
Brasil (AJUFE)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As primeiras teorizações sobre o contrato social; 2 Thomas Hobbes; 3 John Locke; 4 Jean Jacques Rousseau; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este trabalho aborda as diferentes variações em torno do conceito de contrato social, desde sua compreensão como fato histórico responsável pela passagem do estado de natureza em que viviam os homens para uma condição de vida em sociedade, até sua compreensão como ideia reguladora, de caráter deontológico, responsável pelo ordenamento da sociedade e do poder público. Para tanto, descreve e analisa obras que permitiram o desenvolvimento de uma teoria jurídica a respeito do contrato social, levando em conta aspectos históricos e políticos que influenciaram cada uma delas. Por se tratar de uma pesquisa exploratória e descritiva, utiliza o método dedutivo, bem como a revisão da bibliografia clássica e contemporânea dos principais expoentes do tema em questão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria do Direito. Contrato Social. Evolução.

**ABSTRACT:** This article deals with the variations around the concept of social contract, from its understanding as a historical fact, responsible for the transition from the state of nature to a condition of life in society, to its understanding as a regulatory idea, responsible for the organization of the institutions as we know. This will be done by describing and analyzing theoretical discussions that collaborated to the development of a legal theory regarding the social contract, taking into account historical and political aspects that influenced each one of them. As an exploratory and descriptive research, uses the deductive method, as well as classic and contemporary literature review.

**KEYWORDS:** Theory of Law. Social Contract. Evolution.

## INTRODUÇÃO

A teorização sobre o contrato social variou com grande amplitude ao longo da evolução do conceito, existindo desde a antiguidade registros sobre a existência de um contrato ou pacto responsável pela transição do estado de anarquia em que viviam os homens para uma condição de vida em sociedade. Este trabalho pretende descrever o modo como se deu a variação e a evolução deste conceito, demonstrando sua influência sobre a consolidação dos direitos fundamentais.

Para tanto, no capítulo inaugural busca-se analisar as primeiras teorizações sobre o contrato social, descrevendo algumas concepções defendidas por sofistas, epicúreos, pela filosofia patrística e pelo direito romano, assim como identificar os reflexos destas concepções mais rudimentares nos autores que se dedicaram ao estudo da teoria contratualista na modernidade.

Nos capítulos segundo, terceiro e quarto, procura-se descrever e analisar as teorizações de três dos principais autores que se dedicaram a tratar do tema em questão, a saber: Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau. Busca-se posicionar as ideias de cada um dos autores em seu tempo e no contexto político em que lançadas, razão pela qual ao início de cada um dos capítulos é feita uma breve remissão biográfica a respeito da vida dos autores e do mundo ao seu redor.

Ao final, pretende-se demonstrar de que modo as teorias contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau relacionam-se no tempo e no espaço, assim como em que medida antagonizam-se, ao partirem de uma investigação a respeito da gênese da sociedade até chegarem ao estabelecimento de um contrato social ideal, de caráter deontológico, responsável pela regulação da sociedade e do exercício do poder público.

### 1 AS PRIMEIRAS TEORIZAÇÕES SOBRE O CONTRATO SOCIAL

Remonta à antiguidade a teorização sobre a existência de um contrato ou pacto responsável pela transição do estado de anarquia em que viviam os homens para uma condição de vida em sociedade.

Siches<sup>1</sup> aponta registros de que os sofistas (especialmente Protágoras) teriam lançado, sob uma forma mística, a ideia de uma espécie de contrato social como fundamento das leis. Do mesmo modo, os epicúreos

1 SICHES, Luis Recaséns. *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*. Universidade Nacional Autónoma de México, México, D.F.: 2003.

considerariam o Estado não um produto natural, mas algo criado pelos homens para encontrar nele próprio (Estado) certas vantagens. Ideia semelhante pode ser encontrada em algumas passagens do direito romano que fazem alusão a *lex regia, mediante a qual o povo cedeu parte de sua liberdade e poder ao príncipe*<sup>2</sup>.

Por seu turno, Pollock identifica em *Da República*, de Marco Túlio Cícero (106AC-43AC), uma etapa rudimentar do contrato social, especificamente no ponto em que procura distinguir a multidão e a nação, revelando um pressuposto contratualista da organização social de então<sup>3</sup>:

*Etapas rudimentares do Contrato Social.* Desde tempos muito antigos encontramos em várias formas a noção de que todo o governo e a sociedade dependem, em algum sentido, do consentimento dos governados. Nos fragmentos do tratado de Cícero sobre a República (melhor, em inglês, Commonwealth) há uma definição que teve grande autoridade na Idade Média:

*Populum autem non omnem coetum multitudinis sed coetum iuris consensu et utilitatis communione sociatum esse.*

Nem toda multidão de homens reunidos é uma nação, mas somente aqueles que concordaram em viver de acordo com uma regra comum e legal para a vantagem comum.

Foram diversas as vertentes filosóficas que adotaram, em maior ou menor grau, a compreensão de um pacto social predecessor à vida em comunidade. Um traço característico singular durante a evolução do pensamento contratualista em tempos remotos é sua íntima ligação com o pressuposto cristão de pecado original.

Segundo a filosofia patrística<sup>4</sup>, a necessidade de instituição de um poder público adviria em consequência do pecado, como forma de imposição divina à humanidade, que de outro modo não conseguiria ter uma convivência pacífica, ordenada e justa. Siches<sup>5</sup> identifica, como fundamento desta teoria, a ideia de que o homem em estado de natureza

2 SICHES, op. cit., p. 4.

3 POLLOCK, Frederick. "Hobbes and Locke: The Social Contract in English Political Philosophy". *Journal of the Society of Comparative Legislation*, v. 9., Parte 1, 1908, p. 107.

4 Ciência que tem por objeto a doutrina dos Santos Padres e a história literária dessa doutrina.

5 SICHES, op. cit.

teve a oportunidade de viver com plena liberdade e igualdade, sem estar submetido a qualquer coação; porém, com o pecado original e o corrompimento do estado de natureza, tornar-se-ia necessária a imposição de um poder público. Nesse sentido, estaria perfeitamente justificada a necessidade de existência do poder público, assim como identificada sua origem divina.

Pollock vai adiante e identifica esse traço característico mesmo em autores da idade moderna, cujos conceitos formaram os pilares da teoria contratualista, como Thomas Hobbes e John Locke. Em passagem na qual busca identificar os traços distintivos entre ambos (Hobbes e Locke), não poupa críticas a esta característica comum a ambos<sup>6</sup>:

Hobbes e Locke começam a partir de um “estado de natureza” assumido - um papel político em branco. Nisso, eles não são de modo algum singulares. Observe que seus predecessores, estando obrigados a aceitar a doutrina teológica da queda do homem, não trataram e não puderam tratar o “estado da natureza” como uma era de ouro. Era a condição dos homens como criaturas caídas, pecadoras, ignorantes e desgovernadas. Todas as virtudes que teve eram negativas. Hobbes e Locke, de novo, consideram a multidão original como uma multidão de indivíduos não relacionados: e esta é a falácia fundamental do Contrato Social em todas as formas. A visão de Hobbes da “mera natureza” é pessimista o suficiente para satisfazer qualquer teólogo.

Alguns teóricos impõem séria restrição à ideia de contrato social como instrumento historicamente pactuado em algum momento da evolução da sociedade. As críticas recaem principalmente sobre a inviabilidade de admissão da hipótese de um consenso coletivo (representado pelo pacto social) entre todos os cidadãos em torno da regulação social. A inexistência de registros históricos sobre o consenso também pesa em desfavor desta vertente teórica do contrato social<sup>7</sup>:

Quando Thomas Hobbes publicou *Leviatã* em 1651, ele incluiu um capítulo sobre direito dos contratos e construiu sua teoria das origens do Estado sobre os princípios do direito contratual. No entanto, os leitores atuais têm dificuldade com a noção de um contrato juridicamente

---

6 POLLOCK, op. cit., p. 109 (tradução livre).

7 KARY, Joseph H. “Contract Law and the Social Contract: What Legal History Can Teach Us about the Political Theory of Hobbes and Locke.” *Ottawa Law Review*, v. 31, 1999, p. 73.

vinculante de todos com todos, do qual não há registro histórico a que nenhuma pessoa viva tenha consentido.

Com base nessas premissas, o contrato social histórico já foi qualificado como uma “fantasia utópica”<sup>8</sup>, assim como a suposta contratação de todos com todos uma “quimera”<sup>9</sup>, que nunca existiu. Para que uma contratação nestas bases fosse viável, diziam os críticos, “todos os homens deveriam passar a vida inteira em nada além de correr para cima e para baixo para pactuar”<sup>10</sup>.

Em que pesem as críticas, não é possível ignorar a influência das teorias contratualistas na constituição de instituições públicas, na limitação do poder do soberano, na aquisição de direitos pelos súditos, no controle e na fiscalização das atividades públicas, na vinculação finalística do poder público, etc. O surgimento da ideia de consentimento público em torno da agregação social, ainda que fundada no direito natural, representou uma das mais importantes construções teóricas responsáveis pelo empoderamento de direitos pelos súditos e pela limitação do poder soberano.

E o certo é que ao longo da evolução de suas formulações teóricas, o contrato social cada vez mais se desvinculou de seu caráter histórico (marcante nas primeiras doutrinas) e adquiriu um *status* de ideia reguladora; um critério ideal, de caráter deontológico.

A dimensão histórica pode ser constatada em Hobbes, com a evolução do conceito rumo a uma formulação racional de caráter deontológico em Locke, que triunfa plenamente na obra de Rousseau, o que justifica a eleição do marco teórico que se passa a abordar.

## 2 THOMAS HOBBS

Na introdução biográfica da obra *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*<sup>11</sup> consta que Thomas Hobbes nasceu na Inglaterra em 5 de abril de 1588, filho de um clérigo semiletrado, tendo deixado de contar com a assistência paterna desde muito cedo. Aos sete

8 LAWSON apud KARY, op. cit., p. 88.

9 LAWSON apud KARY, op. cit., p. 88.

10 FILMER apud KARY, op. cit., p. 89.

11 HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

anos foi recebido como pupilo por Robert Latimer, preceptor versado na cultura clássica e que lhe proporcionou sólidos conhecimentos de latim e grego. Bacharelou-se pelo Magdalen College de Oxford em 1608 e logo em seguida passou a trabalhar como preceptor de família aristocrata inglesa. Ao longo de algumas viagens pelo continente europeu, travou contato e amizade com alguns dos maiores pensadores de seu tempo, como Francis Bacon, Descartes e Galileu. A mesma fonte descreve que, desde seus primeiros escritos, Hobbes já manifestava aversão à democracia e por isso recomendava a leitura de Tucídides: “um rei é mais capaz que uma república”.

Em 1640, Hobbes posicionou-se como defensor do Rei Carlos I (1600-1649), então ameaçado por uma revolução liberal, e, por isso, teve de refugiar-se em Paris, temendo as ameaças dos antirrealistas. De lá, não deixou de participar de controvérsias políticas e religiosas com homens da corte inglesa refugiados na França. Ainda em Paris, tornou-se preceptor do príncipe de Gales, futuro Carlos II (1630-1685), rei da Inglaterra, então no exílio. Hobbes faleceu em 1679, “dez anos antes do trínfo das ideias liberais das quais fora ferrenho adversário”<sup>12</sup>, que resultaram no fim do absolutismo monárquico britânico e no aumento do poder do parlamento, como consequência da Revolução Gloriosa (1688-1689).

Sua obra “Leviatã” é caracterizada pela construção teórica em defesa de um Estado superdimensionado e protetor, integralmente racional, laico e secular, em que não haveria espaço para crenças e superstições. O nome “Leviatã” deriva de um monstro de origem bíblica, de muitas cabeças, e é utilizado por Hobbes como uma representação simbólica do Estado, qualificado como “um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado”<sup>13</sup>.

O autor vincula sua teoria sobre a gênese do Estado a um bem desenvolvido conceito de estado de natureza prévio à convenção política, concebido como uma situação de guerra constante e feroz na qual os egoísmos particulares não reconhecem outra autoridade que não seja a força. Sua concepção de estado de natureza é resultado de uma construção filosófica abstrata que serviu de fundamento para justificar a necessidade de criação da sociedade politicamente organizada. O cenário pré-contratual é assim resumido<sup>14</sup>:

12 HOBBS, op. cit., p. IX.

13 HOBBS, op. cit., p. 5.

14 HOBBS, op. cit., p. 75-76.

Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama de guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. (sic)

[...]

Portanto, tudo aquilo que é válido para um tempo de guerra, em que todo homem é inimigo de todo homem, o mesmo é válido também para o tempo durante o qual os homens vivem sem outra segurança senão a que lhes pode ser oferecida por sua própria força e sua própria invenção. Numa tal situação não há lugar para a indústria, pois seu fruto é incerto; conseqüentemente não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis [...]; não há conhecimento da face da Terra nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior que tudo, um constante temor e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta.

Especificamente em relação ao(s) pacto(s) responsável(eis) por livrar o homem da condição animalésca em que vivia no estado de natureza, narrada por Hobbes, existe divergência entre vários autores que se dedicaram ao estudo da teoria contratualista: se existiu um único, dois ou até mesmo de três contratos, firmados em momentos distintos.

Siches<sup>15</sup> aponta Juan Altusio, Francisco de Suárez e John Locke como adeptos da teoria da dualidade dos contratos: em primeiro lugar o pacto social, por força do qual se constituiria a comunidade civil, deixando o aglomerado de pessoas de ser uma mera multidão para tornar-se uma comunidade civil capaz de transferir o poder político a seu governante, e o contrato político, mediante o qual esta mesma comunidade delega o exercício de determinados atos do poder público a um ou a vários sujeitos.

O mesmo autor<sup>16</sup> também ressalta a peculiar teoria de Pufendorf, que apregoa a existência de três contratos, que se escalonariam do seguinte modo: primeiro, o contrato social, que funda a comunidade política; segundo, o contrato ou acordo em que a comunidade atua já como pessoa jurídica e decide por uma ou outra forma de governo; e terceiro, o contrato de

---

15 SICHES, Luis Recaséns. *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*. Universidade Nacional Autónoma de México, México, D.F.: 2003.

16 *Ibidem*.

submissão ao senhorio, pelo qual a comunidade cede o poder à pessoa ou às pessoas a quem se estabeleceu o poder na forma do segundo contrato, a partir de quando se dissolve a comunidade, pois a partir daí não haveria mais do que indivíduos e o soberano.

No que tange à controvérsia sobre a unicidade ou pluralidade de contratos, Hobbes<sup>17</sup> posiciona-se pela existência de um único contrato de senhorio e de submissão, responsável pela fundação do próprio Estado e pela designação do soberano. Para ele, antes da proclamação do governante não haveria mais do que indivíduos com liberdade ou direitos iguais em sua potência física; depois do pacto, existiria unicamente a monarquia, porque o contrato conteria a renúncia à liberdade ilimitada pelos indivíduos em favor do soberano. Tal renúncia, para que o contrato pudesse servir de fundamento da sociedade política, haveria de ser inteira, incondicionada, pois do contrário correr-se-ia o risco de recair na anarquia primitiva. Sobre as características do pacto e a representatividade dos atos do soberano, Hobbes esclarece<sup>18</sup>:

Em segundo lugar, dado que o direito de representar a pessoa de todos é conferido ao que é tornado soberano mediante um pacto celebrado apenas entre cada um e cada um, e não entre o soberano e cada um dos outros, não pode haver quebra do pacto da parte do soberano, portanto nenhum dos súditos pode libertar-se da sujeição, sob qualquer pretexto de infração.

Como é possível observar, os efeitos do pacto social para Hobbes (1988) são a constituição do Estado e a transferência de um poder absoluto ao soberano, que não demanda do governante qualquer compromisso finalístico para com seu exercício<sup>19</sup>. A própria concepção unitária do contrato social favorece a conclusão absolutista do poder do soberano, na medida em que inviabiliza qualquer invocação de um poder originário pretérito à constituição do Estado. Nesse sentido, Hobbes pontua<sup>20</sup>:

---

17 HOBBS, op. cit.

18 Ibidem, p. 108.

19 "Portanto é inútil pretender conferir a soberania através de um pacto anterior. A opinião segundo a qual o monarca recebe de um pacto seu poder, quer dizer, sob certas condições, deriva de não se compreender esta simples verdade: que os pactos, não passando de palavras e vento, não têm qualquer força para obrigar, dominar, constringer ou proteger ninguém, a não ser que derive da espada pública" (HOBBS, op. cit., p. 108).

20 HOBBS, op. cit., p. 112.

Como a grande autoridade é indivisível, e inseparavelmente atribuída ao soberano, há pouco fundamento para a opinião dos que afirmam que os reis soberanos, embora sejam *singulis majores* com maior poder do que qualquer de seus súditos, são apesar disso *universis minores* com menos poder do que eles todos juntos.

Da biografia do autor extrai-se seu comprometimento com a manutenção do *status quo*, tendo sua construção teórica traços claros desta característica marcante de concepção do poder como um fim em si mesmo, legitimado por um ato de vontade dos indivíduos que, convencionado em determinado momento histórico, teria implicado a alienação dos próprios direitos ao soberano (e não apenas sua delegação).

Publicada em uma época de turbulência política na Inglaterra, concomitante à Guerra Civil Inglesa do Século XVII (a qual visava justamente confrontar o poder absoluto do soberano), *Leviatã* é marcada por uma defesa intransigente da monarquia reinante, cujo estudo permite identificar os fundamentos teóricos do absolutismo moderno.

### 3 JOHN LOCKE

Colhe-se da introdução biográfica da obra *Os pensadores*<sup>21</sup> - que reúne as três principais publicações de John Locke, a saber, *Carta acerca da tolerância* (1689), *Segundo tratado sobre o governo* (1690) e *Ensaio acerca do entendimento humano* (1690) -, que o autor é nascido em 29 de agosto de 1632, na Inglaterra, no seio de uma família de comerciantes burgueses. Em 1648, no auge da insurgência do parlamento contra a monarquia inglesa, seu pai lutou na guerra compondo as tropas ligadas ao parlamento.

Seguiu a carreira de médico e, fortuitamente, sua dedicação à medicina experimental serviu para fazê-lo ingressar nos círculos políticos da Inglaterra. Em 1666 tornou-se médico do conde Anthony Ashley Cooper (1621-1683), de Shaftesbury, e, em razão do sucesso do tratamento, ganhou sua confiança e passou a desempenhar a função de conselheiro político. A amizade com o conde Ashley e a rápida ascensão política deste (chegou ao cargo de Chanceler, o mais alto cargo público do país) mudariam completamente o curso da vida de Locke. Ashley representava, na política britânica, os interesses do parlamento, opondo-se ao absolutismo de Carlos II (1630-1685). A ligação de Lock com o conde Ashley obrigou-o a

---

21 LOCKE, John. *Os pensadores*: carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio sobre o entendimento humano. 2. ed. São Paulo: Abril cultural, 1978.

exilar-se fora da Inglaterra no período em que este último fora preso, até o fim da Revolução Gloriosa, quando finalmente o parlamento alcançou a supremacia política e Locke voltou à cena política inglesa. Faleceu em 1704, tendo deixado obras que influenciaram importantes eventos históricos que se sucederam<sup>22</sup>:

Com suas ideias políticas, Locke exerceu a mais profunda influência sobre o pensamento ocidental. Suas teses encontram-se na base das democracias liberais. Seus *Dois Tratados sobre o Governo Civil* justificaram a revolução burguesa na Inglaterra. No século XVIII, os iluministas franceses foram buscar em suas obras as principais ideias responsáveis pela Revolução Francesa. Montesquieu (1689-1755) inspirou-se em Locke para formular a teoria da separação dos três poderes. A mesma influência encontra-se nos pensadores americanos que colaboraram para a declaração da Independência Americana, em 1776.

A teoria contratualista de Locke é identificada por um viés mais racionalista, se comparada ao legado de Hobbes, passando a ter destacado valor como ideia social regulatória. Com isso não se está a afirmar que Locke negue o caráter histórico do contrato social. Ao contrário, em pelo menos duas passagens de sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, a saber, §§ 14 e 102, o autor empenha-se em demonstrar a existência histórica do estado de natureza e a vinculação de indivíduos livres e iguais por meio de um pacto social. A esse respeito, Diniz<sup>23</sup> aponta:

Com efeito, Locke concebia o estado de natureza como um fato histórico real, chegando ao ponto de valer-se de diversos relatos etnográficos, como aqueles descritos por Garcilaso de la Vega e José Acosta, para comprovar sua existência.

Apesar disso, Locke adicionou elementos racionais a sua teoria contratualista que desvincularam a titularidade e o exercício do poder público, acoplando um elemento finalístico ao seu exercício. A solidez da construção teórica e o momento político vivido quando do lançamento da obra de Locke elevaram suas conclusões a um patamar de grande relevância, bem como levaram à periferia as discussões a respeito da efetiva existência histórica do contrato social.

---

<sup>22</sup> LOCKE, op. cit., p. XXII-XXIV.

<sup>23</sup> DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Direito, Estado e Contrato Social no pensamento de Hobbes e Locke: uma abordagem comparativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 152, out./dez. 2001, p. 155.

Para chegar ao ponto culminante de sua teoria, Locke parte da desconstrução da premissa da origem divina do poder político exercido pelos reis, defendida por Robert Filmer (1588-1653) em sua obra *O Patriarca* (1680). A ideia central da teoria de Filmer é exposta por Diniz<sup>24</sup>:

O direito divino dos reis em Filmer encontra seu fundamento na perpetuação hereditária do poder monárquico absoluto concentrado primitivamente em Adão e transmitido em linhagem sucessiva historicamente aos monarcas; poder esse recebido por Adão e Noé do próprio Deus, assegurando-lhe primazia sobre todos os demais de sua e das demais espécies. Para Filmer, os homens não são livres, mas completamente submissos a esse poder supremo de origem divina investido na figura do soberano. Utilizando dessa premissa legitimatória, Filmer iria dela se valer para justificar o domínio das propriedades por parte daqueles investidos desse poder de origem adâmica.

Para Locke, não há base de sustentação para a premissa legitimatória inata do poder dos monarcas, pelo simples fato de serem supostamente descendentes de Adão. Em razão disso, defende que os indivíduos, quando optam por firmar o pacto social, não renunciam a seus direitos originários, assegurados pela lei natural, mas tão-somente transferem ao governante legitimado o poder de garantir sua inviolabilidade e sua preservação contra quaisquer insurgências ou violações.

Locke teoriza um estado de natureza, precedente ao pacto social, com indivíduos detentores de direitos naturais (como a vida, a liberdade e a igualdade) e livres para defendê-los, eles próprios, “em virtude do direito que tem de preservar a Humanidade”<sup>25</sup>. Segundo esta concepção, o homem livre é o magistrado de suas próprias causas e pode retribuir o mal que vier a ser-lhe causado na mesma medida em que o vitimou: “e assim é que qualquer homem, no estado de natureza, tem o poder de matar um assassino [...] que, tendo renunciado à razão [...], declarou guerra contra a Humanidade [...]”<sup>26</sup>. Com a constituição do pacto político, há uma delegação da garantia de inviolabilidade de direitos dos indivíduos, que passa a ser exercida pelo governante, sem que isso implique na transferência unilateral e indissociável dos próprios direitos em si.

24 DINIZ, op. cit. 155.

25 LOCKE, op. cit., p. 37 (sic).

26 Ibidem, p. 37-38.

É particularmente nesse ponto que muitos estudiosos de sua obra enxergam a cisão do pacto social em dois contratos ou duas etapas (dentre eles Siches<sup>27</sup>, Pollock<sup>28</sup> e Diniz<sup>29</sup>), o que viabiliza o resguardo da titularidade de direitos pelos súditos, mesmo em caso de rompimento do pacto político.

Cabe rememorar que, segundo a doutrina de Hobbes, a unidade dos contratos implicava a transferência incondicional do poder político e a irrevogabilidade do pacto, sob pena de retorno à anarquia primitiva. Locke, por seu turno, introduz um mecanismo de controle do poder político, capaz de justificar a eventual ruptura do pacto em caso de abusos ou de vícios no seu exercício por parte do governante, readquirindo o povo sua soberania originária.

E isso é feito a partir de uma reelaboração das condições vividas em estado de natureza. A situação de guerra perpétua defendida por Hobbes é substituída, em Locke, por uma convivência social que, apesar de não ordenada, não se configura um estado de guerra constante. Em verdade, o móvel da união dos indivíduos em torno do pacto social é, para Locke, a conveniência de se poder delegar e de se obter a garantia da defesa institucionalizada da paz, que passa a ser obrigação do governante ao qual foi concedido o poder político. Com isso, Locke acentua o caráter bilateral do contrato social<sup>30</sup>:

E assim sendo, quem tiver o poder legislativo ou o poder supremo de qualquer comunidade obriga-se a governá-la mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas do povo [...], e a empregar a força da comunidade no seu território somente na execução de tais leis, e fora dele para prevenir ou remediar malefícios estrangeiros e garantir a sociedade contra incursões e invasões. E tudo isso tendo em vista nenhum outro objetivo senão a paz, a segurança e o bem público do povo.

Mais adiante<sup>31</sup>:

Sempre que, portanto, qualquer número de homens se reúne em uma sociedade de tal sorte que cada um abandone o próprio poder executivo

---

27 SICHES, op. cit.

28 POLLOCK, op. cit.

29 DINIZ, op. cit.

30 LOCKE, op. cit., p. 84.

31 Ibidem, p. 89-90.

da lei de natureza, passando-o ao público, nesse caso e somente nele haverá uma sociedade civil ou política. [...] por esse meio autoriza a sociedade ou, o que vem a dar no mesmo, o poder legislativo dela a fazer leis para ele conforme o exigir o bem público da sociedade.

Fica patente, então, a pretensão de elevação do contrato social à condição de um princípio ideal, um critério norteador das ações do soberano, o qual passa a vincular-se a seus súditos por objetivos comuns e a legitimar-se a partir da correção finalística de suas condutas (e não meramente a partir de sua linhagem hereditária).

#### 4 JEAN JACQUES ROUSSEAU

Na introdução biográfica das obras *Do contrato social: princípios do direito político*<sup>32</sup> e *O contrato social: princípios do direito político*<sup>33</sup> colhe-se que Rousseau nasceu na Suíça, em 1712, de família cujos antepassados eram originários da França. Foi criado por seus tios, devido à morte da mãe e ao exílio do pai, desde muito cedo. Seu espírito aventureiro o levou a migrar, ainda jovem, para a Sabóia, que na época pertencia ao reino da Sardenha, onde se converteu ao catolicismo.

Mudou-se para Paris por volta de 1736 e lá, aos 31 anos, foi nomeado Secretário do Embaixador da França em Veneza, surgindo a partir daí seu interesse pela política. Ganhou reconhecimento público pela participação em um concurso que culminou na publicação de ensaio sob o título *Discurso sobre as ciências e as artes*, rendendo-lhe o primeiro prêmio da Academia de Dijon, em 1750. A obra em questão referia-se à restauração das ciências e das artes como forma de purificar a moral.

Politicamente, expôs suas ideias no *Do contrato social*, lançado em 1762, por meio do qual defendeu ideais considerados afrontosos aos costumes morais e religiosos da época. Passou a ser perseguido na França e se refugiou na Inglaterra, onde conviveu com o filósofo e historiador britânico David Hume (considerado um dos maiores escritores da língua inglesa). Em 1770 foi autorizado a retornar oficialmente à França, sob a condição de não publicar qualquer outra obra. Morreu em 1778 em Ermenonville, França. Sua principal obra, *O contrato social*, só teve maior

---

32 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

33 ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2015.

aceitação e difusão depois de sua morte, com a aproximação da Revolução Francesa, tendo Roberpierre e Sait-Just inspirado-se nela.

Em Rousseau, é possível verificar um significativo esforço teórico para superar o subjetivismo, com a concepção de um padrão de contrato social deontológico, deixando de lado o empirismo que vinha confundindo o problema genético da comunidade civil. Siches<sup>34</sup> aponta que essa dupla intenção de superação do subjetivismo e do empirismo (substituindo-os por um idealismo apriorístico) serviu de base para a meditação idealista do século XIX, especialmente a Kant (sobre quem teria exercido influência direta e decisiva).

Com efeito, Rousseau afasta-se da missão de tentar explicar o contrato social como fenômeno histórico; ou melhor, de investigar a gênese da sociedade política, percorrendo e aprimorando um caminho rumo à descrição de uma sociedade ideal, que já havia sido iniciado por Locke. Bernasconi identifica esta característica da obra de Rousseau, apontando<sup>35</sup>:

No entanto, Rousseau acredita que ele pode dizer o que legitimaria a mudança por meio da qual a liberdade natural daria lugar às amarras da sociedade. Aparentemente compartilhando algumas, mas não todas, as suposições de teóricos do contrato social anterior, como Hobbes e Locke, Rousseau impõe condições mais rigorosas do que as concepções daqueles sobre o contrato que inicia a sociedade. [...]. Tendo renunciado à tarefa de explicar o nascimento da sociedade, ele não localiza na história a legitimação da sociedade. Este movimento inicial é, portanto, o deslocamento do discurso da facticidade para o discurso da legitimação.

Ainda assim, o que Rousseau defende tem claras implicações para a sociedade existente, porque ele enfatiza que “uma pessoa só é obrigada a obedecer a poderes legítimos poderes”.

A mesma constatação é feita pelos autorizados tradutores<sup>36</sup> da obra *O contrato social*, definindo o problema científico enfrentado por Rousseau nos seguintes termos: “fornecer a fórmula de uma sociedade não abusiva, que permita a existência social de usufruir de todos os benefícios

---

34 SICHES, op. cit.

35 BERNASCONI, Robert. “Rousseau and the Supplement to the Social Contract: Deconstruction and the Possibility of Democracy.” *Cardozo Law Review*, v. 11, 1990, p. 1541 (tradução livre).

36 J. CRETILLA JR. ; AGNES CRETILLA.

concernentes à sua essência”<sup>37</sup>. Esse diferencial eleva a obra de Rousseau a um novo patamar teórico, a ponto de Siches<sup>38</sup> identificá-la como uma fase ulterior na evolução da doutrina do contrato social, um novo momento em sua evolução.

Em *O contrato social*, Rousseau desenvolve problemáticas tratadas em quase todas as obras que a antecedeu, dentre elas a autonomia ou dignidade ética do indivíduo; a igualdade da essência moral de todos; a justificação do poder político em abstrato; a ausência de predestinação da autoridade em uma pessoa determinada; a titularidade primária ou originária do poder reunida na comunidade social; a soberania popular e a limitação do poder público pelo direito natural.

O ponto nodal de seu pensamento, do qual todos os demais decorrem, é a ideia de que o poder político e a soberania têm suas justificações no contrato social, bem expressa na seguinte passagem de sua obra, no ponto em que trata dos limites do poder do soberano<sup>39</sup>:

Se o Estado ou a Cidade não é senão uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o da sua própria conservação, necessita de uma força universal e compulsiva para mover e dispor de cada parte, da maneira mais conveniente a todos. Assim como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é este o mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, traz, como já disse, o nome de soberania.

[...] Trata-se, pois, de distinguir muito bem os respectivos direitos dos cidadãos e do soberano, e os deveres que os primeiros devem desempenhar, na qualidade de súditos, do direito natural do qual devem usufruir, na qualidade de homens.

Na sequência, o autor põe-se a responder ao questionamento: “o que é propriamente um ato de soberania?”<sup>40</sup>:

37 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 9.

38 SICHES, op. cit.

39 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

40 Ibidem, p. 53.

Não é uma convenção do superior com o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros: convenção legítima, porque tem como base o contrato social, equitativo, porque é comum a todos, útil, porque não pode ter outro objeto senão o bem geral, e sólido, porque tem como garantia a força pública e o poder supremo. Enquanto os súditos não estão submetidos senão a tais convenções, eles não obedecem a ninguém, mas apenas à própria vontade; e perguntar até onde se estendem os respectivos direitos do soberano e dos cidadãos é perguntar até que ponto eles pode engajar-se consigo mesmos, cada um para todos e todos para cada um.

À medida que o contrato perde seu lastro empírico e se racionaliza, suas consequências democráticas aumentam e cobram plenitude. É dizer, na medida em que não mais ligado necessariamente à interpretação do conteúdo de um pacto específico (que poderia outorgar mais ou menos direitos), e sim a uma dimensão ideal, comum a todas as sociedades, as ideias de limitação do poder do governante e de garantia de direitos individuais (naturais, para Rousseau) passariam a fazer-se presente em todo e qualquer regime de governo.

Portanto, a teoria nos remete à compreensão do sentido deontológico do contrato social e dos fins do Estado, funcionando como um critério regulador; isto é, de medida para aferir a justiça ou injustiça das ordenações políticas. Na linha de entendimento de Rousseau, serão elas justas se e na medida em que se possa concebê-las como fruto de um contrato com base no qual os indivíduos tenham convencionado aquilo (e apenas aquilo) que racionalmente exige sua natureza moral de seres dignos e livres.

A partir daí, o contrato social cumpre um papel paradigmático e regulador da constituição de uma ordem jurídica, de modo a assegurar que os direitos que o homem tem por natureza sejam conservados íntegros, mesmo depois de sua integração na organização social.

Pollock, em um tópico específico de seu trabalho intitulado “o caminho até Rousseau”, elabora uma análise descritiva sintética desta evolução partindo de Hobbes e Locke até culminar na doutrina do contrato social de Rousseau<sup>41</sup>:

---

41 POLLOCK, Frederick. “Hobbes and Locke: The Social Contract in English Political Philosophy”. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, v. 9, parte 1, 1908, p. 110-111 (tradução livre).

*O caminho até Rousseau.* - Assim, a teoria de Locke pode ser tida como preparatória para o caminho até Rousseau. Hobbes conhecia apenas um contrato social, o pacto de lealdade: a sociedade civil é constituída pela fidelidade ao poder comum. Locke sustenta (como eu o li) que há uma aliança preliminar da comunidade e também uma aliança auxiliar da fidelidade: mas os governantes escolhidos não são, como governantes, partes desse segundo pacto. Rousseau, com grande engenhosidade, abandonou as linhas de Locke e moldou uma teoria que quase pode ser chamada de inversão da de Hobbes. Ele aboliu completamente a aliança de lealdade, por considera-la supérflua. Para Rousseau há apenas um contrato, a aliança da comunidade: porque a comunidade que ela cria é soberana, e tudo o que a comunidade faz é um ato de soberania que não precisa de confirmação mais distante. Assim Hobbes reconhece *pactum subiectionis* somente; Locke (aparentemente) ambos *pactum unionis* e *pactum subiectionis*; Rousseau *pactum unionis* somente.

Rousseau, de fato, supera a ideia de dualidade de contratos (o contrato de associação e o contrato político ou de submissão), entendendo que existe apenas um contrato: o de associação ou social, responsável também pela fundação do Estado, nos termos idealmente necessários. Uma vez constituído o contrato, a soberania recairia sobre o corpo social, não podendo o governante atuar contra o bem comum desse próprio corpo, sob pena de infringir o pacto social.

Suas ideias influenciaram decisivamente na teorização dos direitos fundamentais na América do Norte e na França, palcos de duas Revoluções responsáveis pela mudança paradigmática das relações entre o Estado Absolutista e seus súditos e pelo avanço teórico na concretização do Estado Democrático de Direito.

## 5 CONCLUSÃO

As críticas calcadas na inviabilidade de aceitação da efetiva existência histórica de um contrato social firmado entre todos os homens em estado de natureza, no qual teriam eles pactuado submeter-se a um poder regulador, podem levar o pesquisador a relegar a importância da teoria contratualista na evolução da sociedade e do Estado de Direito.

O que se buscou demonstrar nesse trabalho foi que, ao largo do caráter histórico do contrato social, objeto de fortes e contundentes críticas, existe uma dimensão ideal, deontológica, que pode ter exercido forte

influência na limitação, no controle e na fiscalização dos poderes públicos, bem como na consolidação dos direitos fundamentais.

Para tanto, procurou-se apoiar a pesquisa nas teorias contratualistas de três dos principais autores que se dedicaram a tratar do tema, a saber: Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau. A partir daí, analisando criticamente cada uma delas, a presente pesquisa pretendeu demonstrar o caminho desde a teorização do contrato social como um instrumento de investigação histórica até seu estabelecimento como ideia reguladora, de caráter deontológico, responsável pelo ordenamento da sociedade e do poder público.

## REFERÊNCIAS

- BERNASCONI, Robert. "Rousseau and the Supplement to the Social Contract: Deconstruction and the Possibility of Democracy." *Cardozo Law Review*, v. 11, p. 1539-1564, 1990.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. Ridendo Castigat Moraes. [S.l]: eBookLibris. [S.d]. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/darepublica.html>>. Acesso em: 05.11.2016.
- DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Direito, Estado e Contrato Social no pensamento de Hobbes e Locke: uma abordagem comparativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 152, p. 151-172, out./dez. 2001.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- KARY, Joseph H. Contract Law and the Social Contract: What Legal History Can Teach Us about the Political Theory of Hobbes and Locke. *Ottawa Law Review*, v. 31, p. 73-92, 1999.
- LOCKE, John. *Os pensadores: carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio sobre o entendimento humano*. 2. ed. São Paulo: Abril cultural, 1978.
- PANIZA, Alexandre de Lima. Democracia e contratualismo nas concepções de Hobbes e Rousseau: uma abordagem histórica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional: em tempos de democracia*, São Paulo, n. 3, p. 249-267, jan./jun. 2004.

POLLOCK, Frederick. Hobbes and Locke: The Social Contract in English Political Philosophy. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, v. 9, parte 1, p. 107-112, 1908.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2015.

SICHES, Luis Recaséns. *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*. Universidade Nacional Autónoma de México, México, D.F.: 2003.

RECEBIDO EM: 13-01-2017

APROVADO EM: 19-04-2017

# **LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM HISTÓRICO- CONSTITUCIONAL**

***RELIGIOUS FREEDOM IN BRAZIL: A HISTORIC-  
CONSTITUCIONAL APPROACH***

*Karinny Guedes de Melo Vieira*

*Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Graduada em  
Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Advogada.*

*Manoel Cavalcante de Lima Neto*

*Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Juiz  
de direito (Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas). Professor adjunto da  
Universidade Federal de Alagoas e professor do Centro Universitário Tiradentes - UNIT.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Diferenciação: liberdade religiosa e liberdade de consciência; 2 Análise histórico-constitucional da liberdade religiosa no Brasil; 2.1 Era pré-constitucional; 2.2 Constituição Imperial de 1824; 2.3 Proclamação da República e Constituição de 1891; 2.4 Constituição de 1934; 2.5 Constituição de 1937; 2.6 Constituição de 1946; 2.7 Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69; 2.8 Constituição Federal de 1988; 3 Os limites à liberdade religiosa; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Os direitos à liberdade foram os primeiros direitos fundamentais a serem garantidos pelos textos constitucionais. Neles se incluem a liberdade religiosa e a liberdade de consciência, que estão diretamente ligados ao valor maior da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, essenciais a um Estado Constitucional e Democrático de Direito. Desta forma, o presente artigo se propõe a realizar um estudo histórico e constitucional acerca da evolução desses direitos no ordenamento jurídico pátrio, perpassando questões relevantes, como a conceituação, definição de seus elementos e análise de possíveis limitações. Assim, será realizada uma análise constitucional das previsões que visam garantir a liberdade religiosa, em todas as suas formas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de Consciência e de Crença. Liberdade Religiosa. Evolução Constitucional. Constituições Brasileiras. Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** The rights to freedom were the first fundamental rights to be guaranteed by the constitutions. These include freedom of religion and freedom of conscience, which are directly linked to the higher value of human dignity, and therefore essential to a constitutional and democratic state. Thus, this article aims to conduct a historical and constitutional study on the evolution of these rights in the Brazilian legal system, permeating relevant issues such as conceptualization, definition of its elements and analysis of possible limitations. Thus, a constitutional analysis will be carried out of a constitutional analysis of the forecasts aimed at ensuring religious freedom, in all its forms.

**KEYWORDS:** Freedom of Conscience and Belief. Religious Freedom. Constitutional Development. Brazilian Constitutions. Fundamental Rights.

## INTRODUÇÃO

Em que pese a discussão doutrinária acerca da paternidade dos direitos fundamentais, que é disputada pela Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789 (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), é certo que “os direitos fundamentais triunfaram politicamente nos fins do século XVIII, com as revoluções liberais”<sup>1</sup>. Essas revoluções foram responsáveis pelo rompimento do Antigo Regime, de viés absolutista. Sob a influência direta das ideias iluministas de Rousseau e Montesquieu, as primeiras Constituições escritas inauguraram, ao menos formalmente, os direitos fundamentais, que se baseavam no Liberalismo.

Ao conjunto dos direitos previsto nas primeiras Cartas Constitucionais se convencionou dar a nomenclatura de primeira dimensão dos direitos fundamentais, a qual é composta pelos direitos de liberdade. Estes possuem cunho negativo, tendo em vista que impõem o dever de abstenção do Estado, que não pode se imiscuir na esfera privada, tanto no âmbito social e econômico, quanto no pessoal. Tais direitos são também chamados de direitos de defesa ou direitos individuais, e neles se incluem a liberdade religiosa e de consciência.

De acordo com Norberto Bobbio, a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Assembleia Nacional, em 1789, representou um dos momentos decisivos para a história da humanidade, marcando o fim de uma época e o início de outra<sup>2</sup>. Surgia, assim, o Constitucionalismo Clássico, que evoluiria até chegar aos moldes atuais.

As primeiras Cartas Constitucionais eram chamadas de “Declarações” porque tinham caráter de ato de reconhecimento. Baseavam-se na teoria dos direitos naturais. Estes, por sua vez, não são conferidos pela sociedade nem pelo Estado, mas pela natureza. Constituem direitos inerentes ao ser humano enquanto tal. Desta forma, aquelas Constituições não possuíam a função de criar direitos, mas apenas de expor, declarar e lembrar a existência desses direitos<sup>3</sup>.

---

1 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 51.

2 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 85.

3 RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 50-51.

Tais Declarações teriam inaugurado o que Benjamin Constant<sup>4</sup> denominou de liberdade dos modernos, contrapondo-a à liberdade dos antigos. A primeira representa a liberdade civil, já a segunda pode ser chamada de liberdade política. Os povos antigos jamais teriam conhecido a liberdade dos modernos, inaugurada após as revoluções liberais burguesas. Os antigos consideravam liberdade o poder de participar ativa e diretamente das decisões políticas, exercendo a soberania de forma coletiva, mesmo que não possuíssem autonomia individual, tendo em vista que as leis regulamentavam todos os costumes. Desta forma, eles se submetiam à autoridade do todo. Já a liberdade vivenciada pelos modernos está afastada da participação do poder, mas voltada à independência e autonomia privada. Assim, ser livre significa ter que se submeter apenas às leis, ter o direito de ir e vir, de poder expor sua opinião, de dispor de sua propriedade, de escolher e professar sua religião. Para os Antigos, a possibilidade de escolher o culto que se quisesse seguir seria vista como um crime ou sacrilégio.

No ano de 1948, a Organização das Nações Unidas assinou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o que conferiu aos direitos humanos, inclusive aos direitos individuais, o caráter supra-estatal. Já em seu preâmbulo, a Carta considera que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo<sup>5</sup>. A partir desta Declaração, os direitos fundamentais adquiriram dimensão, validade e força supranacional, rompendo o quadro nacional, haja vista que possuem, independentemente de sua positivação, validade universal, impondo exigências a cada ordem jurídica<sup>6</sup>.

Importante mencionar a distinção feita por Ingo Wolfgang Sarlet entre direitos fundamentais e direitos humanos. Segundo o autor, faz-se necessário, mesmo que seja para fins puramente didáticos, realizar tal diferenciação. Em seu entender, “não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)”<sup>7</sup>. No

---

4 CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos. *Revista Filosofia Política*, Porto Alegre, L&PM, n. 2, p. 9-25, 1985, passim.

5 Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948.

6 ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p. 67-79, 1999. p. 67.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p 35.

entanto, a expressão “direitos fundamentais” se refere aos direitos do homem reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional de determinado Estado, já o termo “direitos humanos” está diretamente ligado aos documentos internacionais, representando as posições jurídicas reconhecidas ao ser humano como tal, não estando necessariamente vinculadas a um ordenamento específico, possuindo, portanto, verdadeiro caráter supranacional<sup>8</sup>.

É certo que os direitos fundamentais constituem a base axiológica dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Quando a Constituição se tornou a norma hierarquicamente superior, ao mesmo tempo passou-se a perceber que os valores mais relevantes da existência do homem merecem ser resguardados no documento jurídico com força vinculativa máxima. E o significado das normas de direitos fundamentais resulta justamente de dois critérios: fundamentalidade formal e fundamentalidade substancial. A fundamentalidade formal decorre diretamente de sua posição no ápice da hierarquia do ordenamento jurídico, constituindo direitos que vinculam diretamente todos os três Poderes<sup>9</sup>. Já a fundamentalidade substancial significa que os direitos fundamentais abarcam a tomada de decisões sobre a estrutura normativa básica tanto do Estado, quanto da sociedade. Este fato decorre justamente dos objetos regulados. Assim, “questões relativas à liberdade e à igualdade não são questões apenas de um ramo do direito, elas permeiam todos os ramos.”<sup>10</sup>

A Constituição Federal da República de 1988, em seu artigo 1º, determina que o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, possuindo, dentre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, do qual derivam os demais direitos fundamentais, como o direito à liberdade religiosa e de consciência, constantes do artigo 5º, inciso VI, o qual dispõe que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Também a Declaração das Nações Unidas de 1948, em seu artigo 18, preceitua o direito à liberdade de pensamento, de crença e de religião, protegendo-o em nível supra-estatal, ao prever que:

8 SARLET, op. cit., p. 35-36.

9 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 520.

10 *Ibidem*, p. 522.

todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.<sup>11</sup>

Desta forma, trataremos sobre os direitos à liberdade religiosa e de consciência, que são importantes direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração), conferidos expressamente pela Constituição Federal de 1988. Desta forma, realizaremos um estudo histórico-constitucional acerca da evolução desses direitos em nosso país. Também será discutida a questão referente à existência de limites à liberdade de religião no ordenamento jurídico brasileiro.

## **1 DIFERENCIAÇÃO: LIBERDADE RELIGIOSA E LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA**

Os direitos à liberdade religiosa e de consciência normalmente se encontram lado a lado nos Tratados Internacionais e Constituições, como ocorre, por exemplo, com a nossa Carta Magna. Desta forma, o texto constitucional, em seu artigo 5º, VI, dispõe que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Entretanto, antes de prosseguir, faz-se necessário realizar uma diferenciação importante, tendo em vista que essas duas formas de liberdade não se confundem.

A liberdade de consciência constitui uma das formas da liberdade de pensamento, não estando necessariamente associada a um aspecto religioso. Representa, na verdade, o direito de possuir valores morais, ideias e crenças próprias, bem como de formular juízos sobre pessoas, fatos, sobre si mesmo e sobre o meio externo<sup>12</sup>.

Possuir uma consciência livre compreende, ainda, não ter nenhuma crença religiosa. Por este motivo, há a proteção jurídica dos ateus e agnósticos. Além disso, esta forma de liberdade pode representar uma adesão a determinados valores morais ou espirituais que não passam por sistema religioso algum. Como exemplo, temos os movimentos pacifistas

11 Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948.

12 BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 09, n. 36, p. 107-114, jul./set. 2001, p. 107-108.

que não implicam qualquer fé religiosa, apesar de possuírem um apego à paz e ao banimento da guerra<sup>13</sup>. Ademais, é possível

citar o exemplo daqueles que se recusam a prestar serviço militar em virtude de sua convicção (não necessariamente fundada em razões religiosas) de participar de conflitos armados e eventualmente vir a matar alguém. Outro caso, aliás, relativamente frequente, diz com a recusa de médicos a praticarem interrupção da gravidez e determinados procedimentos, igualmente nem sempre por força de motivação religiosa.<sup>14</sup>

De forma resumida, a liberdade de consciência se revela na autonomia moral-prática do ser humano, representando a faculdade de se autodeterminar em relação aos padrões éticos e existenciais, da própria conduta ou de conduta de terceira pessoa, seja em nível racional, mítico-simbólico ou até em nível de mistério.<sup>15</sup> Esta forma de liberdade está diretamente relacionada ao direito à objeção – ou escusa – de consciência, previsto no art. 5º, inciso VIII, da Constituição Federal.

A liberdade religiosa, por sua vez, subdivide-se em três âmbitos de proteção, quais sejam: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.

A liberdade de crença, que constitui a primeira vertente da liberdade religiosa, significa o direito de poder escolher a religião que se deseja seguir, de poder aderir a qualquer seita religiosa, de alterar sua religião e até de não aderir a nenhuma religião específica<sup>16</sup>. Desta forma, o que se visa proteger é um aspecto interno, que faz parte de cada indivíduo em suas particularidades, “de modo a impedir qualquer pressão, direta ou indireta, explícita ou implícita, às opções de fé”<sup>17</sup>. Tudo isto é garantido sem que o indivíduo sofra qualquer forma de interferência por parte do Estado.

13 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 192.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 923, p. 221-238, set. 2012, p. 227.

15 NETO, Jayme Weingartner. Art. 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. E-Book. ISBN 978-85-02-21263-3, p. 565.

16 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 249.

17 NETO, Jayme Weingartner. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 113.

Ademais, neste âmbito de análise, duas posições são especialmente relevantes: a liberdade de atuar de acordo com a própria crença e o direito ao proselitismo. Este último representa o conjunto de condutas que partem de determinado grupo religioso para fora dele, a fim de obter novos seguidores para aquela crença religiosa. A ênfase na propagação da fé com esta finalidade é uma característica marcante em alguns movimentos religiosos, como, por exemplo, no caso das Testemunhas de Jeová e dos Mórmons.<sup>18</sup>

A liberdade de culto, por outro lado, representa o direito que todo indivíduo possui de poder expressar a sua crença religiosa, bem como a praticar, tanto de forma de forma coletiva quanto individual<sup>19</sup>, em templos ou em outros locais. O caráter de externalização das crenças, inclusive, tende a facilitar a identificação do fenômeno religioso<sup>20</sup>. O culto pode ocorrer por meio de orações, meditação, realização de missas, leitura de livros sagrados, jejum, procissões, dentre outros<sup>21</sup>. Em suma, a liberdade de culto diz respeito ao conjunto de atos, ritos e cerimônias que representam a expressão de determinada crença religiosa.

Por fim, temos a liberdade de organização religiosa. Esta, por sua vez, “diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado”<sup>22</sup>. Significa que o Poder Estatal não pode intervir na economia interna das associações religiosas e na sua forma de se organizar. Como exemplo, podemos citar o fato de que é proibido ao Poder Estatal impor a igualdade de sexos a uma religião que não a aceite<sup>23</sup>.

---

18 NETO, Jayme Weingartner. Art. 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. E-Book. ISBN 978-85-02-21263-3. p. 572.

19 BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 09, n. 36, p. 107-114, jul./set. 2001, p. 110.

20 NETO, Jayme Weingartner. Art. 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. E-Book. ISBN 978-85-02-21263-3. p. 572.

21 NETO, Jayme Weingartner. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 121.

22 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 250.

23 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 265.

São três os modelos possíveis de relacionamento entre Estado e Igreja: fusão, união e separação. A confusão (ou fusão) acontece quando o Estado se confunde com certa religião (p. ex., Vaticano), já na união são verificadas relações jurídicas entre o Estado e uma Igreja determinada no que diz respeito ao seu funcionamento e organização, como ocorria, por exemplo, na época do Brasil Império.<sup>24</sup> Atualmente, no Brasil, o relacionamento entre Estado e Igreja se baseia no sistema de separação, pois o país se tornou laico, o que “significa que ele se mantém indiferente às diversas igrejas que podem livremente constituir-se, para o que o direito presta a sua ajuda pelo conferimento do recurso à personalidade jurídica”<sup>25</sup>. A passagem para o Estado laico será analisada no próximo item.

É necessário ressaltar, entretanto, que a separação entre Estado e religião não é absoluta em nosso país, haja vista que é possível que exista uma colaboração entre os dois âmbitos. É o que ocorre, por exemplo, no caso do direito à assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, do ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental e da possibilidade da celebração do casamento religioso com efeitos civis.

A diferenciação entre liberdade de consciência e liberdade religiosa, bem como a divisão desta última em seus três aspectos – liberdade de crença, de culto e de organização religiosa – será de extrema importância para compreender de forma adequada o item seguinte, que irá demonstrar como nossa ordem constitucional garantiu cada um desses direitos ao longo dos tempos.

## **2 ANÁLISE HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL**

É importante perceber que “a história do direito constitucional do Brasil é a história do seu desenvolvimento político-institucional, como nação politicamente independente”<sup>26</sup>. Portanto, faz-se imprescindível o estudo da liberdade religiosa nas constituições brasileiras para poder analisar como esse direito evoluiu em nosso país, bem como para compreender mais adequadamente o tratamento constitucional atual.

24 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 250.

25 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 192.

26 FUHRMANN, Italo Roberto. Traços fundamentais da História Constitucional no Brasil: do Império à Constituição da República de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 21, n. 84, p. 35-59, jul/set. 2013. p. 35-36.

## 2.1 ERA PRÉ-CONSTITUCIONAL

Antes do ano de 1824, não se podia falar em Constituição. Apesar de existirem leis esparsas e costumes, não havia um corpo unificado contemplando os fundamentos do Estado, bem como os direitos e deveres das pessoas. Ademais, naquela época não havia o conceito de cidadania independente da religião. O país era católico e, portanto, os seus súditos também deveriam ser. A Igreja Católica desempenhou importante papel de controle social, contribuindo para a manutenção da obediência em relação à Coroa Portuguesa. Ressalte-se que nesse período não se podia falar em liberdade religiosa – em qualquer de suas variantes –, inclusive dentro do próprio catolicismo, visto que sequer era concedida ao cristão a liberdade no tocante à interpretação das passagens bíblicas.<sup>27</sup>

## 2.2 CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824

No ano de 1822, foi proclamada a Independência do Brasil, e D. Pedro I se tornou o primeiro Imperador. Dois anos depois, foi outorgada a Constituição, que possuía como principais características o liberalismo conservador, o semiabsolutismo e o elitismo. O texto havia sido influenciado diretamente pela Constituição francesa de 1814, assemelhando-se ao modelo do constitucionalismo europeu então vigente, o qual ainda não havia incorporado os ideais democráticos.<sup>28</sup> Como consequência do viés liberal, a Carta trazia um grande rol de direitos individuais, dentre os quais determinava que “ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a Moral Pública” (art. 179, V). Não havia, entretanto, qualquer menção à liberdade de consciência, nem tampouco à objeção de consciência.

A Constituição de 1824, ao permitir a existência de outros credos religiosos distintos do catolicismo no país, foi um marco importante, funcionando como etapa de transição para o início da era de laicização do Estado<sup>29</sup>, que viria a se consubstanciar na Carta Magna seguinte. O art. 5º da referida Constituição previa que “a religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões

27 GODOY, Arnaldo Moraes Godoy. A liberdade religiosa nas Constituições do Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 155-167, jan/mar. 2001. p. 160-162.

28 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 1. reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 101.

29 FILHO, Luiz Mesquita; CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém Campos. A imunidade religiosa na perspectiva do Direito Tributário Brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 105, p.47-65, jul. 2012. p. 52.

serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo”. Assim, a religião oficial continuava a ser a Católica, mas era permitido o culto doméstico de outras crenças religiosas, desde que fosse feito em locais particulares ou residências a isto destinadas, sem forma análoga à de templo. Existia, portanto, a liberdade crença, mas não a de culto, nem tampouco a de organização religiosa<sup>30</sup>. E apenas a religião católica recebia proteção diferenciada do Estado, com a concessão de direitos especiais, em detrimento das demais.

Pelo fato de a Constituição Imperial estabelecer que a religião Católica Apostólica Romana era a religião do Império, infere-se que o Brasil era um Estado confessional. Como consequência, as demais religiões eram simplesmente toleradas, e o Imperador tinha que jurar manter a religião católica antes de ser aclamado. Além do mais, era de competência do Poder Executivo nomear bispos, bem como prover os benefícios eclesiásticos. Portanto, percebe-se que não existiu durante o Império a verdadeira liberdade religiosa, pois, até em relação à religião oficial, apesar de o culto católico gozar de certo privilégio e poder ser realizado livremente, havia inúmeras restrições no que diz respeito à organização e ao funcionamento dessa religião.<sup>31</sup> Assim, também a crença oficial sofria limitações do Estado.

### 2.3 PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA E CONSTITUIÇÃO DE 1891

Em 1889, os militares brasileiros, comandados por Deodoro da Fonseca, encabeçaram o movimento que culminou na Proclamação da República. Tal movimento praticamente não contou com a participação popular. E, para a instauração do novo regime, não foi necessário nenhum conflito armado, tendo sido o Imperador e a família real exilados, o que fez com que voltassem imediatamente para a Europa. A formalização do regime se deu através do Decreto nº 1, que estabeleceu a criação do governo provisório, até que fosse eleita a Assembleia Constituinte.<sup>32</sup>

A nova Constituição, de 1891, baseava-se essencialmente no liberalismo republicano e moderado que havia sido adotado nos Estados Unidos. Assim, o Brasil importou diversos institutos, valores e instituições

30 ÁVILA, Fabiana. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto. *Direito Tributário em Questão – Revista da FESDT*, Porto Alegre, n. 6, p. 43-63, jul./dez. 2010, p. 44-45.

31 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 250-251.

32 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 1. reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 109.

liberais, apesar de nossa sociedade não ter vivenciado o liberalismo. A influência foi tão forte, que pode ser vista até na mudança do nome do país, que passou a se chamar Estados Unidos do Brasil, bem como na adoção do sistema federalista e presidencialista. A Constituição possuía o texto mais conciso dentre todas as constituições brasileiras.<sup>33</sup>

É imprescindível destacar que antes mesmo da constitucionalização do novo regime, estabeleceu-se de imediato a liberdade de religião, com a laicização do Estado. Tal fenômeno ocorreu com a publicação do Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, da lavra de Ruy Barbosa. Este decreto, inclusive, reconheceu a personalidade jurídica de todas as igrejas e crenças religiosas.<sup>34</sup>

Com a edição da nova Constituição, em 1891, confirmou-se imediatamente a separação entre a Igreja e o Estado, trazendo a nível constitucional um preceito que já havia sido instituído pelo supracitado decreto. A Carta de 1891 se baseava na teoria liberal e seus princípios encontram origem histórica na Revolução Americana (1776), bem como na Revolução Francesa (1789), que consagravam, em suas declarações de direitos humanos, o livre exercício de culto como um direito fundamental<sup>35</sup>.

De acordo com Sarmiento<sup>36</sup>, o princípio da laicidade, que é adotado na maioria dos países democráticos ocidentais, possui dupla função. Serve, por um lado, para proteger as inúmeras crenças e cultos religiosos das interferências estatais excessivas em questões internas, tais como organização, regras institucionais, valores e ideias adotados, forma de realização dos cultos, etc. Por outro lado, tal princípio também atua como meio de proteger o Estado das intervenções e influências indevidas provenientes das religiões. Assim, a laicidade serve para proteger o Estado da religião.

Preceituava o art. 11, inciso II, da Constituição em comento que “é vedado aos Estados, como à União [...], estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”. Esse dispositivo constitucionalizava expressamente a laicidade do Estado, e viria a ser

33 SOUZA NETO, op. cit., p. 110-111.

34 MORATO, Leonardo L. Da proteção à liberdade de religião ou crença no Direito Constitucional e Internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 13, n. 51, p. 120-170, abr./jun. 2005, p. 138.

35 ÁVILA, Fabiana. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto. *Direito Tributário em Questão – Revista da FESDT*, Porto Alegre, n. 6, p. 43-63, jul./dez. 2010, p. 46.

36 SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE* (Procuradoria da República em Pernambuco), Recife, ano 5, mai. 2007, p. 3.

repetido nas Constituições seguintes, encontrando-se atualmente no art. 19 da Constituição de 1988. Ele proibia que o Estado realizasse as seguintes condutas em relação aos cultos do país: o seu estabelecimento, pois implicaria na criação de uma religião oficial; o seu subvencionamento, haja vista que poderia levar a situações injustas, favorecendo determinada religião, mesmo que não fosse esta oficial, mas em detrimento de outras; e, por último, seu embaraçamento, isto é, qualquer forma de atrapalhar o desenvolvimento das entidades religiosas<sup>37</sup>. Confirmando esta disposição, o art. 72, §7º, determinava que “nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União, ou o dos Estados. A representação diplomática do Brasil junto á Santa Sé não implica violação deste principio.”

A referida Constituição também positivou os elementos do direito à liberdade religiosa, trazendo importantes inovações. O art. 72, §3º, veiculava a liberdade de culto e de organização religiosa, ao determinar que “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”. No entanto, a República reconhecia apenas o casamento civil (art. 72, §4º). Ademais, a Constituição reconheceu o caráter secular aos cemitérios e determinava ser livre “a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis” (art. 72, §5º).

Apesar de a Constituição de 1891 não ter previsto o direito à liberdade de consciência, nem ter mencionado expressamente a objeção de consciência, no mesmo art. 72 podem ser encontradas algumas previsões relevantes. Preceituava, por exemplo, que nenhum cidadão poderia ser privado de seus direitos civis e políticos e nem se eximir do cumprimento de qualquer dever cívico por motivo de crença ou de função religiosa (art. 72, §28). O parágrafo seguinte, por sua vez, trazia a previsão segundo a qual os que alegassem, por motivo de crença religiosa, com a finalidade de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República impusessem aos cidadãos perderiam todos os direitos políticos.

## 2.4 CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 abandonou o liberalismo da Carta anterior e inaugurou o constitucionalismo social em nosso país. Desta forma, passou

---

37 ÁVILA, Fabiana. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto. *Direito Tributário em Questão – Revista da FESDT*, Porto Alegre, n. 6, p. 43-63, jul./dez. 2010. p. 45.

a tratar sobre diversos temas que até então não haviam sido trazidos pelas demais constituições. Os direitos sociais, isto é, os de segunda dimensão (ou geração) foram incorporados ao texto constitucional.<sup>38</sup>

A liberdade religiosa foi mantida no capítulo “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, sendo encontrada no art. 113, item 5, com a seguinte redação: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.” Pela primeira vez, uma Constituição brasileira passou a prever expressamente a liberdade de consciência. Percebe-se, ainda, que outra inovação foi trazida ao texto constitucional, tendo em que vista que se passou a prever que a liberdade religiosa estava condicionada à ordem pública e aos bons costumes, termos que substituíram as expressões “moral pública” e “leis”, contidas na Constituição anterior.

A personalidade jurídica das associações religiosas foi remetida ao Direito Civil, que, no Código de 1916, em seu art. 16, inciso I, havia as definido como pessoas jurídicas de direito privado. Outra constatação relevante é a de que foi mantida a previsão quanto ao caráter secular dos cemitérios, acrescentando-se, todavia, que as associações religiosas possuíam o direito de manter cemitérios particulares, que ficariam sujeitos à fiscalização das autoridades competentes (art. 113, item 7).

## 2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1937, apesar de ter surgido após o golpe militar, no governo de Getúlio Vargas, manteve a liberdade religiosa e de associação<sup>39</sup>. O novo texto constitucional previa um modelo corporativista e autoritário, tendo dissolvido o Poder Legislativo de todos os entes federados. Baseava-se na Constituição da Polônia de 1935 – o que fez com que a Carta brasileira de 1937 recebesse o apelido de “Polaca” –, bem como na Constituição portuguesa de 1933, que ficou vigente durante o Estado Novo de Portugal, comandado por Salazar.<sup>40</sup>

38 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 119.

39 MORATO, Leonardo L. Da proteção à liberdade de religião ou crença no Direito Constitucional e Internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 13, n. 51, p. 120-170, abr./jun. 2005, p. 139.

40 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 125.

A Carta de 1937 determinava, em seu art. 122, item 4, que “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”. Como se vê, foi mantido o comando constitucional de limitação da liberdade religiosa à ordem pública e aos bons costumes, mas foi acrescentada a ideia de limites decorrentes de dispositivos de direito comum, o que é fácil de ser entendido em face de o país viver no período ditatorial<sup>41</sup>. Por sua vez, a liberdade de consciência, que havia sido mencionada expressamente pela primeira vez na Constituição anterior, não foi prevista nessa Carta.

## 2.6 CONSTITUIÇÃO DE 1946

Durante a Segunda Guerra Mundial, estavam em vigor as ideias do positivismo jurídico, que tinha a pretensão de criar uma ciência do direito com características análogas às ciências naturais e exatas. No entanto, a busca incessante pela objetividade científica, dando extremo destaque à realidade observável e deixando de lado a especulação filosófica, separou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito era norma, ato emanado do Estado, possuindo caráter imperativo, bem como força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deveria se basear em juízos de fato, que buscavam conhecer a realidade, e não em juízos de valor, que representavam uma verdadeira tomada de decisão diante da realidade. Segundo o positivismo, não era no âmbito do Direito que deveriam ter tratadas questões referentes à legitimidade e à justiça.<sup>42</sup>

Entretanto, ao final da Segunda Guerra Mundial, passou a ser inaceitável a ideia de um ordenamento jurídico que considerasse a lei como mera estrutura formal, sem avaliar o seu conteúdo, e que não levasse em consideração os valores éticos. É justamente por isso que se costuma associar a decadência do positivismo com a derrota do nazismo na Alemanha e do Fascismo na Itália, movimentos estes que chegaram ao poder de forma legal, porém realizaram barbáries ao abrigo da lei.<sup>43</sup>

41 GODOY, Arnaldo Moraes Godoy. A liberdade religiosa nas Constituições do Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 155-167, jan./mar. 2001, p. 164.

42 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18-24.

43 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova*

Desta forma, um novo modelo jurídico começou a ascender, o qual se convencionou chamar de pós-positivismo. Neste, o Direito e a Moral se reaproximaram, pois não se poderia mais admitir um atentado aos direitos do homem sob o pretexto da lei. Desta forma, “o *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais”<sup>44</sup>. O Neoconstitucionalismo que conhecemos hoje tem em suas bases as ideias pós-positivistas.

Baseando-se nessa nova concepção e visão de mundo, surgiu uma espécie de movimento de constitucionalização global, ocasião em que diversos países elaboraram suas constituições, que servem como modelo até hoje, tais como Itália (1947) e Alemanha (1948). Após a Segunda Guerra, tendo saído derrotados os nazistas e fascistas, a ideia de democracia, o respeito aos direitos humanos e a vinculação aos valores morais passaram a ter enorme prestígio no cenário mundial.<sup>45</sup>

O Brasil também acompanhou o novo modelo de pensamento, e a Constituição de 1946, sendo fruto do processo de democratização do país, ampliou o tratamento referente ao tema da liberdade religiosa, prevendo a inviolabilidade da liberdade de consciência de crença e de culto, assegurando o exercício dos cultos religiosos, porém mantendo a previsão da limitação à ordem pública e aos bons costumes (art. 141, §7º). Previa, também, o caráter secular dos cemitérios, permitindo às associações religiosas a manutenção de cemitérios particulares (art. 141, §10).

Uma inovação trazida por esta Constituição dizia respeito ao caráter de prestação relacionado à liberdade religiosa. Desta forma, previa que “sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiro (art. 129, n°s I e II) assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva” (art. 141, §9º). O texto constitucional também trazia a previsão expressa referente à escusa de consciência, determinando o seguinte:

---

*interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 335-336.

44 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 27.

45 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 31.

Art 141 - [...] §8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.

Esta também foi a primeira Constituição brasileira a prever, expressamente, a imunidade tributária dos templos de qualquer culto, ampliando as imunidades tributárias expressas nos textos anteriores. Determinava o texto constitucional que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios lançar impostos sobre “templos de qualquer culto bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins” (art. 31, V, b).

## 2.7 CONSTITUIÇÃO DE 1967, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1/69

A Constituição de 1967 praticamente repete o que foi trazido pela Carta Magna anterior, trazendo a seguinte redação: “é plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes”. Já a Emenda de 1969, manteve as disposições acerca da liberdade religiosa. Entretanto, oportuno mencionar que há quem defenda que a referida Emenda tenha consagrado uma nova Constituição<sup>46</sup>.

Esta Constituição foi a primeira a trazer capítulo próprio acerca do subsistema constitucional tributário, intitulado “Do Sistema Tributário”. Tal alteração foi reflexo da única grande reforma tributária ocorrida no país, baseada na Emenda Constitucional 18/65.<sup>47</sup> A matéria referente à imunidade tributária dos templos de qualquer culto passou a ter a seguinte redação: “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - criar imposto sobre: [...] b) templos de qualquer culto” (art. 20, III, b).

## 2.8 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, amparada na nova ordem democrática, manteve a noção de Estado Laico, com a manutenção do

46 Neste sentido, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87.

47 ÁVILA, Fabiana. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto. *Direito Tributário em Questão* – Revista da FESDT, Porto Alegre, n. 6, p. 43-63, jul./dez. 2010, p. 47.

preceito da imunidade tributária dos templos de qualquer culto e da inserção da liberdade de consciência e de crença elencada expressamente dentre o rol dos direitos fundamentais. O novo texto constitucional dedicou atenção especial à liberdade religiosa e à liberdade de consciência, reservando três incisos de seu artigo 5º ao trato destes direitos.

Preceitua a Carta Magna que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (art. 5º, VI, CF/88). Tal dispositivo assegura a liberdade dos cultos religiosos, além de garantir, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e liturgias. “O princípio é o mesmo da Constituição de 1934, mas dessa vez a proteção não é restrita aos cultos que observem a ordem pública e os bons costumes”<sup>48</sup>.

Em nosso estudo, não poderia faltar a menção ao fato de que o direito à liberdade religiosa apresenta um aspecto de direito a prestação. E não poderia ser diferente, tendo em vista que o próprio art. 5º, em seu inciso VII, da Constituição Federal assegura, “nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.

Ainda no artigo 5º, mais especificamente no inciso VIII, o texto constitucional traz expressamente o direito à escusa de consciência, determinando que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Assim, este direito significa que aquele que, por razões religiosas, filosóficas ou políticas, for contrário a certos deveres impostos pela própria Constituição aos cidadãos, poderá optar pela prestação de serviços alternativos como uma forma de compensação. Na maioria das vezes, “a objeção de consciência liga-se a assuntos de guerra, em especial à prestação de serviço militar. E é dessa modalidade que cuidam as normas constitucionais de diversos países, inclusive o art. 143 da nossa CF”<sup>49</sup>.

No que diz respeito ao dispositivo referente às imunidades tributárias, qual seja, o art. 150, inciso VI, foram acrescentados alguns parágrafos, dentre eles o importante parágrafo 4º, que determina que a imunidade

48 AVILA, op. cit.

49 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2015. p. 313.

tributária dos templos de qualquer culto compreende “somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”.

### 3 OS LIMITES À LIBERDADE RELIGIOSA

Como foi visto, a Constituição Federal de 1988 suprimiu a expressão que por muito tempo funcionou como limitação ao direito de liberdade de culto religioso, qual seja: “a ordem pública e os bons costumes”. Entretanto, no que diz respeito à possibilidade de continuarem existindo tais limites em nosso ordenamento jurídico, ainda que de forma implícita, a doutrina se divide. Há quem veja a mudança de forma positiva, como José Afonso da Silva, que assim se posiciona:

Diferentemente das constituições anteriores não condiciona o exercício dos cultos à observância da ordem pública e dos bons costumes. Esses conceitos que importavam em regra de contenção, de limitação dos cultos já não mais o são. É que, de fato, parece impensável uma religião cujo culto, por si, seja contrário aos bons costumes e à ordem pública. Demais, tais conceitos são vagos, indefinidos, e mais serviram para intervenções arbitrárias do que de tutela desses interesses gerais.<sup>50</sup>

Esse tema já gerou inúmeras discussões, pois, por muitos anos, a ordem pública e os bons costumes funcionaram como motivos autorizadores da intervenção policial nos cultos das religiões minoritárias no Brasil, como, por exemplo, as afro-brasileiras. Além do mais, esses limites eram vistos de forma absoluta pelo ordenamento jurídico.

Caso bastante famoso foi o do ex-bispo da Igreja Católica Apostólica Romana, Dom Carlos Duarte Costa, o qual, por meio de mandado de segurança impetrado em 1949 e julgado pelo STF<sup>51</sup>, pleiteava amparo do Poder Judiciário a fim de evitar que o Executivo impedisse a realização de cultos, tais como missas, procissões e manifestações externas da Igreja Católica Apostólica Brasileira, da qual o requerente era bispo. O remédio constitucional teve lugar devido ao fato de que policiais haviam fechado os templos da referida Igreja, tendo o impetrante ficado impedido de realizar cultos, os fiéis, de comparecerem, bem como os alunos foram privados das aulas na escola de que o requerente era representante.

50 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 249-250.

51 STF. MS 1114, Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/1949, DJ 26-01-1950 PP-00878 AJ VOL-00101-01 PP-00006.

Os policiais alegavam que a mencionada Igreja violava o direito à liberdade de consciência e de culto, sendo um atentando ao livre exercício dos cultos religiosos, tendo em vista que violava a ordem pública, pois causava confusão entre a Igreja do impetrante e a Igreja Católica Apostólica Romana, haja vista que suas cerimônias eram praticadas com as mesmas vestes e seguiam os mesmos ritos desta última. Ao final, o STF foi contrário à pretensão do impetrante, confirmando o entendimento dos policiais, o que, de certa forma, pôs em xeque a separação entre o Estado e a Igreja. Todavia, merece destaque o voto do ministro Hahnemann Guimarães, que foi o único a ser contrário a esta decisão.

[...] parece-me que o poder civil, o poder temporal, infringiu, frontalmente, o princípio básico de toda a política republicana, que é a liberdade de crença, da qual decorreu, como consequência lógica e necessária, a separação da Igreja e do Estado. [...] É de se salientar, aliás, que a situação da Igreja Católica Apostólica Romana, separada do Estado, se tornou muito melhor. Cresceu ela, ganhou prestígio, graças à emancipação do regalismo que a subjugava durante o Império. [...] O ex-bispo de Maura, D. Carlos Costa, não quer reconhecer o primado do Pontífice Romano, quer constituir uma Igreja Nacional, uma Igreja Católica Apostólica Brasileira com o mesmo culto católico. É-lhe lícito exercer esse culto, no exercício da liberdade outorgada pela Constituição no artigo 14, parágrafo 7º, liberdade cuja perturbação é, de modo preciso, proibida pela Constituição, no artigo 31, inciso II. [...] É este princípio fundamental da política republicana, este princípio da liberdade de crença, que reclama a separação da Igreja do Estado e que importa, necessariamente, na liberdade do exercício do culto; é este princípio que me parece profundamente atingido [...].

Ao analisar os Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988<sup>52</sup>, mais especificamente as atas das reuniões da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, bem como da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, foi possível constatar que a questão referente à supressão ou não do termo “ordem pública e bons costumes”, diferentemente do que se poderia pensar, gerou inúmeras discussões, inclusive tendo sido objeto de audiência pública. Cogitou-se, por exemplo, em limitar expressamente a liberdade de culto à “dignidade humana”, a “lei especial”, a “moral e bons costumes”. Ademais, quisera-se proibir a “profissão de culto que atente contra os fundamentos

52 Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em: 18 jul. 2016.

constitucionais da Nação e a inviolabilidade dos direitos e liberdades fundamentais”. É interessante, neste ponto, transcrever uma passagem do discurso do constituinte Roberto Freire<sup>53</sup>, relacionada à expressão “ordem pública e bons costumes” e explicando os principais motivos acerca da necessidade de sua retirada:

Acredito que seria de bom alvitre na Constituição brasileira constar o título da plena liberdade religiosa. Eu, como homem que não pratico nenhuma religião, quero dizer que isso é fundamental para garantir a liberdade do cidadão [...]. Essa é uma histórica luta nossa e é histórica também no sentido de que algumas religiões que não são as dominantes na sociedade brasileira são perseguidas. Durante algum tempo foi perseguida uma que surgiu do tronco comum da Católica; as Igrejas protestantes. [...] Neste País, não apenas há alguns decênios, mas hoje, perseguem-se práticas religiosas; não a dominante, não a das elites, não a Católica, nem talvez hoje as protestantes e nem todas as protestantes, mas persegue-se, por exemplo, o culto afrobrasileiro, que é uma religião e que tem de ser respeitada neste País. Hoje, em vários Estados da Federação, essa é uma questão de Polícia. Alguns dos seus praticantes são perseguidos [...]. Isso atenta contra a liberdade religiosa. Não se tem de estar discutindo moral e bons costumes, até porque há uma contradição de termos. A religião fundamenta-se precipuamente nas questões morais, ensinamentos morais, e admitir-se religiões que firam os bons costumes me parece preconceito tremendo de uma elite que imagina que a única que não fere é a religião Católica ou a protestante, porque grande parte da sociedade as pratica. Temos de garantir as minorias, com qualquer forma que a religião assuma e garantir plenamente essa liberdade. Portanto, acho que é importante manter-se o direito da liberdade religiosa plena, agora não termos práticas de cultos que firam a moral e os bons costumes como vetados.

É possível perceber, portanto, que as motivações que levaram o constituinte a suprimir a expressão “que não contrariem a ordem pública e os bons costumes” do texto constitucional foi justamente eliminar toda e qualquer forma de discriminação religiosa, assegurando a igualdade de todas as crenças perante o Estado, conclamando o princípio constitucionalmente garantido da igualdade, haja vista que tal limitação mais serviu como pretexto autorizador de intervenções arbitrárias do que para proteger

53 Atas das reuniões da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, p. 281. In: *Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988*. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em: 18 jul. 2016.

a sociedade de religiões que fossem contra a moral pública e a ordem. Neste sentido, consideramos extremamente relevante e esclarecedora uma passagem que diz respeito à fala do constituinte José Fernandes<sup>54</sup>, o qual afirmou o seguinte:

[...] advogo, por exemplo, que não devemos remeter nada à ordem pública, porque quem é o tutor da ordem pública, da segurança pública, é a polícia. E, quando se remete qualquer coisa à ordem pública, automaticamente se fica ao sabor da interpretação dada por um bacharel em Direito, delegado de Polícia ou pelo cabo que momentaneamente responde pelo delegado. Se ele achar, por exemplo, que o padre está perturbando a ordem pública, se vai haver uma procissão, e esta coincide com uma festa qualquer. O padre acha que a festa deve ser interrompida para que a procissão possa realizar-se. Se o delegado tiver dado ordem para a festa, pode até impedir a procissão do padre. Então, com o objetivo, de auto-aplicar, não podemos fazer nada que fique subjetivo, porque há problemas degradantes [...].

Em sentido contrário, no entanto, posiciona-se Celso Ribeiro Bastos, ao afirmar que “embora a atual Constituição não faça referência expressa à observância da ordem pública e dos bons costumes como fazia a anterior, estes são valores estruturantes de toda ordem normativa.”<sup>55</sup> Importante salientar, no entanto, que José Afonso da Silva entende que o dispositivo constitucional, “compõe-se de duas partes: *assegura a liberdade de exercício dos cultos religiosos*, sem condicionamentos, e *protege os locais de culto e suas liturgias*, mas aqui, na forma da lei”<sup>56</sup>.

Ademais, há entendimento no sentido de que, por se tratar a liberdade religiosa de um direito fundamental, a única possibilidade de ser limitada ocorreria quando a mesma entrasse em choque com outro direito de mesma espécie<sup>57</sup>, por meio da técnica do sopesamento, fazendo uso da

---

54 Atas das reuniões da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, p. 171. In: Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em: 18 jul. 2016.

55 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 192.

56 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 249.

57 ÁVILA, Fabiana. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto. *Direito Tributário em Questão – Revista da FESDT*, Porto Alegre, n. 6, p. 43-63, jul./dez. 2010. p. 48.

proporcionalidade<sup>58</sup>. Mendes e Branco<sup>59</sup> possuem entendimento semelhante e afirmam que “a lei deve proteger os templos e não deve interferir nas liturgias, a não ser que assim o imponha algum valor constitucional concorrente de maior peso na hipótese considerada”. Ademais, de acordo com Neto<sup>60</sup>, existem limites implícitos à liberdade religiosa, pois é necessário compatibilizá-la com direitos de terceiros ou com outros bens constitucionalmente protegidos, como, por exemplo, vida, saúde, meio ambiente, segurança pública.

Este último entendimento pode ser facilmente encontrado em nossa jurisprudência, pois são muitos os casos em que há colisão entre o direito à liberdade religiosa e outro direito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre o conflito que versava sobre a liberdade religiosa, o direito à educação e o princípio da isonomia<sup>61</sup>. Referimo-nos ao Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada em que se pedia o restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que teria possibilitado a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em dia alternativo ao Shabat, alegando que não estava sendo observado o direito fundamental de liberdade religiosa e o direito à educação. No entanto, a Corte entendeu que a medida acautelatória configurava grave lesão à ordem jurídico-administrativa, pois a designação de um dia alternativo para a realização do ENEM não se apresenta em sintonia com o princípio da isonomia, configurando privilégio para um determinado grupo religioso. Percebe-se, portanto, que o direito à liberdade religiosa foi limitado, tendo em vista que prevaleceu o princípio da isonomia.

O Supremo asseverou não haver dúvida de que o direito à liberdade religiosa impõe ao Estado o dever de neutralidade em face do fenômeno religioso, sendo vedada toda atividade do ente público que privilegie determina confissão religiosa em prejuízo das demais. Entretanto, ressaltou que o dever de neutralidade estatal não pode ser confundido com indiferença estatal, tendo em vista que o Estado deve, em certas situações, adotar

58 Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 923, p. 221-238, set. 2012, p. 234.

59 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 316.

60 NETO, Jayme Weingartner. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 197.

61 STF, STA/389, Suspensão de Tutela Antecipada, Tribunal Pleno, Min. Rel. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 03/12/2009, DJE 11/12/2009.

comportamentos positivos, com a finalidade de evitar obstáculos ou sobrecargas que possam vir a inviabilizar ou dificultar determinadas opções religiosas. Salientou que não é inconstitucional que o Estado eventualmente se relacione com as confissões religiosas, tendo em vista, inclusive, os próprios benefícios sociais que elas podem produzir, não se admitindo, no entanto, que venha a assumir concepção religiosa específica como a oficial ou a correta, que favoreça determinado grupo religioso ou lhe conceda privilégios em detrimento de outros. Por conseguinte, deve-se promover a livre competição no “mercado de ideias religiosas”. A Corte também salientou que as ações positivas só são consideradas legítimas se forem destinadas à manutenção do livre fluxo de ideias religiosas e se comprovadamente não houver outro meio menos gravoso de se alcançar esta finalidade, devendo-se tomar cuidado para que a medida adotada estimule a igualdade de oportunidades entre as diferentes religiões e não gere privilégios e favorecimentos.

A Corte entendeu, no caso em comento, que a designação de data alternativa para a realização das provas do exame pelo grupo religioso em questão, apesar de poder ser considerada, em princípio, uma medida de “acomodação”, capaz de afastar as referidas sobrecargas, não estaria em conformidade com o princípio da isonomia, tornando-se, na verdade, um privilégio para o grupo religioso. Ressalte-se, entretanto, que o Ministério da Educação já oferta aos candidatos que, em decorrência da religião que professam, não podem fazer provas durante o dia de sábado, a possibilidade de fazê-las depois do pôr-do-sol, medida que já vem sendo aplicada há certo tempo em relação aos adventistas do sétimo dia, grupo religioso que também possui o sábado como “dia de guarda”. Entretanto, salientando não se estar indiferente ao argumento de que a medida adotada pelo MEC poderia prejudicar os candidatos praticantes da mencionada religião — os quais deveriam ser confinados, para somente ao final do dia iniciar as suas provas —, entendeu-se que tal medida se revelava, em virtude dos problemas decorrentes da designação de data alternativa, mais condizente com o dever do Estado de neutralidade em face do fenômeno religioso e com a necessidade de oferecer tratamento isonômico a todas as confissões religiosas.

Ao final, registrou-se não se tratar de posicionamento definitivo do Supremo acerca da matéria, em função da existência de duas ações diretas de inconstitucionalidade pendentes de julgamento, nas quais será possível aprofundar o tema, de modo a definir, com maior acuidade, o âmbito de proteção e o alcance do direito fundamental à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VIII). Foi vencido o voto do Ministro Marco Aurélio, que dava

provimento ao recurso, restabelecendo a decisão do TRF da 3ª Região que determinava que fosse observada a cláusula final do inciso VIII do art. 5º da CF, a revelar que se deveria sempre sinalizar com uma prestação alternativa, no caso, a designação do exame para um dia útil.

Outro conflito de direitos bastante conhecido diz respeito ao caso da necessidade de transfusão de sangue em pessoas do grupo religioso “Testemunhas de Jeová”. Neste caso, há um conflito entre o direito à liberdade religiosa e os direitos à vida e à saúde. Este tema já mereceu atenção tanto da doutrina, quanto da jurisprudência. Há considerável consenso no sentido de que no caso de menores de idade é legítima a intervenção estatal para, mesmo existindo manifestação contrária dos pais ou responsáveis, determinar a realização do procedimento médico quando ele for considerado imprescindível<sup>62</sup>. Entretanto, é ainda questionável que se deseje impor a pessoas maiores e plenamente capazes algo que seja contrário a suas crenças religiosas, mesmo que essas crenças tenham surgido como o resultado de um processo de formação que normalmente se inicia na infância<sup>63</sup>. No entanto, ressalte-se que a tendência da jurisprudência é a de que, nos casos em que houver outro meio para se proceder ao tratamento da pessoa, que não se trate da transfusão de sangue, deve-se prezar por esse outro meio, esgotando-se as possibilidades existentes<sup>64</sup>.

É possível, ainda, que ocorra no caso concreto o conflito entre a liberdade religiosa e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal. Este conflito ocorre com maior frequência em dois casos: poluição sonora e rituais de sacrifícios de animais.

Existem confissões religiosas cujo culto pode vir a incomodar a vizinhança, em função do som alto que utilizam para professar a sua fé. Nestas situações, é necessário analisar as particularidades do caso

---

62 Neste sentido: TRF-4 - AC: 155 RS 2003.71.02.000155-6, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 24/10/2006, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/11/2006; TJRJ - 18º C. Cív. - Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229. Rel. Des. Carlos Eduardo Passos - Julgamento: 05/10/2004.

63 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. In: *Revista DIREITO UFMS*, Campo Grande, MS – Edição Especial, p. 87-102, jan./jun. 2015. p. 100.

64 Neste sentido: TJ-MT - AI: 00223959620068110000 22395/2006, Relator: DR. SEBASTIAO DE ARRUDA ALMEIDA, Data de Julgamento: 31/05/2006, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/07/2006; TJSP - 3ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível nº 123.430-4 - Sorocaba - Rel.: Des. Flávio Pinheiro. Julgamento: 07/05/2002.

concreto, porém é possível afirmar que, na maioria dos casos, quando o barulho é realmente excessivo, o direito à liberdade religiosa cede espaço para que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado possa também se realizar<sup>65</sup>. Como não existem direitos absolutos e ilimitados, pela aplicação do princípio da harmonização dos direitos fundamentais horizontais, é necessário ponderar os direitos em conflito para compatibilizá-los. A Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o livre exercício aos cultos religiosos, inexistindo hierarquia entre as garantias constitucionais, cabendo ao julgador, nos casos de conflito, buscar uma solução de equilíbrio, compatibilizando o cumprimento de tais direitos. Assim, é certo que a liberdade de consciência, de crença, de culto e de organização religiosa não autoriza o desrespeito ao direito das outras pessoas. Desta forma, se houver lei limitando os níveis de ruído permitidos, também os cultos religiosos sofrerão esta limitação. Ademais, as igrejas podem ser obrigadas a limitar o horário do culto ou a inserir um isolamento acústico no templo.

Em relação aos rituais religiosos que envolvem o sacrifício de animais, apesar de ainda não haver pacificação doutrinária e jurisprudencial, é possível citar um caso de extrema importância, o qual se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo então Procurador Geral do Estado<sup>66</sup>. O referido Tribunal decidiu, por maioria de votos, que não é inconstitucional a Lei nº 12.131/04, que introduziu parágrafo único ao art. 2º da Lei nº 11.915/03, explicitando que não viola o “Código Estadual de Proteção aos Animais” o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade, e mediante consideração dos aspectos que levem em conta a saúde pública e a proibição de crueldade com os animais. Concluiu que não existe norma que proíba a morte de animais, e que a liberdade religiosa permitiria a prática.

---

65 Neste sentido: TJ-BA - AI: 00171908320088050000 BA 0017190-83.2008.8.05.0000, Relator: Maria Marta Karaoglan Martins Abreu, Data de Julgamento: 19/03/2012, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/2012; TJ-RO - APL: 00042264020118220013 RO 0004226-40.2011.822.0013, Relator: Juiz Glauco Antônio Alves, Data de Julgamento: 25/02/2013, Turma Recursal - Ji-Paraná, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 08/03/2013; TJ-DF - ADI: 20110020052437 DF 0005243-70.2011.8.07.0000, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 30/08/2011, Conselho Especial, Data de Publicação: Publicado no DJE: 09/03/2015.

66 TJ-RS - ADI: 70010129690 RS, Relator: Araken de Assis, Data de Julgamento: 18/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/08/2005.

Face ao exposto, é possível inferir que, apesar de ainda não haver entendimento doutrinário uniforme em relação à permanência ou não da limitação da ordem pública e dos bons costumes no que diz respeito à liberdade religiosa, tem-se por inconteste a posição desta dentre os direitos fundamentais dos brasileiros, sendo passível, portanto, de ser limitada quando estiver em conflito com outro direito de mesma hierarquia. Apesar de não existirem limites expressos, defende-se que existem os limites implícitos, decorrentes da necessidade de compatibilização da liberdade religiosa com outros bens protegidos constitucionalmente, como ocorre com qualquer direito fundamental, haja vista que nenhum deles possui caráter absoluto. No entanto, defendemos, fazendo uso de interpretação baseada na análise dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, que não mais persiste a limitação relacionada à ordem pública e aos bons costumes.

#### **4 CONCLUSÃO**

Foi possível concluir que a liberdade religiosa, que é um importante direito fundamental conferido expressamente pela Constituição Federal de 1988, compreende a liberdade de crença, de culto e de organização religiosa. Diferenciando-se, assim, da liberdade de consciência.

Além do mais, pôde-se perceber que a liberdade religiosa já passou por inúmeras modificações no ordenamento jurídico pátrio, tendo existido uma época em que sequer existia (era pré-constitucional). Posteriormente, passou a ser garantida apenas a liberdade de crença, mas não a de culto, nem tampouco a de organização religiosa. Este cenário foi sendo alterado até chegar aos moldes atuais, em que o direito à liberdade religiosa se manifesta sob a forma de todos os elementos que a compõem.

Em relação à existência de limites à liberdade de religião, apesar de não existir pacificação doutrinária, entendemos que não mais existe a limitação quanto à ordem pública e os bons costumes. Entretanto, como qualquer direito fundamental, ela pode ser restringida por outros direitos da mesma espécie, fazendo uso da técnica da ponderação ou sopesamento, sempre se baseando nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Por fim, foi possível constatar que a supressão da expressão “que não contrariem a ordem pública e os bons costumes” foi resultado de uma verdadeira luta histórica, a fim de garantir a liberdade de religião plena, sobretudo para as crenças minoritárias de nosso país, que já vivenciaram inúmeras perseguições e discriminações. A mudança constitucional, desta forma, teve a finalidade de por fim às intervenções indevidas, realizadas por parte do Estado, sobre os cultos dessas religiões.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 217, p. 67-79, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

*Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988*. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em: 18 jul. 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ÁVILA, Fabiana. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto. *Direito Tributário em Questão – Revista da FESDT*, Porto Alegre, n. 6, p. 43-63, jul./dez. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula de;. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. MEYER-PFLUG, Samantha; Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 09, n. 36, p. 107-114, jul./set. 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos. *Revista Filosofia Política*, Porto Alegre, L&PM, n. 2, p. 9-25, 1985.

*Declaração Universal dos Direitos Humanos*, ONU, 1948.

FILHO, Luiz Mesquita; CAMPOS, Hélio Silvio Ourém Campos. A imunidade religiosa na perspectiva do Direito Tributário Brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 105, p. 47-65, jul. 2012.

FUHRMANN, Italo Roberto. Traços fundamentais da História Constitucional no Brasil: do Império à Constituição da República de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 21, n. 84, p. 35-59, jul/set. 2013.

GODOY, Arnaldo Moraes Godoy. A liberdade religiosa nas Constituições do Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 155-167, jan/mar. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. e 10. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014 e 2015.

MORATO, Leonardo L. Da proteção à liberdade de religião ou crença no Direito Constitucional e Internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 13, n. 51, p. 120-170, abr/jun. 2005.

NETO, Jayme Weingartner. Art. 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. E-Book. ISBN 978-85-02-21263-3.

\_\_\_\_\_. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político. *Revista de informação legislativa*, v. 49, n. 195, p. 53-63, jul./set. 2012.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 923, p. 221-238, set. 2012.

\_\_\_\_\_. Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. In: *Revista DIREITO UFMS*, Campo Grande, MS – Edição Especial. p. 87-102, jan./jun. 2015.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE (Procuradoria da República em Pernambuco)*, Recife, ano 5, maio 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. e 25. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005 e 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 1. reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RECEBIDO EM: 22-03-2017

APROVADO EM: 15-05-2017

# O DIREITO A SERVIÇO DO JUSTO E DO LEGÍTIMO OU A TRIDIMENSIONALIDADE AXIOLÓGICA DO DIREITO

*THE LAW IN FUNCTION OF THE FAIR AND THE  
LAWFUL OR THE AXIOLOGICAL TRIDIMENSIONALITY  
OF LAW*

*Luis Lima Verde Sobrinho*

*Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp e Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Membro do Grupo de Pesquisa "Estado, Política e Constituição" (CNPq/UNIFOR). Analista Judiciário e Assessor Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - TJCE.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O valor justiça; 2 O valor legitimidade; 3 As teorias tridimensionais clássicas do Direito e a Tridimensionalidade Axiológica de Arnaldo Vasconcelos; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O artigo aborda a teoria da Tridimensionalidade Axiológica do Direito, formulada por Arnaldo Vasconcelos, a qual abre nova perspectiva sobre o fenômeno jurídico, colocando a justiça e a legitimidade como instâncias de valor da norma jurídica, situando-as fora desta, como projeção do que o Direito positivo axiologicamente deve ser. Assim, referida teoria alia a característica da juridicidade, ou seja, aquilo que o Direito é (o Direito é a norma que incide sobre o fato valorado), ao que ele deve ser (o Direito deve ser justo e legítimo). Destarte, o artigo aponta a insuficiência das teorias tridimensionais clássicas e, por conseguinte, defende que a teoria da Tridimensionalidade Axiológica é a que melhor qualifica o Direito enquanto ciência, porquanto o papel de uma teoria científica do Direito é dizer como este deve ser, e não apenas como ele é.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juridicidade. Justiça. Legitimidade. Tridimensionalidade Axiológica do Direito. Arnaldo Vasconcelos.

**ABSTRACT:** The article examines the Arnaldo Vasconcelos' theory about the Axiological Tridimensionality of Law, which starts a new perspective about the legal phenomenon, putting justice and legitimacy as instances of value of the legal norm, placing them outside the norm, as a projection that the positive law axiologically should be. Then, this theory brings together the characteristic of juridicity, that is, what the law is (the law is the norm applied to the valued fact), with what the Law must be (the law must be fair and lawful). Consequently, the article concludes that the three-dimensional classical theories are insufficient and, therefore, argues that the theory of Axiological Tridimensionality better qualifies law as science, because the role of a scientific theory of law is to say how it should be, not just how it is.

**KEYWORDS:** Juridicity. Justice. Legitimacy. Axiological Tridimensionality of Law. Arnaldo Vasconcelos.

## INTRODUÇÃO

Desprezar o que o Direito deve ser, fazendo culto apenas daquilo que ele é, foi o grave equívoco do positivismo e do normativismo jurídicos. Dizia Kelsen<sup>1</sup>, já na abertura de sua Teoria Pura do Direito, que à ciência jurídica não importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito, afinal, “é ciência jurídica e não política do Direito”. Assim, ganhou força uma crença fanática na força da lei, à qual foram atribuídas potencialidades que naturalmente não lhe pertenciam. Como consequência, justiça e legitimidade, instâncias metapositivas por excelência, foram injetadas forçadamente no texto legal, numa vã tentativa de difundir a ideia de que o Direito, para ser justo e legítimo, bastaria promanar do Estado, como norma positiva.

A tal crença fanática, que Bobbio<sup>2</sup> denomina “dogma da legalidade”, tem como principal expoente Hans Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito. O positivismo e o normativismo jurídicos consistem em notas definidoras da Teoria Pura, segundo a qual o Direito emanado do Estado (Direito positivo) é o único Direito válido. Ademais, uma norma apenas pode ser deduzida de outra norma, daí a proposição de uma norma fundamental hipotética (NFH) como critério último de validade e fecho do ordenamento jurídico. Assim, no Direito só existiriam as normas positivas e, acima delas, a NFH<sup>3</sup>. Para os adeptos desta corrente, predomina aquilo que Bobbio<sup>4</sup> classificou de “concepção formal da justiça”, apontando que por formalismo jurídico entende-se “certa teoria da justiça, em particular a teoria segundo a qual ato justo é aquele conforme a lei, e injusto, o que é diferente”, ou seja, “o juízo ético consiste em um juízo de conformidade de um ato com a norma”. E concluiu o mestre turinense: “Nossos juristas são, em sua maioria, fiéis a uma teoria formal do direito, que dá uma definição dele em termos de seu caráter imperativo, estatal, coativo [...]”<sup>5</sup>.

Diante desse cenário, a teoria da Tridimensionalidade Axiológica do Direito, proposta por Arnaldo Vasconcelos, abre uma nova perspectiva sobre o fenômeno jurídico, colocando a justiça e a legitimidade como instâncias

1 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 1.

2 BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2016. p. 104.

3 KELSEN, op. cit.

4 BOBBIO, op. cit., p. 103.

5 Ibidem, p. 122.

de valor da norma jurídica, situando-as fora desta, como projeção do que o Direito positivo axiologicamente deve ser. Assim, referida teoria alia a característica da juridicidade, ou seja, aquilo que o Direito é (o Direito é a norma que incide sobre o fato valorado), ao que ele deve ser (o Direito deve ser justo e legítimo).

Busca-se neste trabalho, portanto, compreender o papel da justiça e da legitimidade frente ao Direito e como estas três qualificações – o jurídico, o justo e o legítimo – relacionam-se na composição da referida teoria trivalente. Assim, o objetivo geral desta pesquisa é analisar a Tridimensionalidade Axiológica do Direito, elaborada por Arnaldo Vasconcelos. O objetivo específico é abordar os aspectos axiológicos da justiça e da legitimidade, relacionando-os com o Direito positivo, na perspectiva de projetar o Direito ideal ou o ideal de Direito.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, pois explica o problema a partir de referências teóricas; pura quanto ao resultado, porquanto tem por finalidade aumentar o conhecimento do pesquisador, sem implicar transformação da realidade; de natureza qualitativa, dado o caráter subjetivo do ensaio; explicativa no que atine aos fins, na medida em que identifica os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência de fenômenos; e dedutiva no que toca ao método utilizado, partindo de enunciados gerais para chegar a conclusões particulares<sup>6</sup>.

Além desta introdução e das considerações finais, o ensaio contém três seções, nas quais são abordados, respectivamente, o valor justiça; o valor legitimidade; e as teorias tridimensionais clássicas do Direito e a Tridimensionalidade Axiológica de Arnaldo Vasconcelos.

## 1 O VALOR JUSTIÇA

A busca por um conceito que seja capaz de exprimir o significado de justiça é desafio dos mais antigos. Talvez a complexidade resida na polissemia que envolve o termo e na elevada carga de subjetividade que permeia o sentimento de cada um que pretende extrair-lhe a essência. O que é consensualmente justo hoje, pode não mais sê-lo amanhã, e até numa mesma época, aquilo que se afigura justo para alguns, em outros pode causar a repulsa da injustiça.

---

6 BASTOS, Núbia M. Garcia. *Introdução à metodologia do trabalho acadêmico*. 5. ed. Fortaleza: Nacional, 2012.

Seja como for, um bom começo para essa compreensão é considerar a justiça como um valor ou fundamento ético norteador do comportamento humano. Aqui já surge o primeiro traço característico: “a justiça é a virtude específica do homem, a virtude humana por excelência”<sup>7</sup>. Todavia, qualificar a justiça como um valor ou fundamento ético norteador do comportamento humano não é tudo. É preciso avaliar ao menos quatro dimensões do justo. Platão<sup>8</sup>, em *A República*, parte da clássica definição, atribuída a Simônides, mais tarde disseminada entre os juristas romanos, segundo a qual a justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido. Por esse raciocínio, Platão chega a uma primeira definição da essência da justiça: não devemos fazer aos outros o que não queremos que eles nos façam. Fábio Konder Comparato<sup>9</sup> aponta que “esse primeiro aspecto do princípio ético da justiça foi também sublinhado em outras civilizações do mundo antigo”, e, assim, exemplifica com o ensinamento contido no Talmud Babilônio, concernente ao grande mestre Hillel, contemporâneo de Jesus na Palestina. Desafiado por um pagão, que lhe prometera se converter, sob a condição de receber toda a lição da Torah enquanto permanecesse equilibrado por um só pé, Hillel então o respondeu: “o que julgares odioso para ti, não o faças a outrem. Toda a Torah se resume a isto; o resto é comentário”. Essa mesma proposição, segundo a qual não se deve fazer ao próximo aquilo que não se deseja para si, pode, e deve, ser também apresentada numa perspectiva ativa: tudo aquilo que desejamos para nós, devemos proporcionar aos outros.

O mesmo ensinamento pode ser encontrado no *Analecto* de Confúcio, o qual, respondendo a um discípulo que o interroga sobre a natureza da sabedoria e como alcançá-la, responde: “O que não quiseses que seja feito a ti, não o faças a outrem”. Pôr-se alguém na pele do semelhante para julgar suas ações é o que Confúcio afirma ser o guia para as ações humanas durante toda a vida<sup>10</sup>.

Pode-se assim sustentar que o homem justo é aquele que, além de não cometer injustiças, pratica ações justas. “A interface desse princípio ético explica a união indissolúvel das duas grandes categorias de direitos humanos: a dos direitos e liberdades individuais, e a dos direitos econômicos

7 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 525.

8 PLATÃO. *A República*. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

9 COMPARATO, op. cit., p. 526.

10 *Ibidem*, p. 526.

e sociais”, salienta Comparato<sup>11</sup>. Não é possível, pois, separar essas duas faces, menos ainda recusar a aplicação de uma delas sem negar a outra, sob pena de não se alcançar, efetivamente, o valor justiça.

Não obstante, a justiça compreende ainda outra dimensão, consoante indicado por Platão<sup>12</sup>. Também n'A República, a justiça é apresentada como a virtude que cada indivíduo deve exercer na pólis. Com isso, Platão sublinha a existência de outra modalidade de justiça, a solidariedade, devendo cada grupo cumprir na sociedade uma função específica. Os fortes devem proteger os fracos; os ricos, socorrer os pobres; os instruídos, educar os ignorantes; e assim por diante. A lei e os governantes devem zelar pela justa distribuição dessas virtudes na pólis, entre todos, de modo que ninguém reste desamparado.

Não é demais lembrar, conforme observa Comparato<sup>13</sup>, “que a mentalidade privatista, própria da civilização burguesa, só enxerga a justiça no sentido contratual ou sinalagmático das relações de intercâmbio entre particulares”, ou seja, dar a cada um o que é seu, ignorando a relevância de se estabelecer na sociedade o princípio da distribuição proporcional de bens, materiais ou imateriais, afinal sempre haverá aqueles que nada tem, e que, a prevalecer o aspecto sinalagmático, nada receberão.

Aristóteles<sup>14</sup>, por sua vez, estabelece uma classificação da justiça, dividindo-a entre justiça distributiva e justiça corretiva, tendo por principal fundamento a igualdade, que aqui aparece como terceira dimensão do justo. Na justiça distributiva, os indivíduos estão subordinados ao Estado (verticalidade), que atua como agente de promoção da justiça. Aqui são consideradas as características subjetivas daqueles que disputam bens da vida. Observa-se a desigualdade de fato existente entre os cidadãos, para daí estabelecer-se a igualdade de direito: os que possuem menos devem receber mais, quer seja dos outros, quer da coletividade. Assim, os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na justa medida de suas desigualdades<sup>15</sup>, para que ao final haja a igualação de todos pelo

---

11 COMPARATO, op. cit., p. 528.

12 PLATÃO. *A República*. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

13 COMPARATO, op. cit., p. 527.

14 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

15 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 228.

Estado. Seus princípios são a igualdade material e a proporcionalidade. Já a justiça corretiva é aplicada às relações de coordenação entre os indivíduos (horizontalidade). Em casos tais, levam-se em conta as características objetivas dos bens da vida intercambiados. Deve haver igualdade entre esses bens, independente de quem sejam os sujeitos envolvidos (a igualdade entre estes é presumida). Exemplo: pelo serviço contratado, deve haver o pagamento equivalente; pelo pagamento acertado, deve-se prestar o serviço equivalente. Direitos e obrigações são estabelecidos numa relação de reciprocidade. Seus princípios são a igualdade formal e a equivalência. Aristóteles ainda subdividiu a justiça corretiva em comutativa e compensatória. Para a comutativa, deve-se aplicar espontaneamente a igualdade entre o que se dá e o que se recebe: trabalho e salário; custo e benefício etc. Para a compensatória, havendo a transgressão de regras de convivência, deve haver coercitivamente o restabelecimento da igualdade, ou seja, impõe-se a equivalência entre o dano causado e a indenização; entre o ilícito e a sanção; entre o agravo e o desagravo. Busca-se o meio termo entre a perda e o ganho. A igualdade será atingida quando as pessoas não saírem nem com mais nem com menos do que tinham antes. Nesta última subdivisão, a figura do Estado volta a aparecer subordinando os indivíduos.

Por fim, há ainda uma quarta dimensão de justiça, que se manifesta por meio da equidade, assim entendida como a justiça do caso concreto. A justiça da lei é uma régua linear e inflexível, razão por que a justiça do caso concreto, conforme Aristóteles<sup>16</sup>, carece da régua de Lesbos, instrumento utilizado pelos construtores para a realização de cálculos sobre superfícies rochosas e imperfeitas. Esta última régua, por ser maleável, exerce na arquitetura aquilo que a equidade deve exercer no mundo jurídico.

Mas onde encontrar a régua de Lesbos? Pode-se afirmar, indubitavelmente, que na moderação e no bom senso, os quais devem governar o comportamento humano. Nesse sentido, um dos maiores méritos da sabedoria grega consistiu, justamente, em apresentar tais valores como virtudes supremas. “No frontispício do templo de Apolo, em Delfos, uma das inscrições célebres era: nada em excesso. Aquele que exerce o seu direito sem moderação acaba por perdê-lo”, esclarece Comparato<sup>17</sup>. Por tal razão é que a reparação excessiva pelo mal sofrido transforma o exercício do direito numa manifestação de vingança, fazendo com que a

16 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

17 COMPARATO, op. cit., p. 528-529.

justiça mude de lado. Disso decorre o conhecido brocardo romano *summum jus, summa injuria*.

O apego excessivo à mera expressão formal da norma conduz, fatalmente, à própria negação da justiça. Daí por que, por exemplo, aquele que comete furto famélico, embora tendo praticado fato típico à luz do Direito Penal (subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel), não deve sofrer a reprimenda da lei, porquanto contraria a justiça punir quem, sem violência ou ameaça, agiu em defesa da sobrevivência. À semelhança, a irrefletida sacralização das palavras que expressam um mandamento religioso pode torná-lo odioso e absurdo, produzindo resultados que, na prática, contrariam o próprio espírito de santidade que o anima.

Com efeito, a virtude da justiça busca sempre o equilíbrio, afastando-se dos extremismos. Não por acaso a deusa Têmis foi representada, no imaginário grego, sustentando uma balança com pratos nivelados. Assim sendo, a consecução da justiça exige, necessariamente, um incansável sopesamento de valores, obrigando-nos a dar sempre preferência ao bem sobre o mal<sup>18</sup>. Nessa perspectiva, o Direito positivo deve ser justo, prestigiando as virtudes que animam a justiça. De igual modo, a aplicação do Direito positivado ao caso concreto deve também ser informada por tais valores. Daí que a justiça não deve estar presente apenas no momento de criação do Direito, mas igualmente no de sua interpretação e aplicação<sup>19</sup>.

## 2 O VALOR LEGITIMIDADE

Do ponto de vista axiológico, não basta que a norma seja justa, devendo também ser legítima. Na prática, no entanto, observa Arnaldo Vasconcelos<sup>20</sup> que uma coisa não envolve a outra: “a norma pode ser justa, sem ser legítima, legítima, sem ser justa e, ao mesmo tempo, justa e legítima ou injusta e ilegítima”. É que “a noção de legitimidade corresponde à

---

18 Para os gregos, “o mal estaria relacionado à degradação dos seres inteligentes e o bem à ascensão dos seres inteligentes em direção à sua natureza espiritual” (AGUIAR, 2002, p. 84). Para Santo Agostinho, o bem e o mal seriam escolhas postas ao livre arbítrio do homem: quanto mais perto da dimensão espiritual, mais próximo do bem estaria o homem; quanto mais ligado à matéria, mais vizinho estaria do mal (AGOSTINHO, 1990). Trazendo a discussão para o campo da justiça, dar preferência ao bem sobre o mal significa prestigiar tudo aquilo que eleva a condição humana, fazendo do homem não um meio a serviço da lei, mas um fim em si mesmo, a quem o Direito deve servir.

19 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006b. p. 246.

20 *Ibidem*, p. 247.

ideia de uma relação harmônica de uma instituição, uma pessoa, um ato determinado, com seu fundamento ético”<sup>21</sup>.

Por mais primitivo que seja, todo grupo social pressupõe organização interna e estrutura de poder, que lhe assegurem a coesão e o desenvolvimento. Todavia, o poder, para impor-se, necessita ter autoridade, isto é, ser legítimo. A legitimidade, portanto, é o consentimento dos governados em relação àqueles que detêm o poder, consentimento este que se manifesta quanto à origem e quanto aos limites desse poder. O poder despido de legitimidade é a força bruta, em razão do que a legitimidade é o fundamento axiológico do poder<sup>22</sup>.

A questão da legitimidade não passou despercebida aos olhos de Rousseau<sup>23</sup>, para quem “o mais forte nunca é bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever”. A essa altura o pensador genebrino já sabia, perfeitamente, que nem toda ordem jurídica é legítima, pois nem sempre ela se conforma com os princípios superiores ditados pela vontade geral.

Também em Confúcio encontramos valiosa passagem que ilustra a importância da harmonia entre legitimidade e poder. Um discípulo pergunta a Confúcio em que consiste governar. O mestre responde: “em cuidar para que o povo tenha víveres suficientes, armas bastantes e para que ele confie nos governantes”. O pupilo então questiona qual das três medidas poderia ser dispensada, ante o que Confúcio lhe responde: “as armas”. Ainda não satisfeito, o atento aprendiz, por fim, indaga em relação às duas outras, qual seria dispensável. Confúcio firmemente arremata: “os víveres. Desde sempre, os homens são sujeitos à morte. Mas sem a confiança do povo, não há ordem política que subsista”<sup>24</sup>.

Provém do contratualismo absolutista de Hobbes<sup>25</sup> a visão do Direito como ordem dada pelo soberano aos súditos. Todavia, o acatamento que se deve ao Direito, ou seja, o cumprimento da obrigação jurídica, não pode

21 COMPARATO, op. cit., p. 593.

22 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006b. p. 249. Sobre o assunto, ver também COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 594-595.

23 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social. Princípios do Direito Político*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 12.

24 COMPARATO, op. cit., p. 594.

25 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz N. da Silva e Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ser verticalmente imposto, mas horizontalmente desejado pelas partes, que livremente se comprometeram. “Não advém de subordinação, mas pressupõe coordenação. Por isso [...] o elemento coativo não faz parte do conceito de Direito”, aponta Arnaldo Vasconcelos<sup>26</sup>. Assim, o poder ilegítimo é aquele que subordina os súditos, enquanto que o legítimo é o que se presta a coordenar os cidadãos, afinal o Direito deve ser, na clássica definição de Vasconcelos<sup>27</sup>, fundamentalmente, instrumento de compartição de liberdades. Ainda segundo Vasconcelos<sup>28</sup>, “a norma jurídica objetiva o propósito histórico de conciliar o individual com o social”.

O fundamento do poder, bem assim o do Direito por ele produzido, não deve ser a força, mas o sentimento de livre adesão manifestado pela vontade geral dos governados ou, utilizando-se a expressão de Miguel Reale<sup>29</sup>, a “adesão racional deliberada dos obrigados”. Ademais, o Direito e o poder devem buscar a legitimidade não apenas na origem (quando da criação da norma ou quando da investidura do governante), mas também, e principalmente, no seu exercício diário, numa constante atualização da vontade geral, mediante aquilo que Renan<sup>30</sup> denominou de plebiscito de todos os dias. Nesse horizonte, a legitimidade pode ser concebida como um dinâmico processo de interação entre os delegantes do poder (legitimantes) e os delegados (legitimados), “resultando de um acordo em torno de valores delineados como modelo de vida de uma comunidade”<sup>31</sup>.

Assim, pois, as normas integrantes do sistema não devem ser apenas formalmente válidas, mas também devem conformar-se com valores tidos como necessários para a existência de uma sociedade livre, justa e solidária, de modo que a legalidade seja sempre informada pela legitimidade. Deve, pois, laborar a legalidade a serviço do livre desenvolvimento da personalidade humana, que é, afinal, o fundamento e o objetivo, o início e o fim do Direito.

---

26 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006b. p. 250.

27 Ibidem, p. 12.

28 Ibidem, p. 12.

29 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 112.

30 RENAN, Ernest. O que é uma nação? In: ROUANET, Maria Helena (Org). *Nacionalidade em questão*. Rio de Janeiro: UERJ/Instituto de Letras, 1997, p. 12-43.

31 FARIA, José Eduardo. A crise constitucional e a restauração da legitimidade. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 25-61, maio/ago. 1985. p. 27. Disponível em: <<http://sistema.bibliotecas.fgv.br/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

O grave equívoco do positivismo foi defender a redução da legitimidade do Direito e do poder à simples positivação de um ordenamento jurídico, ou seja, confundir legitimidade com legalidade, entendendo-se, por um critério puramente formal, que a lei, por ser expressão da vontade soberana, já carregaria consigo, internamente, o fundamento da legitimidade<sup>32</sup>. Ledo engano. Se as regras formais não espelharem os verdadeiros valores da sociedade, o fato de terem sido emanadas de um parlamento eleito democraticamente não faz delas regras legítimas, visto que a legitimidade situa-se fora da norma, ou seja, além das suas instâncias de validade, no campo que Arnaldo Vasconcelos<sup>33</sup> denomina de instância de valor.

Um eficiente termômetro da legitimidade da norma é a sua eficácia, assim entendida como o respaldo social, externado pelo cumprimento efetivo e consciente do Direito por parte da coletividade. Diferentemente da vigência, que constitui a validade formal da norma, a eficácia simboliza a “validade social”<sup>34</sup>. O Direito autêntico “não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se”<sup>35</sup>. A regra de direito deve, por conseguinte, ser “formalmente válida e socialmente eficaz”, ensina Reale<sup>36</sup>. Sobejam exemplos de leis que, conquanto vigentes, não se convertem em comportamentos concretos, ficando adormecidas na normatividade abstrata dos códigos, por exatamente lhes faltar o critério da legitimidade.

Em lapidar sentença, Arnaldo Vasconcelos<sup>37</sup> arremata que “enquanto o Estado se converte em juiz da legalidade, fica o povo como árbitro supremo da legitimidade”. Legítimos, portanto, são somente o Direito e o poder que despertam no povo o sentimento de conformidade e respeito à vontade geral e que espelham os valores que dominam o sentimento popular, sem vulnerar nem oprimir os direitos e liberdades das minorias.

---

32 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

33 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006b.

34 *ibidem*, p. 246.

35 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113.

36 *Ibidem*, p. 113.

37 VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 259.

### 3 AS TEORIAS TRIDIMENSIONAIS CLÁSSICAS DO DIREITO E A TRIDIMENSIONALIDADE AXIOLÓGICA DE ARNALDO VASCONCELOS

Se hoje comumente se estudam teorias tridimensionais do Direito, não custa lembrar que, no passado, ao fenômeno jurídico tentaram-se atribuir feições unidimensionais, ora supervalorizando-se os fatos, ora os valores ou, por vezes, as normas. Tratavam-se, respectivamente, das doutrinas empirista, jusnaturalista e positivista, cada uma extraindo da realidade tão somente o elemento que lhes interessava e desprezando os demais, resultando naquilo que Reale<sup>38</sup> denominou de “soluções unilaterais ou setorizadas”.

Nesse horizonte, as teorias tridimensionais surgiram justamente na perspectiva de superar tais visões monoculares do Direito, integrando numa só realidade os três elementos essenciais ao fenômeno jurídico: o fato, o valor e a norma. Assim, num primeiro momento, Gustav Radbruch<sup>39</sup> uniu fato e valor para definir o Direito, o qual seria “um facto ou fenômeno cultural, isto é, um facto referido a valores [...], o conjunto de dados da experiência que têm o sentido de pretenderem realizar a ideia de direito”.

Estava lançada, pois, a concepção tridimensional ou trivalente de Radbruch que, segundo Reale<sup>40</sup>, consistia numa “tridimensionalidade genérica e abstrata do direito”, assim compreendida por conceber, abstrata e separadamente, cada um dos três elementos encontrados, fazendo corresponder a cada um deles, “singularmente considerado, respectivamente, um objeto, um método e uma ordem particular de conhecimento: a Ciência integral do Direito seria obtida graças à integração dos três estudos [...]”. É dizer: faltava à teoria de Radbruch o entrelaçamento espontâneo dos três elementos, pois, na sua perspectiva, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma.

Reale<sup>41</sup>, então, debruçando-se sobre a temática, analisou o fenômeno jurídico em sua dinamicidade e concretude, integrando os três momentos ou elementos da experiência jurídica, numa correlação dialética, afirmando que “fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do

38 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

39 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 45.

40 REALE, op. cit., p. 25-26.

41 *ibidem*, p. 57.

direito, ou pelo jurista como tal”. A correlação entre tais elementos, disse ele, “é de natureza funcional ou dialética, dada a ‘implicação-polaridade’ existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo”.

Assim, o Direito resultaria da incidência da norma sobre o fato valorado ( $N \rightarrow Fv = D$ ). “O ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor”, explica Reale<sup>42</sup>. Com base nessa teoria, referido autor conclui que o Direito não é só norma, como pretendem os positivistas; não é só fato, como pregam os marxistas ou os economistas do Direito; nem é principalmente valor, como pensam os adeptos do jusnaturalismo tomista, visto que o Direito é, a um só tempo, norma, fato e valor.

Todavia, ao incidir a norma sobre a realidade fático-valorativa, gerando o Direito, o que se tem aí é um enunciado “meramente descritivo, situando-se na ordem sociológica da pura constatação”<sup>43</sup>, daí por que não se pode atribuir a denominação de teoria científica a esta concepção trivalente. Para tanto, necessário que se lhe atribua um juízo hipotético, um dever ser, passível de teste, próprio das teorizações científicas. Direito não deve ser fato, valor e norma. Direito é estas três dimensões, e não pode deixar de ser, conclui Vasconcelos<sup>44</sup>, preparando o terreno para lançar sua teoria da Tridimensionalidade Axiológica do Direito.

Nesse passo, o mencionado autor observa que o papel de uma teoria científica do Direito é dizer como este deve ser, e não apenas como ele é. A função da ciência é projetar o Direito futuro. Em sendo assim, envolve a teoria, de modo necessário, “um juízo conjectural, uma predição ou hipótese, consoante proposição basilar da epistemologia de Karl Popper, construtor de um dos mais respeitados paradigmas científicos do século XX”<sup>45</sup>.

O dedutivismo, desenvolvido por Popper<sup>46</sup> em oposição ao indutivismo, representa o ideal da refutabilidade como critério de demarcação científica. De acordo com essa visão, o que separa a ciência da não ciência é a possibilidade de uma determinada teoria ser submetida

---

42 REALE, op. cit., p. 119.

43 VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006a. p. 31.

44 *Ibidem*, p. 31.

45 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. 2. ed. revisada e ampliada, Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 212.

46 POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

à refutação, à falseabilidade. Assim, Popper rejeita, simultaneamente, o mito dos dados observacionais, bem como a lógica indutiva. Para o referido filósofo, a ciência é fruto da permanente construção de hipóteses (dever ser) e de seu cotejamento com a realidade (ser). Ademais, o progresso científico não consiste em acumulações observacionais, mas em superação de teorias menos eficazes por teorias mais eficazes. Em razão disso é que Popper afirma: “No meu entender, o conhecimento humano consiste em teorias, hipóteses e conjecturas que nós formulamos como produto de nossas atividades intelectuais”<sup>47</sup>.

A partir daí, Vasconcelos<sup>48</sup> oferece um relevante contributo à clássica teoria da trivalência do Direito, concluindo que, além da primeira qualificação da juridicidade (F+V+N), o Direito deve ser justo e legítimo. “Pode não ser, sem deixar de ser Direito”, alerta o teórico da Tridimensionalidade Axiológica<sup>49</sup>. Precisamente nessa diferença parece residir a superioridade da teoria de Arnaldo Vasconcelos, afinal, uma teoria vocacionada à cientificidade deve conter um juízo conjectural, uma hipótese, um dever ser. De fato, não basta que seja Direito, que contenha a nota da juridicidade. Para além disso, deve ser justo e legítimo. Direito, justo e legítimo, a um só tempo. Assim, valendo-se de três dimensões, Vasconcelos alia o que o Direito é ao que ele deve ser. A partir da soma destes fatores é que se chega ao produto da tridimensionalidade axiológica: o Direito ideal.

Tal teoria decorre da firme constatação de que a norma de Direito positivo, por si, “não obriga a coisa nenhuma. Não adianta querer torná-la auto-suficiente pela força do imperativo ou pela ameaça da coatividade, as quais carecem das virtudes do sentimento jurídico”<sup>50</sup>. Com efeito, a norma obriga porque contém valor, e não simplesmente porque é válida. “Obriga por ser justa e por ser legítima”, conclui Vasconcelos<sup>51</sup>, colocando a coação, diferentemente da doutrina de Kelsen<sup>52</sup>, como elemento meramente accidental do Direito (não essencial), o qual possui como reais características

47 POPPER, Karl. *Autobiografia intelectual*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1986. p. 93.

48 VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006a.

49 *Ibidem*, p. 31.

50 VASCONCELOS, op. cit., 2006b. p. 244.

51 *Ibidem*, 2006b. p. 244.

52 Para Kelsen (2012, p. 36), “as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana. [...] Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica”.

apenas a bilateralidade atributiva (referibilidade a dois lados – A está para B, como B está para A), a disjunção (possibilidade de prestação ou de não prestação) e a sanção (consequência punitiva ou premial).

Destarte, a norma incide sobre o fato valorado para gerar o Direito. Dado o Direito, deve ser a prestação. Dada a não prestação, deve ser a sanção. Dada a sanção, somente diante do seu não acatamento espontâneo é que deve ser a coação. Logo, a coação pressupõe um Direito já existente. Sendo assim, aquela não integra a essência e o conceito deste. A este Direito, que não se presta à coação, mas à compartição de liberdades, somam-se o dever de justiça e de legitimidade, para formar a trivalência axiológica.

Para Vasconcelos, fica evidente que os valores justiça e legitimidade situam-se fora das instâncias de validade da norma jurídica (juridicidade, positividade, vigência e eficácia), pois, do contrário, inexistiria escolha, vale dizer, o Direito seria sempre justo e legítimo, bastando estar positivado, de modo que o Direito absolutista, o Direito escravista, o Direito ditatorial, o Direito nazista e o Direito do apartheid seriam justos e legítimos, porquanto vigentes e eficazes. Na verdade, justiça e legitimidade apresentam-se como instâncias de valor da norma jurídica, inseridas no campo da metafísica, e não da física, ou seja, “a perspectiva gnosiológica já não pode ser a científica, senão a filosófica, entendida esta em seu mais elevado sentido”<sup>53</sup>.

Em síntese, a teoria da Tridimensionalidade Axiológica não se limita a descrever o fenômeno jurídico, indo além de aspectos meramente observacionais da realidade. Projeta-se, por meio da referida construção teórica, um Direito vocacionado para um ideal metafísico. Tem-se, pois, uma teoria com bases fincadas em três alicerces: Direito, humanismo e democracia, cada um relacionado à tríade juridicidade, justiça e legitimidade, respectivamente.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo de uma teoria científica do Direito é dizer como este deve ser, e não apenas como ele é. Nesse passo, além da qualificação da juridicidade, o Direito deve ser justo e legítimo. Justiça e legitimidade são, portanto, valores que devem ser incessantemente perseguidos pelo Direito. Com efeito, não basta que seja Direito, que contenha a nota da juridicidade (norma incidente sobre fato valorado). Para além disso, deve ser justo e legítimo.

---

53 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006b. p. 243.

A justiça, entendida como valor ético norteador do comportamento humano, possui ao menos quatro dimensões que interessam ao estudo do Direito: a justiça no sentido sinalagmático (dar a cada um o que é seu), no sentido solidário (cada grupo deve cumprir na sociedade, juntamente com o Estado, uma função específica, promovendo a distribuição proporcional de bens materiais e imateriais entre todos), no sentido isonômico (os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na justa medida de suas desigualdades) e no sentido da equidade (justiça do caso concreto, que repele os excessos).

A legitimidade, a seu turno, é o consentimento dos governados em relação àqueles que detêm o poder, consentimento este que se manifesta quanto à origem e quanto aos limites desse poder. Legítimos, portanto, são somente o Direito e o poder que despertam no povo o sentimento de conformidade e respeito à vontade geral e que espelham os valores que dominam o sentimento popular, sem vulnerar nem oprimir os direitos e liberdades das minorias. Assim, pois, a legitimidade pode ser concebida como um processo dinâmico de interação entre legitimantes e legitimados, ou seja, entre os delegantes e os delegados do poder.

Consequentemente, justiça e legitimidade devem estar antes e depois do Direito. Antes, no ato de criação normativa. Depois, no ato de interpretação e aplicação da norma. Só assim pode haver a confluência do trinômio Direito, humanismo e democracia, noções elementares à teoria da Tridimensionalidade Axiológica, de Arnaldo Vasconcelos, que qualifica o Direito a partir das perspectivas da juridicidade, da justiça e da legitimidade. Mediante a soma destes fatores é que se chega ao Direito ideal, produto da tridimensionalidade axiológica.

Destarte, a teoria da Tridimensionalidade Axiológica ostenta sinais evolutivos em relação às clássicas teorias tridimensionais, na medida em que as três dimensões propostas por aquela aliam o que o Direito é ao que ele deve ser. O que ele é? Um instrumento de coordenação social, e não de coação social. E o que ele deve ser? Justo e legítimo, valores que constituem o suporte infalível do sentimento de obrigatoriedade.

## REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. *O livre arbítrio*. Tradução de Antônio Soares Pinheiro. Braga: Faculdade de Filosofia, 1990.

AGUIAR, Odilio Alves. A propósito da problemática do mal em Hannah Arendt. *Revista de Psicologia*, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 82-88, jul./dez. 2002.

Disponível em: <[http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12586/1/2002\\_art\\_oaaguiar.pdf](http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12586/1/2002_art_oaaguiar.pdf)>. Acesso em: 8 maio 2017.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BASTOS, Núbia M. Garcia. *Introdução à metodologia do trabalho acadêmico*. 5. ed. Fortaleza: Nacional, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FARIA, José Eduardo. A crise constitucional e a restauração da legitimidade. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 25-61, maio/ago. 1985. Disponível em: <<http://sistema.bibliotecas.fgv.br/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz N. da Silva e Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

PLATÃO. *A República*. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

\_\_\_\_\_. *Autobiografia intelectual*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1986.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RENAN, Ernest. O que é uma nação? In: ROUANET, Maria Helena (Org). *Nacionalidade em questão*. Rio de Janeiro: UERJ/Instituto de Letras, 1997

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Princípios do Direito Político. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. 2. ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

RECEBIDO EM: 15-09-2016

APROVADO EM: 05-04-2017

# DA DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS IMPRODUTIVOS E A INCIDÊNCIA DOS JUROS COMPENSATÓRIOS

*THE EXPROPRIATION OF THE UNPRODUCTIVE  
PROPERTIES AND THE COMPENSATORY INTERESTS*

*Marcos César Botelho*

*Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição*

*Toledo de Ensino/Bauru-SP*

*Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público*

*Advogado da união - Advocacia-Geral da União, lotado na Procuradoria Seccional*

*da União em Campinas/SP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da desapropriação; 1.1 Conceito; 1.2 Fundamentos; 2 Justa indenização: os juros compensatórios e os imóveis improdutivos; 2.1 Justa indenização: conceito; 2.2 Dos juros compensatórios: impossibilidade de incidência nas desapropriações de imóveis improdutivos; 3 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** Discute-se no presente artigo acerca da incidência de juros compensatórios nas desapropriações de imóveis improdutivos. Partindo-se do conceito de desapropriação e os fundamentos deste instituto, analisou-se o conceito de justa indenização e como a figura dos juros compensatórios não pode incidir nos casos em que o imóvel expropriado é improdutivo, tendo em vista a exigência constitucional de que o imóvel atenda uma função social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desapropriação. Juros Compensatórios. Função Social. Imóvel Improdutivo. Justa Indenização.

**ABSTRACT:** This paper discuss about the compensatory interests in cases of the expropriations of the unproductive properties. Starting of the concept of the expropriation and its grounding, it was analyzed the concept of the fair compensate and how the compensatory interests could not be used in the cases that the property is unproductive, observing the norm in Constitution that demands that property has a social function.

**KEYWORDS:** Expropriation. Compensatory Interests. Social Function; Unproductive Property. Fair Compensate.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal elenca no *caput* do artigo 5º a proteção à propriedade. Segundo a dicção do dispositivo, garante-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à propriedade. O mesmo dispositivo traz hialina prescrição no inciso XXII acerca da garantia à propriedade.

A propriedade implica, em um sentido lato, em uma qualidade inerente aos corpos, revelando as características essenciais que compõem determinado objeto<sup>1</sup>. Jacques Pierre Brissot destaca o aspecto da necessidade como imanente à propriedade, de modo que ela consiste no direito de se servir ou fazer o uso da matéria com vistas à satisfação de uma necessidade<sup>2</sup>.

Historicamente a propriedade caminhou de uma concepção coletiva para uma ideia de direito individual e absoluto. Contudo, no período contemporâneo o direito de propriedade passa a ter uma conotação social, opondo-se ao viés individualista<sup>3</sup>, segundo o qual, o direito patrimonial burguês buscou nas concepções de igualdade e liberdade seu fundamento, de forma que a liberdade de propriedade expressa o direito de fazer com sua propriedade o que bem entender<sup>4</sup>.

A propriedade, todavia, está intimamente ligada a ideia de escassez. Em outras palavras, a necessidade de reconhecimento do direito à propriedade fundamenta-se no fato de que há escassez desse recurso, o que faz com que exista um valor de mercado para o bem objeto de propriedade<sup>5</sup>.

Esta escassez impõe uma necessária proteção ao direito, já que, como bem lembrou Posner<sup>6</sup>, nos lugares em que as terras forem abundantes em

1 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 689.

2 BRISSOT, Jacques Pierre. *Investigações filosóficas sobre o direito de propriedade*. Florianópolis: Cultura e Barbárie, 2015, p. 23. Acerca da relação entre a propriedade e a religião, conferir: PONTES, Ted Luiz Rocha; LIMA, Renata Albuquerque. A evolução do conceito de propriedade privada e a desapropriação dos bens. In: ARAUJO E MENDONÇA, Maria Lírida Calou de (coord.). *As garantias da propriedade e as intervenções estatais*. Curitiba: Juruá, 2012 p. 261.

3 TAVARES, op. cit., p. 691.

4 RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 79. Dois eventos devem ser destacados: a Revolução Industrial, com a sedimentação da ideia da liberdade de iniciativa, bem como o Iluminismo (cf. TAVARES, op. cit., p. 691).

5 POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 211.

6 *Ibidem*.

relação à população, ela será tratada como bem comum, pois a necessidade de proteção surge em contextos de escassez e, por conseguinte, luta pela propriedade.

Ora, com o reconhecimento da propriedade como um direito fundamental, a consequência é a sua proteção frente ao Estado. A Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789 trazia, em seu artigo 17, que a propriedade consistia em um direito inviolável, do qual ninguém poderia ser privado. Também, a Constituição Francesa de 1791 trazia a noção de inviolabilidade da propriedade, como forma de assegurar o seu exercício frente ao Estado. Lembram Pontes e Lima<sup>7</sup>, que desde as primeiras constituições de que se tem notícias, a propriedade privada foi contemplada com a garantia de proteção enquanto direito fundamental.

Diante da escassez e das tensões naturais decorrentes do exercício do direito à propriedade, haveria a proteção ofertada pelo ordenamento jurídico inclusive em relação a figura do Estado. Nesta senda, lembra Tavares o fato de que a propriedade hodiernamente é concebida como uma relação entre um sujeito ativo, o proprietário, e um sujeito passivo universal (demais pessoas não proprietárias), o qual tem o dever de respeitar o direito de propriedade reconhecido<sup>8</sup>.

Há, porém, situações em que esse direito individual cede ante aos interesses coletivos. Significa que o direito à propriedade não é absoluto e pode ser suplantado quando está em jogo interesse maior. A própria Constituição Federal de 1988 prescreve no inciso XXIII do artigo 5º a necessidade de a propriedade atender a sua função social, com uma clara delimitação do seu conteúdo.

Assim, como uma superação da doutrina do *laissez faire* reinante no século XIX, o Estado moderno pode intervir na propriedade privada, restringindo este direito fundamental quando presente interesse público apto a justificar tal medida restritiva<sup>9</sup>.

Embora seja um instituto de caráter político<sup>10</sup>, reconhecido pela ordem jurídica, a propriedade possui garantias não apenas para o seu exercício, mas proteção mesmo em caso de limitação ou supressão.

---

7 PONTES; LIMA, op. cit., p. 261.

8 TAVARES, op. cit., p. 695

9 “Essa garantia constitucional absoluta de que sempre gozou a propriedade privada foi sendo gradativamente mitigada com o passar da história, visto que a realidade política e econômica foi sendo alterada ao longo dos anos e, por óbvio, refletiu-se nas Cartas Políticas.” (PONTES, Ted Luiz Rocha; LIMA, op. cit., p. 261)

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 780.

A Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, desde que haja justa e prévia indenização em dinheiro<sup>11</sup>. Essa intervenção do Estado na propriedade, decorrente de sua soberania, não significa o exercício de um poder ilimitado à margem da lei. Assim, ao estabelecer que a propriedade pode ser atingida pela desapropriação, a Constituição Federal assegura ao proprietário uma *justa* e prévia indenização em dinheiro.

O presente artigo objetiva discutir um aspecto ligado à *justa* indenização, a saber: a desnecessidade de incidência dos juros compensatórios nos casos de desapropriação quando o imóvel for improdutivo. Será feita uma análise da jurisprudência do STF e do STJ a fim de verificar se ela atenta contra o princípio constitucional da função social do contrato e o princípio da justa indenização, quando admite a incidência dos juros compensatórios nos casos em que o imóvel expropriado é improdutivo.

## 1. DA DESAPROPRIAÇÃO

### 1.1 CONCEITO

A desapropriação se afigura como uma intervenção do Estado na propriedade, com base em um poder jurídico com esteio na soberania inerente aos Estados modernos<sup>12</sup>.

Esta intervenção decorre da submissão do exercício do direito à propriedade ao interesse público, o que possibilita que tal direito seja mitigado diante de situações específicas em que um interesse coletivo prevaleça.

Basta lembrar, por exemplo, que ao dispor que a propriedade deve atender a sua função, social, estabeleceu o legislador uma limitação ao exercício do direito à propriedade, na medida em que a função social, estando relacionada ao uso, implica no fato de que a destinação conferida pelo proprietário não pode deixar de atender aos interesses coletivos. Segundo Pontes e Lima, “[...] o atendimento aos interesses coletivos é o próprio motivo pelo qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado dominus”<sup>13</sup>.

11 Artigo 5º, inciso XXIV, in verbis: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

12 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 781.

13 PONTES, ; LIMA, op. cit., p. 262-263.

Em outras palavras, no conceito moderno de propriedade está inclusa a ideia de função social, de modo que não há que se falar em propriedade e tampouco no seu correlato direito, se ela não vier acompanhada de uma função social.

Neste contexto, a desapropriação significa a submissão do interesse privado ao público, haja vista o entendimento de que há situações em que o interesse público exige uma posição de supremacia frente ao interesse privado. Não significa que sempre deverá haver a submissão do interesse privado ao público, mas que na atual quadra da história, o direito à propriedade encontra-se despido de sua roupagem absoluta, cedendo frente a interesses coletivos que devem prevalecer para manutenção da higidez do sistema jurídico, econômico e social contemporâneo.

Carvalho Filho adverte que a intervenção estatal na propriedade não pode ser feita irresponsavelmente, sobretudo por que a noção de função social revela, de uma certa forma, uma limitação ao poder de intervenção do Poder Público. Ou seja, “[...] *qualquer ataque à propriedade, que não tenha esse objetivo, estará contaminado de irretorquível ilegalidade.*”<sup>14</sup>

A desapropriação afigura como um mecanismo pelo qual o Poder Público invade a esfera da propriedade de alguém, visando o interesse público. Segundo Bandeira de Mello, a desapropriação consiste em um procedimento administrativo, no qual o Poder Público retira de alguém a sua propriedade, transferindo-a para o patrimônio público, tendo o interesse público como fundamento<sup>15</sup>.

Igualmente Carvalho Filho alude ao fato de se tratar de um procedimento de direito público por intermédio do qual a Administração Pública promove a transferência para seu patrimônio da propriedade de terceiro, invocando razões de utilidade pública ou interesse social<sup>16</sup>.

14 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 781.

15 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 111, jan./mar. 1973, p. 511

16 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 820. Segundo Carvalho Filho (op. cit., p. 821), a natureza da desapropriação é a de um procedimento administrativo, mas também, em quase todas as situações de natureza judicial. Lembra Carvalho Filho que “O procedimento tem seu curso quase sempre em duas fases. A primeira é a administrativa, na qual o Poder Público declara seu interesse na desapropriação e começa a adotar as providências visando à transferência do bem. Às vezes, a desapropriação se esgota nesta fase, havendo acordo com o proprietário. Mas é raro. O normal é prolongar-se pela outra fase, a judicial, consubstanciada através da ação a ser movida pelo Estado contra o proprietário.” Acerca do uso político do instituto da desapropriação, conferir: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre

Cuida-se de ato unilateral, já que prescinde da vontade do proprietário<sup>17</sup>, revelando um ato compulsório da Administração Pública fundamentada em seu poder de império, mas que age de tal forma em razão da existência de um interesse coletivo que se sobrepõe ao direito fundamental à propriedade. O Poder Público se apossa de um bem pertencente a outro, de maneira compulsória, sendo que o interesse público, a necessidade pública ou uma utilidade pública fundamentam o ato<sup>18</sup>.

Segundo Salles, a necessidade pública existe nas situações em que a Administração está diante de um problema inadiável, o qual não pode ser removido tampouco procrastinado, sendo que a incorporação ao domínio do Estado de um bem de terceiro é parte indispensável da solução. Diferentemente, na utilidade pública, há uma conveniência e vantagem ao interesse coletivo na utilização do bem. Finalmente, o interesse social ocorre onde o ato expropriatório tenha por desiderato a solução de um problema social<sup>19</sup>.

## 1.2 FUNDAMENTOS

Segundo Tavares, através do ato expropriatório, o Poder Público encontra-se apto a suplantar obstáculos à realização de obras e serviços públicos que decorram da propriedade privada. Por esta razão, alude ao fundamento constitucional da desapropriação, que tem na ideia da função social da propriedade sua pedra angular<sup>20</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello, alude a um fundamento político, um jurídico e um normativo-constitucional da desapropriação. Segundo ele, o fundamento político está na ideia da supremacia do interesse coletivo sobre o individual quando houver incompatibilidade entre eles<sup>21</sup>.

No texto constitucional atual, a supremacia do interesse público sobre o privado afigura-se como decorrência lógica do Estado Democrático de

---

a desapropriação no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, v. 204, p. 32, abr./jun. 1996.

17 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro*. p. 511.

18 PONTES; LIMA, op. cit., p. 264.

19 SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 79.

20 TAVARES, op. cit., p. 708.

21 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 512.

Direito, já que, segundo palavras de Nobre Júnior<sup>22</sup>, o interesse da maioria dos administrados, em certos casos, pode tomar lugar quando em confronto com o interesse particular. E aqui é importante a lição de Edilson Nobre Júnior, quando alerta que a competência para a intervenção do Estado na propriedade sob o mote da supremacia do interesse público não significa carta branca para atuação ilimitada e irresponsável<sup>23</sup>.

Contudo, importa destacar que a supremacia do interesse público se pauta em uma reação contra o individualismo, sendo um importante vetor interpretativo visando conferir ao interesse coletivo a importância que ele deve ter no atual cenário jurídico-constitucional. A Constituição Federal de 1988 estabelece como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos II e III), além de dispor que a solidariedade se constitui em um dos seus objetivos (artigo 3º, inciso I), bem como a busca pela promoção do bem de todos (inciso IV). E, por esta razão alerta Pazzagliani que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é condição necessária para a sobrevivência das sociedades contemporâneas<sup>24</sup>.

A própria garantia à propriedade privada decorre da necessidade de se atender, em certas situações, o interesse público, de forma a garantir o fortalecimento das instituições públicas que irão atuar na proteção aos direitos fundamentais. Logo, a vida em sociedade não admite posturas egoístas que possam pôr em risco o desenvolvimento e a harmonia coletiva.

E isso faz com que o fundamento político da desapropriação não esteja embasado em medidas arbitrárias do Poder Público<sup>25</sup>, mas sim na

---

22 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Princípios retores da desapropriação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 209, jul./set. 1997. p. 123. Lembra Frota que “o interesse público é gênero no qual se acomodam quatro espécies: interesses coletivo, difuso, secundário e primário”.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 239, jan./mar. 2005. p. 46.

23 NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 124.

24 PAZZAGLIANI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 38.

25 “A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si – considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade –, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário”. (STF, RE 134.297, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.06.1995, DJ 22.090.1995).

busca pelo atendimento ao interesse coletivo, e isso, conformando, na medida do possível, esse interesse com direitos individuais.

A adoção pelo ordenamento jurídico dos princípios políticos agasalhados no sistema consiste no fundamento jurídico teórico da desapropriação. Segundo Bandeira de Mello, “*Corresponde à ideia do domínio iminente que dispõe o estado sobre todos os bens existentes em seu território*”<sup>26</sup>.

Ou seja, a ideia está atrelada ao conceito de soberania em seu aspecto interno e que expressa a supremacia da ordem jurídica estatal dentro de determinado território, possibilitando que o Estado exerça o domínio iminente sobre tudo aquilo que se encontra em seu espaço territorial.

O fundamento normativo constitucional encontra-se presente nos artigos 5º, inciso XXIV, 182, § 4º, inciso III, e 184 e parágrafos.

É importante destacar que a moldura constitucional atual expõe um perfil do direito à propriedade que não se liga mais ao conceito liberal no qual os direitos fundamentais de primeira geração, em especial a propriedade, assumiam um caráter absoluto frente a intervenções estatais. Assim é que a propriedade deve estar “[...] submetida à valores que não se esgotam no atendimento das finalidades do seu titular, gerando benefícios para toda a sociedade”<sup>27</sup>.

Daí a importância do fundamento constitucional da desapropriação, que não apenas traz uma descrição sobre a possibilidade da medida, mas confere à propriedade uma nova moldura, adequando-a à nova realidade do Estado Democrático e Social de Direito, não sendo um direito de caráter absoluto, eis que relativizado pela Lei Maior<sup>28</sup>. Neste sentido o entendimento do Pretório Excelso:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados

26 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro*. p. 512.

27 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A desapropriação no estado democrático de direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 603.

28 STF, MS 25.184, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. 17.06.2010, DJe 13.08.2010.

na própria CR. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade<sup>29</sup>.

Por esta razão, a interpretação das normas infraconstitucionais que tratam da desapropriação, a saber, o Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 e alterações posteriores, deve ser feita tendo a Constituição Federal como vetor interpretativo.

## **2 JUSTA INDENIZAÇÃO: OS JUROS COMPENSATÓRIOS E OS IMÓVEIS IMPRODUTIVOS**

### **2.1 JUSTA INDENIZAÇÃO: CONCEITO**

Antes de adentrar na questão relativa aos juros compensatórios, há que se fazer uma breve análise do conceito de justa indenização.

O inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal prevê a desapropriação mediante “justa indenização”, revelando a disposição do legislador constituinte originário em assegurar o direito à propriedade no mesmo passo em que promove sua função social.

Assim, o interesse público que fundamenta o ato expropriatório jamais poderá significar enriquecimento sem causa da Administração Pública, que pode fazer valer seu *jus imperium* desde que, ao atender ao interesse público, não cause prejuízo ao particular que terá subtraído de seu patrimônio um bem contra a sua vontade.

Daí porque a ideia de justa indenização estar ligada a *perda da propriedade* e não a imissão provisória da posse, conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>30</sup>. Por outro lado, com a publicação do decreto de utilidade pública, estará o bem objeto da desapropriação submetido à força expropriante do ente federado<sup>31</sup>. Significa

29 STF, ADI 2.213-MC, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.04.2002, DJ 23.04.2004.

30 Neste sentido, conferir: STF, RE 195.586, Primeira Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 12.03.1996, DJ 26.04.1996; RE 141.795, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 04.08.1995, DJ 29.09.1995.

“A imissão provisória não se confunde com a efetiva mudança de titularidade em favor do Poder expropriante e com a possibilidade de se adentrar o imóvel permitida desde a publicação do decreto de utilidade pública”. (PONTES; LIMA, op. cit., p. 270)

31 PONTES; LIMA, op. cit., p. 270.

que haverá a fixação do estado do bem e suas condições, com o desiderato de estabelecer parâmetros para a elaboração do cálculo da indenização que será devida.

Com o decreto o poder público adquire o direito de adentrar no bem para proceder as verificações necessárias, iniciando-se, ainda, o lustro para que a desapropriação seja promovida extrajudicialmente ou judicialmente<sup>32</sup>.

A perda da propriedade, mediante desapropriação, enseja o dever do ente expropriante de efetuar o pagamento prévio de justa indenização. Destaque-se que na desapropriação não há acordo de vontades<sup>33</sup>, não havendo negociações envolvendo o preço do imóvel, havendo a supressão deliberada pelo Estado da propriedade privada.

A desapropriação é um ato unilateral, mas que, para manter sua legitimidade, deve se pautar no respeito ao direito fundamental de propriedade, o que se dá com o pagamento de uma “justa indenização”. A razão disso se dá pelo fato de que “*Desapropriação não se confunde com confisco*”<sup>34</sup>, o que a torna um ato unilateral mediante justa indenização, diferentemente do que se dá no confisco que, embora também seja ato unilateral, implica na extinção da propriedade sem qualquer contrapartida.

Logo, não existe desapropriação sem que haja indenização. No conceito de desapropriação encontra-se inerente a ideia de que haverá uma indenização pela supressão unilateral da propriedade, sob pena de descaracterização do ato e configuração de um verdadeiro confisco. Conforme escólio de Seabra Fagundes, existem duas condições básicas para que o ente público possa exercer o direito de expropriar, a saber, a existência de um interesse social, necessidade ou utilidade pública, e o pagamento prévio ao expropriado de justa indenização em dinheiro<sup>35</sup>.

Arruda Alvim, adverte que o problema mais importante na desapropriação, quando considerado o instituto do ponto de vista prático, está relacionado com a fixação do que seja a justa indenização<sup>36</sup>.

---

32 Ibidem, mesma página.

33 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 613.

34 Ibidem, p. 614.

35 FAGUNDES, M. Seabra. Da desapropriação no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV.

36 ALVIM, Arruda. Desapropriação e valor no direito e na jurisprudência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 102, p. 42, out./dez. 1970.

### Consoante lição de Bandeira de Mello:

Indenização justa, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio<sup>37</sup>.

No entender de Bandeira Mello, a justiça da indenização significa que o proprietário terá condições de adquirir outro bem equivalente com o montante recebido pela expropriação de seu patrimônio<sup>38</sup>. Costa Neto, aduz que o princípio constitucional da justa indenização se afigura como um vetor importante para a definição da correta compensação financeira, evitando que o expropriado receba mais ou menos do que lhe é devido<sup>39</sup>.

A justa indenização considera os valores mercadológicos, de maneira que o expropriado recebe pelo bem um montante em conformidade com o praticado no mercado imobiliário<sup>40</sup>. Na verdade, a expressão “justa indenização” é redundante, já que o conceito de indenização implica em pagar o que é efetivamente devido, de modo que, no caso da desapropriação, o expropriado não sofra diminuição em seu patrimônio.

Por outro lado, Acocella nos adverte que a justa indenização decorre do princípio da isonomia consagrado na Constituição Federal e na necessidade de uma justa distribuição dos encargos e benefícios sociais, de maneira que o indivíduo que tenha sua esfera de patrimônio invadida pelo Estado não venha a sofrer um encargo injusto em prol do interesse público<sup>41</sup>.

---

37 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 900.

38 Ibid.

39 COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. O princípio constitucional da justa indenização na desapropriação para fins de reforma agrária. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, a. 1, n. 2, jan./mar. 2002. p. 98.

40 DUARTE, Marise Costa de Souza; DUARTE JR., Ricardo. A questão da justa indenização nas ações de desapropriação por utilidade pública (megaeventos esportivos). *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo: Uninove, v. 3, n. 2, jul./dez, 2012, p. 40. A Constituição Mexicana alude no artigo 27, parágrafo XV que o montante da indenização terá por base o valor constante dos órgãos fiscais cadastrais. (Cf. FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2000, p. 389)

41 ACOCELLA, Jéssica. O significado constitucional da justa indenização expropriatória. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro: UERJ, n. 27, 2015.

Logo, o atendimento ao interesse público requer a consideração de uma contrapartida justa pelo bem expropriado, não podendo o Estado se valer deste interesse ou de seu poder de império para impor uma medida gravosa ao expropriado. Ou seja, a medida expropriatória não deve ocasionar qualquer alteração no *status* geral da propriedade; isto é, o expropriado não sofre perda de conteúdo econômico, considerada a ideia de justiça retributiva de Aristóteles, já que o conteúdo da justa indenização expressa esse conceito aritmético de devolução do quinhão subtraído. Além do mais, a consideração do caso concreto é fundamental<sup>42</sup>, retratando o conceito de equidade de Aristóteles, sobretudo porque a integral compensação financeira pela expropriação tem por desiderato recompor os danos e prejuízos que o expropriado eventualmente venha a suportar, situação que não pode ser resolvida buscando-se paradigmas abstratos, alheios às circunstâncias do caso concreto.

Neste contexto, para que se configure uma justa indenização deverão estar incluídos os juros moratórios, os juros compensatórios, a correção monetária, os honorários advocatícios, bem como outras despesas<sup>43</sup>.

## 2.2 DOS JUROS COMPENSATÓRIOS: IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NAS DESAPROPRIAÇÕES DE IMÓVEIS IMPRODUTIVOS

Como visto, o poder expropriatório conferido pela Constituição Federal não significa o confisco do bem em favor do Estado, havendo que se respeitar o direito fundamental à propriedade expresso, sobretudo, no princípio constitucional da justa indenização.

Para a composição do *quantum* indenizatório devido, entende-se que os juros compensatórios são devidos<sup>44</sup>. Por outro lado, os juros compensatórios não podem ser confundidos com os moratórios.

Enquanto os juros moratórios expressam a indenização em decorrência do retardamento no pagamento da dívida, os juros compensatórios objetivam indenizar o proprietário pelo não uso do imóvel no tempo em que dele foi privado<sup>45</sup>.

42 ACOCELLA, op. cit., p. 50.

43 BANDEIRA DE MELLO, op. cit. p. 900.

44 STJ, Resp. 691.318-AgR/SP, Segunda Turma, Rel. Min Herman Benjamin, j. 16.06.2015, DJe 05.08.2015.

45 TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Desapropriação para reforma agrária: juros compensatórios. Indenização pela cobertura florística. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, p. 9, abr. 1997.

Ou seja, “*Os juros compensatórios são pagos pelos obstáculos ao uso do direito de propriedade*”<sup>46</sup> e tem íntima ligação com o princípio constitucional da justa indenização, de forma que incide uma compensação pelo não uso do imóvel desde o momento da entrega ao expropriante.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou diversas vezes a questão, tendo editado a Súmula 618, que trata dos juros compensatórios à taxa de 12% ao ano. Segundo entendimento do Pretório Excelso, os juros compensatórios de 12% ao ano atendem ao desiderato de indenizar o expropriado em razão do não uso de sua propriedade. Por outro lado, tais juros constituem-se em construção jurisprudencial:

Trata-se de compensação pela perda antecipada da posse e constituem genuína construção jurisprudencial, sendo devidos desde o momento em que o expropriado perde a posse do bem na desapropriação, fluindo até o pagamento da justa indenização<sup>47</sup>.

Por este motivo, o atendimento ao princípio constitucional da justa indenização estará satisfeito quando observado o marco temporal, a saber, o lapso que se dá entre a perda da posse e o efetivo pagamento da justa indenização. É neste período que o expropriado fica privado da posse do bem, mas não da sua propriedade. Ademais, a base de cálculo dos juros compensatórios deve considerar a parcela que fica indisponível para o expropriado. Segundo o STJ:

#### ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. BASE DE CÁLCULO.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a base de cálculos dos juros compensatórios é o valor que fica indisponível para o expropriado, ou seja, a diferença entre os 80% (oitenta por cento) da oferta inicial, que o expropriado pode levantar, e aquele fixado na sentença.

Agravo regimental improvido<sup>48</sup>.

46 ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 369.

47 FERREIRA FILHO, Roberval Rocha et al. *Súmulas do STF*: organizadas por assunto, anotadas e comentadas. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2012. p. 36.

48 STJ, Resp. 1.440.993-AgR-EDCl/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 09.06.2015, DJe 19.06.2015.

Como salientou Tourinho Neto, os juros compensatórios não são juros em sua essência, mas uma forma de compensação da perda da posse do imóvel, uma espécie de ressarcimento, razão por que podem ser cumulados com os juros moratórios<sup>49</sup>.

No entendimento de Tourinho Neto, os juros compensatórios não devem incidir em todo e qualquer caso. Ele lembra que, sendo o objetivo de tais juros indenizar o expropriado pela impossibilidade de utilização do imóvel, não podendo extrair do bem rendimentos ou frutos, não há que se falar em juros compensatórios quando o imóvel não produz qualquer renda<sup>50</sup>.

O fundamento é que a propriedade ao não cumprir a sua função social está em flagrante violação à Carta Maior, razão pela qual o pagamento de juros compensatórios igualmente afrontaria ao comando constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, porém, sedimentou entendimento distinto. Em análise de recurso repetitivo, a Primeira Seção da Corte entendeu que a eventual improdutividade do imóvel não figura como óbice à percepção dos juros compensatórios<sup>51</sup>. A incoerência do entendimento do Superior Tribunal de Justiça é manifesta no ponto em que estabelece que a improdutividade não afasta a incidência dos juros compensatórios pelo fato de que “[...] *esses restituem não só o que o expropriado deixou de ganhar com a perda antecipada, mas também a expectativa de renda*”<sup>52</sup>.

A pergunta lógica que decorre é: qual expectativa de renda em um imóvel improdutivo? Lembra Tourinho Neto que pela demora do pagamento o expropriado irá receber os juros moratórios<sup>53</sup>. E, neste contexto, a incidência de juros compensatórios nos casos de imóveis improdutivos afigura-se em um verdadeiro enriquecimento sem causa, com clara ofensa ao princípio constitucional da justa indenização.

---

49 TOURINHO NETO, op. cit., p. 9. Ver também o verbete da Súmula 12 do STJ.

50 Ibidem, p. 9.

51 STJ, Resp. 1.116.364/PI, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, j. 26.05.2010, DJe 10.09.2010.

52 Conferir, também: EREsp 453.823/MA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJU de 17.05.04). Precedentes: REsp 675.401/RO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 10.09.09; REsp 984.965/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 04.08.09; REsp 1.099.264/PA, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 19.08.09; REsp 1.034.014/CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJU de 26.06.08; REsp 1.090.221/PE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 29.09.09; REsp 1.066.839/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 31.08.09.

53 TOURINHO NETO, op. cit., p. 10.

A indicação do Superior Tribunal de Justiça de que a expectativa de renda e a possibilidade do imóvel ser aproveitado a qualquer momento de forma racional e adequada ou até vendido com o recebimento do seu valor à vista não é argumento racional o suficiente para fundamentar a incidência de juros compensatórios em imóveis improdutivos.

Primeiro, pelo fato de premiar a especulação, já que deixar o imóvel sem utilização não traz qualquer consequência ao seu proprietário, mesmo diante da clara dicção do inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal. Segundo, porque ao não atender a função social, o proprietário incide em ofensa à Constituição e, portanto, em conduta contrária ao ordenamento jurídico, a qual, porém, acaba sendo premiada com a incidência de juros compensatórios. Ou seja, em razão de sua própria torpeza, obtém o proprietário do imóvel improdutivo a compensação pela mera possibilidade.

O mesmo entendimento é esposado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme pode se extrair do acórdão cuja ementa transcreve-se abaixo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESAPROPRIAÇÃO. QUESTÃO RELATIVA À INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS E JUSTA INDENIZAÇÃO. IMÓVEL IMPRODUTIVO. JURISPRUDÊNCIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. SÚMULA 279/STF. O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento no sentido de que os juros compensatórios são devidos, na desapropriação direta e indireta, no percentual de 12% ao ano (Súmula 618/STF e ADI 2.332), mesmo sendo o imóvel improdutivo. A imissão na posse, mesmo na vigência da Medida Provisória nº 1.577/97, não atrai a sua aplicação, tendo em conta a sua não conversão em lei no trintídio constitucional. A análise acerca do valor da indenização fixado pelo Tribunal de origem é incabível neste momento processual. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>54</sup>.

Em seu voto, o relator, Ministro Barroso assevera que a incidência dar-se-á mesmo se o imóvel expropriado não atender à função social da propriedade. Ou seja, a Corte Maior esvazia todo o conteúdo normativo da função social. Costa Neto afirma que a função social da propriedade urbana estará atendida quando as exigências fundamentais de ordenação da cidade previstas no plano diretor (CF/88, art. 182, § 2º) são observadas;

54 - STF, RE 472.210-AgR/CE, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10.09.2013, DJe 25.10.2013.

já a função social da propriedade rural está assentada na sua consideração não como um simples bem patrimonial, mas como um bem de produção<sup>55</sup>.

No caso dos imóveis urbanos, manifesta é a contradição do entendimento pretoriano, já que a Constituição, ao dispor sobre a função social da propriedade urbana, possibilita ao ente público impor ao proprietário os custos com a construção forçada de edifício em sua propriedade ou a incidência de imposto progressivo<sup>56</sup>. Contudo, em caso de desapropriação por interesse público (necessidade ou utilidade pública ou interesse social), o proprietário de imóvel improdutivo passa a ser premiado com a incidência de juros compensatórios sobre imóvel que não atende ao preceito constitucional da função social.

Os imóveis rurais que não satisfazem a função social revelam uma falta de aproveitamento e utilização adequada dos recursos naturais, dentre outras exigências<sup>57</sup>. A Constituição autoriza a União a desapropriar por interesse social, para os fins de reforma agrária, o imóvel rural que não estiver cumprindo sua função social, havendo a previsão no artigo 186 de condições objetivas que possibilitam aferir se o imóvel cumpre ou não a exigência constitucional.

Utilizando o STF contra o STF, o que vemos na jurisprudência da Corte é um contrassenso evidente, já que sob o mote de garantir a justa indenização desconsidera-se todo um conceito de propriedade construído a partir de sua função social. Assim, a fim de proteger a propriedade contra ingerência indevida do Estado, o Pretório Excelso permite que o proprietário pratique uma conduta violadora da norma constitucional recebendo, ao mesmo tempo uma compensação por isso.

A Medida Provisória nº 1.774, de 11 de fevereiro de 1999 havia introduzido o artigo 15-A no Decreto-lei nº 3.365, de 1941 corrigindo tal distorção. Segundo o dispositivo havia a seguinte previsão nos parágrafos 1º, 2º e 4º, *in verbis*:

Art. 15-A. *Omissis*

§ 1º Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário;

55 COSTA NETO, op. cit., p.94.

56 TAVARES, op. cit., p. 702.

57 Ibid.

§ 2º Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir grau de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero;

[...]

§ 4º Nas ações referidas no § 3º, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação.

Os dispositivos supracitados corrigiam o problema, impedindo que a parte expropriada fosse premiada com juros compensatórios pelo simples fato da perda antecipada da posse. Deveria haver a comprovação de utilização do imóvel, de perda efetiva de renda, estando a norma em conformidade com o princípio constitucional da justa indenização bem como da função social da propriedade.

O Pretório Excelso, contudo, em liminar na ADIn nº 2.332-2 suspendeu, por entender inconstitucional, a eficácia dos citados parágrafos, prevalecendo o entendimento de que a simples perda antecipada da posse afigura-se como fato gerador para o direito à percepção de juros compensatórios.

A taxa de juros compensatórios é fixada em 12% por força do verbete da Súmula 618 do Pretório Excelso, sendo que o *caput* do artigo 15-A, que limita tais juros a 6% ao ano, introduzido pela Medida Provisória nº 1.774, de 1999 também foi objeto de suspensão em liminar na ADIn nº 2.332-2<sup>58</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, admitiu o afastamento da incidência de juros compensatórios nas situações em que a propriedade se mostrar impassível de qualquer exploração econômica, seja atual ou futura, seja por decorrência de limitações legais ou da própria situação geográfica ou topográfica local<sup>59</sup>. Segundo a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, não há como justificar a incidência de juros compensatórios nos casos em que inexistente a possibilidade presente ou futura de exploração do imóvel, pois isso representaria um locupletamento ilícito pelo desapropriado, “[...] *que, com a expropriação, além de ser indenizado pela limitação administrativa, também receberia pela atividade produtiva que jamais poderia ser exercida*”<sup>60</sup>.

58 STF, ADI 2.332-2-MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 05.09.2001, DJ 02.04.2004.

59 STJ, Resp. 1.116.364/PI, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, j. 26.05.2010, DJe 10.09.2010.

60 STJ, EResp. 519.365/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 11.10.2006, DJ 27.11.2006.

Conferir: STJ, EResp. 122.114/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 24.11.2004, DJ 17.12.2004

Esta decisão está em conformidade com o preceito constitucional da função social da propriedade e o princípio da justa indenização. Importante destacar que a justa indenização é princípio aplicável tanto ao particular quanto à Administração Pública. Se o particular tem o direito de receber o que é devido pela expropriação do bem, o Poder Público (como expressão política-institucional da coletividade) tem o direito de pagar o que é devido.

Há que se considerar que aquilo que o expropriado deixou de ganhar contra a sua vontade é o que deve reger o cálculo da indenização. Neste escopo, a incidência de juros compensatórios, deve considerar a utilidade do imóvel no momento em que há o decreto expropriatório, considerando-se, portanto, a real condição do imóvel. É o diagnóstico do imóvel e não o seu prognóstico que deve servir como parâmetro para o cálculo da justa indenização.

### 3 CONCLUSÕES

Embora reconhecido como direito fundamental, a propriedade não pode ser interpretada a partir de um substrato liberal. Isso porque a Constituição Federal de 1988 traz um desenho novo do instituto ao tornar a propriedade um direito fundamental que se submete a uma função social.

Significa que, para além da simples dicotomia entre *interesse público* x *interesse privado*, a propriedade, enquanto direito individual, deve conviver com o interesse coletivo, de modo que a utilização egoísta é afastada pelo ordenamento constitucional atual, ressaltando que as finalidades do titular não esgotam o conteúdo do direito à propriedade, que passa a incluir benefícios para toda a sociedade.

Com isso, a desapropriação reflete essa necessidade de harmonização do interesse público com o interesse particular. São situações em que o interesse coletivo e a própria harmonia e funcionamento da sociedade impõe a atuação do Poder Público invadindo a esfera de propriedade do particular. Contudo, em razão da própria garantia constitucional à propriedade, o atendimento ao interesse público não pode se dar às custas do mero confisco de um bem pertencente ao particular.

Daí haver a previsão de que a propriedade é garantida, devendo atender a sua função social e que a desapropriação é possível, desde que observado o princípio da justa indenização.

Neste escopo, não restam dúvidas de que os juros compensatórios não podem incidir nos casos em que a desapropriação é de imóvel improdutivo.

Demonstrou-se que a justa indenização significa evitar o enriquecimento sem causa, razão por que os juros compensatórios premiam quem utiliza o seu imóvel em desconformidade com o princípio da função social da propriedade.

Ademais, o parâmetro para o cálculo da justa indenização deve ser a situação real do imóvel e não prognósticos que não têm suporte na realidade. Ou seja, a incidência de juros compensatórios não pode se dar nas situações em que o imóvel, de fato, não é utilizado, não podendo a mera possibilidade de utilização futura – embora inexistente no presente – servir de lastro para justificar o pagamento.

Nunca é demais lembrar que a justa indenização não pode ter como ponto de partida a injustiça configurada no exercício do direito à propriedade em desconformidade com os preceitos constitucionais.

## REFERÊNCIAS

- ACOCELLA, Jéssica. O significado constitucional da justa indenização expropriatória. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro: UERJ, n. 27, p. 42-64, 2015.
- ALVIM, Arruda. Desapropriação e valor no direito e na jurisprudência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 102, out./dez. p. 42-70, 1970.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 111, jan./mar. p. 511-529, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRISSOT, Jacques Pierre. *Investigações filosóficas sobre o direito de propriedade*. Tradução de Felipe Vicari de Carli. Florianópolis: Cultura e Barbárie, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. O princípio constitucional da justa indenização na desapropriação para fins de reforma agrária. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, a. 1, n. 2, jan./mar. p. 91-108, 2002.

CYSNEIROS, Vidente Cavancante. O conceito de justa indenização na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. *Revista de Direito Agrário*, Brasília: Incra, n. 4, p. 32-42, 1976.

DUARTE, Marise Costa de Souza; DUARTE JR., Ricardo. A questão da justa indenização nas ações de desapropriação por utilidade pública (megaeventos esportivos). *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo: Uninove, v. 3, n. 2, jul./dez. p. 261-287, 2012.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha et al. *Súmulas do STF: organizadas por assunto, anotadas e comentadas*. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FAGUNDES, M. Seabra. Da desapropriação no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 14, p. 1-22, 1948.

FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. México, D.F.: Porrúa, 2000.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 239, jan./mar. p. 45-65, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A desapropriação no estado democrático de direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, p. 593-618, 2008.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Princípios retores da desapropriação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 209, jul./set. p. 121-141, 1997.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000.

PONTES, Ted Luiz Rocha; LIMA, Renata Albuquerque. A evolução do conceito de propriedade privada e a desapropriação dos bens. IN: ARAUJO E MENDONÇA, Maria Lírida Calou de (coord.). *As garantias da propriedade e as intervenções estatais*. Curitiba: Juruá, p. 261-272, 2012.

POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a desapropriação no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 204, abr/jun, p. 33-52, 1996.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Desapropriação para reforma agrária: juros compensatórios. Indenização pela cobertura florística. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, p. 4-17, abr. 1997.

RECEBIDO EM: 22.03.2017

APROVADO EM: 27.06.2017

# DIÁLOGO INSTITUCIONAL: UM ESTUDO COMPARADO

*INSTITUTIONAL DIALOGUE: A COMPARATIVE STUDY*

*Paulo Roberto Barbosa Ramos*

*Doutorado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Granada - Espanha e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina*

*Analissa Barros Pinheiro*

*Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema da Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Ideia de Diálogo Institucional entre o Poder Legislativo e Judiciário; 1.1 Panorama Geral do Diálogo Institucional; 1.2 Mecanismos que Propiciam o Diálogo Institucional; 2. As Estruturas Constitucionais do Canadá, Nova Zelândia, Estados

Unidos e Brasil no Tocante ao Diálogo Institucional entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário; 2.1 A Experiência Canadense: a Cláusula Notwithstanding; 2.2 A Nova Zelândia: o Weak; 2.3 Os Estados Unidos e as Correntes Departamentalistas; 2.4 Brasil; 3 Repensando a Melhor Forma de Promover um Diálogo Institucional Equilibrado; 3.1 Perspectiva do Diálogo Institucional como Melhor Estratégia para o Desenvolvimento da Interpretação Constitucional; 4 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** Analisa a perspectiva naturalizada no meio ambiente acadêmico e institucional de que ao poder judiciário deve ser conferido o poder de intérprete do texto constitucional, trazendo à discussão abordagens sobre a dinâmica da interpretação da constituição por meio do diálogo entre os poderes para a garantia do estado de direito, por meio do estudo comparado. Para isso, analisa as estruturas constitucionais do Canadá, Nova Zelândia, Estados Unidos e Brasil, no que diz respeito ao diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Por fim, assinala o diálogo institucional como a melhor estratégia para o desenvolvimento da interpretação constitucional, ressaltando a importância do desenvolvimento de tal dinâmica de forma equilibrada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Diálogo Institucional. Interpretação Constitucional. Poder Legislativo. Poder Judiciário. Estudo Comparado.

**ABSTRACT:** Analyzes the naturalized perspective in the academic and institutional environment that the power of interpretation of the constitutional text should be conferred on the judiciary, bringing to the discussion approaches on the dynamics of the interpretation of the constitution through dialogue between the powers to guarantee the state of by comparative study. To do this, it analyzes the constitutional structures of Canada, New Zealand, the United States and Brazil, regarding the dialogue between the Legislative and Judiciary Branches. Finally, it points to institutional dialogue as the best strategy for the development of constitutional interpretation, emphasizing the importance of developing such a dynamic in a balanced way.

**KEYWORDS:** Institutional Dialogue. Constitutional Interpretation. Legislative Power. Judicial Power. Comparative Study.

## INTRODUÇÃO

A discussão em torno de quem deve ser o guardião da Constituição não é recente. Mesmo entre os americanos, em que o sistema de controle judicial já possui mais de 200 anos, a questão ainda não é pacífica, uma vez que os críticos desse sistema argumentam que o poder judiciário não é dotado de legitimidade popular. Nas primeiras décadas do século XX, o referido debate intensificou-se com os embates travados entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a quem incumbiria o papel de guardião da Constituição. Para Carl Schmitt tal atribuição deveria ser conferida ao chefe do Estado, ou seja, ao presidente da República<sup>1</sup>. Para Hans Kelsen, no entanto, essa tarefa deveria ser conferida a uma corte constitucional, constituída por juízes que não integrassem o poder judiciário<sup>2</sup>.

De maneira mais recente, em vários países, notadamente no Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia, Brasil, dentre outros, vem sendo travado um forte debate sobre qual instituição deve realizar a interpretação do texto constitucional, não obstante, seja por tradição, seja por previsão constitucional, tal atribuição esteja sendo exercida pelo poder judiciário. Isso porque muitos políticos e teóricos compreendem que diante de uma nova postura do poder judiciário, que assumiu um posicionamento mais ativista, muitas decisões tomadas pelo poder legislativo, expressão da vontade do povo, vêm sendo fulminadas por decisões emanadas das supremas cortes, as quais vêm intervindo como legisladores genuínos, estabelecendo muitas vezes o sentido da constituição conforme suas próprias concepções, as quais não passam pelo crivo da vontade da maioria, uma vez que os integrantes das cortes constitucionais não são eleitos diretamente pelo povo.

Com o objetivo de avaliar essa postura das cortes constitucionais, o presente texto desenvolve a ideia de que a interpretação da constituição deve ser resultado de um diálogo permanente entre os poderes e não apenas resultado da vontade arbitrária e definitiva da suprema corte, a quem se tem conferido o poder de errar por último no processo de interpretação constitucional.

A perspectiva do diálogo institucional consiste na ideia de garantir-se efetivamente a harmonia entre os poderes, a qual consiste no exercício da atividade jurisdicional contramajoritária paralelamente à manifestação

---

1 SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

2 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

do Legislativo. É caracterizado pelo permanente diálogo institucional entre Judiciário e Parlamento, especialmente, além da concepção de que independentemente de qual instituição tenha a última palavra, não há nada que impeça que a outra instituição responda.

## 1 A IDEIA DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE O PODER LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

A perspectiva do diálogo institucional ingressou no debate jurídico no plano nacional e no plano internacional de maneira recente. Por diálogo institucional, entenda-se, em primeiro lugar e apenas como um conceito descritivo, a existência de uma interação entre Cortes Constitucionais e Parlamento na atividade de interpretar e dar sentido à Constituição.

### 1.1 PANORAMA GERAL DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Em fins do século XX inicia-se uma mudança de concepção no âmbito constitucional, composta principalmente por teóricos canadenses e estadunidenses, que defendem um inovador paradigma de garantia de direitos constitucionais, em contraposição ao *judicial review*, trazendo ao debate a legitimidade das instituições no âmbito democrático no que tange à revisão de deliberações na seara da interpretação do texto constitucional, além de redimensionar o papel do Poder Judiciário. Há em verdade uma nova ressignificação, como explica Luis Cláudio Martins de Araújo:

Esta modificação conceitual reconhece algumas ideias fundamentais, em especial a de que há um novo paradigma regendo o constitucionalismo contemporâneo, em que a questão deixa de ser quem deve interpretar ou que Poder deve fazê-lo, e passa a indicar a necessidade de se buscar uma teoria construída a partir de uma proposta cooperativa pela qual as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídicas e políticas da realidade democrática.<sup>3</sup>

Em outras palavras, a discussão em torno das Teorias Institucionais fundamenta-se na concepção de que as controvérsias relativas às atividades institucionais devem ser solucionadas por meio de um exercício dialético, propiciando assim uma rediscussão do tradicionalismo referente ao comportamento das instituições em isolar-se, no âmbito da cooperação

---

3 ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. *Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional*. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312)>. Acesso em: 02 jul. 2016.

em uma ordem constitucional, de forma a possibilitar maior coesão e equilíbrio no âmbito democrático.

Dessa forma, a inquietude teórica constitucionalista, predominante, especialmente nesta última década, voltou-se para a temática das instituições na seara jurídico-política, além da resignificação do papel das instituições no âmbito constitucional. Neste sentido, diante de tal análise, busca-se aprimorar um sistema, por meio da cooperação e progressividade, tendo como ponto de partida as relações interinstitucionais, em um âmbito dialético e congruente.

Nesta perspectiva, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule<sup>4</sup> e Jeremy Waldron<sup>5</sup> discorrem em suas respectivas obras sobre a possibilidade de articulação recíproca entre as instituições, estruturada com base em um viés democrático de deliberação coletiva conciliável com as diversas perspectivas de justiça em uma sociedade multifacetada. Rosalind Dixon<sup>6</sup> compartilha de tal concepção quando propõe a mudança de discursos relativos aos direitos constitucionais pautado em um monólogo judicial, em detrimento de um mais vasto e harmônico diálogo institucional, que atenua, se não suprime, o conflito entre a tomada de decisão democrática e a proteção de direitos fundamentais no âmbito judicial.

Assim, a união, na seara cooperativa, de maneira consistente das instituições deve ser resultante do exercício constitucional-democrático nas sociedades modernas, e dessa maneira, o permanente diálogo propicia a integração das instituições na construção do equilíbrio adequado, no qual a proteção de direitos deve compreender o desempenho conjunto de todas as instituições construído a partir da perspectiva de que a todas compete a tarefa de guarda da Constituição, principalmente em uma conjuntura de sociedades caracterizadas por frequentes discordâncias a respeito das mais diversas questões.

Tendo em vista isso, a discussão sobre diálogos institucionais, na efetivação do conteúdo dos direitos, contesta a preponderância de quaisquer dos Poderes constituídos, assim como a tradicional teoria da separação de poderes, como únicas perspectivas à concepção de um Estado

4 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. Chicago Public *Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002.

5 WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

6 DIXON, Rosalind. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. Chicago Law School *Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 348, 2011.

Democrático. Nessa ótica, é essencial a atuação dialógica das Instituições, visando tomar decisões que correspondam aos valores e interesses da coletividade, resultantes de uma prática discursiva racional e observando-se o respeito empregado aos fundamentos constitucionais e da razão pública. Tal entendimento nos leva a seguinte conclusão, conforme Luís Cláudio Martins de Araújo:

Desta forma, é certo que a atuação das instituições é guiada pelos valores constitucionais conforme os fundamentos da ordem democrática, e que, portanto, esta dinâmica de condutas institucionais se fundamenta na necessidade de se firmar tanto um equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo, quanto de se ressaltar a importância das instituições frente ao Estado. Logo, ao se romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes como suficiente para a organização institucional, passa-se a um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública, e, neste sentido, pode-se entender que a partir desta visão, pautada nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação das instituições, orientados a partir do diálogo institucional que coloque em xeque a supremacia de algum dos Poderes, em particular do Poder Judiciário, com base em mecanismos de cooperação institucional em um diálogo dinâmico e deliberativo, a ideia de que a interpretação constitucional passa a ser legitimamente exercida tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos<sup>7</sup>.

Observa-se que o exercício de interpretação constitucional não se esgota na tomada de decisão pelo Poder Judiciário, tendo em vista que não só o Poder Legislativo, como a sociedade e as demais instituições podem interpretar de maneira diversa a questão em debate, não obstante respeitarem a deliberação definitiva tomada pelo Poder Judiciário, e, da mesma forma, um paradigma democrático, genuinamente determinado em uma ditadura das maiorias, culmina em constituir perniciosamente uma ideia de *legislature supremacy* na ordem constitucional

## 1.2 MECANISMOS QUE PROPICIAM O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Os diálogos institucionais são mecanismos cuja finalidade é proporcionar a interação e cooperação de duas ou mais instituições que constituem poderes estatais distintos para fins de deliberação de controvérsias legais e visam assegurar os direitos e garantias fundamentais sem que haja a

---

7 ARAÚJO, op. cit., p. 54.

predefinição da supremacia da atividade decisória de uma dessas instituições em face da outra.

Assim, os diálogos institucionais ocupariam uma posição intermediária entre a soberania do parlamento e o controle judicial das leis, de forma a abrandar a polarização da postura conciliadora no âmbito legal em relação somente a um dos poderes, resultando em uma importante atuação dialógica para a realização do texto constitucional ou a definição do sentido de um texto constitucional em determinado posicionamento que seja exequível com a ordem constitucional.

Dessa forma, constituem experiências constitucionais alternativas os mecanismos de diálogo institucional em resposta à perspectiva considerada irrefutável de que a supremacia judicial daria a última palavra em termos de interpretação constitucional. Na verdade, há uma notória questão empírica que justifica as soluções intermediárias, além da preocupação com a conhecida questão da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, pois há um resgate de perspectivas que desenvolvam entre as instituições uma atuação cooperativa.

A experiência constitucional dos países redemocratizados após a 2ª Guerra Mundial dá mostras de que ao lado desta supremacia judicial pode e deve haver um diálogo institucional entre jurisdição constitucional e legislativo, como é possível se depreender dos tipos decisórios intermédios construídos, notadamente, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a exemplo dos apelos ao legislador, das decisões de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade das decisões de trânsito para a inconstitucionalidade<sup>8</sup>,

---

8 No Tribunal Constitucional alemão, o termo "apelo ao legislador" foi cunhado pela juíza do Bundesverfassungsgericht Wiltraut Rupp-v. Brünneck no artigo "Darf das Bundesverfassungsgericht na den Gesetzgeber appellieren?", de 1970. Nesse estudo, a juíza faz referência a determinadas decisões do Tribunal nas quais, embora seja declarada a constitucionalidade da norma, são expressamente consignadas diversas razões quanto à sua incompatibilidade com a Constituição e o alerta da Corte quanto à tendência de vir a declará-la inconstitucional em um futuro próximo, por vezes inclusive determinado um prazo, o que impõe ao legislador o dever de atuar e realizar reformas na legislação. Quanto à a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia esta é utilizada no caso de normas que atribuem benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia ou em casos em que sua supressão causaria uma situação de caos normativo. Há casos extremos, que a jurisprudência alemã admite até a aplicação de norma inconstitucional após o reconhecimento jurisdicional de seu vício, até que nova regra seja editada pelo legislador. Isto se dá nos casos em que motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente.

e pela Corte Constitucional da Itália, a exemplo das sentenças aditivas, designadamente as aditivas de princípio<sup>9</sup>.

Na doutrina, Luiz Garibaldi Introcaso, identifica alguns elementos fundamentais que contribuem para a realização do diálogo institucional entre o legislativo e a jurisdição constitucional. Para ele tal diálogo deve pressupor, essencialmente: a) uma constituição normativa, principiológica e que vincula a ação do legislador tanto negativa como positivamente; b) o exercício de uma jurisdição constitucional que não limita suas ações na simples declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade dos provimentos legislativos, mas que absorve a competência para: b.1) manipular hermeneuticamente o significado e o alcance desses atos legislativos, b.2) reconhecer a mora do legislador, b.3) concretizar o texto constitucional a despeito da inação legislativa, e b.4) produzir decisões que possuam como objetivo estimular a produção ou correção legislativa; c) a possibilidade de reação ou reanálise do poder legislativo acerca de matéria contida em decisão proferida pela jurisdição constitucional seja para absorvê-la em novo ato legislativo, para contradizê-la com a reedição do ato cassado, ou para dela extrair ensinamentos a serem incorporados em políticas públicas de maior alcance<sup>10</sup>.

Entretanto, o cenário constitucional será sempre mais pleno do que os empenhos doutrinários dedicados a estruturar os mecanismos e teorias sobre os diálogos institucionais, de maneira que podemos vislumbrar

9 No direito italiano, as sentenças modificativas desenvolveram-se largamente a partir das decisões da corte costituzionale, com apoio de grande parte da doutrina. Nesse país, diante de uma lei que confere direitos em termos discriminatórios, a corte constitucional restringe a declaração de inconstitucionalidade à parte da lei que expressa ou implicitamente exclui de suas disposições determinadas categorias que se encontram em situação igual, alargando, por essa via, o âmbito de aplicação da lei sob julgamento. O tribunal constitucional italiano admite, inclusive, diante de uma omissão parcial da lei, invalidar a norma não escrita que exclui da aplicação da lei determinadas pessoas. Apesar do grande desenvolvimento de tal categoria de sentença no direito italiano, isso não quer dizer que a corte constitucional não tenha limites. De imediato, "o campo de aplicação por excelência das decisões modificativas por violação do princípio da igualdade refere-se à hipóteses de extensão de tratamentos mais favoráveis". Mas não é só: o tribunal não está livre para fazer escolhas discricionárias. A nova norma ou solução extraída do julgamento não pode livremente advir do nada, "devendo antes resultar da própria decisão impugnada, de outros preceitos e princípios legais ou da Constituição". Não se trata de uma decisão livre, como seria a do Poder Legislativo, mas aferida de princípios da própria Constituição ou na forma de uma conclusão necessária advinda do próprio caso sob juízo. O tribunal também pode estender normas já vigentes ou adotar a opção mais vasta tomada pelo legislador no momento em que formulou a lei em questão. Embora esteja em pauta um esforço para evitar conflito.

10 INTROCASO, Luiz Garibaldi. Elementos De Diálogo Institucional Entre Congresso Nacional E Supremo Tribunal Federal. In: XIMENES, Julia Maurmann (org.). Et al. *Judicialização da política e da Democracia*. 1. Brasília:IDP, 2014.

formas indiretas de diálogos entre legislativo e cortes constitucionais, representando aqueles que não são combatidos de maneira direta no tocante a certa matéria constitucional, porém de acordo com outras temáticas constitucionais também importantes que mostram-se reflexamente; da mesma forma diálogos orgânicos, isto é, não constituem como foco principal a temática dos direitos fundamentais, mas também o satisfatório exercício dos órgãos representativos do poder, no âmbito constitucional, adequado para propiciar o envolvimento do poder executivo no mencionado diálogo.

A Constituição se estrutura em diversas cláusulas abertas, que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios. Os conceitos de calamidade pública, relevância e urgência ou crime político, por exemplo, transmitem uma ideia inicial de sentido, mas que precisam ser associados à luz dos elementos do caso concreto. E, em relação a eles, embora possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar, é inegável que há uma ampla área de penumbra que se presta a valorações que não poderão desvincular-se a algum grau de subjetividade. Tal acontecimento reflete-se em maior intensidade quando se trata de princípios constitucionais com intensas cargas axiológicas.

Também aqui será impossível falar em sentidos claros e unívocos. No que tange a esse aspecto, Luís Roberto Barroso assinala que: na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete. O fato de existir consenso de que ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seus próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel.

Conforme os ensinamentos de Gilmar Mendes, constituições normativas são as que logram ser lealmente cumpridas por todos os interessados, limitando, efetivamente o poder, sendo a Constituição depositária dos ideários políticos, culturais e econômicos da sociedade. Para Ruy Espíndola é um grande código de vida comunitária de uma nação, onde são estabelecidos os principais valores da vida em sociedade, e onde são fixadas as formas e meios de defesa dos direitos e interesses tuteláveis dos cidadãos.

Uma constituição principiológica faz com que os princípios contidos nela sejam aplicados e satisfeitos no mais intenso grau possível. Desse modo, enquanto princípios podem ser cumpridos em maior ou menor escala as regras somente podem ser cumpridas ou não. As constituições

contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito os debates políticos e morais.

O acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio, por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno. É um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo. Com isso, percebe-se que os tribunais constitucionais se tornam fundamentais na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia.

A jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório. O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais.

Na configuração moderna do Estado e da sociedade, a ideia de democracia já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, nem tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário. Vive-se a era da democracia deliberativa, em que o debate público amplo, realizado em contexto de livre circulação de ideias e de informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas escolhas políticas.

Conforme o ensinamento de Conrado Hübner Mendes, a separação de poderes é um fenômeno dinâmico, e uma norma jurídica abstrata não tem como descrever ou capturar essa constante distribuição de fronteiras, em paralelo a essa interação, a própria legitimidade de cada participante do jogo também oscila, e tal oscilação é responsável, inclusive, pelo espaço maior ou menor que o poder irá ocupar no arranjo de forças.

Com base nesse entendimento insere-se a ideia de deliberação no âmbito na separação de poderes. Jeffrey Tullis, em sua obra *Deliberation Between Institutions*, identifica a premissa de que nenhuma instituição democrática específica é suficiente para assegurar a consideração de todas as preocupações relevantes na sustentação da democracia. Segundo este

autor, os diferentes valores, tais como a vontade popular, a pressão por eficiência etc., entram em tensão em face da separação de poderes, e isso recai em diversas vozes institucionais em aspectos distintos<sup>11</sup>.

Tal tensão deliberativa entre instituições que competem pode ser importante para a concepção de boas decisões. Tendo em vista tal perspectiva, no diálogo institucional, no caso entre Judiciário e Legislativo, torna-se imprescindível a possibilidade de reação e/ou reanálise do poder legislativo acerca de matéria contida em decisão proferida pela jurisdição constitucional, seja para absorvê-la em novo ato legislativo, para contradizê-la com a reedição do ato cassado, ou para dela extrair ensinamentos a serem incorporados em políticas públicas de maior alcance.

Em verdade, seria tanto uma condição para a existência do diálogo, assim como da mesma forma seria uma postura resultante do intercâmbio de decisões. Há um potencial muito maior - e muitas vezes inexplorado - nesse âmbito, que é o diálogo entre judiciário e legislador. A possibilidade desse diálogo tem relação direta com a facilidade ou a dificuldade daquilo que se convencionou chamar de superação legislativa (*legislative override*), ou seja, da faculdade de o legislador rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, se for o caso, de superá-las.

A partir desse ponto de vista, modelos como o norte-americano e os da grande maioria dos países europeus podem ser considerados como modelos fortes de controle de constitucionalidade. Isso porque uma eventual superação de uma decisão de inconstitucionalidade pela Suprema Corte ou por um tribunal constitucional só poderia ocorrer se fosse emendada a constituição, o que costuma ser algo difícil e excepcional, sobretudo - mas não apenas - nos Estados Unidos.

Já modelos como o canadense e o inglês (após a entrada em vigor do *Human Rights Act*) são modelos fracos de controle de constitucionalidade. No caso canadense, porque o legislador pode, após uma decisão judicial de inconstitucionalidade, repromulgar a lei declarada inconstitucional e imunizá-la temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade (e renovar, se quiser essa imunidade a cada cinco anos).

No caso inglês, as decisões de controle de constitucionalidade, instituído pelo *Human Rights Act*, de 1998, não vinculam totalmente

---

11 TULIS, Jeffrey. *Deliberation Between Institutions*. In: Peter Laslett e James Fishkin (eds). *Debating Deliberative Democracy*, Blackwell, 2003.

o legislador, sendo apenas decisões de incompatibilidade, mas não de invalidade. Em ambos os casos, como se percebe, o legislador tem a possibilidade de reabrir o diálogo, se assim entender conveniente. Ou seja: ele pode aceitar a decisão do Judiciário, mas pode também superá-la. É essa possibilidade de superação que é chamada de *legislative override*.

## 2 AS ESTRUTURAS CONSTITUCIONAIS DO CANADÁ, NOVA ZELÂNDIA, ESTADOS UNIDOS E BRASIL NO TOCANTE AO DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE O PODER LEGISLATIVO E O PODER JUDICIÁRIO

Analisa-se no presente tópico as estruturas constitucionais do Canadá, Nova Zelândia, Estados Unidos e Brasil, investigando as principais tendências dialógicas de solução de controvérsias legais, seus arranjos mais conhecidos em função das experiências produzidas no direito estrangeiro, assim como os méritos já reconhecidos e as vertentes modernas de aperfeiçoamento e perspectivas de propagação do instituto.

### 2.1 A EXPERIÊNCIA CANADENSE: A CLÁUSULA NOTWITHSTANDING

O Canadá é um dos raros modelos de institucionalização do diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo sobre a interpretação da Constituição. País oriundo da tradição inglesa do *common law*, e, portanto, observador do princípio da soberania do parlamento, não era dotado de fórmula alguma de revisão judicial da legislação. O país em análise contava apenas com uma declaração de direitos datada de 1960 (*Statutory Bill of Rights*) que possuía estatura infraconstitucional. Tal status da declaração de direitos, somado a um judiciário habituado a conviver sob o regime de soberania do parlamento, tornava a *Statutory Bill of Rights* pouco efetiva.

Dessa forma, o advento da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá fez com que os direitos fundamentais fossem elevados ao plano constitucional, assim como o poder judiciário ao patamar dos demais poderes. Tais mudanças representaram a vitória daqueles que acreditavam ser a proteção de direitos essencial a uma democracia, mais ainda assim a inclusão da sessão denominada *limitation clause*, que abre a possibilidade de restrição legislativa a esses direitos: “1. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”<sup>12</sup>.

12 “A Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante os direitos e liberdades estabelecidos na mesma, sujeita somente à tais limites razoáveis prescritos por lei, como pode ser comprovadamente justificado em uma sociedade livre e democrática”.

Essa seção um da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá instituiu um mecanismo interessante. Ao mesmo tempo em que o mencionado documento equiparou a status constitucional os direitos fundamentais, tratou também de prever expressamente a possibilidade de sua limitação pelo legislador. Assinala Hiebert que a previsão de uma disposição desse caráter, particularmente no início da Carta foi essencial, pois conduziu a um debate mais nítido sobre as justificativas e os méritos das escolhas políticas, especialmente quando referentes às restrições a direitos, as quais devem ser fundamentadas rigorosamente, portanto, a Seção 1 contribuiu com a concepção de diálogo e debate institucional<sup>13</sup>.

O mencionado diálogo foi instituído pela da cláusula não obstante (*notwithstanding clause ou override clause*), que está prevista na Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdade do Canadá. A referida cláusula permite a superação legislativa da decisão da Suprema Corte Canadense mediante reedição da lei declarada inconstitucional, compreendendo matérias concernentes a direitos fundamentais (liberdades fundamentais, garantias processuais penais e direitos relacionados à igualdade).

Dessa forma, busca-se evitar a supremacia judicial, uma vez que o parlamento possui a prerrogativa de tornar a lei revisora de uma decisão judicial imune ao controle de constitucionalidade por 5 (cinco) meses, com a possibilidade de prorrogação pelas legislaturas seguintes.

Sobre o modelo de diálogo institucional implantado no Canadá, Waldron assinala que a cláusula *notwithstanding*, não trata de maneira isonômica os poderes judicial e legislativo quanto à interpretação da Constituição. A permissão de superação legislativa disposta na Seção 33 da Carta assinala de maneira expressa que o parlamento poderá legislar não obstante o esteja fazendo em contrariedade aos direitos previstos na Carta, assim como interpretados pelo Judiciário.

Manifestamente, a Carta está a autorizar o parlamento conceder à lei declarada inconstitucional pelo judiciário uma sobrevida, o que difere da concessão ao parlamento de interpretar a constituição em pé de igualdade com a corte. O ônus imposto ao Legislativo até mesmo pela linguagem utilizada pela Carta é claro. Por esse motivo, aliada ao fato de que a cláusula é raramente invocada pelo Legislativo, Jeremy Waldron inclui

---

13 HIEBERT, Janet. *Limiting rights: the dilemma of judicial review*. Québec: McGill-Queens University Press, 1996, p. 153.

o controle judicial de constitucionalidade canadense no rol das formas fortes de *judicial review*<sup>14</sup>.

A experiência canadense revela que a institucionalização do diálogo proporciona canais de comunicação não antecipados pelos criadores do modelo institucional. Respondendo a críticas de que no Canadá poucas foram as ocasiões em que houve revisão legislativa de decisões judiciais, Roach<sup>15</sup> assinala que a simples institucionalização do diálogo proporcionou a criação de vias de comunicação que permitiram a adoção de soluções senão consensuais entre os poderes, pelo menos mais moderadas.

## 2.2 A NOVA ZELÂNDIA: O WEAK

A exemplo da experiência verificada no Canadá, outros países do denominado constitucionalismo do *commonwealth* também desenvolveram projetos de reformas institucionais com o intuito de salvaguardar direitos e conter a dificuldade contramajoritária, possibilitando a última palavra ao legislador. A Nova Zelândia apresenta-se hoje como uma das experimentações dialógicas mais interessantes do direito comparado.

Os países da *commonwealth* criaram uma alternativa interessante que recusa o axioma segundo o qual a supremacia legislativa é incompatível com a proteção de direitos. Em oposição ao modelo norte-americano (*strong judicial review*) criaram formas mais atenuantes de revisão judicial (*weak*), expressando, assim, uma terceira via comparável somente com o modelo francês.

Dessa forma, a Declaração de Direitos da Nova Zelândia (*New Zealand Bill of Rights Act*), de 1990, representa uma espécie *sui generis* de lei. Com força jurídica menor que uma lei ordinária, não revoga uma lei anterior que conflite com ela. Destaca-se o método engenhoso de efetivação dos direitos. O dever de interpretar as leis de maneira consistente com os direitos é imposto à corte, assim como é atribuído ao legislador o dever de pagar os custos políticos de uma violação<sup>16</sup>.

---

14 WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 102.

15 ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

16 GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 4, 2001.

Assim, uma lei incompatível com a Declaração não pode ser invalidada de maneira judicial, porém a corte controlaria o seu significado. Esse instrumento é juridicamente análogo à declaração legislativa de direitos canadense de 1960, no entanto uma cultura judicial diversa a recebeu: na Nova Zelândia, ao contrário, de como ocorreu no Canadá, os juízes têm sido entusiastas na proteção de direitos, o que nos faz observar que efeitos diferentes surgem em países com cultura jurídica diferente. Tal maneira de dialogar institucionalmente deixa a última palavra com o parlamento, porém não pretende induzi-lo a levar direitos a sério e a estar plenamente informado sobre as questões de direitos por trás de sua decisão.

Inovações com essas características levaram à ampliação do leque institucional do direito constitucional comparado. Encontram soluções que se situam entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa, além disso, “confiaram em fórmulas institucionais originais numa área que não teve grande inventividade nos últimos 50 anos”<sup>17</sup>.

Na verdade, tais novidades, no que tange o diálogo institucional buscaram responder ao problema da eventual debilitação democrática por meio da retirada da palavra final da corte e da atribuição de um ônus adicional de justificação à decisão legislativa. Visaram também transformar o discurso sobre direitos, ao invés do monólogo judicial, estimulando um diálogo interinstitucional balanceado.

Essas reformas institucionais são exemplos recentes que apostam em um corretivo externo ao poder legislativo. A decisão judicial não precisa receber, necessariamente, poder formal para que seja capaz de interferir no comportamento do legislador, em busca da proteção de direitos. Vislumbraram de forma diferente: um mecanismo que conserva a linguagem dos direitos no interior do debate político, e que conta com sua força persuasiva para ser obedecido. São opções mais políticas do que jurídicas que possuem o objetivo de proteger direitos.

Observa-se dessa forma, que na Nova Zelândia a tarefa das Cortes é meramente interpretativa, devendo proceder à leitura das leis de acordo com o *New Zealand Bill of Rights*, editada em 1990, sem poder, contudo, negar validade às normas promulgadas que colidirem com tal declaração. A NZBR, assim como a Declaração de Direitos canadense de 1960 tem status de lei ordinária, podendo ser revogada ou emendada, portanto,

---

17 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.159.

como qualquer outra lei. A seção 4 veda a qualquer tribunal a prerrogativa de invalidar dispositivo ou lei que venha a conflitar-se com os direitos elencados na carta. O modelo neozelandês foi denominado de sistema interpretativo, uma vez que a Carta indica aos Poderes do Estado como os direitos devem ser interpretados e não uma forma de invalidá-los. De acordo com a seção 6, existe dever interpretativo em coadunar os futuros atos legislativos com a interpretação extraída da Carta.

Por fim, vale ressaltar a observação de Conrado Hübner Mendes que afirma que ainda não há tempo suficiente para avaliar se tais apostas foram bem sucedidas. A pretensão de limitar o poder do legislador por mecanismos de persuasão, de distribuição de custos políticos e ônus de justificação parece, para o autor, um projeto ingênuo e fadado ao fracasso. Além disso, desperta o ceticismo dos adeptos da ciência política hegemônica já que países, a exemplo da Nova Zelândia, Reino Unido e Canadá, que são países do *commonwealth*, buscaram instalar um diálogo por meio de reformas institucionais que amenizaram a matriz forte da revisão judicial.

### 2.3 OS ESTADOS UNIDOS E AS CORRENTES DEPARTAMENTALISTAS

Contra a tradição da supremacia judicial criada por Marshall, segundo o qual a constituição é uma norma de ordem superior que só faz sentido se estiver acima da política e for protegida por um guardião, nasce uma corrente que recusa essa premissa a partir de variados argumentos e ênfases. Os termos que tais autores dessa corrente costumam ser classificados são construção coordenada, departamentalismo e constituição fora das cortes.

A proposta de referida vertente doutrinária se pauta na ideia de que a constituição é um instrumento que deve ser interpretado por todos os poderes. A interpretação extrajudicial, nesse sentido, é um fenômeno legítimo e desejável. Em contraposição, os defensores da supremacia entendem que a corte é soberana na interpretação. A corrente aqui analisada, pelo contrário, compreende que a corte é apenas um intérprete a mais inserido em um jogo mais complexo. Entendem tais doutrinadores que existe vida fora das cortes, portanto as teorias centradas na última palavra judicial ofuscam tal constatação.

Assim, pode-se destacar três autores, que combinados, oferecem um panorama mínimo dessa corrente: Louis Fisher; Keith Whittington e Mitchell Pickerill. O principal mérito de Louis Fisher é comprovar, com exemplos da história americana, que o processo constitucional é mais anuancado do que a simples emissão, pela corte, da última palavra. A

última palavra, com bases em dados históricos, não pertence a nenhuma instituição. Ao contrário, as instituições, e a corte, em especial, continuam a ser testadas e desafiadas enquanto tomarem decisões que não são dotadas de um mínimo consenso deliberativo. Dessa forma, Fisher conclui que a interpretação constitucional é um processo circular que só termina ou se estabiliza quando alcance um mínimo acordo, ainda que com prazo de validade<sup>18</sup>.

Whittington promove uma defesa normativa da interpretação constitucional extrajudicial, além de verificar que, com dados empíricos, ela está presente todo o tempo. Vislumbrar essa dimensão de maneira ampla é o que sua teoria propõe. Supremacia judicial não se confunde com exclusividade judicial. Admite-se, nesta concepção, que outros poderes podem participar da construção de sentido constitucional, porém um dos poderes necessita ter o papel primordial. Whittington entende que se outros poderes reconhecem essa autoridade da corte, a prática de interpretação extrajudicial não representa uma ameaça à supremacia judicial. Não obstante, o autor questiona referido tipo de hierarquia dos intérpretes e propõe como opção o “departamentalismo” ou “construção coordenada”, segundo a qual nenhum intérprete é supremo, porém dotado de igual autoridade<sup>19</sup>. A partir dessa perspectiva, diferentes acomodações vão surgindo no decorrer do processo político.

Por sua vez, Pickerill, com base em pesquisa empírica, verifica em que circunstâncias o legislador tende a deliberar seriamente sobre os valores constitucionais. De acordo com sua pesquisa, o nexos causal identificado vai de encontro ao que sempre postulou a tradição: a presença, e não a ausência, de uma ameaça real de revisão judicial faz o legislador considerar com mais cuidado a dimensão constitucional dos assuntos de que trata. O período de deferência judicial é entre 1930 e 1990, significando a total ausência de debates constitucionais no parlamento. Isso não quer dizer que Pickerill sucumba à defesa da pura supremacia judicial. A sua tese é mais complexa. Assinala que, apesar de o legislador poder responder à decisão judicial e possuir estratégias variadas para tanto, é bastante raro que ele tenha interesse em fazê-lo.

No âmbito de incentivos e considerações que pesam na decisão legislativa, o argumento de princípio ocupa posição pouco prestigiada.

---

18 FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

19 WHITTINGTON, Keith. Review Essay: In *Defense of Legislatures. Political Theory*, v. 28, n. 5, 2000.

Sempre que o legislador de alguma forma atender ao objetivo da política pública, e concomitantemente, seguir os ditames impostos pela corte, ele irá fazê-lo. De fato, é o que realmente acontece no cenário da política normalmente. O desafio legislativo contra a decisão judicial é incomum. Em regra, o parlamento prefere não comprar briga política ou argumentativa. No cotidiano do legislativo, o parlamento edita uma lei que se adapte às exigências judiciais.

As evidências empíricas apresentadas mostram que somente na presença de uma ameaça real de revisão o legislador levou argumentos constitucionais em conta. O congresso, portanto, foi sempre reativo nessas circunstâncias, não promoveu deliberações constitucionais de grande qualidade.

Por fim, Pickerill entende que o sistema de separação de poderes é concebido para produzir normas jurídicas que reflitam o balanceamento de diferentes instituições. A corrente analisada aqui busca construir uma concepção integral de constitucionalismo e estimular uma deliberação de qualidade dentro e fora das cortes<sup>20</sup>.

A necessidade que tem a doutrina majoritária de proteger a supremacia da constituição e os direitos individuais em face de eventuais investidas das maiorias políticas de cada momento põe a Suprema Corte em rota de colisão quando materializada em decisões judiciais que invalidam leis aprovadas pelos representantes do povo. A ocorrência desse dilema pelo qual a corte passa naquelas ocasiões é denominada por Alexander Bickel de dificuldade contramajoritária<sup>21</sup>, tendo em vista que um pequeno grupo de juízes não responsáveis politicamente tem o poder de declarar inconstitucional lei criada pela assembleia representativa popular democrática.

No entanto, em contraposição, Barry Friedman entende que a revisão judicial não é sempre contramajoritária. Pelo contrário, raramente o é. Ela cumpre papel singular, porém não pode ser explicada nos termos de uma oposição entre maioria e minoria. Para Friedman, a tradição hegemônica da dificuldade contramajoritária faz duas presunções: primeiro, que existe uma vontade da maioria identificável e fixa, a qual o legislador espelha, e da qual a corte se distancia; segundo, que a corte tem a última palavra.

---

20 PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in congress*. Durham: Duke University Press, 2004.

21 BICKEL, Alexander M. *The least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

A proposta de Friedman visa substituir tais suposições por três ideias, que segundo ele, seriam mais compatíveis com a realidade: a) o sistema de governo não representa propriamente a maioria, porém escuta e integra vozes de diversos grupos; b) o texto constitucional é flexível o bastante para acomodar várias interpretações; c) o processo de interpretação constitucional não é estático, mas dinâmico, e consolida uma interpretação diferente a cada momento<sup>22</sup>. Por fim, observa-se que o desenho constitucional está congelado desde sua fundação, e as variações encontram-se nas práticas interpretativas.

## 2.4 BRASIL

Segundo Conrado Hübner Mendes a concepção política que opera a interação institucional brasileira é dominada por uma “retórica do guardião entrincheirado”. Ao tribunal atribui-se uma missão salvacionista na proteção de direitos e da reserva de justiça da democracia. Há a possibilidade de diversos tipos de interação, pois a armadura procedimental da constituição proporciona isso, uns mais, outros menos legítimos. Tal retórica, segundo referido autor estimula um tipo distante do ideal de diálogo desenvolvido<sup>23</sup>.

Tal concepção é facilmente identificada em manuais de direito constitucional, em decisões do STF, ou no debate público em geral. A cultura constitucional brasileira está arraigada da mentalidade de que o STF tem a última palavra sobre direitos fundamentais, além de questões constitucionais gerais. Valoriza-se a supremacia da Constituição, atribuindo à Corte o papel de ator, que é desenvolvido com base no exercício da hermenêutica emancipatória, colocando em vigor aquilo que já estaria delimitado no texto constitucional. No entanto, técnicas hermenêuticas pouco contribuem para o quadro institucional.

No que se refere à interação entre STF e o Parlamento, se observada a cultura decisória do STF, o padrão de interação resultante será primordialmente adversarial. Entretanto, não se pode deixar de vislumbrar o fenômeno de intercâmbio de razões. Nos últimos anos, houve episódios de interação entre legislador e STF. Tais episódios evidenciam que o legislador, tanto o ordinário, quanto o constituinte, reage ao STF com frequência e busca, de uma forma ou de outra, argumentar.

---

22 FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review. Michigan: Michigan Law Review*, 1993.v. 91.

23 MENDES, op. cit., p. 216.

O caso da licença maternidade exemplifica uma reação argumentativa mais frontal. A licença maternidade está prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...): XVIII-licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. No Recurso Extraordinário n. 197. 807/RS, a Primeira Turma do STF decidiu, com unanimidade de votos, que as mães adotivas não teriam direito à licença-maternidade de 120 dias assegurada às gestantes.

O relator, Min. Octávio Gallotti, com base no art. 7º, XVIII da Constituição, sustentou que tal benefício concedido às gestantes não podia ser estendido às mães adotivas por analogia, tendo em consideração que referido dispositivo faz menção à licença—maternidade da gestante, restringindo à mãe biológica. Tal entendimento foi seguido pelos demais ministros da Turma. Houve grande repercussão desse julgamento. Desde então, foram propostos diversos projetos de lei sobre a concessão de licença-maternidade às mães adotivas<sup>24</sup>. Além desses projetos de lei, foi apresentada em agosto de 2000, a Proposta de Emenda Constitucional n. 31 de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves (PFL-SE), que acrescentava o inciso XVIII-A ao art. 7º, da Constituição, para incluir as mães adotivas no mesmo benefício.

A justificativa da PEC N. 31/2000 pautava-se na proteção à maternidade e a infância, garantida em diversos dispositivos constitucionais. A decisão do RE 197. 807-RS, proferida pelo STF, é criticada com o fundamento de que a Constituição, ao considerar como garantia fundamental a igualdade, sem distinção de qualquer natureza, não pode estabelecer norma discriminatória entre os filhos biológicos e os adotivos, assegurando somente àqueles o contato mais próximo com a mãe nos primeiros meses junto à família.

Outro caso de reação legislativa foi o referente às ADIns n. 1351 e 1. 354. Estas ADIns tratavam da cláusula de barreira. O Pretório Excelso entendeu que tal cláusula violava o art. 1º, V que dispõe que um dos fundamentos da República é o pluralismo político. Passados dois meses da decisão do STF, o Senador Marco Maciel apresentou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), que previa a volta da cláusula de barreira. Esta acrescenta um parágrafo ao art. 17 da Constituição, autorizando distinções entre partidos políticos com base no seu desempenho eleitoral.

<sup>24</sup> Alguns deles: PL 3.525/2000 (Deputado Márcio Bittar-PPS); PL 3.479/2000 (Deputado Paulo Paim-PT); pl3. 406/2000 (Deputado Padre Roque-PT); PL 3.392/2000 (Executivo Federal); PL 3.266/2000 (Deputado Alberto Fraga-PMDB) e PL 3.216/2000 (Deputado Pompeo de Mattos-PDT).

Dessa forma, a referida PEC restringe a participação parlamentar dos partidos que não alcançarem 5% dos votos válidos para deputado federal em todo o país, distribuídos em, pelo menos, nove Estados, com no mínimo 2% em casa. No parecer fundamentador da PEC, há uma longa análise dos argumentos do STF. Esta análise visa esclarecer de que maneira um novo tipo de cláusula de barreira pode ser criado de modo que não contrarie a interpretação do STF.

Há outros casos recentes que poderiam ser analisados aqui, como esse exemplo. Observa-se que o legislador ao aceitar a posição do STF, não o faz por passividade ou deferência; na tentativa de resistir e buscar novas vias para a mesma finalidade legislativa que foi combatida pelo STF, dificilmente recorre à pressão política ou sutis manifestações de força. Nessas reações, tem dado atenção expressa às razões apresentadas pelo STF.

No que tange ao Brasil, observa-se ainda que o país não possui um modelo comunicacional. Apesar da inexistência de procedimento que propicie os diálogos institucionais, é possível inferir do texto constitucional brasileiro de 1988 algumas hipóteses de cooperativismo entre o Judiciário e o Legislativo.

O atual art. 52, X, da Constituição, que prevê como competência do Senado Federal a suspensão, com efeitos *erga omnes*, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal pode ser classificado como instrumento de diálogo entre poderes.

Consigne-se, ainda, que o art. 102, § 2º, da Constituição estipula que os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal são gerais e vinculantes apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, motivo pelo qual o Legislativo não é vinculado pelo conteúdo das decisões proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, podendo, em tese, editar nova norma ratificando o conteúdo da anterior.

Por fim, pode-se compreender também que a técnica de decisão do apelo ao legislador, aplicada nos casos de omissão inconstitucional, também conduz à atuação cooperativa, na medida em que o Judiciário reconhece a mora do Legislativo e indica a necessidade de normatização de determinado tema<sup>25</sup>.

---

25 Na prática, entretanto, a simples declaração de mora não tem surtido efeitos. Em relação à ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, o Congresso Nacional não editou lei sobre o tema, mesmo após vários anos desde o reconhecimento da omissão inconstitucional.

### **3 REPENSANDO A MELHOR FORMA DE PROMOVER UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL EQUILIBRADO.**

A integração estável das instituições no plano cooperativo deve ser o resultado da atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais, e desta forma, o contínuo diálogo permite a participação das instituições na determinação do equilíbrio apropriado, em que a proteção de direitos deve envolver a atuação conjunta de todas as instituições, a partir da percepção de que todas são responsáveis por uma dimensão da tarefa de guarda da Constituição, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões.

Ou seja, o debate sobre diálogos institucionais, na promoção do conteúdo dos direitos, questiona a possibilidade de predomínio de qualquer dos Poderes constituídos, bem como a tradicional teoria da separação dos poderes, como parâmetros únicos à formulação de um Estado Democrático.

Neste sentido, as instituições devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional e verificando o respeito empenhado aos fundamentos constitucionais e da razão pública. Desta forma, é certo que a atuação das instituições é guiada pelos valores constitucionais conforme os fundamentos da ordem democrática, e que, portanto, esta dinâmica de condutas institucionais se fundamenta na necessidade de se firmar tanto um equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo, quanto de se ressaltar a importância das instituições frente ao Estado.

#### **3.1 PERSPECTIVA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO MELHOR ESTRATÉGIA PARA O DESENVOLVIMENTO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

É fundamental a construção de um ambiente institucional pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, com uniformidade de interpretação, decisão e atuação das instituições. Cabe à Teoria das Instituições, por conseguinte, propor formas de realizar a atividade institucional sob o ponto de vista jurídico-político, e nesse quesito respeitar os fundamentos constitucionais e os valores da razão pública.

Assim, é cada vez mais necessário entender o Estado Democrático de Direito por uma perspectiva institucional, visto que um Estado organizado significa um Estado institucionalizado, em que as prerrogativas

e deveres institucionais sejam determinados democraticamente, partindo-se dos mesmos fundamentos constitucionais e de razão pública, e, mais concretamente, que o exercício dessas atividades passe por um procedimento que possa ser concebido como legítimo pela sociedade.

A dinâmica atual da sociedade contemporânea necessita de uma melhor relação no funcionamento institucional. São as instituições que concretizam a legitimidade estatal, ou seja, são a real construção do Estado Democrático de Direito. O diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, objetivando essa construção.

Romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes sob o modelo federalista como suficiente para a organização institucional é o primeiro passo para a adoção de um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública.

Partindo destas premissas e da noção de Teoria das Instituições é cabível ao se analisar as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos, sublinhar a ideia de que a legislação deve ser legitimamente exercida levando em conta quem a concretiza. É uma nova maneira de tornar existentes na prática os valores que aparentam só existir se expressos formalmente na Constituição.

Sob esta ótica, concebe-se que a legitimidade das decisões no plano nacional depende do grau de diálogo e consenso entre as partes envolvidas, e isto é arquitetado através de uma cadeia de reconhecimento e identidade em relação à decisão. A partir da concepção de que o comprometimento de cada componente é a base de sustentação para criação de uma sociedade cooperativa, o novo modelo da Teoria das Instituições é o que realmente permite a transformação dessa mesma sociedade em um verdadeiro projeto democrático.

Os diálogos institucionais representam experiências constitucionais alternativas em resposta à afirmação outrora tida por irreversível de que a supremacia judicial, tal como predominante no Brasil e EUA, seria um caminho sem volta. Pelo contrário, a busca por soluções que resgatem a atuação cooperativa entre as instituições e a dignidade do Poder Legislativo são realidades evidentes de países de relevante histórico constitucional de promoção dos direitos humanos.

Entretanto, deve-se considerar que o Poder Judiciário possui um papel proeminente no sistema jurídico, dada a sua função de inafastável

intérprete da Constituição. Apesar disso, tal prerrogativa não lhe é determinada de forma exclusiva e final. Aliás, não há fixação de uma soberania parlamentar de maneira usual, porém a deferência de importantes atribuições ao Poder Legislativo que pode, em determinadas situações, prevalecer à orientação estabelecida pelo Poder Judiciário.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos modelos constitucionais de outros países faz-se fundamental no tocante a descobertas de caminhos do diálogo institucional entre a Suprema Corte e o Parlamento. Sem dúvida, que referidos modelos constitucionais devem ser pensados considerando-se a realidade brasileira.

Como afirmado anteriormente, faz-se necessário romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes como suficiente para a organização institucional, a fim de chegar-se a um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública, e, neste sentido, pode-se entender que a partir desta visão, pautada nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação das instituições, orientados a partir do diálogo institucional que coloque em xeque a supremacia de algum dos Poderes, em particular do Poder Judiciário, com base em mecanismos de cooperação institucional em um diálogo dinâmico e deliberativo, a ideia de que a interpretação constitucional passa a ser legitimamente exercida tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos.

A dinâmica atual da sociedade contemporânea requer uma melhor relação no funcionamento institucional. São as instituições que concretizam a legitimidade estatal, ou seja, são a real construção do Estado Democrático de Direito. O diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, objetivando essa construção. Dessa forma, é fundamental o diálogo entre os Poderes. No entanto, não se pode desconsiderar a importante figura do Supremo Tribunal Federal no nosso sistema jurídico, já que a nossa própria Constituição o define como seu intérprete.

Por fim, a Teoria Institucional propõe, de uma forma eficiente, a redução do déficit de legitimidade das instituições, conferindo a segurança e a estabilidade necessárias a um Estado Democrático de Direito, no qual o exercício de revisão constitucional é de legítima responsabilidade também de outras instituições que, na dimensão democrático-constitucional, estariam aptas a realizar a interpretação constitucional.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. A Generation of betrayal? In: *Fordham Law Review*, v. 45, 1996-1997.
- ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. In: *The Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BICKEL, Alexander M. *The least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- DWORKIN, Ronald. Casos Constitucionais. In: *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRAZ, Sérgio. A declaração de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. *Seleções Jurídicas*, São Paulo, 1995.
- FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Michigan: Michigan Law Review, v. 91, 1993.
- GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 4, 2001.
- GRANT, James A. C. El control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Uma Contribución de las Américas a La Ciencia Política. *Revista de La Facultad de Derecho de México*, 1963.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1991.
- HIEBERT, Janet. *Limiting rights: the dilemma of judicial review*. Québec: McGill-Queens University Press, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: M. Fontes, 2005.

- MENDES, Conrado H. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Integração social e perspectivas da democracia. In: *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo, Atlas, 2002.
- PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in congress*. Durham: Duke University Press, 2004.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- RAMOS, Elivial da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Constituição e federalismo no mundo globalizado*. São Luís: EDUFMA, 2011.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- REIS, Palhares Moreira. O controle de constitucionalidade das leis na constituição de 1988. In: *Revista de Informação Legislativa*, n.115. Brasília, 1992.
- ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Irwin Law, 2001.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Progresso, 1954.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de La constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de La constitución*. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. Barcelona: Editorial Labor, 1931.
- WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- WALDRON, Jeremy. O Judicial Review e as Condições da Democracia. In: *Limites do Controle de constitucionalidade*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- WALDRON, Jeremy. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. In: *Michigan Law Review*. v.111:1. October, 2012.
- WHITTINGTON, Keith. *Review Essay: In Defense of Legislatures*. Political Theory, v. 28, n. 5, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavarez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RECEBIDO EM: 08-05-2017

APROVADO EM: 03-07-2017

# RESPONSABILIDADE CIVIL DO TOMADOR DE SERVIÇOS POR ACIDENTES DE TRABALHO

## *WORK ACCIDENTS CIVIL LIABILITY OF SERVICE TAKERS*

*Pollyanna Reis da Cruz*

*Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso e em Comunicação Social - Habilitação em Jornalismo pela Universidade de São Paulo*

*Exerce o cargo de auditor-fiscal do trabalho.*

*Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho.*

*Saul Duarte Tibaldi*

*Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP*

*Graduado em DIREITO pela Universidade Federal de Mato Grosso*

*Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direitos fundamentais trabalhistas e direito ao meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado; 2 Danos ambientais do trabalho e danos por acidentes de trabalho; 2.1 Responsabilidade do empregador por acidentes de trabalho; 2.2- Responsabilidade do tomador de serviços por acidentes de trabalho; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O objetivo principal da pesquisa consiste na análise do nosso sistema jurídico de responsabilização dos tomadores de serviços pelos acidentes de trabalho envolvendo empregados terceirizados. Considerando a divergência jurídica sobre o tema, optou-se por utilizar o método de revisão bibliográfica. Desta forma, após introduzirmos a importância e atualidade deste estudo, tendo em vista as transformações sociais e econômicas por que o mundo tem passado, adentramos no conteúdo específico deste artigo, que dividimos em duas partes. Na primeira, buscamos compreender como o nosso ordenamento trata o trabalho e o meio ambiente de trabalho, buscando explicitar a necessidade do direito ao trabalho decente e do direito a um meio ambiente equilibrado, bem como sua conexão com outros direitos fundamentais. Na segunda parte, explicamos as classificações dos danos ambientais do trabalho, para situar, neste contexto, os danos por acidentes de trabalho. Em seguida, estuda-se a responsabilidade do empregador e a responsabilidade do tomador de serviços. Conclui-se pela necessidade de ampliação das hipóteses de responsabilização objetiva por acidentes de trabalho, tendo em vista a obrigação da empresa de manter o meio ambiente de trabalho hígido, e de responsabilidade solidária do tomador de serviços pelos acidentes de trabalho ocorridos em suas dependências ou em locais de trabalho por ele controlados direta ou indiretamente. Este artigo pretende ser um contributo para o debate sobre o papel da responsabilidade civil, focando, sobretudo, em sua função preventiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade. Terceirização. Acidente de Trabalho.

**ABSTRACT:** The main objective of the research is to analyze our legal system of liability for work accidents involving outsourced employees. Considering the legal divergence on the subject, we opted to use the method of bibliographic revision. In this way, after introducing the importance and relevance of this study, considering the social and economic transformations that the world has been through, we go into the specific content of this article, which we divide into two parts. In the first one, we seek to understand how our legal order deals with work and the working environment, seeking to make explicit the fundamental right to decent work and the right to a balanced environment, as well as its connection with other fundamental rights. In the second part, we explain the classifications of workplace environmental damages, to place, in this context, the damages due to accidents at work. Next, we study the responsibility of the employer and the responsibility of the service taker. Based on this study, it is concluded that there is a

need to expand the hypothesis of objective liability for occupational accidents, due to the company's obligation to maintain a healthy working environment, and of joint liability of the service taker for occupational accidents occurring in its facilities or in workplaces that it controls directly or indirectly. This article is intended as a contribution to the debate on the role of civil liability, focusing in particular on its preventive role.

**KEYWORDS:** Responsibility. Outsourcing. Work Accident.

## INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, observa-se que quaisquer reestruturações econômicas produzem reflexos na ordem social, por vezes, comprometendo o tênue equilíbrio dessas relações. Na esfera trabalhista, as últimas décadas assistiram à transformação intensa dos processos produtivos, sobretudo em dois aspectos: pela introdução de novas tecnologias, que extinguiu muitos postos de trabalho, e pela reorganização empresarial, que, a partir da fragmentação das atividades produtivas, determinou que as relações empresariais se tornassem mais complexas.

Em decorrência do primeiro aspecto, alardeou-se o fim dos empregos<sup>1</sup>, porém, a despeito da concretização, em alguns setores econômicos, dessa realidade, observou-se, na prática, uma reorganização do mercado de trabalho, com novas ocupações, novas formas de trabalho, muitas delas advindas justamente das possibilidades do mundo moderno.

Já em relação ao segundo aspecto, observamos a migração dos postos de trabalho dos tradicionais empregadores para outras empresas (seja pela terceirização<sup>2</sup> de serviços, pela contratação de empresas de trabalho

1 Para melhor compreender esse assunto, vide RIFKIN, Jeremy. O fim dos empregos. São Paulo: M. Books, 2004.

2 O termo terceirização compreende diferentes interpretações linguísticas, de acordo com o contexto. Dentre estas, destaca-se que o termo eventualmente é utilizado para definir toda contratação de fornecedores externos de bens e serviços, cuja normatização da responsabilidade não será perseguida neste artigo, uma vez que, tal matéria seria muito abrangente. Neste artigo, nos ateremos a uma interpretação mais restrita do fenômeno, a saber, a terceirização de serviços, da forma como nosso ordenamento a imputa licitude. Segundo a Súmula 331, são lícitos os contratos de terceirização de serviços de vigilância, de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Todavia, como a matéria não é pacífica, recomendamos a leitura de obras específicas sobre o assunto, dentre as quais, destacamos o trabalho de Rodrigo Carelli, "Terceirização como intermediação de mão-de-obra", que busca diferenciar a terceirização lícita da intermediação de mão-de-obra. Para ele, a terceirização consiste na "entrega de serviços acessórios e complementares à atividade comum e própria da empresa". CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização como intermediação de mão-de-obra. [S. l.]: Edição do autor, 2014,

temporário ou pela redistribuição da cadeia produtiva) ou ainda para as chamadas formas atípicas de trabalho, que incluem o trabalhador avulso, autônomo, cooperado, estagiário, entre outros.

Da intersecção dessas transformações, observa-se, de um lado, a diversificação do mercado de trabalho e das atividades empresariais, porém, de outro lado, assiste-se a tentativas fraudulentas, de, valendo-se desse novo cenário, aumentar a rentabilidade dos negócios pela precarização dos direitos trabalhistas. Segundo estudo da Confederação Nacional da Indústria, 91% das empresas que terceirizam parte de seus processos produtivos objetivam a redução de custos, ao passo, que apenas 2% o fazem pela especialização técnica da contratada<sup>3</sup>. O resultado é uma realidade perversa, com a fragmentação da classe trabalhadora, de que decorre a redução da contraprestação financeira e o aviltamento das condições ambientais do trabalho terceirizado<sup>4</sup>.

Em vista disso, os conflitos sociais emergem no plano jurídico e o direito busca dar uma resposta socialmente adequada. Ao contrário de algumas décadas atrás, o direito do trabalho não se constitui apenas de uma relação bilateral, empregado e empregador, mas inclui diversas formas contratuais existentes, que elevam o papel de um novo ator social, a saber, o tomador de serviços. É para ele que este artigo se dedica, especificamente para a análise da sua responsabilidade em relação aos acidentes de trabalho com empregados terceirizados.

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS E DIREITO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

A determinação dos direitos humanos fundamentais, na medida em que são instrumentos para a efetividade da dignidade da pessoa humana, envolve antes a compreensão desse conceito. Para Sarlet, a dignidade é a:

---

p. 7. Disponível em < <http://papyruseditor.com/web/17301/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o-como-Intermedia%C3%A7%C3%A3o-de-M%C3%A3o-de-Obra>>. Acesso em: 05 nov. 2015. Já a intermediação de mão-de-obra consiste na “interposição de empresa para a retirada do vínculo empregatício direto”. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização como intermediação de mão-de-obra. [S. l.]: Edição do autor, 2014, p. 68. Disponível em < <http://papyruseditor.com/web/17301/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o-como-Intermedia%C3%A7%C3%A3o-de-M%C3%A3o-de-Obra>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

- SECRETARIA NACIONAL DE RELAÇÕES DE TRABALHO E DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Terceirização e desenvolvimento*: uma conta que não fecha: dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014. p. 9.
- Conforme o Relatório de Estatísticas de Acidentes do Setor Elétrico Brasileiro, produzido pela Fundação Comitê de Gestão Empresarial (COGE), os trabalhadores terceirizados morrem 3,4 vezes mais do que os efetivos nas distribuidoras, geradoras e transmissoras da área de energia elétrica. *Ibidem*, p. 24.

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>5</sup>.

Por esta definição, verifica-se que a relação entre dignidade e direitos humanos se estabelece como estes sendo um pré-requisito para a proteção daquela. E, em busca de promover condições dignas para todos, alguns direitos têm gradativamente sido reconhecidos como fundamentais. Esse processo resulta ainda da compreensão da interdependência dos direitos, de sorte que, historicamente, novos direitos são afirmados, na medida em que se constata que, sem eles, não somente não se preserva a dignidade humana, mas também não são eficazes os direitos fundamentais já reconhecidos. Nesse contexto, sobretudo após a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano<sup>6</sup>, em 1972, o direito ao meio ambiente saudável passou a integrar o rol de direitos humanos fundamentais. Este novel direito tem sido classificado como um direito de quarta dimensão, caracterizada por uma ordem de solidariedade.

Nestes termos, o Brasil consolidou este direito no artigo 225<sup>78</sup>, da CF, que afirma que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. Sobre isso, Steigleder afirma ainda que:

---

5 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015. p. 62.

6 A Declaração de Estocolmo de 1972 afirma que “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”.

7 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

8 O direito ao meio ambiente de trabalho seguro pode ser aferido ainda no texto constitucional, nos seguintes artigos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...].

Na Constituição Brasileira de 1988, a ênfase é também na proteção da qualidade de vida humana, como corolário da dignidade da pessoa humana, que depende de um ambiente ecologicamente equilibrado, pelo que não ocorreu uma ruptura com o paradigma antropocêntrico: o ser humano continua a ser a finalidade última da proteção jurídica<sup>9</sup>.

Neste meio ambiente, portanto, inclui-se o meio ambiente de trabalho, conforme o artigo 200, VIII, da CF/88<sup>10</sup>. Tal não poderia deixar de ser, uma vez que a valorização social do trabalho consiste em princípio constitucional, já que determina o padrão de vida da maioria das pessoas. Desta forma, nas palavras de Wandelli, “o trabalho jamais é neutro para a vida das pessoas, seja como presença, seja como ausência”<sup>11</sup>. Todavia, o poder positivamente transformador do trabalho somente se percebe na facilitação de trabalho digno.

Desta forma, nenhum trabalho poderá ofender a dignidade humana. Nesta linha, desenvolveu-se o conceito de trabalho decente. Para a OIT:

Decent work sums up the aspirations of people in their working lives. It involves opportunities for work that is productive and delivers a fair income, security in the workplace and social protection for families, better prospects for personal development and social integration, freedom for people to express their concerns, organize and participate in the decisions that affect their lives and equality of opportunity and treatment for all women and men<sup>12</sup>.

Brito filho, por sua vez, conceitua trabalho decente como um conjunto mínimo de direitos dos trabalhadores, em que inclui o direito a um trabalho com condições justas, que preserve sua saúde e segurança<sup>13</sup>.

---

9 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 91.

10 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. [...]

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...] II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

[...] VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. [...]

11 WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 346.

12 OIT. *Decent Work*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

13 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 55.

Nesta linha de entendimento, afirma-se que o direito a um meio ambiente de trabalho seguro está inscrito, implicitamente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assegura, em seu artigo 23, que toda pessoa tem “direito ao trabalho” e “a condições justas e favoráveis de trabalho”, e, em seu artigo 25, que toda pessoa tem “direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar”, bem como tem “direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

Por todo o exposto, não se questiona que o direito a um meio ambiente de trabalho seguro seja um direito humano fundamental, todavia, conforme afirma, Bobbio: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”<sup>14</sup>. Acrescenta o doutrinador, que “a linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática [...], mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido”<sup>15</sup>.

Ancorado neste raciocínio, o direito do trabalho, reconhecendo a hipossuficiência de uma de suas partes, o empregado<sup>16</sup>, desenvolveu-se em torno do princípio da proteção, que se expressa, na lição de Plá Rodriguez, de três formas distintas: regra *in dubio pro operario*, regra da norma mais favorável e regra da condição mais benéfica<sup>17</sup>. Por isso, a compreensão das normas trabalhistas somente será equânime, se considerar a oposição de forças que caracteriza as relações de trabalho, buscando equilibrar as tensões entre empregado e empregador.

Embora o direito do trabalho sempre tenha estado imbricado ao direito ambiental<sup>18</sup>, a insuficiente intervenção do Estado nessas relações determinou o descompasso entre direito e realidade. Até hoje, a legislação ambiental do trabalho, embora se sustente em bases sólidas, apresenta pontos críticos, que comprometem sua efetividade. Desta forma, o princípio

14 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13. reimpressão. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004. p. 23.

15 *Ibidem*, p. 9.

16 Este artigo foca no empregado, todavia, a reorganização do mercado de trabalho, como já apresentado, determinou o surgimento de outras formas de trabalho parassubordinadas e hipossuficientes, dignas igualmente de proteção.

17 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 2. ed. 4. reimpressão. São Paulo : LTr, 1996. p. 42-43.

18 As primeiras convenções ambientais exemplificam este fato, pois, muitas versam sobre meio ambiente de trabalho.

protetor se encontra desamparado pela falta de uma estrutura estatal eficiente para a tutela trabalhista. Em decorrência disso, predomina uma política empresarial de desvalorização do trabalho, com investimentos insuficientes em saúde e segurança, o que resulta em ambientes de trabalho que não promovem a dignidade humana, e, em seu extremo, favorecem acidentes de trabalho.

Neste ponto, ascende a importância do princípio da prevenção, do poluidor-pagador, que, ao lado do princípio protetor, se aliam para a promoção de uma sociedade mais justa e solidária. O princípio da prevenção se concretiza pela “adoção de medidas tendentes a evitar riscos ao meio ambiente e ao ser humano”<sup>19</sup>. Já o princípio do poluidor-pagador consiste na internalização do custo ambiental de determinada atividade, primeiro, atribuindo ao agente a obrigação de adotar todas as medidas preventivas possíveis para evitar o dano, e, na falha destas, atribuindo ao poluidor a responsabilidade pela reparação integral do dano. Observa-se, nesta definição, que o princípio do poluidor-pagador inter-relaciona prevenção e responsabilidade, sendo a responsabilidade a consequência da ausência de prevenção. Desta forma, o princípio do poluidor-pagador não consiste em uma aceitação da degradação ambiental, mas, num argumento dissuasório da degradação, no sentido de estimular investimentos em prevenção. Todavia, para que esta reação se concretize é necessário que os custos da responsabilidade sejam superiores aos da prevenção. Para isso, três medidas têm sido defendidas, nesta seara jurídica, como meios de efetivação do princípio do poluidor-pagador: “a) responsabilidade civil objetiva<sup>20</sup>; b) prioridade da reparação específica do dano; c) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente”<sup>21</sup>.

A seguir, estuda-se como esses conceitos têm sido aplicados na disciplina prática da matéria, discutisse-se, primeiro, a relação entre acidentes de trabalho e danos ambientais, para, em seguida, revisar as principais teorias sobre a responsabilidade do empregador por acidentes de trabalho e a responsabilidade do tomador de serviços.

19 MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 54.

20 A responsabilidade civil pode ser dividida em subjetiva e objetiva. A primeira possui como pressupostos: dano, nexo de causalidade e culpa lato sensu. A segunda, também chamada de legal, por depender de previsão legal expressa, possui como pressupostos somente o dano e o nexo de causalidade. Segundo Gonçalves: “nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 4, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

21 MELO, op. cit., p. 62.

## 2 DANOS AMBIENTAIS DO TRABALHO E DANOS POR ACIDENTES DE TRABALHO.

Os danos ao meio ambiente de trabalho podem ser divididos em danos ambientais autônomos ao meio ambiente de trabalho, que compreendem danos que atingem o meio ambiente em si, atingindo interesses transindividuais, e danos reflexos<sup>22</sup>, que compreendem danos individuais decorrentes dos danos ao meio ambiente de trabalho, atingindo interesses individuais.

Desta forma, são danos ambientais individuais alguns danos decorrentes de acidentes de trabalho, condições inseguras de trabalho, de assédio moral e sexual, de exploração infantil, de excesso de jornada, entre outros, podendo estes se perfazerem em danos materiais, morais e estéticos.

Todavia, os danos individuais ambientais, em geral, decorrem de danos coletivos<sup>23</sup>, por isso, a importância de se compreender o que são estes danos e donde advém a obrigação dos empregadores de entregarem a seus trabalhadores um ambiente de trabalho hígido.

No direito ambiental do trabalho, os danos coletivos podem ser materiais ou morais. Os danos materiais coletivos correspondem à degradação do meio ambiente de trabalho<sup>24</sup>. São alguns exemplos: a elevação

---

22 Observe-se que tal definição, embora guarde semelhança, não se adequa à definição de danos reflexos (ou em ricochete), no direito civil, para o qual, estes são os reflexos sobre outras pessoas do dano causado imediatamente a outra pessoa.

23 Os danos transindividuais, ou coletivos lato sensu, costumam ser divididos em danos difusos e danos coletivos strictu sensu. De acordo com o artigo 81, do CDC/90, são danos difusos aqueles “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, e danos coletivos strictu sensu, aqueles “de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”, podendo ambos se consubstanciar em danos materiais e morais.

24 O meio ambiente de trabalho integra o patrimônio coletivo dos empregados e da sociedade, o que gera um ônus ao empregador. Tal entendimento deriva da total superação da compreensão da propriedade privada como direito absoluto. De acordo com a CF/88, a propriedade consiste num direito, porém também em um ônus, que consiste no atendimento de sua função social, vide art. 5º, XXIII, art. 170, III, art. 182, § 2º e art. 186. Este último, deixa claro a relação entre função social da propriedade e bem estar do trabalhador:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

dos níveis de agentes físicos, químicos e biológicos, em decorrência da ausência ou insuficiência das medidas de controle, ou a ascensão do risco de acidente de trabalho, em decorrência da ausência ou insuficiência das medidas de controle adotadas. Os danos morais coletivos correspondem aos prejuízos não mensuráveis material ou economicamente, ou seja, correspondem às ofensas aos valores e princípios coletivamente construídos e protegidos numa sociedade, que podem consistir em valores de ordem espiritual, ética ou moral, pelos quais se espera que as pessoas se comportem de forma socialmente benéfica. Silva explica que:

Haverá dano ambiental de natureza moral coletiva a ser indenizado nas situações de exposição da população à poluição, nas suas mais diversas formas (ruído, contaminação atmosférica, hídrica etc.) percebendo-se que a saúde, a tranquilidade, a qualidade de vida e o bem-estar da coletividade sofrem um decréscimo, e, mesmo que reparado o dano na sua materialidade, a reparação não será integral se não considerada esta dimensão imaterial<sup>25</sup>.

Desta forma, em que pese, muitas vezes, o dano moral estar associado a um dano material, com este não se confunde, pois não se extingue com a simples recomposição do ambiente lesado, uma vez que tal ação não recompõe a ofensa à ordem social, a indignação coletiva diante de uma conduta que, por exemplo, exponha os trabalhadores a más condições ambientais de trabalho. Observe-se que as condenações por danos morais coletivos são atípicas, pois nelas predomina o caráter punitivo e preventivo, servindo as mesmas como forma de integralizar o dano causado, dentro da lógica do princípio do poluidor-pagador, desestimulando condutas dissonantes com o ordenamento jurídico no todo.

Isso posto, resta compreender que a obrigação dos empregadores de manter o meio ambiente de trabalho equilibrado está solidamente disciplinada em diversas normas internacionais e internas, dentre as quais destacamos o artigo 16, da Convenção nº 155, da OIT<sup>26</sup>, promulgada pelo

---

25 SILVA, Danny Monteiro da. *Dano ambiental e sua reparação*. 1. ed. 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 125.

26 Art. 16 — 1. Deverá ser exigido dos empregadores que, na medida que for razoável e possível, garantam que os locais de trabalho, o maquinário, os equipamentos e as operações e processos que estiverem sob seu controle são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores. 2. Deverá ser exigido dos empregadores que, na medida que for razoável e possível, garantam que os agentes e as substâncias químicas, físicas e biológicas que estiverem sob seu controle, não envolvam riscos para a saúde quando são tomadas medidas de proteção adequadas”.

Decreto 1254/94, o artigo 7º, XXII, da CF/88, o artigos 157, da CLT/43<sup>27</sup>, o item 1.7, a, da NR-01<sup>28</sup> e o art. 19, § 1º, 2º, da lei 8213/91<sup>29</sup>.

Desta forma, observa-se que se busca, antes do ressarcimento por acidente de trabalho, a prevenção de danos ambientais. Meireles defende mesmo que a obrigação do empregador de proteção à saúde do empregado, além de integrar o contrato de trabalho, é uma obrigação de resultado, destacando que isso deriva da característica do contrato de trabalho, em que o empregado, ao contrário de outros tipos contratuais, coloca seu próprio corpo à disposição do contratante e se sujeita a executar uma atividade sob o comando e orientação deste<sup>30</sup>. Todavia, na ocorrência de um acidente, deve o empregador ser responsabilizado.

27 Art. 157 - Cabe às empresas:

- I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

28 1.7. Cabe ao empregador:

- a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;
- b) elaborar ordens de serviço sobre segurança e saúde no trabalho, dando ciência aos empregados por comunicados, cartazes ou meios eletrônicos.
- c) informar aos trabalhadores:
  - I - os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho;
  - II - os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa;
  - III - os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;
  - IV - os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho.
- d) permitir que representantes dos trabalhadores acompanhem a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho.
- e) determinar os procedimentos que devem ser adotados em caso de acidente ou doença relacionada ao trabalho.

29 Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

§ 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

§ 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.

§ 3º É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

§ 4º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social fiscalizará e os sindicatos e entidades representativas de classe acompanharão o fiel cumprimento do disposto nos parágrafos anteriores, conforme dispuser o Regulamento.

30 MEIRELES, Edilton. *Responsabilidade civil no acidente de trabalho*. Questões processuais e materiais. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 16-21.

É importante advertir que nem todo acidente de trabalho deriva de danos ao ambiente de trabalho, como, por exemplo, alguns acidentes decorrentes de trânsito, ou decorrentes de força maior, todavia, a maioria dos acidentes evitáveis envolvem danos ambientais, donde a importante de se adotar essa abordagem do tema, se seguirmos o enfoque preventivo.

Passemos, então, primeiro, ao estudo da responsabilidade do empregador por acidentes de trabalho, para, posteriormente, iniciarmos o estudo da responsabilidade do tomador de serviços.

## 2.1 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR ACIDENTES DE TRABALHO

Em decorrência do elevado número de acidentes e da importância da matéria, tanto a jurisprudência, quanto a doutrina têm se debruçado sobre o assunto, todavia, isso não significa que a matéria esteja pacificada, pelo contrário. Desta forma, iniciamos este tópico fazendo uma revisão desses posicionamentos.

A primeira tese, mais conservadora, se funda no artigo 7º, XXVIII, da CF/88, que afirma que todo empregado tem direito a um “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. Com base neste inciso, os defensores desta tese entendem que o empregador somente tem a obrigação de indenizar o empregado na ocorrência de acidente de trabalho, quando aquele incorrer em dolo ou culpa, cabendo ao empregado comprovar o dolo ou culpa do empregador.

Todavia, tal posicionamento vem sendo criticado pela maior parte da doutrina e da jurisprudência, pois não acompanhou a evolução do nosso ordenamento jurídico, sobretudo, o avanço das hipóteses de responsabilidade objetiva. Desta forma, diversos autores têm elaborado teses que buscam dar uma interpretação sistêmica à matéria, mesmo porque o artigo sétimo da CF/88 não é exaustivo, como claramente informa seu *caput*<sup>31</sup>.

Raimundo Simão de Melo divide sua tese em duas hipóteses: doenças ocupacionais<sup>32</sup> ou acidentes de trabalho típicos. Na ocorrência de doenças ocupacionais, de qualquer natureza, o doutrinador entende que

31 De acordo com a CF/88, no artigo 7º, os direitos ali enumerados “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

32 As doenças ocupacionais são consideradas acidentes de trabalho atípicos, em conformidade com o art. 20 e 21, da lei 8213/91.

a responsabilidade é objetiva, pois, em regra, elas decorrem das condições ambientais de trabalho, devendo, portanto, ser aplicada a legislação ambiental<sup>3334</sup>. Pelo art. 225, §3º, da CF/88, “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. A lei 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, disciplina a matéria da seguinte forma:

Art. 14, § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Tratar-se-ia, portanto, de hipótese de responsabilidade objetiva. De acordo com o enunciado nº 38, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, organizada pela Enamat, Anamatra e TST, em 11/2007:

ENUNCIADO Nº 38 - RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos arts. 7º, XXVIII, 200, VIII e 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981.

Já em relação aos acidentes de trabalho típicos, Melo os subdivide em três hipóteses: 1) acidentes típicos em atividades de risco, 2) acidentes típicos decorrentes de condições inseguras de trabalho e 3) acidentes típicos decorrentes de atos inseguros de culpa exclusiva da do trabalhador. No primeiro caso, o autor entende que a responsabilidade é objetiva, fundada no art. 927, parágrafo único, do CC/02<sup>35</sup>:

33 Em que pese alguns doutrinadores de direito ambiental não considerarem o meio ambiente de trabalho como integrante do meio ambiente, tal tese não encontra respaldo em nosso ordenamento, uma vez que o constituinte adotou tese diversa, conforme art. 200, VIII, da CF/88.

34 MELO, op. cit., p. 359-364.

35 Ibidem, p. 364-376.

Art. 927. [...]. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Esclarece o autor que, esta regra se fundamenta no exercício de atividade, cujo risco, torna previsível a ocorrência de acidentes, de sorte que o legislador entendeu justo distribuir àquele que exerce a atividade perigosa, suas consequências negativas, esclarecendo, todavia, que o risco deve ser específico (ou seja, aquele risco que torna praticamente certa a ocorrência de eventos danosos)<sup>36</sup>. Reforçando este entendimento, cita o enunciado nº 37, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

ENUNCIADO Nº 37 - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Na hipótese de acidentes típicos em atividades que não sejam consideradas de risco, o autor entende que, caso o acidente derive de condições inseguras de trabalho, trata-se de hipótese de culpa presumida, pois o contrato de trabalho impõe ao empregador a obrigação de manter um ambiente de trabalho hígido, em conformidade com o art. 156<sup>37</sup>, da CLT, com o item 1.7, da NR-01 e com o art. 19, § 1º, 2º e 3º, da lei 8213/91. Desta forma, tratar-se-ia de responsabilidade contratual, incidindo a regra

36 MELO, op. cit., p. 359-364.

37 Manteve-se a referência do autor ao artigo 156, da CLT, todavia, entendemos que o artigo 157, I, da CLT, seria mais preciso, uma vez que nele que consta a obrigação do empregador de "cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho". O artigo 156, da CLT, citado pelo autor, apresenta a competência do Ministério do Trabalho de fiscalizar o cumprimento pelas empresas das normas de segurança e medicina do trabalho:

Art. 156 - Compete especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição:

I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho;

II - adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias;

III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do art. 201.

do artigo 389, do CC/02<sup>38</sup>. Acrescenta, o autor, que a inversão do ônus da prova se sustenta no princípio da hipossuficiência do trabalhador e no princípio da aptidão para a prova, que vigem no direito do trabalho, o que justifica ainda a aplicação analógica do art. 6º, VIII<sup>39</sup> e 38<sup>40</sup>, do CDC/90, que, por sinal, foi inspirado no direito do trabalho<sup>41</sup>.

Na hipótese do acidente derivar de ato inseguro de culpa exclusiva da vítima, a empresa não teria nenhuma obrigação de indenizar, todavia, Melo adverte que, para que se conclua pela culpa exclusiva da vítima, é necessário que o ato da vítima seja a única causa do acidente, uma vez que, usualmente, as empresas atribuem ao empregado a culpa exclusiva pelo acidente, omitindo sua responsabilidade em relação aos demais fatores que contribuíram para o acidente<sup>42</sup>.

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva esboça tese diferente. Em seu entendimento a responsabilidade do empregador em decorrência de acidentes de trabalho seria sempre objetiva, fundada no artigo 2º, da CLT/43. Segundo este artigo, o empregador, por definição, seria quem “assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, desta forma, assentado na teoria de risco, a responsabilidade do empregador seria objetiva. Entende o autor que as indenizações por acidente de trabalho integram as verbas trabalhistas, pois do contrato de trabalho adviria a obrigação do empregador de conservação da saúde do trabalhador, donde o empregador responde mesmo quando provar ter cumprido todas as disposições legais sobre saúde e segurança<sup>43</sup>.

Reconhece-se também a tese de Sebastião Geraldo de Oliveira, para quem há duas hipóteses: nos casos de atividades de risco, a responsabilidade

---

38 “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

39 De acordo com o art. 6º, VIII, do CDC/90, é direito do consumidor: a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

40 De acordo com o art. 38, do CDC/90: “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

41 MELO, op. cit., p. 376-388.

42 Ibidem, p. 388.

43 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. 2. ed. São Paulo : LTr, 2013. p. 203-209.

seria objetiva, fundada no artigo 927, parágrafo único, do CC/02<sup>44</sup>, nos demais casos, adotar-se-ia a culpa presumida, numa inteligência do art. 333, do CPC/73<sup>45</sup>, desta forma, ao empregado caberia comprovar o dano, cabendo ao empregador comprovar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos<sup>46</sup>. Corrobora esse entendimento o enunciado nº 41, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, que afirma que: “cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho”.

Interessante ainda a tese de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, que pode ser dividida em três hipóteses: nos casos de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho derivados de lesões ao meio ambiente de trabalho, a responsabilidade seria objetiva, fundada no art. 225, §3º, da CF/88, e no art. 14, § 1º, da lei 6938/81. Outros acidentes, que não derivem de lesões ao meio ambiente de trabalho, mas que ocorram em atividades de risco, também seriam resguardados por responsabilidade objetiva, mas fundada no art. 927, parágrafo único, do CC/02. Desta forma, outros acidentes, que não se enquadrassem nas hipóteses anteriores seriam disciplinados pelo art. 7º, XXVIII, da CF/88<sup>47</sup>.

Compartilha-se desta última tese<sup>48</sup>, pois, conforme já foi esclarecido no item anterior deste artigo, entende-se que o meio ambiente de trabalho integra o meio ambiente (que seria único) e exige a mesma proteção. Acrescenta-se que, de acordo com as análises de acidentes realizadas pelo

---

44 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 118-127.

45 Este artigo foi substituído pelo art. 373, no CPC/15, todavia, manteve-se a citação original do autor. De acordo com o novo dispositivo:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Como se observa, o novo código processual torna ainda mais clara a possibilidade de inversão do ônus da prova.

46 OLIVEIRA, op. cit, p. 231-237.

47 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Acidentes do trabalho: doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 83-85.

48 Este artigo não objetiva entrar em hipóteses específicas de responsabilidade, como em acidentes de transporte ou nucleares, mas entende-se que, nos casos em que as normas específicas forem mais benéficas, elas devem ser aplicadas.

Ministério do Trabalho<sup>49</sup>, a quase totalidade dos casos de acidentes de trabalho envolvem o descumprimento de alguma norma de saúde e segurança do trabalho, o que significa que a maioria dos casos, adotada a tese de Garcia, deveria implicar em responsabilidade objetiva, seguindo as normas de direito ambiental vigentes. Como vimos no tópico anterior, as empresas que descumprem as normas de saúde e segurança têm sido condenadas, em processos coletivos, por danos morais e materiais, desta forma, não faria sentido, não serem indenizados os danos individuais decorrentes destas condutas.

Em que pese este posicionamento, reconhece-se que a jurisprudência majoritariamente tem reconhecido a responsabilidade objetiva apenas nos casos de atividades de risco, de acordo com o art. 917, parágrafo único, do CC/02, embora, haja várias decisões divergentes<sup>50</sup>.

## 2.2 RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS POR ACIDENTES DE TRABALHO

Após o estudo da responsabilidade da empresa por danos que atingem seus empregados, é possível questionar, agora, qual a responsabilidade das empresas tomadoras de serviços por danos ambientais que atinjam empregados terceirizados.

Assim como no caso da responsabilidade do empregador, a responsabilidade do tomador de serviços apresenta bastante divergência na jurisprudência e na doutrina. Além das mesmas questões já suscitadas anteriormente, relativas à responsabilidade subjetiva ou objetiva, outras questões se colocam nestes casos, especificamente, sobretudo, sobre a existência da responsabilidade subsidiária ou solidária.

A posição mais tradicional seria a adotada pelo TST, que disciplinou a matéria na Súmula 331, VI, pela qual “a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”, o que incluiria as indenizações por acidentes de trabalho. Este item deriva do entendimento jurisprudencial de que a matéria não havia sido disciplinada, logo, como não se presume a

---

49 De acordo com análise dos resumos de análise de acidentes divulgados pelo Ministério do Trabalho. MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Análise de acidentes e doenças do trabalho*. Disponível em: <[http://acesso.mte.gov.br/seg\\_sau/analise-de-acidentes-e-doencas-do-trabalho.htm](http://acesso.mte.gov.br/seg_sau/analise-de-acidentes-e-doencas-do-trabalho.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

50 Vide, por exemplo, os seguintes acórdãos: TST-E-RR-514-11.2013.5.23.0008, SBDI-I, rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 23.6.2015; TST-E-RR-958-81.2011.5.03.0069, SBDI-I, rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, 16.4.2015; TST-E-ED-RR-470-43.2010.5.15.0000, SBDI-I, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 25.10.2012.

solidariedade, em conformidade ao art. 265, do CC/02, restaria a hipótese de responsabilidade subsidiária.

A doutrina, todavia, tem defendido outras teses. Melo parte do pressuposto que a prestadora de serviços recebe ordens da contratante, devendo agir no interesse desta. Desta forma, tais contratos equivalem à modalidade de preposição. Por isso, trata-se de responsabilidade indireta (por fato de terceiro) e a tomadora de serviços responde solidariamente, com base no artigo 932, III, c/c art. 933, do CC/02<sup>51,52</sup>. Tal entendimento foi adotado no enunciado n. 44, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

ENUNCIADO Nº 44 - RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos arts. 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora nº 4 (Portaria nº 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego).

Silva, por sua vez, entende que tanto o empregador, quanto o tomador de serviços têm obrigação de cuidar do meio ambiente de trabalho, razão pela qual entende que trata-se de responsabilidade objetiva, fundada no art. 942, parágrafo único, c/c art. 932, III, do CC/02, e no art. 7º, XXII, c/c art. 200, VII, c/c art. 225, § 3º, da CF/88<sup>53</sup>.

Oliveira também entende que há responsabilidade direta e solidária do tomador de serviços, donde a fundamenta no art. 942, parágrafo único, do CC/02. Oliveira acrescenta ainda que essa obrigação das empresas tomadoras está disciplinada nas normas regulamentares de saúde e segurança do trabalho<sup>54</sup>.

Recente alteração na lei 6019/74, incluiu o artigo 5º-A, §3º, que prevê a responsabilidade do contratante de “garantir as condições de

51 “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; [...]

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

52 MELO, op. cit., p. 397-408.

53 SILVA, op. cit., p. 223-225.

54 OLIVEIRA, op. cit, p. 102-108.

segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato”. Desta forma, nas hipóteses de acidentes derivados de más condições ambientais dos locais de trabalho determinados pela contratante, caberia a responsabilização direta e solidária desta, já que dela também a obrigação de prevenção<sup>55</sup>.

Observa-se que, no entendimento da matéria, seria interessante, dividir as hipóteses de terceirização em duas: aquelas em que os serviços são prestados no mesmo ambiente de trabalho da tomadora (ou local por ela determinado) e aquelas em que os serviços são prestados em outro ambiente não controlado diretamente pela empresa tomadora. No primeiro caso, o nosso ordenamento prevê expressamente a responsabilidade das empresas tomadoras de serviços pelas questões ambientais, conforme se depreende do art. 17, da Convenção 155<sup>56</sup>, OIT, do já citado art. 5º-A, §3º, da Lei 6019/74, c/c NR-04<sup>57</sup>, NR-05<sup>58</sup>,

---

55 Observe-se que o art. 5º-A, §5º, da Lei 6019/74, determina que a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, o que poderia gerar o entendimento de que nestas verbas se incluem as indenizações por acidentes de trabalho. Entende-se que tal interpretação não deve prosperar, pois, ao contrário de outras obrigações tipicamente trabalhistas, como, por exemplo, verbas salariais, que continuam sendo responsabilidade direta da prestadora de serviços, a responsabilidade pelo meio ambiente de trabalho também é atribuída à tomadora de serviços.

56 “Artigo 17. Sempre que duas ou mais empresas desenvolverem simultaneamente atividades num mesmo local de trabalho, as mesmas terão o dever de colaborar na aplicação das medidas previstas na presente Convenção”.

57 Por exemplo, identifica-se essa obrigação nos seguintes trechos da NR-04:

[...] 4.5. A empresa que contratar outra(s) para prestar serviços em estabelecimentos enquadrados no Quadro II, anexo, deverá estender a assistência de seus Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho aos empregados da(s) contratada(s), sempre que o número de empregados desta(s), exercendo atividade naqueles estabelecimentos, não alcançar os limites previstos no Quadro II, devendo, ainda, a contratada cumprir o disposto no subitem 4.2.5.

[...] 4.5.2. Quando a empresa contratada não se enquadrar no Quadro II, anexo, mesmo considerando-se o total de empregados nos estabelecimentos, a contratante deve estender aos empregados da contratada a assistência de seus Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, sejam estes centralizados ou por estabelecimento.

[...] 4.12. Compete aos profissionais integrantes dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho:

a) aplicar os conhecimentos de engenharia de segurança e de medicina do trabalho ao ambiente de trabalho e a todos os seus componentes, inclusive máquinas e equipamentos, de modo a reduzir até eliminar os riscos ali existentes à saúde do trabalhador;

[...] d) responsabilizar-se tecnicamente, pela orientação quanto ao cumprimento do disposto nas NR aplicáveis às atividades executadas pela empresa e/ou seus estabelecimentos [...].

58 De acordo com a NR-05:

5.47 Sempre que duas ou mais empresas atuarem em um mesmo estabelecimento, a CIPA ou designado da empresa contratante deverá, em conjunto com as das contratadas ou com os designados, definir mecanismos de integração e de participação de todos os trabalhadores em relação às decisões da CIPA existentes no estabelecimento.

5.48 A contratante e as contratadas, que atuem num mesmo estabelecimento, deverão implementar, de forma integrada, medidas de prevenção de acidentes e doenças do trabalho, decorrentes da presente NR,

NR-7<sup>59</sup>, NR-09<sup>60</sup> (entre outras), o que atribui uma obrigação direta ao tomador de serviços, cujo descumprimento implica a responsabilidade direta do tomador de serviços, fundada no art. 942, parágrafo único, do CC/02, que seria solidária à responsabilidade do empregador. Desta forma, na hipótese de acidentes ou doenças ocupacionais decorrentes de danos ambientais, haveria responsabilidade solidária do tomador de serviços. Caso o acidente ou doença ocupacional não possa ser relacionado a questões ambientais, mas a relação de terceirização possa ser enquadrada no art. 932, III, do CC/02, ainda assim seria possível a responsabilização solidária do tomador de serviços.

Todavia, caso os serviços sejam prestados em ambiente diverso do da contratante, reconhece-se maior divergência jurídica. Nestes casos, nas hipóteses de acidentes e doenças ocupacionais decorrentes de danos ambientais, é possível atrair a aplicação do art. 225, §3º, CF, c/c art. 14, §1º, da lei 6.938/81, c/c o art. 932, III, do CC/02, que determina a obrigação de reparação dos danos causados ao meio ambiente e a terceiros pelo responsável direto ou indireto da atividade causadora de degradação ambiental<sup>61</sup>. Nas demais hipóteses, caberia igualmente a responsabilização

---

de forma a garantir o mesmo nível de proteção em matéria de segurança e saúde a todos os trabalhadores do estabelecimento.

5.49 A empresa contratante adotará medidas necessárias para que as empresas contratadas, suas CIPA, os designados e os demais trabalhadores lotados naquele estabelecimento recebam as informações sobre os riscos presentes nos ambientes de trabalho, bem como sobre as medidas de proteção adequadas.

5.50 A empresa contratante adotará as providências necessárias para acompanhar o cumprimento pelas empresas contratadas que atuam no seu estabelecimento, das medidas de segurança e saúde no trabalho.

- 59 “7.1.3. Caberá à empresa contratante de mão de obra prestadora de serviços informar a empresa contratada dos riscos existentes e auxiliar na elaboração e implementação do PCMSO nos locais de trabalho onde os serviços estão sendo prestados”.
- 60 “9.6.1 Sempre que vários empregadores realizem simultaneamente atividades no mesmo local de trabalho terão o dever de executar ações integradas para aplicar as medidas previstas no PPRA visando a proteção de todos os trabalhadores expostos aos riscos ambientais gerados”.
- 61 Conforme art. 3º, IV, da lei 6938/81, entende-se como poluidor: “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. Não há na legislação, todavia, qualquer definição do que seria poluidor indireto. Desta forma, a matéria continua carente de uma definição legal, o que vem sendo suprido pela jurisprudência e pela doutrina. Por exemplo, Aragão define o poluidor indireto como “aquele que beneficia da atividade poluente ou que cria as condições para que a poluição se produza. No primeiro caso, quem consome o produto cuja produção foi poluente, no segundo caso, quem produziu o bem cujo consumo vai ser poluente”. ARAGÃO, Alessandra. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2014, p. 136. Já Benjamin o define como aquele que indiretamente contribui para o dano ambiental, “facilitando ou viabilizando a ocorrência do prejuízo”. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/44994>>. Acesso em: 12 mar. 2012, p. 27. Sobre a matéria, Steigleder afirma que “será possível a responsabilização de toda a cadeia produtiva que contribuiu, ainda que indiretamente, para o dano ambiental, como ocorre, por exemplo, com as instituições financeiras”. STEIGLEDER, Annelise

do tomador de serviços, caso houvesse o enquadramento da relação de terceirização no art. 932, III, do CC/02.

Outras teses defendem a aplicação, em todas as hipóteses, da teoria da preposição, outras defendem que há responsabilidade da tomadora, em decorrência de ato ilícito, fundando a responsabilidade no art. 186, c/c art. 927, *caput*, do CC/02.

De fato, compreender a responsabilidade do tomador de serviços, nestes casos, é bem mais complexo, pois vai ao encontro do conceito de terceirização, que, como abordamos, no início deste artigo, é bastante controverso. Numa análise dos desdobramentos da questão no mundo real, observamos que é crescente o número de empresas que terceirizam setores inteiros de sua produção, inclusive setores ligados a suas atividades mais essenciais, para outras empresas, de forma que o serviço é prestado de forma fragmentada por diversas contratadas e subcontratadas, nos mais diversos espaços. Todavia, em muitos casos, a empresa contratante, tomadora dos serviços, mantém alguma forma de controle sobre os serviços prestados. O art. 4º-A, da lei 6019/74, também objeto de recente alteração, prevê essa modalidade contratual para serviços “determinados e específicos”. Todavia, entende-se que o texto não silencia a celeuma, pois não afasta a possibilidade de caracterização de fraude ao vínculo empregatício, quando presente subordinação com a contratante, embora, possibilite a terceirização para atividades ligadas à atividade essencial da contratante, desde que determinados e específicos<sup>62</sup>.

---

Monteiro, op. cit., p. 186. Mesmo assim, reconhece-se que ainda há divergência, mesmo na área ambiental, o que se reflete igualmente em sua aplicação ao direito ambiental do trabalho.

62 Outros projetos de lei que versam sobre alguns ou vários aspectos da terceirização têm sido apresentados e debatidos no Congresso Nacional. Dentre estes, destacamos alguns. 1) PL 4330/2004, de autoria do deputado Sandro Mabel (aprovado na Câmara e enviado ao Senado): foi bastante alterado em relação à redação original, e, atualmente, autoriza a terceirização de qualquer atividade da contratante, mas determina a obrigação da empresa contratante de manter condições de saúde e segurança para os trabalhadores terceirizados. Apesar de definir como solidária a responsabilidade do contratante por algumas verbas decorrentes do contrato, exclui deste rol, as obrigações decorrentes de acidente de trabalho. Da forma como foi redigido, o texto final mantém diversas divergências em relação à matéria. 2) PL 1621/2007, de autoria do deputado Vicentinho (declarado prejudicado em razão da aprovação do outro projeto): proíbe a terceirização da atividade-fim e prevê a responsabilidade solidária da tomadora de serviços por quaisquer obrigações decorrente do contrato de trabalho, seja o serviço prestado em suas dependências ou não, além de garantir aos trabalhadores terceirizados as mesmas condições de trabalho dos empregados da tomadora. 3) PLS 339/2016, do senador Randolfe Rodrigues (tramitando no Senado): proíbe a terceirização de atividades inerentes à empresa tomadora, salvo exceções legais, determina que a empresa tomadora de serviços possui a obrigação de manter o meio ambiente de trabalho em condições adequadas, na hipótese de os serviços serem prestados em suas dependências ou em local por

Excluídos os casos evidentes de fraudes trabalhistas, em que o vínculo é atribuível diretamente à tomadora de serviços, em muitos casos, esse controle é tênue, implicando que outras medidas precisam ser adotadas para a proteção dos trabalhadores. Em análise de situações de trabalho escravo contemporâneo, que se definem, embora não necessariamente, mas com frequência, por danos ambientais decorrentes de condições degradantes de trabalho, Brasiliano assevera que:

A identificação do *poder econômico relevante* em uma dada cadeia produtiva (assim aquele empresário que, por seu porte econômico, possui o poder de ditar as regras do jogo de sua cadeia de fornecedores/compradores) e o seu envolvimento nas intercorrências de trabalho escravo ocorridas em tal cadeia tem se revelado uma das mais eficazes medidas domésticas de combate ao trabalho escravo<sup>63</sup>.

Da mesma forma, talvez seja esse o caminho a ser perseguido em relação à proteção do meio ambiente de trabalho e à prevenção de acidentes. Nas hipóteses de terceirização em que a tomadora de serviços exerça um poder econômico sobre a contratada, este deve ser utilizado para promover condições adequadas de trabalho, implicando em responsabilidade solidária para a tomadora de serviços, se não o fizer. Tal tese melhor se fundamenta no art. 225, da CF/88, c/c art. 14, §1º, da lei 6.938/81, pois entende o tomador de serviços como o propulsor e verdadeiro destinatário da atividade lesiva, como aquele que detém o controle sobre sua prática, em que pese subsista a responsabilidade solidária do prestador de serviços, que figura como o executante do contrato.

Todavia, reconhece-se que a jurisprudência sobre a matéria é bastante divergente<sup>64</sup> e as recentes alterações legislativas não solucionaram as questões mais intrincadas. Tudo isso contribui para a precarização das condições de trabalho nos contratos de terceirização de serviços, de sorte que a matéria continua precisando ser pacificada, seja por via jurisprudencial, seja por via legislativa.

---

ela determinado, definindo expressamente a responsabilidade solidária em relação às más condições de trabalho, às verbas decorrentes do contrato de trabalho e aos danos decorrentes de acidentes de trabalho.

63 BRASILIANO, Cristina Aparecida Ribeiro et al. O novo direito do trabalho. Uma análise do protocolo adicional e da recomendação acessória à Convenção 29 da OIT sobre trabalho forçado ou obrigatório. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (Org). *Estudos Aprofundados MPT*. Salvador: Juspodium, 2015, v. 2, p. 227-228.

64 Vide, por exemplo, os seguintes processos: processo nº 1000306-08.2014.5.02.0251, do TRT/SP; processo nº 10014254120145020465, do TRT/SP; processo nº 1001211-60.2013.5.02.0473, do TRT/SP.

### 3 CONCLUSÃO

Revisitando a disciplina sobre a responsabilidade por acidentes de trabalho, nos deparamos com as fragilidades existentes no nosso sistema atual. Se, por um lado, a doutrina e a jurisprudência caminham no sentido de promover uma maior proteção às vítimas de acidentes de trabalho, ampliando as hipóteses de responsabilidade objetiva do empregador, por outro, ainda não houve o mesmo avanço em relação à ampliação da responsabilidade do tomador de serviços. Este campo, embora esteja em evolução, ainda tem muita insegurança jurídica, o que contribui para que muitos acidentes não sejam indenizados, ou o sejam, com base na capacidade econômica do prestador de serviços e não do tomador, que seria aquele com o real poder de intervenção no meio ambiente de trabalho. Da mesma forma, o legislativo não conseguiu, por via das alterações na lei 6019/74, pacificar a questão.

Mas, em relação a danos ambientais predomina o princípio preventivo, e a responsabilidade por acidentes de trabalho deveria contribuir, ao menos, para, em decorrência da certeza da reparação integral do dano, incentivar o investimento em melhores condições ambientais de trabalho, no controle da saúde ocupacional e na prevenção de acidentes.

Sendo assim, entende-se que, diante do nosso ordenamento jurídico, analisado sistematicamente, deve-se firmar a responsabilidade objetiva diante de acidentes ou doenças ocupacionais decorrentes de danos ambientais, conforme previsto no art. 225, §3º, da CF/88, e no art. 14, § 1º, da lei 6938/81, ou do exercício de atividades de risco, conforme previsto no art. 927, parágrafo único, do CC/02, restando a responsabilidade subjetiva, prevista no art. 7º, XXVIII, da CF/88, apenas para as demais hipóteses de acidentes e doenças ocupacionais.

Da mesma forma, as empresas tomadoras de serviço devem ser responsabilizadas solidariamente pelos acidentes e doenças ocupacionais decorrentes de danos ambientais ocorridos em suas dependências ou em locais por ela determinados, pois a legislação lhe imputa a obrigação de zelar pelo meio ambiente de trabalho dos trabalhadores terceirizados, bem como devem ser responsabilizadas solidariamente pelos acidentes e doenças ocupacionais decorrentes de danos ambientais, em relação aos quais possa ser considerada poluidora indireta. Estes casos representam a maioria dos acidentes de trabalho, todavia, em relação aos demais, seria possível ainda, nos casos em que se constate o enquadramento no art. 932, III, do CC/02, a responsabilização solidária do tomador de serviços.

Com base no exposto, entende-se que a matéria é muito relevante, e, embora já esteja, de alguma forma, disciplinada no nosso ordenamento jurídico, as diferentes interpretações não favorecem sua consolidação. Assim sendo, espera-se apenas que, na interpretação da nova legislação sobre a terceirização, bem como na aprovação de outros projetos de lei sobre a matéria, estas nuances não sejam reprimidas por interesses meramente econômicos, dificultando ainda mais o atingimento dos objetivos insculpidos no nosso ordenamento jurídico e a afirmação dos direitos humanos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alessandra. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2014.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/44994>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 4330/2004*. Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 31 jan. 2017. Redação final.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *PL 1621/2007*. Dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=359983>>. Acesso em: 31 jan. 2017. Redação original.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *PLS 339/2016*. Dispõe sobre os contratos de terceirização por pessoas de natureza jurídica de direito privado e as relações de trabalho deles decorrentes. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126900>>. Acesso em: 31 jan. 2017. Redação original.

BRASILIANO, Cristina Aparecida Ribeiro *et al.* O novo direito do trabalho. Uma análise do protocolo adicional e da recomendação acessória à Convenção 29 da OIT sobre trabalho forçado ou obrigatório. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (Org). *Estudos Aprofundados MPT*. Salvador: Juspodium, 2015, v. 2, p. 217-234.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização como intermediação de mão-de-obra*. [S. l.]: Edição do autor, 2014. Disponível em <<http://papyruseditor.com/web/17301/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o-como-Intermedia%C3%A7%C3%A3o-de-M%C3%A3o-de-Obra>> . Acesso em: 05 nov. 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Acidentes do trabalho: doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 4, São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELES, Edilton. *Responsabilidade civil no acidente de trabalho. Questões processuais e materiais*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Análise de acidentes e doenças do trabalho*. Disponível em: <[http://acesso.mte.gov.br/seg\\_sau/analise-de-acidentes-e-doencas-do-trabalho.htm](http://acesso.mte.gov.br/seg_sau/analise-de-acidentes-e-doencas-do-trabalho.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

OIT. *Decent Work*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2014.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. São Paulo: M. Books, 2004.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 2. ed. 4. reimpressão. São Paulo : LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015.

SECRETARIA NACIONAL DE RELAÇÕES DE TRABALHO E DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos*. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

SILVA, Danny Monteiro da. *Dano ambiental e sua reparação*. 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho*. São Paulo: Ltr, 2012.

RECEBIDO EM: 13-05-2017

APROVADO EM: 07-08-2017

# **AS ASSIMETRIAS DA ESFERA PÚBLICA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS MINORIAS: AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DO STF A PARTIR DOS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS<sup>1</sup>**

***THE ASYMMETRIES OF THE PUBLIC SPHERE AND THE  
EFFECTIVENESS OF THE RIGHTS OF MINORITIES: THE  
PUBLIC HEARINGS OF BRAZILIAN SUPREME COURT  
FROM THE NEW SOCIAL MOVEMENTS***

*Selmar José Maia*

*Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
– UNISINOS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha –  
FSG. Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica de Nível Superior – CAPES*

*Carlos Eduardo Alban*

*Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos –  
UNISINOS. Bolsista Integral do Programa CNPq. Especialista em Direito Médico  
pela Universidade Católica de Salvador – UCSAL. Graduado em Direito pela  
Universidade Federal da Bahia – UFBA*

---

1 Artigo desenvolvido como requisito parcial para aprovação na disciplina de Teoria Crítica e Transformações Sociais, ministrada pelo Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez no Programa de Pós-Graduação em Direito Público (Mestrado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

**SUMÁRIO:** Introdução: 1 Os novos movimentos sociais e a busca pela efetivação da democracia; 2 As audiências públicas no STF como ponte a ampliação da democracia: uma questão possível?; 3 Acerca da insuficiência da esfera pública oficial para a efetivação dos direitos das minorias; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** A discussão do acesso à justiça e das formas de garantir a participação popular é uma constante de diversas teorias que criticam a efetividade e legitimação do Direito e dos seus instrumentos e instituições. Em um mundo globalizado, a maior facilidade de comunicação acaba gerando uma aparência de amplo acesso à informação, além da presunção de debates com pareamento de forças entre os atores políticos de um sistema desigual. Entretanto, como bem aponta Nancy Fraser, quando se trata da realidade dos movimentos sociais compostos por minorias econômicas, raciais, de gênero e sexualidade, assimetrias relacionadas a certos *status* sociais mostram que não basta simplesmente o acesso formal a arenas políticas, na medida em que vozes adquirem diferentes pesos. Dito isso, o presente artigo tem como objetivo primordial abordar a questão das audiências públicas do STF em meio às pressões dos novos movimentos sociais. Para tanto, serão tratadas as características e diferenças presentes nessas novas formas de mobilização política, ao passo em que se discute a capacidade da esfera pública atender as demandas dos grupos minoritários.

**PALAVRAS-CHAVE:** Movimentos Sociais. Contrapúblicos Subalternos. Democracia. Audiências Públicas. Esfera Pública.

**ABSTRACT:** The discussion of access to justice and ways of guaranteeing popular participation is a constant of several theories that criticize the effectiveness and legitimacy of Law and its instruments and institutions. In a globalized world, the greater ease of communication ends up generating an appearance of broad access to information, as well as the presumption of power-sharing debates among political actors in an unequal system. As pointed out by Nancy Fraser, when we are dealing with economic, gender, sex and race minorities, asymmetries related to certain social statuses show that it is not enough to have formal access to political arenas since voices weight different. That said, the main objective of this article is to address the issue of the public hearings of Brazil's Supreme Court in the midst of the pressures of the new social movements. To that end, the characteristics and differences present in these new forms of political mobilization will be addressed, while the capacity of the public sphere to meet the demands of minority groups will be discussed.

**KEYWORDS:** Social Movements. Subaltern Counterpublics. Democracy. Public Hearings. Public Sphere.

## INTRODUÇÃO

O presente tema ganha relevância ao se ter em mente que a denominada sociedade *policontextural* brasileira vem lutando para efetivar a ampla gama de direitos e garantias asseguradas no ordenamento pátrio desde a Carta Magna de 1988. Todavia, a despeito de não ser um problema estritamente causado por fatores localizados (ou localizáveis), tal fenômeno tem levado o cidadão brasileiro a procurar seus direitos frente ao Estado por meio de movimentos sociais e órgãos não governamentais, na esperança de que os entes públicos atribuam maior relevância às necessidades individuais e coletivas emergentes.

Nesse sentido, a presente análise teórica em muito contribui, visto que, em não raras vezes, direitos reivindicados por mobilizações populares organizadas refletem-se através dos textos normativos, ainda que seu grau de efetivação prática seja variável a depender do grau de representatividade e reconhecimento que hierarquicamente goza cada grupo, de acordo com relações sociais de poder.

De igual sorte, importa destacar que a facilidade da comunicação no último século trouxe diversos meios de aproximar as pessoas, grupos e instituições, algo que, ao menos em tese, também traz a possibilidade de maior diálogo entre os cidadãos, seja na vida política, social ou cultural. Diante de tais fatores, destaca-se que os movimentos de protesto no Brasil não são casos isolados, sendo, muito pelo contrário, conectados em uma rede global. Uma prova prática desse fenômeno pode ser observada diante das mobilizações brasileiras em junho de 2013, as quais trouxeram vantagens e desvantagens inerentes a uma maior agilidade, dinamismo e facilidade dos meios de comunicação aplicados aos casos que instigam toda a sociedade.

Por conseguinte, importa frisar que o Judiciário brasileiro vem adotando, desde o ano de 2007 (a partir da Audiência Pública sobre células-tronco embrionárias) uma série de medidas para ampliar o acesso formal à justiça. Uma dessas opções são as chamadas audiências públicas, que buscam criar uma arena pública de debates de temas de grande repercussão geral, na proporção em que perpassam os mais variados setores da sociedade e envolvem fortemente a participação das instituições e dos movimentos sociais.

Dito isso, sublinha-se que, no primeiro tópico deste artigo, abordar-se-á uma análise mais sofisticada acerca dos novos movimentos sociais, considerando a imensa gama de teorias que se debruçam sobre esse tema. Por outro lado, no segundo tópico, centram-se holofotes à luz da temática sobre as audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal e de que maneira esses eventos podem ser uma *ponte imaginária* para tornar (ou não) efetiva a participação popular em temas de grande repercussão geral e que ainda carecem de análise pelo Tribunal Constitucional brasileiro.

A parte final do trabalho, por sua vez, consiste na indagação acerca da eficiência de uma esfera pública única oficial como forma de garantir as reivindicações de grupos minoritários frente às assimetrias presentes em marcadores sociais de gênero, raça, classe, sexualidade, etc. Desse modo, importantes constatações históricas de Nancy Fraser são trazidas com o objetivo de contestar novas formas de dominação e exclusão presentes nas entrelinhas dos discursos políticos.

## 1 OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA

Ao se discutir sobre os movimentos sociais, é preciso fazer um pequeno recorte temporal, no sentido de traçar uma linha demarcatória, mesmo que *grosso modo*, entre os velhos e os novos movimentos sociais. Dessa forma, ao se considerar a chamada era clássica (1930-1960), os antigos movimentos sociais eram marcados pela luta por questões sindicais, trabalhistas e direitos civis, a exemplo dos primeiros movimentos raciais e de gênero.

Na atualidade, em contrapartida, os novos movimentos sociais expressariam formas particularistas de resistência, reativas aos rumos do desenvolvimento socioeconômico e em busca da reapropriação de tempo, espaço e relações cotidianas. Do mesmo modo, representariam contestações “pós-materialistas”, contendo motivações de ordem simbólica e voltadas para a construção ou o reconhecimento de identidades coletivas<sup>2</sup>.

De igual sorte, para IOKOI<sup>3</sup>, a globalização desencadeou um alargamento das fronteiras, resultando novamente na temática da efetividade

2 ALONSO, Angela. *As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate*. São Paulo: Lua Nova, v. 76, n. 02, p. 49-86, dez. 2009.

3 IOKOI, Zilda Márcia Gricoli. Movimentos sociais na América Latina: desafios teóricos em tempos de globalização. In: QUEVEDO, Júlio; LOKOI, Márcia Gricoli (Org). *Movimentos sociais na América Latina: desafios teóricos em tempos de globalização*. Santa Maria: MILA, CESH, Universidade Federal de Santa Maria, p. 09-25, 2007.

de direitos via pressão popular e, por conseguinte, acabou ganhando seu espaço devido nos regimes democráticos.

Assim, embora essa temática (democracia) seja tema conhecido no mundo acadêmico, uma vez que existem inúmeras dissertações e teses tratando sobre a importância do assunto nos Estados Democráticos de Direito, o advento da Constituinte pós-88 veio assegurar mecanismos democráticos para uma participação popular mais efetiva. Essa conquista histórica fez com que a questão do resgate de seu fundamento ganhasse novamente seu espaço de debate, perpassando praticamente todas as camadas da sociedade brasileira.

No que tange à busca pela efetivação da democracia, as ideias propostas coadunam-se ao que bem dissertou Claude Lefort<sup>4</sup>, ao afirmar que a democracia não se resume às instituições, ao passo em que corresponde, na verdade, a uma forma de sociedade:

A democracia institui-se e se mantém pela dissolução dos marcos de referência da certeza. A democracia inaugura uma história na qual os homens estão à prova de uma indeterminação última quanto ao fundamento do Poder, da Lei e do Saber, e quanto ao fundamento da relação de um com o outro, sob todos os registros da vida social por toda parte em que, outrora, a divisão se enunciava, em especial na divisão entre os detentores da autoridade e os que a esta eram submetidos, em função de crenças em uma natureza das coisas ou em um princípio sobrenatural<sup>5</sup>.

Nesse sentido, pode-se dizer que a democracia nasce como experiência na qual o povo será colocado como soberano; entretanto, sua identidade estará sempre em constante discussão<sup>6</sup>. Para Leonel Severo Rocha<sup>7</sup>, democracia é uma forma política eminentemente histórica devido ao questionamento que implica a necessidade do consenso social para sua legitimação, o que pressupõe na democracia a participação da sociedade.

---

4 LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Claude Lefort; tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 34, 1991.

5 Ibid., p. 35.

6 Ibid., p. 34-35.

7 ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 119/120.

Ainda, é importante destacar que a Carta Constitucional inovou ao trazer a possibilidade de apresentação de emendas populares que possibilitem o exercício da democracia de maneira direta, como é o caso do artigo quatorze da Constituição, que prevê mecanismos de iniciativa popular, plebiscito e referendo<sup>8</sup>.

Nesse mesmo contexto, fulcral mencionarmos que a importância de se reproduzir esse tipo de reflexão no constitucionalismo brasileiro pode ser justificada em função das “grandes transformações não se concretizam simplesmente com o surgimento de novos textos, mesmo que sejam *revolucionárias* constituições”<sup>9</sup>.

Assim, embora a Constituinte represente uma conquista para o Estado Democrático de Direito, suas promessas não se concretizam pelo simples fato de encontrar guarida em seu próprio corpo constitucional. Logo, a participação popular, seja por meio dos movimentos sociais, seja por meio de seus representantes políticos, tem o dever de provocar a devida concretização dos direitos prometidos pela *Lex Magna*.

Por conseguinte, Doug McAdam, Sidney Tarrow e Charles Tilly sublinham que:

De modo bem simples, a “modernidade”, o conjunto de tendências que “liberaram” o indivíduo do isolamento da sociedade pré-moderna, alterou fundamentalmente a estrutura ontológica e a dinâmica da vida social. Significado e identidade passaram a ser menos característicos de algum “mundo da vida” estável e mais uma realização social colaborativa. O que isso tem a ver com confronto político? A transformação da vida, de pré-moderna a moderna, tornou a política popular uma das fontes principais da construção de sentido e de identidade na vida social<sup>10</sup>.

No entanto, para um maior entendimento dos movimentos sociais do século XXI, é necessário analisá-los a partir de um contexto global, até

---

8 REIS, Márlon. *O gigante Acordado: manifestações, Ficha Limpa e Reforma Política*. Rio de Janeiro: LeYa, p. 66, 2013.

9 BARRETTO, Vicente de Paulo. *Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito*. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, p. 277-302, 2013.

10 MCADAM, Doug; TARROW, Sidney; TILLY, Charles. *Para mapear o confronto político*. São Paulo: Lua Nova, v. 76, n. 02, p. 11-48, dez. 2009.

por que, na contemporaneidade brasileira, “alguns ideários têm permeado as demandas e lutas dos mais diversos movimentos sociais”<sup>11</sup>.

Como bem pontua Tilly, na virada para o Século XXI, no mundo todo, o termo “movimento social” foi reconhecido como um toque de clarim, como um contrapeso ao poder opressivo, como uma convocação à ação popular contra um amplo espectro de flagelos. É uma preocupação relevante do autor a forma com que todo o conjunto de mudanças que as pessoas chamam vagamente de “globalização” pode impactar no “poder de voz” dos cidadãos que contam ainda com as clássicas formas de apresentação dos movimentos sociais. Nesse sentido, para o teórico, não há como se negar a sua essencialidade para efetivar a participação de grupos que não possuem a devida representatividade política<sup>12</sup>.

Em contrapartida, os pesquisadores Maria da Glória Gohn e Breno Bringel chamam a atenção para a escolha das lentes analíticas, os recortes de pesquisa e os interesses acadêmicos como elementos que podem acabar obscurecendo o papel dos movimentos sociais na sociedade contemporânea. Na posição dos autores:

[...]os movimentos sociais continuam sendo atores centrais (ainda que logicamente não exclusivos nem portadores da “melhor” ou “única” mensagem transformadora) dos processos e dinâmicas de protestos e luta por mudanças e justiça social no mundo contemporâneo. Uma questão de fundo tem a ver com a própria definição do que os diferentes atores e agentes sociais, que se apresentam como movimento social, estão entendendo por desenvolvimento social ou ressignificando alguma prática social como movimento<sup>13</sup>.

Ao trazer uma linha de argumentação que aponta para a adaptação dos movimentos sociais às novas demandas de uma sociedade globalizada, Manuel Castells considera que os novos movimentos sociais vêm tentando comunicar a toda sociedade que é necessário resgatar a democracia

---

11 WARREN, Ilse Scherer. Movimentos sociais e geração de novos direitos em tempos globais: o caso brasileiro. In: GOHN, Maria da Glória e BRINGEL, Breno M. (Org). *Movimentos sociais na era global*. Petrópolis, RJ: Vozes, p. 115-128, 2012.

12 TILLY, Charles. *Movimentos sociais como política*. Ciência Política, Brasília, v. 1, n. 3, p. 133-160, jan. 2010.

13 GOHN, Maria da Glória; BRINGEL, Breno. Movimentos sociais na era global. In: GOHN, Maria da Glória e BRINGEL, Breno M. (Org). *Movimentos sociais na era global*. Petrópolis, RJ: Vozes, p. 06-16, 2012

sequestrada pelas instituições políticas e pelas camadas mais abastadas<sup>14</sup>. Para o sociólogo catalão, as redes interativas de computadores estão crescendo exponencialmente à medida que fundam novas formas e canais de comunicação, algo que, simultaneamente, moldam e são moldados por ela<sup>15</sup>.

Importa frisar que os movimentos sociais se apropriam das redes tecnológicas como forma de acoplamento estrutural<sup>16</sup> na tentativa de *irritar o sistema*, produzir divergência, preencher as lacunas e combater as injustiças produzidas. Ademais, para Celso Fernandes Campilongo, os movimentos sociais fazem a crítica da sociedade. Portanto, seus alvos são as lacunas, as inconsistências, as perversões, o mau funcionamento e os efeitos do próprio funcionamento dos sistemas de função<sup>17</sup>.

O autor acredita que os novos movimentos sociais possuem um descontentamento em comum e que tais insatisfações se expressam por meio do protesto, à medida que tentam combater uma estrutura que impera historicamente na sociedade gerando exclusão. Capilongo salienta ainda que “os movimentos sociais provocam a realidade do direito, perseguem o objetivo de mudar o Direito e, em casos extremos mudar também toda a sociedade”<sup>18</sup>.

Descortinadas essas observações, outro ponto que merece destaque é o caráter heterogêneo dos movimentos sociais da atualidade, com a ampliação de discussões e pautas e a inauguração de uma visão mais multidimensional que envolve a interseção de marcadores sociais como gênero, classe, raça e sexualidade. Autoras do chamado feminismo interseccional como Patricia Hill Collins, por exemplo, vem apontando para a especificidade das demandas das mulheres negras, que, tradicionalmente ocultadas pelo machismo do movimento negro e do protagonismo branco do movimento feminista, vem buscando um olhar mais entrelaçado que simbolize as suas experiências individuais e coletivas<sup>19</sup>.

---

14 CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, p. 15, 2013.

15 *Ibid.*, p. 40.

16 Por acoplamento estrutural entende-se a necessidade de se trabalhar com plataformas que contribuam na efetivação do objetivo fim. Assim, verifica-se que a internet é um bom exemplo de acoplamento estrutural, pois possibilita aos movimentos sociais a facilitação da comunicação e, por conseguinte, pode resultar num maior diálogo entre os participantes dos eventos.

17 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 63, 2012.

18 *Ibid.*, p. 52.

19 COLLINS, Patricia Hill. *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*, 2. ed. New York and London: Routledge. p. 299, 2000.

Essa tentativa vem sendo observado sob lentes cada vez mais sensíveis, como pode ser notado na minuciosa análise de Collins ao relatar a tendência dos indivíduos de se identificarem e supervalorizarem o tipo de opressão que sofrem em detrimento de outras. Contradição essa que reside, para a autora, em uma abordagem que falha em perceber que a matriz de dominação apresenta poucos que são puramente vítimas ou oprimidos<sup>20</sup>.

No mesmo sentido, Tilly destaca que construir um forte movimento social pró-democracia é uma tarefa necessária para toda sociedade civil que se depara com um ambiente político opressivo<sup>21</sup>. Por sua vez, Lucia Santaella assinala que a ação dos movimentos sociais não está centrada fundamentalmente contra o Estado e não pode ser identificada como uma ação política pelo poder. As ações dos novos movimentos sociais, ao contrário de uma ação exclusiva de luta de classes, são direcionadas a qualquer adversário social<sup>22</sup>.

Todavia, paradoxalmente, ainda que alguns movimentos sociais tenham forte representação nas ruas, quando analisados no âmbito das Audiências Públicas no STF, têm tido graus variados de participação, influência e voz. No caso de grupos marginalizados, o alcance das arenas de reivindicação de direitos parece uma realidade bastante apartada, muito em razão de uma invisibilidade social que perpassa, antes de tudo, por uma esfera de reconhecimento anterior à própria deliberação.

## 2 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO STF COMO PONTE PARA A AMPLIAÇÃO DA DEMOCRACIA: UMA QUESTÃO POSSÍVEL?

Importante mencionar que “todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma através de uma disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma ideia, é uma força viva”<sup>23</sup>. Como se verifica – a luta *do e pelo* Direito é farta –, entretanto os pesquisadores propõem uma análise a partir dos anos 2009 até os dias atuais no Brasil, por meio dos novos movimentos sociais. Em outras palavras, a partir da *realização* da primeira audiência pública no Supremo Tribunal Federal - STF.

20 COLLINS, op. cit., p. 287.

21 TILLY, Charles. *Movimentos sociais como política*. Ciência Política, Brasília, v. 1, n. 3, p. 133-160, jan. 2010.

22 SANTAELLA, Lucia. Movimentos sociais não são mais os mesmos. In: FILHO, Willis Santiago Guerra (Org). *Alternativas poético-políticas ao Direito: a propósito das manifestações populares em junho de 2013 no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 02-16, 2014.

23 VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 53, 2003.

A partir desses eventos, sem excluir outros, é possível constatar que os movimentos sociais se articularam na tentativa de efetivar direitos ainda não contemplados pela sociedade, sobretudo por meio de audiências públicas. Por outro lado, as audiências públicas tornaram-se uma ferramenta importante para efetivação de direitos, justamente porque podem possibilitar uma maior participação, tanto da sociedade quanto dos órgãos públicos.

Passados alguns anos desde os primeiros movimentos sociais e audiências públicas, verifica-se sua possibilidade de abertura democrática como ponte entre o Poder Judiciário e a sociedade brasileira. Assim, em 20 de abril de 2007, foi *convocada*, pelo Ministro Ayres Britto, a primeira audiência pública no Supremo Tribunal Federal, a qual foi sucedida historicamente por mais dezenove outras sessões que discutiram temas diversos que tiveram impactos variados das pressões dos movimentos sociais.

O fator que reflete a constante necessidade de reforma está no mecanismo das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal. É importante observar que essas audiências se apresentam como uma nova ferramenta de participação social, *uma ponte imaginária* entre o judiciário e a sociedade.

Todavia, ainda que as audiências sejam uma ferramenta de extrema importância, é fundamental observar que essa “possibilidade”, não raras vezes, restringe-se à vontade e interesse dos ministros<sup>24</sup>, sem contar com a questão da dificuldade de acesso de uma população sem representatividade política ou reconhecimento social, como bem salienta Fraser, aspecto que será mais bem trabalhado no último tópico do artigo.

Ademais, com sua capacidade limitada de lidar com assimetrias entre diferentes sujeitos, as audiências mostram-se ainda marcantes, na medida em que visavam “dar voz” aos clamores sociais, “até porque os temas debatidos são diversos e envolvem, muitas vezes, interesses de grupos sociais antagônicos”<sup>25</sup>, bem como se verifica a seguir:

---

24 GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum. p. 167, 2017.

25 MAIA, Selmar José; MARTINI, Sandra Regina. Direito e movimentos sociais no Brasil: um estudo a partir das audiências públicas do Supremo Tribunal Federal. *Teoria Jurídica e Evolução Social*. v. 4, n. 2, p. 102-117, dez. 2016.

Tabela 1- Audiências Públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal:

<p>1ª: <i>Judicialização do direito à saúde.</i> Audiência convocada pelo ministro Gilmar Mendes, para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a concretização do direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal) a partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público.</p>	<p>2ª: <i>Importação de pneus usados.</i> Audiência pública convocada pela ministra Cármen Lúcia para subsidiar o julgamento de ADPF que discutia a constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados.</p>
<p>3ª: <i>Interrupção de gravidez - Feto anencéfalo.</i> Audiência pública convocada pelo ministro Marco Aurélio para subsidiar o julgamento de ADPF que discutia a possibilidade de se interromper a gravidez em casos de fetos anencéfalos.</p>	<p>4ª: <i>Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior.</i> Audiência pública convocada pelo ministro Ricardo Lewandowski para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a instituição de sistema de reserva de vagas nas <i>universidades públicas com base em critério étnico-racial</i>, bem como para estudantes egressos do ensino público.</p>
<p>5ª: <i>Lei Seca - Proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias.</i> Audiência convocada pelo ministro Luiz Fux para subsidiar o julgamento de ADI que discute a constitucionalidade da Lei nº 11.705, que proíbe a venda de bebidas alcoólicas à beira de rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia.</p>	<p>6ª: <i>Proibição do uso de amianto.</i> Audiência pública convocada pelo ministro Marco Aurélio, para subsidiar o julgamento de ADI que impugna a Lei nº 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que proíbe o uso de produtos materiais ou artefatos que contenham qualquer tipo de amianto ou asbesto em sua composição.</p>
<p>7ª: <i>Pesquisas com células-tronco embrionárias.</i> Primeira audiência pública realizada no Tribunal foi convocada pelo ministro Ayres Britto para subsidiar o julgamento da ADI nº 3.510, em que se impugnavam dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), no tocante à constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos.</p>	<p>8ª: <i>Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil.</i> Audiências públicas convocadas pelo ministro Luiz Fux para subsidiar o julgamento de processos que impugnaram dispositivos da Lei n. 12.485/2011, que estabeleceu o novo marco regulatório da televisão por assinatura no Brasil.</p>

<p>9<sup>a</sup>: <i>Campo Eletromagnético de Linhas de Transmissão de Energia</i>. Audiência pública convocada pelo ministro Dias Toffoli, para subsidiar o julgamento do Recurso Extraordinário 627189, com repercussão geral reconhecida, que discute as consequências da radiação eletromagnética para a saúde e os efeitos da redução do campo eletromagnético.</p>	<p>10<sup>a</sup>: <i>Queimadas em Canaviais</i>. Audiências públicas convocadas pelo ministro Luiz Fux para debater a controvérsia sobre a queima da palha da cana-de-açúcar, a ser analisada no Recurso Extraordinário n. 586.224, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do ministro Luiz Fux.</p>
<p>11<sup>a</sup>: <i>Regime Prisional</i>. Audiência pública convocada pelo ministro Gilmar Mendes para subsidiar o julgamento do Recurso Extraordinário 641320, com repercussão geral reconhecida, que discute a possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso quando o Estado não dispuser, no sistema penitenciário, de vaga no regime indicado na condenação.</p>	<p>12<sup>a</sup>: <i>Financiamento de Campanhas Eleitorais</i>. Audiências públicas convocadas pelo ministro Luiz Fux para debater pontos relevantes acerca dos pontos de vista econômico, político, social e cultural concernentes ao sistema de financiamento de campanhas eleitorais vigente, a ser analisado na ADI 4650.</p>
<p>13<sup>a</sup>: <i>Biografias Não Autorizadas</i>. Audiência pública convocada pela ministra Cármen Lúcia para subsidiar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que requer a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), nos quais se conteria disposição que proíbe biografias não autorizadas pelos biografados.</p>	<p>14<sup>a</sup>: <i>Programa Mais Médicos</i>. Audiência pública convocada pelo ministro Marco Aurélio para subsidiar o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade que impugnaram a Medida Provisória 621, de 8 de julho de 2013, que instituiu o denominado “Programa Mais Médicos” - ADI nº 5.037, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados - CNTU, e a ADI nº 5.035, proposta pela Associação Médica Brasileira - AMBR.</p>

<p>15<sup>a</sup>. <i>Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil</i>. Audiências públicas convocadas pelo ministro Luiz Fux para a oitiva de titulares de direito autoral, entidades estatais envolvidas com a matéria e representantes da sociedade civil, a ser analisado nas ADI 5062 e ADI 5065. Não se destina a colher interpretações jurídicas dos textos constitucional ou legal, mas sim a esclarecer questões técnicas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento da gestão coletiva de direitos autorais.</p>	<p>16<sup>a</sup> <i>Internação hospitalar com diferença de classe no sus</i>. Audiência pública convocada pelo ministro Dias Toffoli para ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre a modalidade “diferença de classe” de internamento hospitalar no Sistema Único de Saúde (SUS), de modo a subsidiar a Corte com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa em juízo, no RE nº 581.488.</p>
<p>17<sup>a</sup> <i>Ensino religioso em escolas públicas</i>. Audiência pública convocada pelo ministro Luís Roberto Barroso para subsidiar o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.439, que discute os modelos de ensino religioso em escolas públicas. Referência: ADI nº 4.439.</p>	<p>18<sup>a</sup> <i>Uso do depósito judicial</i>. Audiência pública convocada pelo ministro Gilmar Mendes, nos termos do art. 21, XVII, e do art. 154, III, do RISTF, para o depoimento de autoridades e membros da sociedade em geral que possam contribuir com esclarecimentos técnicos, contábeis, administrativos, políticos e econômicos sobre o tema. Referência: ADI nº 5.072.</p>
<p>19<sup>a</sup> <i>Novo Código Florestal</i>. Audiência pública convocada pelo ministro Luiz Fux nos termos do art. 21, XVII, e do art. 154, III, do RISTF, para o depoimento de autoridades e membros da sociedade em geral que possam contribuir com esclarecimentos técnicos, econômicos e ambientais sobre o tema. Referência: ADI nº 4.901, ADI nº 4.902, ADI nº 4.903, ADI nº 4.937.</p>	<p>20<sup>a</sup>: <i>Armazenamento de Perfis Genéticos de Condenados por Crimes Violentos ou Hediondos</i>. Audiência Pública convocada pelo Ministro Gilmar Mendes nos termos do art. 21, XVII, e do art. 154, III, do RISTF, para o depoimento de pessoas conhecedoras de Genética e sua aplicação à investigação forense, além de estudiosos do tema e juristas<sup>26</sup>.</p>

É importante destacar que, até o momento, vinte audiências foram realizadas pelo Supremo; entre elas, citam-se as mais polêmicas em termos de discussão social. A primeira audiência versou sobre judicialização no Sistema Único de Saúde, considerando que os municípios e os estados negavam o fornecimento de medicamentos com custo elevado a pacientes em estado de saúde grave.

26 MAIA, Selmar José; MARTINI, Sandra Regina. Direito e movimentos sociais no Brasil: um estudo a partir das audiências públicas do Supremo Tribunal Federal. *Teoria Jurídica e Evolução Social*. v. 4, n. 2, p. 102-117, dez. 2016.

Nesse sentido, para Gilmar Mendes, a audiência pública buscou analisar os fatos de ambas as esferas, chegando-se ao entendimento de que, no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de “interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, visto que, em quase a totalidade dos casos, ocorre apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”<sup>27</sup>.

A terceira audiência tratou sobre interrupção de gravidez - feto anencéfalo e teve forte impacto social, justamente pela relevância e complexidade do assunto, o qual envolve questões socioeconômicas, além de aspectos relativos ao gênero, ao saber médico e aos critérios que definem o tratamento da sexualidade. Vale ressaltar que, no Brasil, assim como em muitos outros países da América Latina, o aborto é um dos mais graves problemas de saúde pública, muito em razão da clandestinidade do ato.

Por fim, tem-se a audiência que discute sobre o Novo Código Florestal. Para o Ministro Luiz Fux, a despeito das várias audiências públicas já realizadas pelo STF, em poucos momentos vivenciaram-se apresentações com tal profundidade científica como na referida audiência. O Ministro considera ainda que, além de representantes de movimentos sociais e da sociedade civil, acadêmicos, pesquisadores e representantes de órgãos governamentais relacionados à questão ambiental participaram ativamente do debate<sup>28</sup>. Em suas palavras:

Entre as dezenas de expositores que passaram pela Sala de Sessões da Primeira Turma desde a manhã de hoje estavam presentes, além de representantes de movimentos sociais e da sociedade civil, diversos acadêmicos, pesquisadores e representantes de órgãos governamentais relacionados à questão ambiental. “Quando pensei em uma audiência pública pensei exatamente na ideia de o Judiciário dar uma decisão justa à luz de algo como o que foi aqui exposto”, afirmou. Para o ministro, a audiência pública é uma resposta à crítica que existe quanto à falta de capacidade institucional da magistratura para o julgamento de determinadas questões de maior complexidade<sup>29</sup>.

---

27 SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/05/participantes-de-audiencia-defendem-continuidade-do-mais-medicos>>. Acesso em: 21 maio 2017.

28 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

29 Ibid.

Em outras tintas, em uma primeira análise, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal caminhou no sentido de ampliar o acesso democrático da população ao Judiciário. Para Fux, a audiência referente ao Código Florestal serviu como uma resposta à crítica existente em relação ao STF quanto à incapacidade institucional da magistratura de ouvir os clamores de todos os setores da sociedade em questões de maior complexidade e que envolvem interesses antagônicos<sup>30</sup>.

Ademais, as audiências públicas aliadas às ferramentas tecnológicas (e-Cidadania, Alô Senado) podem ampliar a participação democrática. Nesse sentido, David Harvey aponta que as ferramentas tecnológicas, quando trabalham junto com política de rua ativa, podem ser um recurso fabuloso<sup>31</sup>. Nesse viés, é importante lembrar que os movimentos sociais surgiram como forma de combate a toda forma de repressão, injustiça social e temas tidos como dogmas. Sobretudo, no que diz respeito a assuntos que ainda encontram muita divergência a partir de uma análise que considere aspectos culturais, sociais, jurídicos e econômicos.

Mesmo que seja notória a conquista e o potencial democrático de tal instrumento, não há como negar a sua dificuldade em contemplar demandas mais delicadas de muitos movimentos sociais que não gozam do poder e influência política necessária para alcançar essa esfera pública de debate. Nesse ínterim, observam-se questões, por exemplo, como o acesso à saúde e a ratificação do registro civil da população transexual que ainda parecem estar longe do alcance da esfera das audiências públicas e da sua possibilidade de garantia de direitos.

A partir das construções teóricas de autoras como Nancy Fraser e Patricia Hill Collins, indaga-se se a estrutura em que foram teoricamente concebidas as audiências públicas é eficaz para lidar com as assimetrias que surgem a partir das relações sociais de poder. Desse modo, talvez pensar em uma única esfera pública para a concretização das demandas de alguns grupos minoritários não seja o mais ideal.

---

30 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

31 HARVEY, David. Movimentos sociais no século XXI. In: MARICATO, Ermínia. *Cidades rebeldes*. Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, p.18-30, 2013.

### 3 ACERCA DA INSUFICIÊNCIA DA ESFERA PÚBLICA OFICIAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS MINORIAS

Importa destacar que, ao se conceber as audiências públicas como um modelo democrático de debate das questões que envolvem interesses sociais conflitantes, é necessário se discutir a própria definição de esfera pública. Nesse ínterim, Fraser traz que concepções marxistas dominantes, que comumente influenciaram a pauta dos movimentos sociais clássicos, falham em diferenciar os aparatos do Estado (como as audiências públicas) das demais arenas públicas de debate e associação. Essa visão acaba se tornando obstáculo à participação democrática, na proporção em que legitima a institucionalização de uma forma estatal autoritária de controle dos debates<sup>32</sup>.

Outro problema conceitual para autora um pouco menos trágico é relativo à confusão comum de algumas feministas em considerar a expressão como significando tudo aquilo que está fora da esfera familiar ou doméstica. Essa posição interpretativa é insensível às distinções do que, dentro da esfera pública, representa o Estado, a economia oficial do trabalho assalariado e as arenas públicas de discurso, ao passo em que confluem todas elas no mesmo conceito amplo, sendo um exemplo de eventual problema prático decorrente as críticas dos movimentos sociais feministas ao trabalho doméstico estarem indo de encontro à sua reificação em uma economia capitalista.

Fraser levanta essas críticas para introduzir sua própria definição de esfera pública, destituída de um atrelamento conceitual com relações econômicas e a noção de Estado, que remonta muitos aspectos do trabalho teórico de Jürgen Habermas. Nesse sentido, uma esfera pública habermasiana, em contrapartida, representaria um teatro no qual a participação política é mediada pelo diálogo ou, em outras palavras, um espaço em que cidadãos deliberam sobre seus assuntos comuns em uma arena institucionalizada de interação discursiva. Através dessa separação, então, as noções essenciais relacionadas à esfera pública podem ser mais bem delimitadas<sup>33</sup>.

Ao remontar a pesquisa de Habermas sobre o breve e tímido surgimento histórico de um modelo burguês de esfera pública (antes do Estado de bem-estar social), Fraser sinaliza para um mecanismo

---

32 FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. Social Text, Duke University Press, v.25, n. 26, p. 56-80, 1990.

33 *Ibidem*, 1990.

institucionalizado para racionalizar uma política de dominação ao tornar os Estados, de alguma forma, responsáveis por dar alguma satisfação para (alguns) cidadãos. Nisso, criou-se uma arena discursiva voltada para o consenso e o “bem comum”, que era idealmente irrestrita e acessível a todos, porém cega às desigualdades de status através de uma associação dos debatedores como pares (*peers*)<sup>34</sup>.

Mesmo com uma roupagem aparentemente democrática, esse modelo proposto por Habermas peca em não se atentar para questões sociais relevantes, a exemplo da sua exclusão de aspectos relativos a gênero. A autora aponta para pesquisas históricas na França pós-revolução que revelam a idealização dessas arenas públicas burguesas em um estilo que valorizava comportamentos “masculinizados” como a virtude e o pretensão aspecto de racionalidade dos discursos, o que desencadeou, no auge do reinado jacobino, a exclusão formal das mulheres da vida política oficial e uma distinção sexista afeiada entre as esferas públicas e privadas<sup>35</sup>.

Fraser considera fundamental e inevitável uma participação dos cidadãos em arenas contrapúblicas de debate para a efetivação da democracia, a exemplo das múltiplas esferas públicas nacionalistas, camponesas, de mulheres de elite e da classe operária. A partir dessa tese, a autora remonta estudos que denotam que a imagem de exclusão feminina da esfera pública tem um viés de gênero, já que, historicamente, essa imagem de distanciamento e silenciamento das mulheres parece atrelada apenas àquela arena burguesa idealizada como oficial.<sup>36</sup>

A despeito de defender evidências de uma maior participação histórica das mulheres do que costuma ser creditado, a teórica estadunidense lembra que a questão do amplo acesso à justiça não pode ser reduzido às exclusões formais. É necessário um olhar através das próprias interações discursivas dentro dessas arenas públicas, visto que a visão clássica nos levaria a deixar de lado as diferenças como pares (*peers*) sociais e econômicos. Historicamente, as arenas públicas burguesas foram governadas por protocolos de estilo e decoro que, em si mesmos, marcam uma inequidade social<sup>37</sup>.

34 FRASER. op. cit., p. 56.

35 FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. Social Text, Duke University Press, v.25, n. 26, p. 56-80, 1990.

36 Ibid., p. 61.

37 Ibid., p. 63.

A partir daí, são levantados exemplos de como obstáculos velados para a participação democrática de grupos oprimidos são levantados pela autora, como a tendência de homens interromperem ou ignorarem a fala de mulheres, a dificuldade de comunicação de certos grupos economicamente oprimidos e outras formas mascaradas de dominação. Ademais, a propriedade dos grandes veículos de comunicação por grupos mais abastados certamente contribui para a manipulação de massas em direção a interesses econômicos em temas controversos<sup>38</sup>. (A exemplo de muitos dos debatidos em audiências públicas, como o Código Florestal).

O conceito de contrapúblicos envolve também pesquisas historiográficas de como outras formas de organização políticas paralelas de grupos subalternos, como mulheres, trabalhadores, negros e gays é mais vantajosa, na medida em que envolve a criação e circulação de contradiscursos que trazem uma visão alternativa das suas próprias identidades, interesses e necessidades, de algum modo apartada dos meios de comunicação hegemônicos. A História remonta a importância dessas mobilizações sociais alternativas para a própria reformulação de termos como assédio sexual, sexismo e estupro marital, o que ajuda a tratar as assimetrias presentes na esfera pública oficial.<sup>39</sup>

Desse modo, é interessante pensar em outro aspecto democrático dos movimentos sociais, ainda mais na sua apresentação contemporânea mais interseccionada, que possibilita a propagação de formas de contrapúblicos subalternos. De um lado, essas arenas funcionariam como espaços de proteção e reagrupamento para grupos oprimidos e do outro, como bases de preparação para a atividade política direcionada para espaços de discussão mais amplos, a exemplo das audiências públicas. O poder de emancipação reside nessa tentativa de reduzir as assimetrias sociais.

A questão de espaços seguros de deliberação, não precisamente pela noção de contrapúblicos, é também apontada por teóricas feministas negras como Collins. A autora acredita que esses espaços são essenciais para mulheres negras, e outros grupos oprimidos, conversarem livremente e existirem como um grupo social viável aparte de uma “ideologia hegemônica”. Para tanto, presume-se o desenvolvimento da relação entre essas próprias mulheres tanto em espaços familiares como em igrejas e outras organizações. Uma das intenções é estabelecer mentoras que as

---

38 FRASER, op. cit., p. 64-65

39 FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. Social Text, Duke University Press, v. 25, n. 26, p. 56-80, 1990.

empoderem através dos conhecimentos essenciais para a sua sobrevivência e formação identitária longe de processos sociais como a objetificação e a construção imaginária da mulher negra pela ampla cultura.<sup>40</sup>

Mesmo que esses espaços de proteção propostos por Collins tenham uma deliberada concepção mais exclusória, natureza e propósito que Fraser nega em relação aos contrapúblicos. A intenção é, no fim, a efetivação da democracia através de uma sociedade mais inclusiva e justa.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi possível perceber no decorrer do presente trabalho, a proposta das audiências públicas é fomentar a aproximação e a troca de ideias entre diferentes grupos sociais e políticos, os quais, muitas vezes, carregam interesses antagônicos. Há, sem sombra de dúvidas, aspectos positivos na maior aproximação do Judiciário à realidade e clamores sociais e na proposta democrática habermasiana voltada para o consenso e o “bem comum” dos cidadãos.

Entretanto, faz-se mister expor como a noção de uma única esfera pública de debate como forma de efetivação da democracia é insuficiente para lidar com as assimetrias presentes em múltiplas relações sociais de poder que, cada vez mais, aparecem como marcas de uma sociedade globalizada. As pautas e demandas dos novos movimentos sociais requererem um refinamento das críticas da participação democrática que envolva uma maior valorização e fortalecimentos de grupos sociais que se encontram em situação vulnerável.

Desse modo, as releituras de fatos históricos e as críticas trazidas na teoria política de Nancy Fraser são importantes para enfrentar não apenas a discussão da apreciação das demandas dos movimentos sociais nas audiências públicas do Supremo Tribunal Federal, como também do ordenamento jurídico como um todo. Proposições teóricas como os espaços seguros de proteção e empoderamento e os contrapúblicos subalternos podem servir para aperfeiçoar os instrumentos democráticos que se propõem a garantir a efetividade dos direitos consagrados e o acesso, não apenas formal, à justiça.

---

40 COLLINS, Patricia Hill. *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*. 2. ed. New York and London: Routledge, p. 100-102, 2000.

**REFERÊNCIAS**

- ALONSO, Angela. *As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate*. São Paulo: Lua Nova, v. 76, n. 02, p. 49-86, dez. 2009.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013, p. 277-302.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- COLLINS, Patricia Hill. *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*, 2.ed. New York and London: Routledge. 2000.
- FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. *Social Text, Duke University Press*, v. 25, n. 26, p. 56-80, 1990.
- GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GOHN, Maria da Glória; BRINGEL, Breno. Movimentos sociais na era global. In: GOHN, Maria da Glória; BRINGEL, Breno M. (Org). *Movimentos sociais na era global*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
- HARVEY, David. Movimentos sociais no século XXI. In: MARICATO, Ermínia. *Cidades rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, Carta Maior, 2013.
- IOKOI, Zilda Márcia Grícoli. Movimentos sociais na América Latina: desafios teóricos em tempos de globalização. In: QUEVEDO, Júlio; LOKOI, Márcia Grícoli (Org). *Movimentos sociais na América Latina: desafios teóricos em tempos de globalização*. Santa Maria: MILA, CCSH, Universidade Federal de Santa Maria, 2007.

LEFORT, Claude. *Pensando o político*: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Claude Lefort; tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MCADAM, Doug; TARROW, Sidney; TILLY, Charles. *Para mapear o confronto político*. São Paulo: Lua Nova, v. 76, n. 02, dez. 2009.

MAIA, Selmar José; MARTINI, Sandra Regina. Direito e movimentos sociais no Brasil: um estudo a partir das audiências públicas do Supremo Tribunal Federal. *Teoria Jurídica e Evolução Social*. v. 4, n. 2, dez. 2016.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

SANTAELLA, Lúcia. Os movimentos sociais não são mais os mesmos. In: FILHO, Willis Santiago Guerra (Org). *Alternativas político-políticas ao direito*: a propósito das manifestações populares em junho de 2013 no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/05/participantes-de-audiencia-defendem-continuidade-do-mais-medicos>>. Acesso em: 21 maio 2017.

SOUZA, Luciana Cristina de. A função social do Direito e a concreção da cidadania. In: COSTA, Igor Sporch; MIRANDA, João Irineu de Resende (orgs.). *Direito e movimentos sociais. A busca da efetivação da igualdade*. Curitiba: Juruá, 2012.

*SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 12 maio de 2017.

*SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em: 12 maio de 2017.

TILLY, Charles. Movimentos sociais como política. *Ciência Política*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 133-160, jan. 2010.

VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

WARREN, Ilse Scherer. Movimentos sociais e geração de novos direitos em tempos globais: o caso brasileiro. In: GOHN, Maria da Glória; BRINGEL, Breno M. (Org). *Movimentos sociais na era global*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

Esta Obra foi impressa pela Imprensa Nacional  
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília - DF  
Tiragem: 300 exemplares