

REVISTA DA  
**AGU**

volume 17 nº 03 - Brasília-DF, jul./set. 2018

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

|                |          |       |       |          |                |
|----------------|----------|-------|-------|----------|----------------|
| Revista da AGU | Brasília | v. 17 | nº 03 | p. 1-392 | jul./set. 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

### ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTA

Maria Aparecida Araujo de Siqueira

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

|   |  |
|---|--|
| Maria Aparecida Araujo de Siqueira          | Secretária-Geral de Consultoria        |
| Sérgio Eduardo de Freitas Tapety            | Procurador-Geral da União              |
| Fabrcício 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 da União |
| Cristiano de Oliveira Lopes Cozer           | Procurador-Geral do Banco Central      |
| Isabella Maria de Lemos                     | Secretária-Geral de Administração      |
| Francis Christian Alves Scherer Bicca       | Ouvidor 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,**  
**ESPAÑA)**

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, ESPAÑA)**

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

### **ADELICIO MACHADO DOS SANTOS - SC**

Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Mestre em Relações Internacionais. Especialista em Psicologia Organizacional e do Trabalho; em Psicopedagogia; em Gestão Educacional; em Supervisão, Orientação e Administração Escolar; em Direito Civil; em Negócios Internacionais; e em Ecumenismo e Diálogo Inter-religioso. Advogado (OAB / SC nº 4912).

### **ADRIANE PINTO RODRIGUES DA FONSECA PIRES - RS**

Doutoranda em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região desde 2001.

### **ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO - MG**

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.

### **AUGUSTO CEZAR BARAUNA - SP**

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

### **CARINA BARBOSA GOUVÊA - PE**

Doutora e Mestre em Direito pela UNESA, área de concentração Direito Público e Evolução Social, Linha de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Membro do GGINNS (Grupo de Pesquisa Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional (NPJuris/UNESA-RJ); Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Laboratório de Estudos Comparados Latino Americano e

Europeu (CECLAE). É Advogada (OAB/BA e OAB/RJ) e membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ.

### **CLAUDIO JOSÉ AMARAL BAHIA - SP**

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Possui mestrado em Direito Constitucional - Instituição Toledo de Ensino. Graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino e Atualmente é professor - Instituição Toledo de Ensino na graduação e na pós-graduação stricto sensu. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional.

### **CRISTINA VELOSO CASTRO - MG**

Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Ambientais da Universidade Brasil - Campus de Fernandópolis. Pós Doutor em Direito e Saúde, pela Universidade de Messina, Itália. Doutor em Sistema Constitucional de Garantias de Direito pelo Instituto Toledo de Ensino, graduação em Direito - Faculdades Integradas Riopretense. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto e Doutor em Derecho Empresarial pela Universidade de Extremadura.

### **DANIEL GUSTAVO FALCÃO**

#### **PIMENTEL DOS REIS - SP**

Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP e da Escola de Direito de Brasília do IDP. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Eleitoral do IDP. Doutor, Mestre e Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Advogado.

### **FABIO RESENDE LEAL - SP**

Doutorando e Mestre em Direito, graduado, pós-graduado (lato sensu) pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Atualmente, é Professor Adjunto da UNIP (Campus de Bauru = graduação em direito) e da UNIP Interativa (pós-graduação em direito). Autor do livro "A celeridade processual como pressuposto da efetividade dos direitos fundamentais" (Curitiba: Juruá, 2011). Advogado, atuando na área empresarial e contenciosa.

**FELIPE MAGALHÃES BAMBIRRA  
- GO**

Pós-Doutor pela Universidade Federal de Goiás - Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar de Direitos Humanos (PPGIDH). Doutor e Mestre em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor na Universidade Alves Faria (ANIALFA - GO). Professor Titular do Unicentro Alves Faria (GO). Professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar de Direitos Humanos (PPGIDH-UFG)

**HELENA KUGEL LAZZARIN - RS**

Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Advogada no Escritório de Advocacia Lazzarin Advogados Associados.

**IURE SIMIQUEL BRITO - RJ**

Doutorando em direito pela Universidad Nacional de La Plata - Argentina. Mestre em direitos humanos pela Universidade Católica de Petrópolis, professor de direito penal e I.E.D na Unig - Campus V - Itaperuna - RJ. Professor na Universidade Iguacu - Campus V, nas disciplinas IED e Direito Penal. Professor licenciado na Rede Doctum de ensino - Campus Carangola M.G. Mestre em direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em direito penal e processual penal. Procurador de Câmara Municipal até o ano de 2016. Advogado.

**JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO  
NETO - PR**

Pós-Doutorando em Direito pelo MACKENZIE. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público, pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro - UCAM/RJ. Graduado em Direito pela PUCPR. Advogado. Membro da Comissão de Educação Jurídica - OAB/PR.

**LETICIA VIRGINIA LEIDENS - RJ**

Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho/Veiga. Aperfeiçoamento em Diritto Comparato pela Università Degli Studi di Salerno, com bolsa de estudos do Ministero Degli Affari Esteri Italiano

e della Cooperazione Internazionale. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora do Departamento de Direito de Macaé, da Universidade Federal Fluminense - UFF. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Especiais - Direito Internacional Privado, atuando principalmente em direito de família transnacional.

**LUCIANO SOUTO DIAS - MG**

Doutorando pela Unisinos. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Mestre em Direito Internacional Público pela UPAP. Especialista com pós-graduado *latu sensu* em Direito Civil e Direito Processual Civil, pela FADIVALE. Professor titular do curso de graduação em Direito na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - FADIVALE, nas disciplinas de Direito Processual Civil e Prática de Processo Civil e professor nos cursos de pós-graduação *latu sensu* na disciplina Direito Processual Civil. Professor convidado em cursos da Rede de Ensino Doctum. Conciliador do CEJUS (Centro Judiciário de Solução de Conflitos), do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Membro do Conselho Superior da FADIVALE. Colunista do Jornal Diário do Rio Doce. Controlador Geral do Município de Governador Valadares/MG. Integrante do Fórum Brasileiro Permanente de Processualistas Cíveis. Palestrante. Sócio-proprietário do escritório Luciano Souto Advogados Associados. Advogado civilista.

**LUIS RENATO VEDONATO- SP**

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Professor Doutor da UNICAMP. Professor do Programa de Mestrado da UNIMEP.

**MARCELLY FUZARO GULLO - SP**

Doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca - FDF. Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Professora Universitária. Advogada.

**MARCIA CRISTINA XAVIER DE SOUZA - RJ**

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora adjunta da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Faculdade de Guanambi (onde também leciona no Mestrado em Direito). Coordenadora do LEMAJ - Laboratório de Estudos de Meios Adequados de Justiça (FND/UFRJ) e pesquisadora do PPGD da Faculdade de Guanambi e do LETACI/PPGD/UFRJ, Membro do ICPC - Instituto Carioca de Processo Civil e da ABDPro - Associação Brasileira de Direito. Graduada em Ciências Contábeis pela UERJ e em Direito pela Universidade Cândido Mendes-Centro.

**MARCIA ELAYNE BERBICH DE MORAES - RJ**

Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professora da Universidade Veiga de Almeida - UVA. Advogada.

**MÁRCIO CARVALHO FARIA - RJ**

Doutor e Mestre em Direito Processual (UERJ). Professor Adjunto de Direito Processual Civil (UFJF). Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, seção Juiz de Fora (IAMG-JF). Membro integrante da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO).

**MARCIO ALENADRO CORREIA TEIXEIRA - MA**

Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Maranhão. Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Maranhão. Especialização em Magistério Superior pela Universidade Ceuma - Uniceuma. Professor de Ciência Política e Estado no Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão - DEDIR/UFMA.

**MARCO CESAR CARVALHO - MG**

Mestre em Direito pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino, de Bauru/SP. Especialista em Jurisdição Constitucional pelo Curso de Alta Formazione in Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti - III Edizione, ministrado na Università di Pisa, Dipartimento

di Giurisprudenza. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela FAAP, campus de Ribeirão Preto/SP. Especialista em Direito Previdenciário, pela Academia Francana de Direito.

**MARIA CÉLIA DA SILVA GONÇALVES - MG**

Pós-doutoranda em Educação na Universidade Católica de Brasília e Pós-doutoranda em História na Universidade de Évora em Portugal. Doutora em Sociologia. Mestre em História. Licenciada em História, Geografia e Pedagogia, Investigadora Visitante do CIDEHUS - Centro Interdisciplinar de História, Culturas e Sociedades da Universidade de Évora, professora de História do Direito e Sociologia Jurídica há 22 anos. Editora Responsável pela Revista Humanidades & Tecnologia - ISSN1809-1628, qualis B2 em ENSINO e MEIO AMBIENTE.

**MARIA DA GLÓRIA COSTA GONÇALVES DE SOUZA AQUINO - MA**

Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professora Adjunta, lotada no Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pós-graduado Lato Sensu em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

**MARIA RITA RODRIGUES - RJ**

Estuda mestrado em Direito Urbanístico pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Perita Judicial Ambiental. Graduada em Direito. Advogada.

**MARTINHO MARTINS BOTELHO - PR**

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), especialista em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), especialista em Ensino e

Pesquisa na Ciência Geográfica (Unicentro), especialista em Transportes Regionais Integrados pela Università degli Studi di Roma I, La Sapienza - Instituto Mercosul de Formação (IMF), graduado em Direito pela PUC PR, em Ciências Econômicas pela UFPR, em Geografia pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), graduando em Matemática pela UFPR.

#### **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.

#### **MEILYNG LEONE OLIVEIRA - SP**

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Pedagoga, especialista em Direito Empresarial pela FGV e em Gestão Escolar pela Universidade Metropolitana de Santos. Graduada em Direito, com segunda graduação em Pedagogia. Presidente da Comissão do Meio Ambiente da OAB/SP, 44ª Subseção. Tem experiência na área de Direito e Educação. Advogada.

#### **MICHELLE SOARES GARCIA - RO**

Professora titular de Direito Constitucional. Departamento de Direito Público. Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Pesquisadora da Universidade de Génova- Itália. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra-PT. Especialista em Docência do Ensino Superior pelo Centro Universitário Barão de Mauá. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

#### **PAULO FERNANDO SOARES**

##### **PEREIRA - MA**

Doutorando em Direito, Constituição e Democracia pela Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR-UFMA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima - UFRR. Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal com exercício no Estado do Maranhão). Professor Universitário.

#### **PEDRO RAFAEL MALVEIRA**

##### **DEOCLECIANO - CE**

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Coordenador do Curso de Direito da Unicatólica de Quixadá.

#### **RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL**

##### **- RN**

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Professor Adjunto no Curso de Direito e do Mestrado Profissional em Administração Pública (PROFIAP) da UFERSA.

#### **REGINA HELENA GOMES DA**

##### **SILVA - FRANÇA**

Doutora em Direito (Público) pela Universidade de Rennes 1 - França. Especialista “latu sensu” em Direito Público, Anhanguera - UNIDERP. Bacharel em Ciências Jurídicas e sociais, PUC de Campinas. Experiente em Direito do Trabalho, Direito Contratual, Direito Administrativo e da Propriedade Intelectual e Industrial.

#### **RICARDO OLIVEIRA ROTONDANO**

##### **- DF**

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Gama Filho (UGF). Bolsista CAPES. Advogado.

#### **ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO**

##### **NELSON - RN**

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara.

**RODRIGO GARCIA SCHWARZ - SC**

Professor Doutor do PPGD (Mestrado em Direito) da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Doutor em Direito, Doutor em História, com Pós-doutorados no Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no Centro de Estudios Avanzados da Universidad Nacional de Córdoba, na Pontificia Universidade Católica de São Paulo, na Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano e na Universidad de Manizales.

**RUI MIGUEL ZAFERINO FERREIRA  
- ESPANHA**

Doutorando em Direito, pela Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Direito em Ciências Jurídico-Económicas, pela

Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigador na Universidade de Santiago de Compostela. Professor-convidado da aula de "Direito Orçamentário e finanças públicas na Península Ibérica", ministrada no dia 15 de julho de 2016, no âmbito do curso intensivo de verão "El Derecho Ibérico y su Influencia en América Latina", na Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Advogado.

**THAIS BERNARDES MAGANHINI**

**- RO**

Doutora em Direito Difuso e Coletivo pela PUC SP, mestre em direito pela Universidade de Marília-SP, professora adjunta no departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia.

## AUTORES

### **ANDRÉ GALVÃO - PE**

Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Pós Graduado em Direito Tributário pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco – FDR/UFPE. Professor e advogado.

### **CLÉCIA LIMA FERREIRA - PORTUGAL**

Doutora em Ciência Política com especialidade em Políticas Públicas pela Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Universidade Nova de Lisboa. Mestra em Ciência Política e Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Universidade Nova de Lisboa. Membro Titular de FLACSO - Facultad de Derecho.

### **CRISTIANO APARECIDO QUINAIA - SP**

Mestrando em Direito Constitucional, Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Advogado.

### **DÉBORA DE JESUS OLIVEIRA SANTOS - SE**

Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes - Unit.

### **DENISE PIRES FINCATO - RS**

Pós-Doutorado pela Universidad Complutense de Madrid. Doutorado em Direito pela Universidad de Burgos. Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

### **FELIPE JALES RODRIGUES - PA**

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Advogado.

### **FRANCISCO GERALDO MATOS SANTOS - PA**

Mestrando em Ciência Política (UFPA). Especialista em Processo Penal pela Faculdade Damásio. Pós Graduando em Direito Público pela Faculdade Damásio.

### **GABRIELA ALMEIDA MARCON - AGU/SC**

Mestre em Administração. Pós-Graduada em Direito. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010) e graduação em Administração pela Universidade do Estado de Santa Catarina (2010). Procuradora Federal. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina.

### **GEORGE BARBOSA JALES DE CARVALHO - AGU/RS**

Mestre em Direito pela PUC-RS. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade São José - Timon-MA. Procurador Federal. Chefe da Procuradoria Federal Especializada do INCRA no Piauí.

### **GRACE LADEIRA GARBACCIO - SP**

Doutora e Mestre em Direito Ambiental Professora em diversas disciplinas do direito e da área de gestão.

### **JOSÉ ANTÔNIO REMÉDIO - SP**

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de Engenheiro Coelho (UNASP).

**LARISSA BATISTA SOARES - SE**

Graduanda em Direito Bacharelado pela Universidade Tiradentes - UNIT. Atualmente estagia no Ministério Público Estadual de Sergipe.

**LEONARDO JOSÉ DE ARAÚJO RIBEIRO - SP**

Mestre em Direito Político e Econômico, na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduando em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Advogado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil.

**LUCAS ELYSEU ROCHA NARCIZO MENDES - RJ**

Bolsista CNPq PIBIC, ex bolsista PIBID em Geografia da Universidade Federal Fluminense - campus de Campos de Goytacazes/RJ. Ensino Fundamental Colégio de São Bento Rio de Janeiro. Certificado proficiência equivalente à conclusão do ensino médio pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro.

**LUDMILA ELYSEU ROCHA - RJ**

Doutorado em Educação pela UFRJ/PPGE - Programa de Políticas Públicas e Gestão Educacional. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Licencianda em Filosofia pela UFRRJ - Instituto de Filosofia e Ciências Sociais/IFCS. Pós graduanda em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Faculdade de Filosofia de São Bento/RJ.

**LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER - PR**

Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM Paraná. Mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná na graduação, na pós lato

sensu onde coordena a especialização em Direito, logística e negócios internacionais, e no strito sensu, no mestrado e doutorado, e da Unicuritiba, no Curso de Relações Internacionais, na graduação e na pós.

**LYSSANDRO NORTON SIQUEIRA - MG**

Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RIO. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Procurador do Estado de Minas Gerais e Procurador-Chefe da Procuradoria de Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente (Advocacia-Geral do Estado).

**MARCELO RODRIGUES DA SILVA - SP**

Mestrando em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) (bolsista CAPES/PROSUP). LL.M. (Master of Laws) em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP/FDRP. Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Especialista em Direito Público pelo Damásio em convênio com a Universidade Potiguar. Colunista da Escola Superior de Direito Público (ESDP).

**MARCUS DE FREITAS GOUVEA - AGU/MG**

estrado em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Juiz de Fora, graduado em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Jr. Procurador da Fazenda Nacional/PFN. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário.

**MARIA FERNANDA BOTTALLO - SP**  
Mestre em Direito Ambiental/Direito Urbanístico na Universidade Católica de Santos. Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito. Professora e Tutora de Direito, Comunicação Social, Metodologia e Produção Textual.

**PAULO VALDEMAR DA SILVA BALBÉ - RS**  
Mestre em Direito pelo IMED-RS. Professor das disciplinas de Direito Empresarial e Direito Tributário nas Faculdades João Paulo II -Passo Fundo/RS. Procurador da Fazenda Nacional.

**REGIANE NISTLER - SC**  
Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional - IMED, campus de Passo Fundo, RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho e graduada em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - Unidavi. Professora dos cursos de Direito e Administração da Unidavi. Advogada.

**SALETE ORO BOFF - RS**  
Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Professora do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da IMED. Professora do IESA.

**SÉRGIO TIBIRIÁ AMARAL - SP**  
Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE. Mestre em Direito

das Relações Públicas pela Universidade de Marília e em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino. Professor titular da Faculdade de Direito de Presidente Prudente e da Toledo Prudente Centro Universitário.

**TANISE ZAGO THOMASI - SE**  
Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pelotas, mestrado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul e doutorado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Atualmente é advogada - Ordem dos Advogados do Brasil/RS e professora adjunta na Universidade Federal de Sergipe e Universidade Tiradentes. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade Tiradentes.

**THIAGO WERNER RAMASCO - PR**  
Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUC-PR. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Advogado.

**TÚLIO PICANÇO TAKETOMI - AGU/DF**  
Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica junto ao Comando da Aeronáutica. Pós-graduação em Direito Público pela Faculdade Projeção. Curso de Atualização em Temáticas Jurídicas Relevantes. Aprovado com Mérito no Entry Level Certificate in English (ESOL) - Entry 2 da University of Cambridge. Aprovado no Entry Level Certificate in English (ESOL) - Entry 3 da University of Cambridge.

## SUMÁRIO

Editorial.....17

### ARTIGOS

Da Onipotência do Legislador ao Protagonismo Judicial: reflexões sobre o Problema da Efetividade dos Direitos na Sociedade Contemporânea  
*From the Legislator Onipotence to Judicial Protagonism: reflections on the Problem of the Effectiveness of Rights in Contemporary Society*  
André Galvão .....19

A Educação como Fator Operante para Reduzir o Femicídio em Sergipe  
*Education as Operating Factor to Reduce Feminicity in Sergipe*  
Clécia Lima Ferreira  
Larissa Batista Soares.....39

Imigração, Estado de Bem-Estar e a Nova Política Imperialista  
*Immigration, Welfare State and the New Imperialist Policy*  
Cristiano Aparecido Quinaia  
Sérgio Tibiriçá Amaral.....61

O Princípio da Eficiência do Direito Brasileiro Enquanto Metanorma  
*The Principle of the Efficiency of Brazilian Law While Metanorma*  
Francisco Geraldo Matos Santos  
Felipe Jales Rodrigues .....81

A Função Social do Protesto Extrajudicial dos Títulos e Outros Documentos de Dívida no Brasil  
*The Social Function of Public Notary Protest of Securities and Other Debt Documents Under Brazilian Law*  
Gabriela Almeida Marcon .....107

A Implantação do Trabalho Remoto no Âmbito da Procuradoria Geral Federal  
*The deployment of remote work in the National Treasury Prosecutor's Office context*  
George Barbosa Jales de Carvalho  
Denise Pires Fincato.....129

A função Social da Cidade: um estudo de caso do equipamento urbano - Biblioteca Mário de Andrade  
*The social function of the city: a case study of urban equipment - Mário de Andrade Library*  
Grace Ladeira Garbaccio  
Maria Fernanda Botallo  
Lyssandro Norton Siqueira .....149

|   |     |
|---|-----|
| Os Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção e o Uso da Informação da Empresa Colaboradora como Ativo na Reparação Integral do Dano e no Pagamento das Sanções Pecuniárias<br><i>The Leniency Agreement of Anti-Corruption Law and the Use of the Information of the Collaborating Company as an Asset for the Full Repair of the Damage and in the Payment of the Penunary Sanctions</i><br>José Antônio Remédio<br>Marcelo Rodrigues da Silva ..... | 165 |
| Fundos Abutres e o Prejuízo da New Lex Mercatoria ao Estado<br><i>Vulture Funds and the 'New Lex Mercatoria' Damages to the State</i><br>Leonardo José de Araújo Ribeiro.....   | 185 |
| Aspectos Ontognoseológicos na Revisão Bibliográfica Jurídica, Religiosa e Histórico Antropológica do Jeitinho Brasileiro<br><i>Ontognoseological Aspects in The Journal, Religious and Historical Bibliographic Revision of Brazilian Jeitinhos</i><br>Ludmilla Elyseu Rocha<br>Lucas Elyseu Rocha Narcizo Mendes.....  | 213 |
| Crítica da Execução Fiscal como Meio de Cobrança do Crédito Público em Massa: horizontes, aperfeiçoamento e alternativas<br><i>Critique to the Fiscal Execution Action as a Mass Instrument for Collection of Public Credit: horizons, improvements and alternatives</i><br>Marcus de Freitas Gouvea .....  | 233 |
| Democracia e Legitimidade na Atuação Burocrática<br><i>Idemocracy and Legitimacy in the Bureaucratic Action</i><br>Paulo Valdemar da Silva Balbé<br>Salette Oro Boff .....  | 261 |
| Transnacionalismo: uma nova dinâmica estatal<br><i>Transnationalism: a new state dynamics</i><br>Regiane Nistler.....   | 295 |
| Audiência de Custódia: como instrumento viabilizador do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana<br><i>Custody Hearing: as enabler of due process and human dignity</i><br>Tanise Zago Thomasi<br>Débora de Jesus Oliveira Santos.....   | 327 |
| Licitações no Âmbito do Mercosul<br><i>Bidding Process in the Mercosur</i><br>Thiago Werner Ramasco<br>Luis Alexandre Carta Winter.....   | 351 |
| Honorários Advocatícios e o Direito Intertemporal<br><i>Attorneys' Fees And The Intertemporal Law Enforcement</i><br>Túlio Picanço Taketomi.....  | 377 |

## EDITORIAL

Prezado leitor,

Apresentamos ao público o volume 17 nº 03 da Revista da AGU, que contempla os meses de julho, agosto e setembro, de 2018. É período de gáudio para a Advocacia-Geral da União e, em especial, para a Escola da AGU Ministro Victor Nunes Leal.

É que nossa instituição foi recentemente credenciada pelo Ministério da Educação para ofertar programas de pós-graduação lato sensu, o que salienta a vocação científica e de pesquisa desta Escola e coloca a Revista da AGU em ainda maior evidência acadêmica.

No mesmo período, a Biblioteca da Escola da AGU passou a oferecer aos seus membros e servidores o acesso às prestigiosas bases de dados Heionline e LexisNexis, as quais se somam às bases já existentes. Em breve será disponibilizado o acesso à base JSTOR, também essencial ao desenvolvimento acadêmico e científico institucional.

Diante de tal quadro, a Revista da AGU ganha ainda maior relevância. E o primor técnico dos artigos que integram a presente edição evidencia esse papel, como resultado eloquente do envolvimento e desvelo de nossos autores e do afincamento e dedicação dos pareceristas e servidores da Escola da AGU, a quem deve ser dedicado todo o êxito da publicação.

Uma vez mais, a Revista da AGU conta com contribuições de pesquisadores vinculados a diferentes instituições e com amplo perfil acadêmico e profissional. Do mesmo modo, os temas debatidos são os mais variados e provocam intensa reflexão nos venturosos leitores.

Destacamos, entre eles, o trabalho de André Galvão sobre a transição histórica dos modelos políticos de realização dos direitos fundamentais e o atual ciclópico papel do Poder Judiciário. Cristiano Aparecido Quinaia e Sérgio Tibiriçá Amaral, de seu turno, conduzem excelente ponderação acerca das migrações em massa contemporâneas e a conduta do estado moderno diante dos desafios ínsitos a esse fenômeno. Ludmilla Elyseu Rocha e Lucas Elyseu Rocha Narcizo Mendes oferecem interessante e valiosa contribuição, ao conduzirem revisão de literatura acerca do “jeitinho brasileiro”, em uma perspectiva de efetividade das normas pátrias.

Há, ainda, os notáveis trabalhos de Clécia Lima Ferreira e Larissa Batista Soares sobre o feminicídio e sua relação com os processos educacionais; de Francisco Geraldo Matos Santos e Felipe Jales Rodrigues acerca do princípio da eficiência no direito brasileiro; de Gabriela Almeida Marcon, a respeito da função social do protesto extrajudicial dos títulos, considerando sua importância para o sistema de direitos creditórios; de George Barbosa Jales de Carvalho e Denise Pires Fincato sobre a experiência do trabalho remoto na Procuradoria-Geral Federal; de Grace Ladeira Garbaccio, Maria Fernanda Botallo e Lyssandro Norton Siqueira, em um estudo de caso sobre o papel social da Biblioteca Mário de Andrade, no centro de São Paulo; de José Antônio Remédio e Marcelo Rodrigues da Silva acerca dos acordos de leniência; de Leonardo José de Araújo Ribeiro, que trata dos fundos abutres e sua relação com New Lex Mercatoria e com o Estado moderno; de Marcus de Freitas Gouvea, em uma crítica à Execução Fiscal como instrumento de cobrança de créditos públicos; de Paulo Valdemar da Silva Balbé e Salette Oro Boff, sobre a viabilidade do uso de ferramentas de participação democrática nas estruturas burocráticas estatais; de Regiane Nistler, que debate o transnacionalismo e da globalização como possível novo paradigma estatal; de Tanise Zago Thomasi e Débora de Jesus Oliveira Santos a respeito da audiência de custódia e sua relação com a dignidade da pessoa humana; de Thiago Werner Ramasco e Luis Alexandre Carta Winter, acerca das contratações públicas no Mercosul; e, finalmente, de Túlio Picanço Taketomi, sobre a relação entre os honorários advocatícios e o direito intertemporal.

Conforme se infere dos artigos ora publicados, a crítica qualificada, o debate e as propostas prolíficas florescem como artifício apto à mudança coordenada em direção ao avanço social e estatal. É nesta arena pública que se ascende, que se constroem ideias e ideais plurais e que se vislumbra o futuro com otimismo e justas expectativas.

A Revista da AGU espera contribuir na pavimentação desse percurso. A carreira é longa, mas a disposição não é menor.

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: 23/07/2017

APROVADO EM: 28/11/2017

# DA ONIPOTÊNCIA DO LEGISLADOR AO PROTAGONISMO JUDICIAL: REFLEXÕES SOBRE O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

*FROM THE LEGISLATOR ONIPOTENCE TO JUDICIAL  
PROTAGONISM: REFLECTIONS ON THE PROBLEM OF THE  
EFFECTIVENESS OF RIGHTS IN CONTEMPORARY SOCIETY*

*André Galvão*

*Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP*

*Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP*

*Pós Graduado em Direito Tributário pela Faculdade de Direito do Recife da  
Universidade Federal de Pernambuco – FDR/UFPE. Professor e advogado*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Notas sobre o percurso histórico até o protagonismo judicial; 2 O juiz no centro do sistema jurídico e os riscos do excesso do protagonismo judicial; 2.1 O problema da legitimidade (democrática) do direito judicial; 2.2 A questão do acesso à justiça; 2.3 Disfuncionalidade Institucional (sistêmica); 3 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo descrever e analisar, a partir de uma perspectiva histórica e contextual, o caminho percorrido pelo sistema jurídico até o protagonismo judicial atual e, posteriormente, promover uma reflexão crítica acerca dos seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, fez-se imprescindível, inicialmente, traçar o panorama histórico que culminou nesse protagonismo, tendo como ponto de partida os movimentos iluministas/liberais baseados na supremacia da lei. Posteriormente, foram analisadas as limitações estruturais e funcionais do poder judiciário, no contexto da busca por efetivação de direitos fundamentais, face a um novo desenho institucional que o coloca no centro do sistema jurídico. A partir dessa perspectiva, são trazidos à tona pontos polêmicos que envolvem a atuação do poder judiciário na contemporaneidade, tais como: a questão da legitimidade democrática do direito judicial; o problema do acesso à justiça; e os efeitos da disfuncionalidade institucional que atinge as estruturas do Estado Democrático de Direito brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Onipotência do Legislador. Protagonismo Judicial. Legitimidade. Acesso à Justiça. Disfuncionalidade Sistêmica.

**ABSTRACT:** The present work aims to describe and analyze, from a historical and contextual perspective, the path taken by the legal system to the current judicial protagonism and, later, to promote a critical reflection about its impacts in the Brazilian legal order. To do so, it was essential, initially, to draw the historical panorama that culminated in this protagonism, starting with the illuminist / liberal movements based on the supremacy of the law. Subsequently, the structural and functional limitations of the judiciary were analyzed, in the context of the search for effective fundamental rights, in the face of a new institutional design that places it at the center of the legal system. From this perspective, controversial points are raised that involve the acting of the judiciary in contemporary times, such as: the question of the democratic legitimacy of judicial law; the problem of access to justice; and the effects of institutional dysfunctionality that affects the structures of the Brazilian Democratic State of Law.

**KEYWORDS:** Omnipotence of the Legislator. Judicial Protagonism. Legitimacy. Access to Justice. Systemic Dysfunction.

## INTRODUÇÃO

Para alcançar um modelo ideal de organização e de resolução de conflitos, a sociedade buscou situar as bases de suas estruturas em um sistema feudal, na relação divina sob o domínio da igreja, depositou a centralização do poder no sistema personificado da monarquia e, julgando romper com o transcendentalismo e com a arbitrariedade de sistemas anteriores, acreditou ter encontrado no positivismo iluminista a solução para todos os seus “males”.

No entanto, com a chegada da sociedade moderna (ou pós-moderna, como preferem alguns) e sua hipercomplexidade, nos deparamos com a insuficiência dos modelos tradicionais de absorção e resolução dos conflitos sociais e, conseqüentemente, o questionamento da fidelidade irrestrita à lei como único instrumento de regulação de condutas e estabilização de expectativas normativas.

A partir desse cenário, viu-se surgir um poder teoricamente capaz de acompanhar os anseios dessa nova sociedade globalizada: o “novo” poder judiciário. O juiz, antes um “ser inanimado” que se limitava apenas a exprimir a vontade do legislador (*bouche de la loi*), passa a se posicionar no centro do ordenamento jurídico e assume o papel de coprodutor de normas jurídicas. As decisões jurídicas passam a ser o lugar para onde são direcionadas as expectativas normativas e, dessa forma, o poder judiciário passa a ocupar um papel de protagonista em comparação com sua atuação no século XIX.

O presente trabalho, portanto, se propõe a descrever o caminho percorrido até esse protagonismo judicial e, posteriormente, observá-lo de forma crítica, trazendo à tona as limitações estruturais e funcionais do poder judiciário, bem como os pontos mais problemáticos que decorrem desse novo desenho institucional.

### 1 NOTAS SOBRE O PERCURSO HISTÓRICO ATÉ O PROTAGONISMO JUDICIAL

Com o advento da modernidade, a partir do século XVIII, sobretudo com a decadência dos regimes absolutistas, inaugurou-se um processo de fragmentação da vida social e o direito, assim como outros sistemas sociais (tais como, arte, ciência, educação, economia, política etc.), na busca por uma maior autonomia, certamente impulsionado pelo processo de codificação e racionalização, se despreendeu do “direito sagrado”,

sustentado pelo transcendentalismo eclesiástico e se transformou em um direito dogmatizado/positivado. Passou-se, então, a apostar em uma racionalidade crescente e a dedicar-se a combater velhos fundamentos ab extra com instrumentos claros e objetivos para regular “coisas próprias do ser humano” (OLIVEIRA, 2009, p. 461).

O próprio significado da palavra positividade nos remete a uma contraposição à ideia de tudo aquilo que é transcendental. Lembra João Maurício Adeodato, que a positividade como característica do direito moderno é radicada em “fatos externos e objetivos, perceptíveis, positivos e independentes de qualquer base de outra ordem” (ADEODATO, 2009, p. 147). Essa transição, de um direito provido de uma ordem superior para uma ordem empírica, fruto da razão dos homens, deu-se, com maior ênfase, com o surgimento do movimento iluminista, influenciado pelos movimentos liberais.

O iluminismo foi um movimento de cunho liberal ocorrido, predominantemente, na Europa do século XVIII e sofria forte influência do racionalismo<sup>1</sup>. As ideias iluministas surgiram em contraposição aos Estados absolutistas, que representavam uma teoria de poder único, onde a autoridade do Rei seria sagrada e emanava de Deus. Além de antidemocrático, esse tipo de governo absoluto gerava incerteza e insegurança jurídica na população que não sabia ao certo que normas seguir, já que elas eram produzidas pelo soberano e ele tinha o poder de ditá-las ao seu livre arbítrio. Dessa forma, antes tinha-se um Estado autoritário e absoluto onde o soberano exercia o comando das funções dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário).

Muito embora o fim desse regime autoritário e pessoal tenha sido um dos efeitos positivos dos movimentos liberais, é importante ressaltar que suas ideias, ao contrário do que pode-se imaginar, não foram lastreadas em uma busca pela proteção aos direitos humanos, fundamentais e coletivos, tal como conhecemos hodiernamente. O movimento liberal foi apoiado pelos comerciantes e burgueses que precisavam de segurança jurídica para praticar suas atividades e garantir direitos mínimos. Fala-se, então, de direitos típicos de primeira geração, tais como direito à vida, à liberdade e, principalmente, à propriedade.

---

1 Através do racionalismo buscava-se uma verdade necessária, absoluta e universal. O racionalismo buscava a verdade única através da representação de um mundo objetivo.

A ideia principal do movimento liberal seria garantir direitos individuais, ou seja, direitos privados. E para garantir esse modelo, o Estado deveria ser invisível e inofensivo, domesticado. Daí surge a ideia de que o liberalismo deveria promover o desenvolvimento do Estado através de um governo mínimo, atuando como uma “mão invisível que regulasse o mercado”. Esse cenário se tornaria propício para o desenvolvimento da burguesia comerciante e serviu de substrato para o processo de industrialização e globalização que viriam anos depois.

Assim, é possível afirmar que incerteza e a insegurança jurídica foram fatores imprescindíveis para o fim dos Estados absolutistas e o início de Estados baseados no respeito à legalidade estrita. A ideia era buscar a limitação da discricionariedade de uma pessoa e passar a pregar a submissão de todos à lei (TEIXEIRA, 2009, p. 97). Representava, portanto, um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder e, conseqüentemente, um novo modo de pensar o direito. Surge, portanto, o “dogma da onipotência do legislador” (BOBBIO, 2006, p. 119). Esse foi, certamente, um dos aspectos mais importantes das teorias iluministas e desse novo modo de pensar o direito.

Toda essa teoria tem como base o racionalismo. Entendia-se que através da razão poder-se-ia deduzir todo e qualquer comportamento humano e, por conseguinte, regulá-lo. Foi o que convencionou-se chamar de processo de “racionalização do direito”. Postulava-se a ideia do legislador racional, capaz de produzir um direito que se impõe e se legitima por sua própria racionalidade, ao mesmo tempo simples, coerente e unitário, e, portanto, facilmente compreensível.

Nesse sentido, Norberto Bobbio observa que:

[...] a concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história. As leis velhas deviam ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem (BOBBIO, 2006, p. 119).

Numa tentativa de impedir o risco da volta dos regimes autoritários, buscava-se neutralizar todo tipo de discricionariedade por parte de qualquer agente público através da previsão legal para os mais diversos tipos de conduta. A lei era universal e, teoricamente, deveria prever todas as situações. Conforme relata Paulo Bonavides, “Na doutrina do liberalismo,

o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade” (BONAVIDES, 2001, p. 40).

Como a ideia era manter o novo regime e evitar o arbítrio, buscou-se limitar a atuação do juiz que, de acordo com uma interpretação radical do modelo de separação dos poderes, idealizada inicialmente por Montesquieu, deveria limitar-se apenas a exprimir a vontade do legislador. Ou seja, o juiz seria apenas a “boca pela qual fala a lei” (*bouche de la loi*).

Assim, o aspecto mais importante caracterizador da transição do Estado absolutista para o Estado liberal/iluminista foi o fortalecimento do poder político/legislativo.

Nesse cenário, surge uma forma de interpretação jurídica chamada Escola da Exegese, que compreendia o direito a partir de esquemas lógico-formais criados para interpretar a lei de forma literal. Após o triunfo dos movimentos liberais, o desafio seria criar mecanismos que garantissem a manutenção do novo regime e neutralizar as ações características do regime anterior, marcado pelo alto grau de discricionariedade do juiz.

De acordo com as diretrizes dessa nova forma de hermenêutica, não deveria haver direito fora dos códigos, as soluções propostas pelas leis seriam justas para todos os conflitos. As palavras e os conceitos jurídicos seriam tão claros que não comportariam interpretações equívocas, e, por isso, dispensaria conclusões contrárias à intenção do legislador, devendo a lei ser tão-somente aplicada. A interpretação do texto legal, com sua exegese pura e simples, nisso fica reduzida a tarefa do intérprete (MELO, 2001).

Pensar tais os fatos do passado com olhos da sociedade atual, certamente desperta a configuração de uma forma autoritária de interpretação jurídica. Porém, de acordo com o contexto histórico em que as ideias iluministas foram fomentadas, tal método de interpretação foi considerado um ponto alto de garantia do cidadão que assim estaria protegido do arbítrio dos juízes, que em sua maioria eram partidários do antigo regime e os principais violadores dos direitos fundamentais. Aliás, essa é uma das principais características que diferenciam os sistemas jurídicos de natureza anglo-saxônica daqueles de natureza romano-germânica. Enquanto nos primeiros o papel de garantidor dos direitos fundamentais era atribuído aos juízes, já que a desconfiança se direcionava ao poder político e ao legislador colonizador; no segundo, a situação se

inverte, pois a garantia dos direitos humanos e fundamentais era depositada na atuação do poder político e nos legisladores que se protegiam do arbítrio dos juízes através de um catálogo rígido de regras pretensamente claras, objetivas e imutáveis<sup>2</sup>.

Vale destacar ainda a importância do legado deixado pelo princípio da separação dos poderes, tal como idealizado pelos Estados liberais, conforme ressalta Paulo Bonavides:

[...] nas origens de sua formulação [o princípio da separação dos poderes] foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política – já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental. Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento do que, na doutrina política consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz (BONAVIDES, 2011, p. 64). Esclarecimentos nossos.

Porém, quando essa ideia foge do propósito de rompimento com o antigo regime e passa a ser utilizada como forma de controle e manipulação social, transforma-se numa “verdade” muito perigosa, dando margem ao

<sup>2</sup> Abriremos um parêntese, nesse ponto, para destacar que muito embora seja claro que os movimentos liberais iniciados no século XVIII deram corpo e aprimoraram o princípio da legalidade estrita, é importante lembrar que a ideia de supremacia e respeito às leis, reunidas em um documento “fundamental”, teve início com a Magna Carta inglesa assinada pelo Rei John Lackland (João “Sem-Terra”). Assinada em 1215, a carta tinha uma aceção meramente formal. Neste período, o Rei John vivia uma crise política por conta das arbitrariedades promovidas pelo seu governo e a legalidade (que nesse momento, confunde-se com o surgimento do devido processo legal) foi concretizada para que os barões tivessem a tutela da “law of the land”, ou seja, a regência das “leis da terra” sobre suas condutas. Os senhores feudais queriam, com isso, segurança jurídica e conhecer qual a lei seria aplicada diante de um fato concreto. Tratava-se, basicamente, do princípio da legalidade formal. Posteriormente, a evolução desse princípio iria resultar no princípio do devido processo legal (formal e substancial) tal qual conhecemos hoje). Uma das cláusulas de maior importância foi seu artigo 39, que assim dizia: “Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela *lei da terra*”. (Destaque nosso). Significa que o Rei devia julgar os indivíduos conforme a lei estabelecida, seguindo o devido processo legal, e não segundo a sua vontade, até então absoluta. Nessa época, não se falava em direitos humanos e fundamentais tal como conhecemos hoje, mas imposições de “meras tolerâncias” do soberano. Sobre o assunto, ver: COMPARATO, 1999.

surgimento de Estados totalitários. A obediência cega à lei seria, no futuro, a justificativa para o cometimento de vários crimes contra a humanidade, como por exemplo: o nazismo.

Observe-se ainda que escola da exegese, ao contrário do que propunha, tratou de enfraquecer a teoria da separação dos poderes, pois reduziu o poder judiciário e figurou-se como uma teoria hermenêutica lastreada por ideias totalitárias sob a justificativa de cumprir o princípio da legalidade. Tornou inócua a ideia de freios e contrapesos em que um poder deve regular o outro. O Estado iluminista, acreditando romper com um regime autoritário, na verdade estava substituindo o poder de um e transferindo-o para outro.

Porém, assim como o momento de rompimento com o Estado absolutista foi imprescindível para o desenvolvimento do Estado de Direito, também cumpre-nos observar outro momentíssimo que foi a decadência das próprias ideias liberais, baseadas no puro positivismo jurídico, e a transição para um caminho de conciliação entre cumprimento da legalidade e aplicação de princípios lastreados na dignidade da pessoa humana, qual seja: o período pós-segunda guerra mundial.

O mundo passou por um segundo conflito de proporções mundiais e conheceu os horrores praticados contra diversas minorias durante esse conflito. A descoberta dos campos de concentração e dos meios empregados para a eliminação de uma “raça” pelo Estado nazista reforçou ideia de que não bastava apenas o cumprimento da lei, seria necessário que a lei fosse alinhada aos valores morais e ao respeito à dignidade da pessoa humana. Inicia-se, aqui, um processo flexibilização da legalidade estrita e a lei, enquanto único meio de estabilização de expectativas normativas, passa a dividir lugar com princípios constitucionais baseados nos direitos humanos. Trata-se da aproximação entre o direito e a moral, inaugurando a ideia do pós-positivismo.

Aliado a tais fatos, após a consolidação dos Estados liberais, o setor privado contou com um cenário confortável e seguro para promover o desenvolvimento econômico. Iniciou-se o processo de industrialização e a população que antes era rural passou a migrar para as grandes metrópoles e trabalhar nas indústrias. Em busca de uma vida melhor, homens, mulheres e crianças passaram a trabalhar em igualdade de condições e com cargas horárias sobre-humanas. Essa explosão demográfica e a falta de estrutura dos Estados fez eclodir a busca por direitos que antes eram inimagináveis.

Nesse cenário, surgem os Estados sociais, o chamado Estado proativo e as suas Constituições garantistas, com normas programáticas que dependem da atuação do Executivo para sua realização. É o que Mauro Cappelletti chama de “transição gradual de welfare state em estado administrativo” (CAPPELLETTI, 1999, p. 39).

Com o processo de globalização impulsionado pela revolução industrial, houve a necessidade de satisfazer as demandas desse novo mundo de forma mais eficiente, as sociedades se tornaram mais complexas e aquele ser “iluminado” que antes se supunha prever e controlar o futuro através das normas universais e imutáveis se mostrou cada vez mais insuficiente.

Porém, condições políticas, econômicas e sociais dificultaram (e dificultam) a eficácia plena desses novos direitos, até mesmo em razão da carência de recursos e das limitações orçamentárias. Em decorrência disso, houve uma explosão de litigiosidade, pois os cidadãos recorreram aos tribunais para buscar a efetividade desses direitos que antes lhes foram assegurados pelos Estados sociais.

Além disso, é possível observar os problemas que o poder legislativo vem apresentando com o passar dos tempos, como por exemplo: inflação legislativa com produção de leis inúteis e em grande quantidade, causando uma desvalorização normativa; a morosidade excessiva, cooptação de parlamentares por grupos de interesses, corrupção sistêmica, submissão ao executivo em troca de benefícios variados etc.

Todos esses fatores provocaram a flexibilização do princípio da legalidade estrita, que antes tentava apreender com métodos estáticos (a lei dita universal e imutável) uma ciência dinâmica que é o direito.

Dessa forma, com os Estados modernos do século XX pode-se falar em legislador tutelado e controlado. Agora, a lei deixa o papel de protagonista que exercia no século XIX e passar a viver à sombra da Constituição e de seus princípios.

## **2 O JUIZ NO CENTRO DO SISTEMA JURÍDICO E OS RISCOS DO EXCESSO DO PROTAGONISMO JUDICIAL**

Visualizada toda essa problemática no contexto hipercomplexo dos nossos dias, potencializa-se a dificuldade em continuarmos a dizer que o juiz simplesmente aplica com literalidade lei a fatos ou que reduz fatos à lei, como antes previa a escola da exegese. Instala-se uma crise

jurídica provocada pelo questionamento da lei como único instrumento de regulação e a dogmática torna-se cada vez mais “desestruturada” pela realidade fluida e complexa do mundo moderno.

“A expansão do poder legislativo e da supremacia da lei, surgiu sob o manto da indiferença praticada pelos regimes antigos. Estabeleceu-se como antítese da instabilidade da interpretação judicial no Estado pré-moderno” (CAPPELLETTI, 1999, p. 39). No entanto, agora, percebeu-se que a letra pura e fria da lei não é suficiente para estabilização das expectativas normativas. O momento e a ocasião de sua feitura são, na maioria das vezes, diversos do momento e ocasião da sua aplicação, seja pela massificação e dinamismo da vida social, seja pela individualidade de cada caso. Busca-se, então, no poder judiciário, a solução para adequar a aplicação da lei às situações concretas. Transfere-se a importância da legalidade estrita, traduzida em segurança, outrora cerrada nos códigos, para a pretensão de um ideal de “justiça”, agora construída no âmbito processual. Assim, a atuação do juiz, que antes se resumia a exprimir apenas a vontade do legislador, passou a ser a de particularizar a lei através da interpretação e da decisão, afirmando o que é certo, o que é “justo”. A lei aplicada pelo intérprete já não é mais a mesma lei do legislador, é a lei “aperfeiçoada”, “condensada” e “confirmada”.

Neste sentido, Carlos Aurélio Mota de Souza afirma que:

[...] toda vez que um caso é julgado este acresce um plus à lei; é um acréscimo valorativo. Um dos efeitos da Jurisprudência, como doutrina originária e exclusiva dos Tribunais, é precisamente o de valorizar a lei. A lei provada justa; só será aceita como justo legal passando pela prova do caso individual, em que será contrastada com os fatos, as circunstâncias de tempo, lugar, valores econômicos, sociais, em um processo de adequação geral-particular, passado-futuro (SOUZA, 1996, p. 89).

Tendo em vista o desenvolvimento das relações institucionais e a transformação na função dos poderes do Estado, temos, portanto, que o poder judiciário assumiu um papel de protagonista na arquitetura do Estado Democrático de Direito moderno. A decisão jurídica se transforma em meio de comunicação jurídica por “excelência” e o juiz assume o papel de corresponsável por garantir a estabilização das expectativas normativas de comportamento. Essa função, tão importante em nosso ordenamento jurídico, está explícita através do princípio da proibição de denegação da justiça: o non liquet. Conforme afirma Adeodato (2009, p. 248), não

é opção de um juiz que vive sob um sistema dogmatizado dizer: *jus non liquet* (“o direito não está claro”). “A atitude de Pilatos, lavando as mãos, não é opção admissível para um juiz dogmatizado”. Assim, a própria positividade serviu como ponto de partida para promover a necessidade do sistema jurídico evoluir enquanto programa de decisão, o qual se destina a solução dos conflitos.

Diante do exposto, parece ser inequívoca a ideia de que a flexibilização do princípio da legalidade estrita direcionada para a o fortalecimento do poder judiciário é uma saída mais eficiente para o problema da efetivação dos direitos na sociedade contemporânea. Porém, quando são analisadas as suas limitações estruturais e funcionais vemos que a ideia de “criação judicial do direito” deve ser tratada com o máximo de cautela.

Cuida-se, aqui, não de firmar posicionamento contrário a importância de uma atuação mais ativa do judiciário que, em diversas ocasiões, diante do vácuo deixado pelos outros poderes, figura-se como a *ultima ratio* na concretização dos direitos fundamentais, mas de ressaltar os riscos que a utilização demasiada desse expediente pode causar à estrutura do ordenamento jurídico brasileiro. É o que veremos a adiante.

## **2.1 O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE (DEMOCRÁTICA) DO DIREITO JUDICIAL**

Apesar de nítidos esforços para ampliar a capacidade de participação social no processo de construção da decisão jurídica, através da possibilidade de inclusão de terceiros “(des)interessados” no processo, tal como o *amicus curiae* (“amigo da corte”), e da possibilidade de instauração audiências públicas no processo decisório dos tribunais, subjaz, ainda, o problema da ausência de legitimidade e representatividade democrática do direito coletivamente vinculante produzido no âmbito judicial.

Ao falarmos em representatividade na atuação criativa do poder judiciário, podemos indagar se tal criação seria inaceitável, por ser antidemocrática e pouco tendente a ouvir as vozes das ruas. O juiz, além de atuar com direção ao caso concreto e, portanto, pautado em grande parte pela atuação das partes no processo, possui (deve possuir) um alto grau de independência funcional na medida em que pode decidir de acordo com o seu convencimento, ainda que devidamente fundamentado e de acordo com as provas e argumentos levantados nos autos. Tal grau de independência acarreta, necessariamente, em diminuição do dever de prestar contas de suas decisões diretamente à sociedade.

O fato é que a democracia tem como pilar de sustentação a representatividade e, conseqüentemente, a possibilidade de responsabilização dos representantes perante seus representados. Ou seja, dentro dos parâmetros básicos de um Estado Democrático de Direito, o povo deve ser protagonista da sua própria história, inclusive, da sua história normativa. Nesse sentido, é de se questionar se o juiz, atuando como criador do direito, ou seja, como legislador positivo, se transformaria em um legislador *sui generis*, que estaria livre fiscalização direta da sociedade? Poderia o povo, em última análise, ser o juiz dos juizes? O STF deve ouvir a voz da opinião pública ou, ainda, pode produzir decisões meramente consequencialistas? Em outros termos: a partir dessa nova arquitetura institucional, como fica a relação entre autonomia/consistência do direito e intervenção social, no caso da produção de decisões coletivamente vinculantes produzidas pelos tribunais?

Além disso, lembremos as lições de Mauro Cappelletti que, ao comentar sobre as debilidades do excesso de protagonismo judicial, aponta as dificuldades da legitimação do juiz para atuar como legislador positivo, pois, segundo o autor, os juizes não teriam as possibilidades de desenvolver pessoalmente ou, ainda, institucionalmente o tipo de investigação requerida ao poder legislativo ou executivo (CAPPELLETTI, 1999, p. 87). Isso porque que os juizes estão adstritos a inafastabilidade da jurisdição (proibição do pronunciamento do *non liquet*), ao contrário dos agentes dos outros poderes, conforme exposto anteriormente. A obrigatoriedade de decidir representa a necessidade de fechamento operacional, autonomia e consistência do subsistema social do direito e é uma operação central e exclusiva do poder judiciário moderno (LUHMANN, 1990, p. 161-165). E é no centro do sistema jurídico que se faz necessário um pronunciamento consistente sobre o que é e o que não é direito, ou melhor, sobre o que está em conformidade ou não com o direito.

Nas palavras de Guerra Filho (2014, p. 7-25):

Por ser o Judiciário a única unidade que opera apenas com elementos do próprio sistema jurídico - o qual, ao prever a proibição do *non liquet*, o força a sempre dar um enquadramento jurídico a quaisquer fatos e comportamentos que sejam levados perante ele -, postula-se que essa unidade ocuparia o centro do sistema jurídico, ficando tudo o mais em sua periferia, inclusive o Legislativo, em uma região fronteira com o sistema político.

Nesse sentido, como bem lembra Misabel Derzi (2009, p. 13), “o direito da sociedade moderna se transforma em um sistema cujas funções de

redução de complexidade e solução de conflitos da sociedade têm como forte esteio o juiz que se posta em seu centro”. Em sentido oposto, a legislação passa a se posicionar na periferia do sistema, amortecendo as demandas do ambiente e produzindo programas de decisão em direção ao centro.

Ou seja, enquanto os juízes e tribunais atuam sob a obrigatoriedade de decidir e, portanto, com limitada capacidade cognitiva, inclusive no tocante aos aspectos estruturais e funcionais, os demais poderes, sobretudo o Legislativo, possuem outros tipos de instrumentos mais amplos e flexíveis, podendo observar a forma e o momento mais conveniente para dar início ao processo de produção normativa.

## 2.2 A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Observe-se que o excesso de protagonismo judicial também tem forte ligação com o problema do acesso à justiça. Isso porque, na sociedade contemporânea, conforme exposto anteriormente, a decisão se transforma em meio de comunicação jurídica por “excelência” para onde são direcionadas as expectativas normativas. O juiz, no centro do sistema, compelido pela obrigatoriedade de decidir, promove a interiorização das contingências sociais em alto nível e com isso faz aumentar a complexidade interna do sistema.

De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial (MARINONI, 2011).

A sociedade, portanto, pressiona o sistema jurídico para que este abarque proporções cada vez maiores de sua complexidade e o poder judiciário é alçado à condição de superpoder sem, no entanto, possuir condições estruturais para absorver toda essa demanda social, potencializada ainda pelo enfraquecimento das demais instituições públicas.

A promoção de um protagonismo judicial em detrimento das demais instituições pode aumentar as suas deficiências estruturais e potencializar a dificuldade de acesso à justiça por parte da população. Nesse sentido, é possível identificar que existem diversos fatores sociais determinantes para afastar a população hipossuficiente do crivo do poder judiciário. A falta de consciência do cidadão comum em relação a seus direitos, os altos

custos de um processo judicial, a burocracia excessiva e a morosidade da justiça, são apenas algumas razões que impossibilitam o acesso à jurisdição.

Marinoni identifica outros obstáculos à efetiva prestação da tutela jurisdicional, tais como a longa duração dos processos, o problema cultural de afastamento de parte da sociedade dos órgãos jurisdicionais e a não estruturação destes para fazer frente às novas demandas que surgem com as novas relações sociais (MARINONI, 2000, p. 29).

Além disso, conforme ressalta Cappelletti, a criação do direito a partir do poder judiciário quase sempre está adstrita ao caso concreto, devendo o juiz reportar suas ações às partes e aos advogados, e estes servem aos interesses de seus clientes que estão interessados na decisão do seu caso e não, necessariamente, no desenvolvimento do direito. Ademais, é importante lembrar que o processo judicial em que será extraído do direito judicial é, via de regra, iniciado pelas partes e não pelo juiz. Nesse ponto, efetivação da justiça também esbarra nos fatores sociais, econômicos e culturais que permeiam o problema do acesso à jurisdição (CAPPELLETTI, 1999, p. 87).

Observe-se, portanto, que por mais que o Estado tenha tomado providências para garantir o amplo acesso à justiça, é facilmente perceptível que apenas uma pequena parcela mais favorecida da sociedade consegue ter efetivo acesso a ela.

A ‘capacidade jurídica’ pessoal, se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que o direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muito (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem – superar essas barreiras na maioria dos tipos de processo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.22).

Essas diversas formas de negar acesso à jurisdição passam a gerar insegurança e incerteza nas expectativas do cidadão jurisdicionável. Incerteza não apenas pela ausência de legalidade no conteúdo das decisões, mas pela ausência da própria decisão. Isso porque se na contemporaneidade o direito é o que o juiz diz que ele é, ou melhor, o que o STF diz que ele é, então como fica o cidadão que sequer consegue ter acesso à jurisdição? Qual é o referencial de legalidade que esse cidadão comum terá, o que está nos códigos ou o que está nas decisões, as quais ele sequer teve acesso?

Declara-se que a justiça é feita para todos, ampliando as possibilidades teóricas de garantir acesso a ela, porém o que se observa na prática é que o cidadão comum vive na espécie de um hiato jurídico. Instala-se diante do princípio da legalidade, cada vez mais enfraquecido, onde a lei por si só não diz mais muita coisa sobre seus direitos e, ao mesmo tempo, se vê diante de uma justiça que chama para si a prerrogativa de assegurar, constituir e declarar tais direitos, porém não garante o acesso efetivo a ela.

O fato é que esse processo histórico que “decantou” o poder judiciário não pode ser distanciado de uma análise crítica que justifique a importância que deve ser atribuída aos demais sistemas sociais. Todos os sistemas da sociedade devem se condicionar mutuamente. Isso quer dizer que a própria evolução da sociedade depende do fortalecimento das operações específicas de cada um de seus sistemas e que eles construam estruturas capazes de promover inclusão a partir de sua perspectiva.

O fortalecimento do sistema jurídico apenas pode ser saudável quando concatenado com o fortalecimento dos demais sistemas sociais, em um processo de coevolução constante. O que se quer dizer é que o poder judiciário, embora imprescindível, pode não ser a melhor ou a única solução para todos os problemas. Não se pode exigir do poder judiciário algo que não lhe é alcançável por suas próprias limitações estruturais e funcionais. A solução dos problemas sociais depende muito mais da própria sociedade como um todo do que do sistema jurídico, que é apenas uma parte desse todo.

### **2.3 DISFUNCIONALIDADE INSTITUCIONAL (SISTÊMICA)**

Destaque-se, ainda, que por trás do excesso de protagonismo judicial é possível verificar uma disfuncionalidade sistêmica generalizada que não só contribui para aumentar a sobrecarga do Judiciário, como também provoca o enfraquecimento da tutela dos próprios direitos fundamentais nos mais diversos níveis institucionais.

Embora seja louvável a utilização de mecanismos de abertura do processo decisório na busca por maior legitimidade democrática das decisões judiciais produzidas nos tribunais, conforme relatado anteriormente, tais mecanismos apenas atenuam o problema da ausência de legitimidade de algumas decisões, deixando ainda evidente uma disfuncionalidade institucional que atinge todos os atores envolvidos na concretização do direito no ordenamento jurídico brasileiro. É de ressaltar, ainda, o esvaziamento do efeito pedagógico exercido por essa disfuncionalidade, não apenas na relação entre Estado e Sociedade, mas também na relação

entre as próprias instituições que compõem o corpus do nosso Estado Constitucional Democrático de Direito.

A própria inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, que nos últimos anos tem se dedicado mais em estancar os efeitos colaterais de um estado de corrupção sistêmica do que propor ações que visem os interesses da coletividade, é sintomática dessa disfuncionalidade.

Da mesma forma, outras instituições responsáveis pela tutela de direitos coletivos e individuais também apresentam problemas semelhantes.

Apenas para se ter uma ideia, a partir da análise da atuação das demais instituições e atores políticos no âmbito de atuação do controle de constitucionalidade, sobretudo em relação aos legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante ao STF, é possível observar a ausência de interesse na proteção dos direitos e garantias fundamentais. Cita-se, por exemplo, o resultado do estudo realizado por pesquisadores da UNB (Universidade de Brasília) (COSTA; BENVINDO, 2014) sobre a atuação dos legitimados para propor ADI perante o STF e, surpreendentemente, verificou-se que o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos, atores que sequer precisam comprovar pertinência temática para atuar nesse tipo de ação, ficam abaixo da média quando o assunto é proposição de ações que visem a proteção dos direitos fundamentais. A maioria das ações proposta por tais legitimados visam a proteção de garantias institucionais, de grupos de pressão ou de interesses políticos-eleitorais (no caso dos partidos políticos).

Os fatos acima listados apenas mostram que o problema do excesso de protagonismo judicial é decorrente de um vício institucional pluralizado. O funcionamento das instituições no Brasil ocorre às avessas e isso reflete no poder judiciário, que ocupa o centro do sistema jurídico. É de se ressaltar, ainda, que essa disfuncionalidade generalizada provoca uma reação viciosa entre Sociedade, poder judiciário e as demais instituições, distorcendo a pedagogia das suas funções, com a conseqüente “colonização” equivocada do senso comum do ambiente social que passa a acreditar que Democracia passou a ser sinônimo, simplesmente, de promover o ajuizamento de uma ação na justiça ou da repercussão das decisões do Supremo Tribunal Federal.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo inicial descrever e analisar, a partir de uma perspectiva histórica e contextual, o caminho percorrido pelo sistema jurídico, desde a onipotência do legislador até o protagonismo judicial

experimentado na contemporaneidade. Posteriormente, buscou promover uma reflexão crítica acerca desse protagonismo, sobretudo no tocante às questões mais sensíveis relacionadas ao tema. Os resultados mais expressivos dessas reflexões apontam no sentido de que o poder judiciário não pode ser alçado à condição de superpoder e que o excesso de protagonismo judicial caminha no sentido oposto aos princípios básicos de um Estado Democrático de Direito. Além disso, diante da necessidade cada vez maior de interiorização das contingências sociais por parte de um poder judiciário enfraquecido estruturalmente, destaca-se a potencialização das dificuldades de acesso à justiça e a ausência de referências normativas que estabilizem as expectativas do cidadão comum. Por fim, ressalta os sintomas de uma disfuncionalidade sistêmica generalizada que provoca uma distorção das funções das instituições públicas, com a conseqüente colonização equivocada do ambiente social.

Ainda, a propósito dessas considerações finais, é inegável reconhecer desde já, que, a não ser que vivêssemos em um mundo utópico, a sensação de representatividade do sistema democrático brasileiro não corresponde à vontade efetiva da maioria da população. O quadro atual da política brasileira mostra que a maioria dos parlamentares representam apenas a eles mesmos na busca por interesses pessoais e, na maioria das vezes, escusos. Além disso, sabemos que no mundo atual, democracia não quer dizer apenas a vontade da maioria, mas, também, o respeito às minorias, à liberdade, à tolerância e à diversidade, de modo que o poder judiciário atua como órgão contramajoritário, promovendo o equilíbrio na balança das expectativas sociais. Como já dito anteriormente, nem sempre a vontade da maioria corresponde aos valores morais que permeiam a proteção da dignidade da pessoa humana. É importante lembrar que governos totalitários já assumiram o poder através de meios democráticos e utilizaram leis aprovadas pela maioria para promover violências contra a dignidade das minorias.

Porém, como dito, o fato é que a solução dos problemas sociais e institucionais enfrentados na contemporaneidade depende muito mais da sociedade como um todo do que apenas do judiciário, que é simples parte desse todo. A evolução da sociedade está ligada ao fortalecimento das operações específicas de cada um de seus sistemas sociais. O excesso de protagonismo judicial aliado ao enfraquecimento dos demais poderes, especialmente do poder legislativo, apenas gera outros tipos de absolutismos e provoca o esvaziamento da função pedagógica das instituições que compõem o corpus de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, vale ressaltar as palavras do Ministro Luiz Roberto Barroso, quando afirma que o ativismo judicial é um antibiótico poderoso e que seu

uso deve se dar de forma eventual e controlada. “Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes” (BARROSO, 2011, p. 19).

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica - Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista do Conselho Federal da OAB*, Brasília, p. 19. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições da filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 119.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A Crise Autoimunitária da Nova Ordem Internacional. *Poliética. Revista de Ética e Filosofia Política*, v. 2, n. 1, p. 7-25.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da AJURIS*, v. 49, p. 149-168, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 29.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/120-o-precedentenadime-nsao-da-igualdade>> Acesso em: 20 out. 2017.

MELO, Liana Holanda de. Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9031](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031)>. Acesso em: 25 jul. 2012.

OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de. Dogmatização do direito e sua conformação enquanto tecnologia da decisão. In: SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann. *Congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto*. Recife. 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTR, 1996.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Dois modelos de legalidade: Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco, ADEODATO, João Maurício (Coords.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.



RECEBIDO EM: 21/12/2016

APROVADO EM: 09/04/2018

# **A EDUCAÇÃO COMO FATOR OPERANTE PARA REDUZIR O FEMINICÍDIO EM SERGIPE**

***EDUCATION AS OPERATING FACTOR TO REDUCE  
FEMINICITY IN SERGIPE***

*Clécia Lima Ferreira*

*Doutora em Ciência Política com especialidade em Políticas Públicas pela Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Universidade Nova de Lisboa. Mestra em Ciência Política e Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Universidade Nova de Lisboa. Membro Titular de FLACSO - Facultad de Derecho na Universidad de Salamanca (Espanha).*

*Larissa Batista Soares*

*Graduanda em Direito Bacharelado pela Universidade Tiradentes - UNIT.  
Atualmente estagia no Ministério Público Estadual de Sergipe.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Aspectos originários da Lei Maria da Penha e implicações jurídicas do surgimento da Lei do Feminicídio; 2 A elevação do índice de feminicídios em Sergipe pós Lei Maria da Penha: uma análise da eficácia

da Lei do Feminicídio; 2.1 Dados do feminicídio em Sergipe; 2.2 A eficácia da Lei do Feminicídio por analogia com a Lei Maria da Penha; 3 A educação como fator operante na prevenção e redução do feminicídio em Sergipe; 3.1 O enfraquecimento da legislação penal por falta de uma política educacional; 3.2 O papel da educação no enfrentamento do machismo; 3.3 Contribuição da resolução normativa nº 1, de 28 de fevereiro de 2013, do Conselho Estadual de Educação do Governo de Sergipe; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Esta produção científica tem como objetivo deslindar a criação da Lei Maria da Penha e da Lei do Feminicídio para contextualizar com os dados fornecidos pelo “Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil”. A interseção das informações provém para que seja possível aferir a baixa eficácia da criação de mais leis para proteger a mulher em situação de violência. Nesse sentido, desenvolveu-se a partir do método dedutivo a sistematização de um raciocínio que leve o leitor a entender o protagonismo da educação no combate ao crime retratado. O Estado de Sergipe, por sua vez, foi a unidade da federação escolhida para a averiguação descrita acima. Foi ressaltada, a resolução normativa nº 1, de 28 de fevereiro de 2013, do Conselho Estadual de Educação do governo de Sergipe, fundamental na estruturação argumentativa em favor do ensino dos direitos da mulher, para destacar a importância da promoção da educação de gênero.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Educação. Lei do Feminicídio. Lei Maria da Penha. Violência.

**ABSTRACT:** This scientific production has as objective to unravel the creation of Maria da Penha Law and Femicide Law to contextualize to the data provided by the Map of Violence 2015: murder of women in Brazil. The intersection of information comes to be possible to determine the low efficiency of creating more laws to protect women in situations of violence. Therefore, a reasoning system that leads the reader to understand the role of education in combating the mentioned crime was developed through the deductive method. The state of Sergipe, in turn, was the unity of the federation chosen for the investigation described above. It was emphasized, the normative resolution nº. 1 of 28 February 2013, from Sergipe Government Education State Council, essential in the argumentative structure in favor of the teaching of women's rights, to highlight the importance of promoting gender education.

**KEYWORDS:** Human Rights. Education. Femicide Law. Maria da Penha Law. Violence.

## INTRODUÇÃO

A elevação dos feminicídios em Sergipe, mesmo após a implementação da Lei Maria da Penha, revelam a necessidade de uma política preventiva através da educação básica. Destarte, e tendo por base as informações quantitativas da pesquisa a qual teve como resultado o “Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil” (WASELFISZ, 2015), o objetivo geral do artigo consiste em mostrar os índices de feminicídio no Estado de Sergipe. Já os específicos: apresentar o papel da educação básica na sociedade atrelada à mudança da cultura machista, verificar se apenas uma sanção penal é eficaz na resolução do feminicídio e entender os parâmetros utilizados como fundamento para a Resolução normativa nº 1, de 28 de fevereiro de 2013, do Conselho Estadual de Educação do Governo de Sergipe.

O último estudo divulgado, quanto ao tema, corresponde ao “Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil”<sup>1</sup>, emitido em nove de novembro de tal ano, o qual foi a fonte principal para coletar dados referentes aos homicídios femininos. Deste modo, segundo Waiselfisz<sup>2</sup> as taxas (por 100 mil) de homicídio de mulheres no Brasil indicam que após a criação da Lei Maria da Penha houve certa diminuição em sua porcentagem passando de 4,2, em 2006 para 3,9, em 2007. Porém nos anos seguintes existe um aumento, em 2013, último ano quantificado a taxa vai para 4,8, ou seja, 13 homicídios femininos diários. Além do estudo a nível nacional dos homicídios de mulheres, houve o por Unidade da Federação - UF e região no Brasil, no período de 2003 a 2013, o que possibilita uma análise em Sergipe.

A aspiração em entender o porquê os dados não continuaram decaindo ao decorrer dos anos com a implantação da Lei Maria da Penha, fez suscitar a dúvida se uma Lei é suficientemente eficaz para combater o feminicídio, perpassando a análise sobre a criação da Lei do Feminicídio. Em busca de uma solução eficiente para o problema, foi sugerida a educação como meio de coibir a violência em desfavor da mulher. A referência à

---

1 O “Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil” entendeu por feminicídio as agressões cometidas contra uma pessoa do sexo feminino no âmbito familiar da vítima que, de forma intencional, causam lesões ou agravos à saúde que levaram a sua morte. Não considerou como razão o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, devido as limitações quanto à informação pública, acessível e confiável. WASELFISZ, Julio Jacobo. “*Mapa da Violência 2015– Homicídio de mulheres no Brasil.*” Rio de Janeiro: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais 2015. p.8. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2016.

2 Ibidem, p. 11-13.

Resolução normativa nº 1 do Conselho Estadual de Educação do Governo de Sergipe constituiu o reforço necessário para reafirmar que a educação se perfaz oportuna nessa discussão.

Para os fins supracitados, a pesquisa bibliográfica foi necessária para fornecer fundamento ao tema, bem como, a consulta de legislações brasileiras. Utilizou-se o método dedutivo, chegando a conclusões a partir dos valores numéricos coletados via pesquisa em sítios eletrônicos. O estudo proposto, portanto, mostra-se relevante para a hodierna geração e as futuras, no elo em que se constrói entre o Direito Penal e a educação.

## **1 ASPECTOS ORIGINÁRIOS DA LEI MARIA DA PENHA E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO SURGIMENTO DA LEI DO FEMINICÍDIO**

A mulher em situação de violência no Brasil vem ganhar respaldo na legislação brasileira somente após a criação da Lei 11.340 de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha. Fruto de uma recomendação internacional ao Brasil, a Lei tem como inspiração a história de agressão sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes pelo seu marido.

Mesmo com a condenação, o cônjuge de Penha mantinha-se livre da execução da pena, recorrendo às apelações para tanto. O crime continuava impune, até que com o lançamento do livro “Sobrevivi, posso contar”, por Maria da Penha, duas entidades de defesa dos direitos humanos propuseram denunciar o descaso do Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Washington. Westin<sup>3</sup> defende que a concordância de Penha foi fundamental para a apresentação da queixa, nessa, inclusive constava uma pesquisa contendo que das denúncias de violência doméstica apresentadas aos tribunais do país, pífios 2% resultavam em condenação. O desfecho quase que não resulta na prisão do companheiro de Maria da Penha, preso apenas dezenove anos e meio após o crime, faltando seis meses para a prescrição.

Tal conquista com ampla presença do movimento feminista, inconformado com o quadro antes de 2006, já que a mulher brasileira em situação de violência era submetida a uma justiça tardia e ineficaz do ponto de vista preventivo, de proteção da vítima e punição do agressor. Angariada a luta das mulheres esperou-se significativa melhora na diminuição da violência.

---

3 WESTIN, Ricardo. Brasil só criou Lei Maria da Penha após sofrer constrangimento internacional. In: *Jornal do Senado*, Brasília, a. 19, n. 3.906, p. 3, 4 jul. 2013.

Formou-se uma expectativa salutar no cenário brasileiro acerca do tema, logo controvertida pelos dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea. No entender de Freitas<sup>4</sup>, as taxas de mortalidade por 100 mil mulheres (vítimas de agressões) foram 5,28 no período entre os anos 2001 e 2006 (antes da Lei Maria da Penha) e 5,22 no período entre 2007 e 2011, além disso, o estudo concluiu que o perfil dos óbitos foi, em sua maioria, compatível com situações relacionadas à violência doméstica e familiar contra a mulher. Havendo aí, uma frustração de todo ensejo envolvido com a legislação especial e aparecimento da discussão em se criar um tipo penal relacionado ao homicídio feminino.

Fruto do debate é aprovada a Lei do Feminicídio - Lei 13.104/15, espécie de homicídio qualificado pela violência doméstica e familiar ou pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, razões da condição de sexo feminino<sup>5</sup>, com previsões mais duras para aqueles que incidirem nessa conduta. A posição mais rígida do Código Penal perpassa desde uma pena maior (12-30 anos) aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência e na presença de descendente ou de ascendente da vítima, proibição do pagamento de fiança até o enquadramento no rol taxativo dos crimes hediondos, assinala Cunha<sup>6</sup>. A hediondez do crime, por sua vez, implica no prazo para progressão de regime, o tempo de cumprimento da pena passa para dois quintos, se o condenado for primário e três quintos se for reincidente. Espera-se com isso, diminuir as taxas de feminicídio.

4 FREITAS, Lúcia Rolim Santana de et al. *Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil*. p. 1. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925\\_sum\\_estudo\\_femicidio\\_leilagarcia.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2016.

5 Neste sentido, [...] o legislador antecipando as dúvidas, vai se valer da chamada interpretação autêntica, onde ele mesmo diz o que seja esse elemento normativo, qual seja, quando se matar uma mulher dolosamente no âmbito da violência doméstica e familiar (art. 5º da Lei. 11.340/06) ou envolvendo menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Sendo assim, para fins de feminicídio deve-se considerar aquelas situações do art. 5º supracitado que envolva a morte, seja aquela ocorrida na unidade doméstica, no âmbito da família como um todo ou qualquer relação íntima de afeto. E, além disso, poderá se caracterizar o feminicídio caso haja o elemento subjetivo do injusto (temos um tipo penal derivado qualificado que contém um especial fim de agir) presente quando além do dolo de matar, exista o dolo específico surgido em razão de um sentimento de menosprezo ou discriminação à condição de mulher. BASTOS, Douglas de Assis. *Feminicídio e a proteção dos direitos humanos na perspectiva de gênero: entre a tutela de bens jurídicos fundamentais e o simbolismo penal*. In: *1 Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas*, 2016. p. 338. Disponível em: <<http://enjejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/181>>. Acesso em: 19 out. 2016.

6 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 8. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 73-74.

Outros recrudescimentos com a Lei do Femicídio são: não admite a concessão de anistia, graça e indulto, o prazo da prisão temporária, quando cabível, será de 30 dias, prorrogável por igual período, para a concessão do livramento condicional, o condenado não pode ser reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados e terá que cumprir mais de 2/3 da pena.

Aprecia-se com o que foi exposto o vínculo da institucionalização da Lei do Femicídio com a Lei Maria da Penha. Isto posto, a análise intrínseca entre as mesmas torna-se imprescindível para o estudo, de modo a contribuir na depreensão lógica, seguidamente apresentada, sobre a eficácia da Lei do Femicídio.

## **2 A ELEVAÇÃO DO ÍNDICE DE FEMINICÍDIOS EM SERGIPE PÓS LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE DA EFICÁCIA DA LEI DO FEMINICÍDIO**

Apesar da existência de dados somente no período de anos de 2003 a 2013, coletados no “Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil”, é possível montar uma visão a respeito do feminicídio no Estado de Sergipe, após entrada em vigor da Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015 - Lei do Femicídio. Em face do próprio registro de feminicídios quando criada a Lei Maria da Penha, os índices de violência logo caíram, porém, com o passar dos anos voltaram a subir, pondo em prova sua eficácia.

Não há como não observar criticamente o quão é essencial a uma lei ser eficaz, ponderando-se, que além de ser válida, obedecendo a todos os critérios do processo legislativo e vindo a entrar em vigência, tornando-se exigível, a eficácia preenche o mais importante espaço na tríade, pois irá contrapor a real necessidade do tipo penal através de seu efeito na sociedade.

Quanto à tipificação do homicídio de mulheres, antes da Lei do Femicídio, poderia ser encaixado no art. 121, §2º, I, *in fine*, do Código Penal brasileiro, motivo torpe, ou fútil (inciso II) ou, ainda, em virtude de dificuldade da vítima de se defender (inciso IV), a depender do caso concreto. Testemunha-se, *ex positis*, a inserção de um novo tipo incriminador, o feminicídio, como uma forma de resposta estatal para tentar remediar o mau funcionamento do sistema punitivo e de sua falta de eficácia, tendo em vista, a possibilidade de enquadramento do homicídio feminino no tipo penal qualificado, já existente, no artigo 121, §2º, I, II e IV, do Código Penal.

Parece estranho, contudo, evidenciando-se o mau desempenho do sistema de punição, que havia a tipificação como homicídio simples, do homicídio feminino, pois as condições do crime são repugnantes em

si, o que pode ser uma contribuição para admitir nova Lei, com fins de impelir o enquadramento da conduta criminosa como qualificada. Em consonância a desnecessidade de uma nova qualificadora, Bastos<sup>7</sup> defende que de fato, houve apenas uma transmutação para transmitir uma sensação de segurança jurídica.

O Direito Penal não é a panaceia para todos os males. É recorrente a afirmativa de que criação de tipo penal, ou pior a modificação de *nomen iuris* como é o caso do feminicídio (o que dantes era crime qualificado continua sendo, e as penas absolutamente as mesmas de 12 a 30 anos de reclusão) nem de longe alcançará a tão esperada harmonização de um sistema penal voltado para os interesses de solução dos conflitos sociais.

Desse modo, com a observação crítica dos dados sobre o feminicídio, será detectada a plausibilidade em afirmar acerca do uso abusivo do Direito Penal para resolução do problema da morte de mulheres devido ao gênero, concentrando-se a análise nos crimes resultantes de violência doméstica, devido à limitação do estudo feito no “Mapa da Violência”, melhor solucionada em outras searas, visto que se deve recorrer a sanção penal como última alternativa. Bitencourt<sup>8</sup> salienta que essa discussão é corroborada por um dos princípios limitadores do poder punitivo estatal, o da intervenção mínima ou subsidiariedade ou *ultima ratio*.

[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável [...].

Nucci<sup>9</sup> atesta a ineficácia e o descrédito popular em razão do Direito Penal que pune, prescrevendo condutas criminosas, e pouco assegura a mudança da realidade, e, contudo, mesmo com a sanção limitadora da liberdade do indivíduo, a punição não freia, não previne o delito. Quando o bem jurídico vida - da mulher - é violado, somente, o Direito penal vem atuar mais firmemente, sugerindo que essa situação precisa de controle preventivo, educacional.

7 BASTOS, op. cit., p. 340.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. parte geral 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

9 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 12. ed. revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 27.

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos.

A utilidade da previsão legal de mais um crime deve ser concreta e real. A *ultima ratio* do Direito Penal não pode ser suplantada por uma política criminal que o vê como *sola ratio* ou *prima ratio*. A prevenção por meio da educação, por exemplo, deve ser buscada em detrimento da punição para resultados duradouros e visíveis na sociedade, ou mesmo a ação conjunta de ambas para que aos poucos a primazia seja dada a outros campos fora do Direito Penal.

## 2.1 DADOS DO FEMINICÍDIO EM SERGIPE

No tocante ao feminicídio no Brasil, Waiselfisz (2015) apresenta um amplo estudo tanto nacional quanto local e regional permitindo a investigação *in loco* em Sergipe. Para o cálculo das taxas dos Estados e municípios brasileiros, foram utilizados os Censos Demográficos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e as estimativas intercensitárias, disponibilizadas pelo Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde - DATASUS.

Os dados disponibilizados de homicídios femininos permitem detectar uma diminuição em sua quantidade após 2006, quando entra vigor a Lei Maria da Penha de 40 para 34, em 2007. Todavia, apesar de manter uma redução nos anos de 2008 (30) e 2009 (36), a partir de 2010 há um aumento considerável variando entre 43 a 62 nos anos de 2010 a 2013. Nessa análise, a taxa de feminicídio de mulheres (por 100 mil) em Sergipe no ano de 2006 é de 3,9, decaindo em 2007 (3,3), 2008 (2,9) e 2009 (3,5); havendo um aumento variando de 4 a 5,7 nos anos de 2010 a 2013<sup>10</sup>.

Tomando como averiguação a capital de Sergipe, Aracaju, em 2006, de acordo com Waiselfisz<sup>11</sup>, ocorreram 14 feminicídios, já em 2007, 15, vindo o número cair em 2008 para 9 e a partir de então observa-se a elevação variando entre 17 e 24, nos anos de 2009 a 2013. Transformando

<sup>10</sup> WAISELFSZ, op. cit., p. 14-15.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 19.

em taxas (por 100 mil), no ano de 2006 ela era de 5,2, 2007 passa para 5,5 e depois decai para 3,1, em 2008 e nos anos subsequentes até 2013, as taxas variam entre 5,8 e 7,6.

Importante fazer o comparativo entre a taxa de crimes dessa espécie (por 100 mil) em Aracaju, correspondendo a 6,6, enquanto em âmbito nacional a taxa é 5,5, sendo esse quadro correspondente ao ano de 2013. Recorrendo ainda à visão de Waiselfisz<sup>12</sup>, é relevante ponderar acerca do crescimento em porcentagem das taxas (por 100 mil) no período de 2006 a 2013 em Aracaju, que foi de 26,5 e no Brasil de 2,6.

Tendo em vista o que foi exposto, percebe-se que apesar da Lei Maria da Penha ter sido uma grande conquista no resguardo de direitos da mulher, ela convive com o paradoxo de sua falta de eficácia.

## 2.2 A EFICÁCIA DA LEI DO FEMINICÍDIO POR ANALOGIA COM A DA LEI MARIA DA PENHA

É deduzível, fundando-se nas referências quantitativas providas de uma pesquisa nacional de grande respaldo, que a Lei Maria da Penha não cumpriu significativamente seu propósito. Em seu artigo primeiro é visível que sua função de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar não foi alcançada<sup>13</sup>. Tanto que houve a criação da Lei do Feminicídio, dadas às proporções ainda grandes de porcentagens de mulheres mortas vítimas de violência, o ápice da agressão. Ressalta-se que, a nova qualificação de homicídio provém, igualmente, da pressão popular no assunto, diante do quadro de homicídios femininos, somada à ânsia social de medidas penalizadoras, bem como, do preciso destaque para servir de alerta para a criminalização específica. Sendo louvado como uma conquista no campo dos movimentos em prol da mulher.

O aspecto da proteção continua tão falho a ponto de chegar ao cerceamento da vida, mesmo com as amarras punitivas existentes. Apesar das grandes conquistas com a Lei Maria da Penha, Gerhard<sup>14</sup> orienta

12 WAISELFISZ, op. cit., p. 21-22.

13 Cumpre destacar, que tal conclusão advém dos dados fornecidos pelo “Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil”, aferida da observação que no ano de 1980 a 1994 o número de homicídios femininos variou entre 1000 e 2900, escala que foi crescendo para as variações entre 3000 a 3800 até 2007, computadorizando um período de já implantação da Lei Maria da Penha. Sendo que em 2013 chegaram a 4762 (WAISELFISZ, op. cit., p. 11).

14 GERHARD, Nadia. *Patrulha Maria da Penha*. Porto Alegre: Age, 2014. p.73.

[...] proíbe a aplicação de penas pecuniárias e multas, possibilita a prisão em flagrante, prevendo a prisão preventiva, se houver risco da integridade física da mulher e de seus descendentes e altera o art. 61 do Código Penal para considerar esse tipo de violência como agravante de pena [...].

Era factível prever o baixo impacto da mudança, muito mais favorecida com a transformação cultural, estrutural, ao contrário, o progresso tende a esbarrar nos antigos conceitos. Uma lei, por mais benéfica que seja, não é capaz de mudar a mentalidade e a cultura machista perpetradas. Por isso a baixa eficácia e eficiência, Oliveira<sup>15</sup> enfatiza

Visando erradicar ou minimizar isso, foi criada a Lei Maria da Penha, com o intuito de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher. No entanto, nota-se a grande dificuldade de tirá-la do papel e fazer com que essa se torne realmente efetiva. Ainda, verifica-se que, para assegurar a efetividade da mesma, se deve minimizar os índices que a violência doméstica atingiu.

Afere-se a real necessidade de uma solução, vislumbrada no ensino escolar, para que a Lei Maria da Penha opere conforme sua redação e diminua continuamente o número de vítimas de violência doméstica e familiar. Não atinge todo seu objetivo uma medida somente repressiva. Nesse ponto, a Lei do Femicídio não será assimilada e não produzirá efeitos tão mais animadores até os então produzidos antes de sua vigência. Na comparação permitida, é evidente que o recente tipo penal aprovado andarà a passos lentos sem uma iniciativa conjunta a educação. Vindo a ser ineficaz.

### **3 A EDUCAÇÃO COMO FATOR OPERANTE NA PREVENÇÃO E REDUÇÃO DO FEMINICÍDIO EM SERGIPE**

Entender o fenômeno da violência envolve os fatores que contribuíram para sua construção e contribuem para a manutenção desse cenário. Destarte, os mesmos meios de instrumentalização da violência na sociedade, devem ser usados para combatê-la. A educação, entre os meios, constitui-se a forma mais potencializada do *modus operandi* de enfrentamento das ações violentas culminadas em morte de mulheres, em muitos casos. O quadro de agressões é um fenômeno, portanto, que se dá no nível relacional e social, requerendo mudanças culturais, educativas e sociais para seu

15 OLIVEIRA, Andressa Porto de; MEDEIROS, Vinícius D'Andrea de. A eficácia da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica contra a mulher. In: *Repositório da Universidade de Santa Cruz do Sul*. 2015. p. 50. Disponível em: <<http://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/851>>. Acesso em: 8 out. 2016.

enfrentamento e prevenção<sup>16</sup>, pois a simples existência de penalidade não atenuará em longo prazo o problema, os impactos serão minorados ao decorrer do tempo.

Os números de feminicídio terão significativa diminuição, quando for implantada uma educação de gênero<sup>17</sup> capaz de transmitir valores para além do padrão machista imposto. A mulher deve ser encarada como autônoma portadora dos direitos inerentes aos seres humanos, seja um deles à vida, para quebrar o elo cognitivo de submissão ao homem:

A violência contra as mulheres<sup>18</sup> não pode ser entendida sem se considerar a dimensão de gênero, ou seja, a construção social, política e cultural da(s) masculinidade(s) e da(s) feminilidade(s), assim como as relações entre homens e mulheres [...].

Educar torna-se a palavra-chave na construção de um novo ideal feminino. A Convenção de Belém do Pará é um dos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário e elucida a violação dos direitos humanos que vigora ante a violência contra a mulher, nesse aspecto, receber educação inclui entender direitos humanos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>19</sup> assinala que o próprio caso de Maria da Penha Maia Fernandes avaliado há mais de dez anos, aconselha: “Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares”.

16 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (PR). *Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres*. 2011. p. 20. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/politica-nacional>>. Acesso em: 9 out. 2016.

17 Entende-se por educação de gênero o ensino destinado a construir a ideia de que homens e mulheres são iguais, propondo quebrar com a estrutura de supremacia masculina, visto que, o gênero é a construção social do masculino e do feminino, a qual está permeada pela distinção hierárquica entre os sexos (SAFFIOTI, 2004). Através de uma nova ação pedagógica, que demonstre, como forma de combate do machismo, como os livros didáticos reproduzem a imagem tradicional da mulher e confirmam a diferenciação de papéis tanto no lar quanto na esfera profissional: a mulher costura ou cozinha ou varre, o homem lê o jornal; a mulher é enfermeira ou secretária, o homem, médico ou executivo. Que Demonstre como as histórias infantis também reproduzem os papéis diferenciados: a mulher é passiva, espera que o homem, ativo, a “salve” (ALVES; PITANGUY, 1985). A finalidade é de incitar a visão crítica para a compreensão da própria atualidade da situação de violência contra mulher, fruto de uma ideologia machista, e, incontestavelmente inaceitável.

18 BRASIL, op. cit., p. 20.

19 Comissão Interamericana De Direitos Humanos (Cidh). *Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes*, 2001. p. 14. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 9 out. 2016.

Cabe destacar, que a própria Lei Maria da Penha reconhece a imprescindibilidade da educação como medida integrativa de prevenção, ou seja, essencial para melhor eficácia da Lei:

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

[...]

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

[...]

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para a análise mais atenta procurar-se-á entender a Resolução normativa nº 1, de 28 de fevereiro de 2013, do Conselho Estadual de Educação do governo de Sergipe. Sem dúvidas, a institucionalização da recomendação diminuiria os índices de feminicídios já tratados acima, neste artigo, no Estado de Sergipe, bem como, aumentaria a confiança no sistema punitivo brasileiro, atuando apenas como *ultima ratio*.

O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, em coerência à temática da educação em detrimento da sanção estatal, salienta a imprescindibilidade de

utilizar de todos os meios possíveis legalmente para, somente não se atingindo o objetivo desejado, partir para a seara penal, Jesus<sup>20</sup>

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.

A ideia de punir em último caso, consagrada com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e, no Brasil, pela Constituição Federal no *caput* do artigo 5º, através da inviolabilidade da liberdade, da vida, da segurança e da propriedade e da ligação à dignidade da pessoa humana, ratifica que a intervenção estatal deve ser apenas em último caso. Depreende-se de Estefam<sup>21</sup>: “o legislador tem a tendência de promover uma verdadeira inflação legislativa (nomonia, nomorrea ou crescimento patológico da legislação penal), o que acarreta, em última análise, o descrédito do sistema criminal”.

Registra-se, ao aludido princípio, uma crítica em desfavor da Lei do Femicídio, que aparenta ser muito mais uma resposta do legislador para o clamor social do que uma medida saneadora, já exposta, a existência do crime de homicídio qualificado para seu enquadramento, não cabendo nova Lei. A educação é, nessa lógica, a diretriz para fortalecer a política criminal contra o feminicídio.

### **3.1 O ENFRAQUECIMENTO DA LEGISLAÇÃO PENAL POR FALTA DE UMA POLÍTICA EDUCACIONAL**

O recrudescimento da legislação penal apoia-se no imediatismo da busca da pena de prisão, com o fito de extinguir uma prática criminosa. Em face da persistência do auto índice de morte de mulheres e o fervor social em torno disso, criou-se a Lei do Femicídio, espécie normativa que qualifica o crime de homicídio e dificulta o processo de progressão de regime, decorrente da hediondez, outrora explicitada. Entretanto, a política mais adequada para essa pretensão está longe da criação de mais um tipo

20 JESUS, Damásio de. *Direito Penal*: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

21 ESTEFAM, André. *Direito Penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 134.

penal. Citando, Kerstenetzky<sup>22</sup>, observa-se que após a Lei Maria da Penha, ainda persiste um considerável cometimento de crimes, os quais vão de encontro com as diretrizes, estabelecidas por tal Lei, sobre a violência contra mulher. O que configura a promoção do Direito Penal simbólico, tendente a fortificar-se com mais uma Lei pouco eficaz, a do Feminicídio

Pode-se, assim, afirmar que o Direito Penal simbólico, geralmente, se apresenta através propostas que visam se aproveitar do medo e da sensação de insegurança. Nesse sentido, o propósito do legislador não é a real proteção dos bens jurídicos atingidos pelo delito, mas uma forma de adular a população, dizendo o que ela quer ouvir, fazendo o que ela deseja que se faça, mesmo que isso não surta qualquer efeito na diminuição da criminalidade e da violência.

É suscitado o raciocínio para atendimento dos anseios sociais e a procura da tutela e proteção estatal dos bens jurídicos penalmente relevantes, sendo o mais valorado a vida humana. Todavia, não deveria existir uma lei falha pondo em prova a credibilidade social na prestação da justiça. Cresce, nessas circunstâncias, a simbologia do Direito Penal, fruto da preocupação em punir e não em evitar a configuração do fato típico. Na concepção de Gomes Duarte Neto<sup>23</sup>, é evidenciada a falência do direito de punir do Estado, que se mostrou incompetente em ressocializar o infrator e de lhe possibilitar um cumprimento de pena digno à sua qualidade de ser humano, o que significa que prender não ameniza nada.

O panorama aponta para a descrença nas leis e sentimento de impunidade, porquanto aumenta a repressão com aumento de pena, inclusive na Lei dos crimes hediondos e não freia os feminicídios. Em Sergipe, igualmente em outros Estados federais brasileiros, a pouca eficácia das leis que coíbem a violência contra mulher perpetua a descrença na justiça. Nas palavras de Brito e Lopes<sup>24</sup>, a solução manifesta-se ante o ensino

22 KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático. In: *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 15, n. 104, set. 2012. p. 2. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12216](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12216)>. Acesso em: 9 out. 2016.

23 GOMES DUARTE NETO, Júlio. O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal. In: *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 66, p. 1, jul 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista%20artigos\\_leitura&artigo\\_id=6154](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista%20artigos_leitura&artigo_id=6154)>. Acesso em: 10 out. 2016.

24 BRITO, Azenath Clarissa Arcoverde Gomes de; LOPES, Maria Elisa. O papel da educação escolar para o exercício da cidadania. In: *Revista Primus Vitam*, n. 7, p. 6, 2 semestre, 2014. Disponível em: <[http://mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCH/primus\\_vitam/primus\\_7/azenath.pdf](http://mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCH/primus_vitam/primus_7/azenath.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2016.

de gênero nas escolas, privilegiando a prevenção e combinando a lei e a educação para resultados mais palpáveis. Tendo em vista, que as condutas desviantes merecem a devida punição e que a educação é um caminho para garantir uma sociedade mais justa e harmônica, na qual o cidadão exerce o seu papel perante a sociedade, exige os seus direitos e cumpri os seus deveres.

Requere-se uma política educacional que aguçe os sentidos dos alunos para a percepção do invólucro da violência contra a mulher. Louro<sup>25</sup> censura a atual sistematização da educação, porque os:

Currículos, normas, procedimentos de ensino, teorias, linguagem, materiais didáticos, processo de avaliação são, seguramente, *loci* das diferenças de gênero, sexualidade, etnia, classe – são constituídos por essas distinções e, ao mesmo tempo, seus reprodutores [...]

Uma nova convicção há de ser formada, para além do trazido nos livros didáticos e paradidáticos, os quais evidenciam dois mundos distintos – um mundo público masculino e um mundo doméstico feminino – ou para a indicação de atividades “características” de homens e atividades de mulheres, assevera Louro<sup>26</sup>. Frisa-se a funcionalidade da estrutura educacional na manutenção das diferenças, podendo ser através de sua reforma, portanto, um mecanismo a favor da igualdade entre o homem e a mulher.

Remodelar uma estrutura educacional requer a quebra do elo entre o idealizado como certo, visto nos livros e na exposição oral de alguns docentes reafirmando as distinções e o que realmente está certo, a mulher é igual ao homem. E diante da falta de incentivos para tanto, opera-se identificar uma falha crucial para o melhor impacto da Lei seja Maria da Penha, seja a do Feminicídio. De modo a suscitar na educação a solução para um novo olhar da sociedade sobre o quem é a mulher.

Portanto, se for admitido que a escola não apenas transmite conhecimentos, nem mesmo apenas os produz, mas que ela também “fabrica” sujeitos, produz identidades étnicas, de gênero, de classe; se for reconhecido que essas identidades estão sendo produzidas através de relações de desigualdade; se for admitido que a escola está intrinsecamente comprometida com a manutenção de uma sociedade dividida e que faz isso

---

25 LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista*. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. p. 64.

26 *Ibidem*, p. 70.

cotidianamente, com a participação ou omissão da sociedade e do Estado; se for acreditado que a prática escolar é historicamente contingente e que é uma prática política, isto é, que se transforma e pode ser subvertida; o poder para a mudança está no alcance de cada pessoa influenciadora desse processo, corrobora Louro<sup>27</sup>.

O novo horizonte que se enseja, com a educação e o Direito Penal atrelados, logrará êxito por trazer a quebra da cognição da mulher como inferior, subalterna e, portanto, incapaz de traçar os próprios rumos de sua vida, motivo esse utilizado como fundamento de agressões. Além de fortalecer as próprias políticas em defesa da mulher, dado que conscientiza o público em geral.

### 3.2 O PAPEL DA EDUCAÇÃO NO ENFRENTAMENTO DO MACHISMO

Transmuda-se o contexto violento e de assassinatos contra as mulheres no momento em que for tratada a problemática em seu cerne. Configura-se na mudança do pensamento tradicional da função e valor da mulher na sociedade, através da educação de gênero, um espaço mais amistoso para a redução dos feminicídios.

Para a educação influir diretamente reformando a estrutura social machista, além do acesso amplo a todos garantido constitucionalmente no artigo 6º da Constituição Federal/CF de 1988, como direito social, é primordial fornecer um ensino da igualdade de gênero. Nessa conformidade, reafirma o artigo 226, § 8º, da CF/88, “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Bandeira<sup>28</sup> aduz que o intento é sanar da forma mais eficaz possível os obstáculos à boa aplicação da lei. Pessoas bem instruídas estarão cientes que não é admissível sequer uma agressão contra mulher, uma vez que, a morte é antecedida de outros tipos de violência, como a psicológica:

O feminicídio representa a última etapa de um *continuum* de violência que leva à morte. Precedido por outros eventos, tais como abusos físicos e psicológicos, que tentam submeter as mulheres a uma lógica de dominação masculina e a um padrão cultural que subordina a mulher

<sup>27</sup> LOURO, op. cit., p. 85.

<sup>28</sup> BANDEIRA, Lourdes Maria. *Feminicídio: a última etapa do ciclo da violência contra a mulher*. 2013. p. 2. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/feminicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contra-a-mulher-por-lourdes-bandeira/>>. Acesso em: 9 out. 2016.

e que foi aprendido ao longo de gerações, trata-se, portanto, de parte de um sistema de dominação patriarcal e misógeno.

Deparar-se com a irreversibilidade da morte de mulheres, contribui em aspirar uma sociedade mais consciente, menos patriarcal e mais igualitária. E é por meio do ensino didático nas escolas, buscando desde cedo quebrar a cultura machista, distribuindo livros, fabricando-se vídeos, ministrando palestras sobre os direitos humanos, os sustentáculos do respeito ao ser humano, que será superada a violência contra a mulher, entende a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres<sup>29</sup>

[...] É um fenômeno, portanto, que se dá no nível relacional e *societal*, requerendo mudanças culturais, educativas e sociais para seu enfrentamento, bem como o reconhecimento de que as dimensões de raça/etnia, de geração e de classe contribuem para sua exacerbação.

Os direitos humanos são o pilar na formação cidadã de qualquer pessoa, no qual reside à ideia do respeito ao semelhante. A violência contra a mulher é um tipo de violação dos direitos humanos e deve ser pública a percepção disso, por consequência, não irá ser mais tolerada. Ratifica-se através de tratados internacionais acolhidos no Brasil como o Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW e a Convenção de Belém do Pará, a proteção dos direitos humanos das mulheres, devendo o governo brasileiro resguardá-los. Uma política preventiva educacional urge, dada à conjuntura, vislumbra-se na Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres<sup>30</sup>:

No que diz respeito à garantia dos direitos humanos das mulheres, a Política deverá cumprir as recomendações previstas nos tratados internacionais na área de violência contra as mulheres (em especial aquelas contidas na Convenção de Belém do Pará e na CEDAW). No eixo da garantia de direitos, devem ser implementadas iniciativas que promovam o empoderamento das mulheres, o acesso à justiça e a o resgate das mulheres como sujeito de direitos.

A criação de um novo ambiente por intermédio da educação de gênero propiciará o fortalecimento da legislação penal, utilizada meramente em casos excepcionais. O despertar para essa ideia vem crescendo, a exemplo

29 BRASIL, op. cit., p. 20.

30 Ibidem, p. 27.

de Sergipe, com a resolução normativa nº 1, de 28 de fevereiro de 2013, do Conselho Estadual de Educação.

### **3.3 CONTRIBUIÇÃO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 28 DE FEVEREIRO DE 2013, DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO GOVERNO DE SERGIPE**

Uma medida ainda muito tímida no combate ao feminicídio, exposta a reflexão nesse artigo sobre o protagonismo da educação, é a resolução normativa nº 1, de 28 de fevereiro de 2013, do Conselho Estadual de Educação do governo de Sergipe, a qual atua como o primeiro despertar e orienta a inclusão de conteúdos programáticos relativos aos direitos da mulher e outros assuntos com o recorte de gênero nos currículos da Educação Básica - Conselho Estadual de Educação de Sergipe.

Coopera no desenvolvimento da educação de gênero o conteúdo da resolução, por servir de fundamento a sua real necessidade. Haja vista, a seguir, a exposição de suas justificativas ensejadoras. A primeira delas acolhe-se na Constituição de 1988, pois o artigo 5º preconiza uma série de direitos fundamentais, como o direito à vida e à igualdade.

Outro ensejo vem dos direitos da mulher definidos pela Organização das Nações Unidas - ONU. O artigo 2º da resolução os preconiza:

[...]

Art.2º Dentre os temas a serem abordados, poderão ser incluídos os direitos das mulheres, citados pela ONU, como o direito:

I- à vida;

II- à liberdade e à segurança pessoal;

III- à igualdade e a estar livre de todas as formas de discriminação;

IV- à liberdade de pensamento;

V- à informação e à educação;

VI- à privacidade;

VII- à saúde e à preservação desta;

VIII- a construir relacionamento conjugal e a planejar sua família;

IX- a decidir ter ou não ter filhos e quando tê-los;

X- aos benefícios do progresso científico;

XI- à liberdade de reunião e participação política; e

XII- a não ser submetida a torturas e maltrato. Conselho Estadual de Educação de Sergipe.

No texto da resolução são feitas, ainda, considerações, relativos os dados disponíveis em 2013, elucidando a necessidade premente de inserção, nos currículos da Educação Básica, de valores que promovam a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres e a construção de uma sociedade sem violência e sem discriminação de gênero as quais são, conforme o Conselho Estadual de Educação de Sergipe:

[...]

considerando que o Brasil ocupa a 7ª posição relativa a taxas de homicídios femininos, no contexto dos 84 países no mundo com dados homogêneos da OMS compreendidos entre 2006 e 2010;

considerando que o índice estatístico do IBGE aponta Sergipe ocupando o 18º lugar no ranking de homicídios femininos do país; Conselho Estadual de Educação de Sergipe.

Importante salientar que houve uma piora dos dados acima citados, o Brasil passou a ocupar num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, a 5ª posição, consta em WAISELFISZ<sup>31</sup>. Enquanto Sergipe considerando o crescimento em porcentagem das taxas de homicídio de mulheres (por 100 mil), no Brasil, entre 2003 e 2013 atinge a 13º posição.

Outras ponderações da resolução referem-se aos artigos 1º e 3º, nos quais fica clara a relação entre educação e lei, resolvendo:

Art.1º Recomendar às instituições educacionais integrantes do Sistema de Ensino do Estado de Sergipe, pertencentes à rede pública e privada,

31 WAISELFISZ, op. cit., p. 27.

autorizadas a ofertar os diferentes níveis e modalidades da Educação Básica, a inclusão dos conteúdos programáticos e atividades que tratem dos direitos da mulher e outros assuntos com o recorte de gênero.

[...]

Art.3º Os estudos a que se refere o art. 1º desta Resolução devem levar em consideração o que estabelece a Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha. Conselho Estadual de Educação de Sergipe.

Diante dos fatos e argumentos expostos, salienta-se a importância da educação para formar novos sujeitos e conscientizar a sociedade de que a violência contra a mulher não é aceitável, em nenhuma hipótese. Para desse modo, contribuir na estruturação de um ambiente salutar.

#### 4 CONCLUSÃO

Ultima-se, por meio da percepção global trazida, neste artigo, que mesmo com a criação da Lei Maria da Penha, recrudescendo a visualização negativa dos crimes contra a mulher, não obstante, prevalece o cometimento de homicídios femininos, mesmo após sua implantação. E o surgimento da Lei do Femicídio para mudar tal quadro, não encontra um ambiente receptivo, mas emaranhado pela cultura da sujeição feminina. Restando criticar a criação desse novo tipo penal incriminador, inapto a produzir efeitos mais animadores, sozinho, sem o devido realce à educação.

Através da interpretação dedutiva, a elevação do índice de feminicídio em Sergipe, verificada via dados do “Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil”, permitiu presumir a baixa eficácia da Lei do Femicídio por analogia com a da Lei Maria da Penha. O efeito, dessa presunção, é o ceticismo na legislação penal, pois poucos serão os benefícios dela resultantes para prevenir o feminicídio. Considerando-se que, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ao contrário, existirá ineficazmente, pondo em prova seu poder punitivo e força imperativa.

O ampliamiento das benesses da Lei será angariado com uma política educacional de gênero, sob a égide dos direitos humanos. A educação promoverá a redução do feminicídio em Sergipe combatendo o pensamento machista predominante, nesse contexto, torna-se preponderante seguir a recomendação da resolução normativa nº 1, de 28 de fevereiro de 2013, do Conselho Estadual de Educação do governo de Sergipe.

Ante o esclarecido, verifica-se a insuficiência da tutela penal do Estado em fornecer a solução eficaz para diminuir a quantidade de feminicídios. Para ir além, é preciso germinar uma consciência nacional de enfrentamento desse crime, mediada pelo ensino escolar. A vida é o bem maior do ser humano, sua preservação é função de todos.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo?*. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1991.

BANDEIRA, Lourdes Maria. *Femicídio: a última etapa do ciclo da violência contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/femicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contr-a-mulher-por-lourdes-bandeira/>>. Acesso em: 9 out. 2016.

BASTOS, Douglas de Assis. Femicídio e a proteção dos direitos humanos na perspectiva de gênero: entre a tutela de bens jurídicos fundamentais e o simbolismo penal. *I Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas*, 2016. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/181>>. Acesso em: 19 out. 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (PR). *Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres*. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/politica-nacional>>. Acesso em: 9 out. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRITO, Azenath Clarissa Arcoverde Gomes de; LOPES, Maria Elisa. O papel da educação escolar para o exercício da cidadania. In: *Revista Primus Vitam*, n. 7, 2 semestre 2014. Disponível em: <[http://mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCH/primus\\_vitam/primus\\_7/azenath.pdf](http://mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCH/primus_vitam/primus_7/azenath.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Caso 12.051, Relatório 54/01*, Maria da Penha Maia Fernandes, 2001. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 9 out. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 8. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREITAS, Lúcia Rolim Santana de *et al.* *Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925\\_sum\\_estudo\\_femicidio\\_leilagarcia.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2016.

GERHARD, Nadia. *Patrulha Maria da Penha*. Porto Alegre: Age, 2014.

GOMES DUARTE NETO, Júlio. O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 66, jul. 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista%20artigos\\_leitura&artigo\\_id=6154](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista%20artigos_leitura&artigo_id=6154)>. Acesso em: 10 out. 2016.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático. In: *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set. 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12216](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12216)>. Acesso em: 9 out. 2016.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista*. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 12. ed. revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Andressa Porto de; MEDEIROS, Vinícius D'Andrea de. A eficácia da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica contra a mulher. *Repositório da Universidade de Santa Cruz do Sul*. 2015. Disponível em: <<http://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/851>>. Acesso em: 8 out. 2016.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015– Homicídio de mulheres no Brasil*. Rio de Janeiro: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (2015). Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2016.

WESTIN, Ricardo. Brasil só criou Lei Maria da Penha após sofrer constrangimento internacional. *Jornal do Senado*, Brasília, a. 19, n. 3.906, p. 3, 4 jul. 2013.

RECEBIDO EM: 23/03/2017

APROVADO EM: 26/06/2017

# IMIGRAÇÃO, ESTADO DE BEM-ESTAR E A NOVA POLÍTICA IMPERIALISTA

*IMMIGRATION, WELFARE STATE AND THE NEW  
IMPERIALIST POLICY*

*Cristiano Aparecido Quinaia*

*Mestrando em Direito Constitucional, Centro Universitário de Bauru, mantido pela  
Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Advogado*

*Sérgio Tibiriçá Amaral*

*Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE  
Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília e em  
Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino  
Professor titular da Faculdade de Direito de Presidente Prudente e da Toledo  
Prudente Centro Universitário*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Refugiados e imigrantes: distinções de natureza jurídico-positiva; 2 Endividamento dos países subdesenvolvidos; 3 Insuficiência do Estado do Bem-Estar; 4 Refúgio humano e o preço do ingresso para cidadania; 5 Em busca de uma cidadania universal; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A crise atual da sociedade mundial conduz a um processo constante de imigração e procura por refúgio. Estrangeiros buscam outros países na esperança de proteção e melhoria de sua qualidade de vida. O crescimento da dívida de países pobres e o imperialismo das potências mundiais colocam em xeque as políticas de Bem-Estar que devem ser concedidas a todas as pessoas necessitadas. O presente artigo objetiva a apresentação de uma proposta para redução da dívida externa e reconhecimento mundial dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Imigração. Refugiados. Cidadania. Bem-Estar.

**ABSTRACT:** His current crisis of capitalism leads to a constant process of immigration and search for refuge. Foreigners seek other countries in the hope of protecting and improving their quality of life. The growth of the debt of poor countries and the imperialism of the world powers call into question the welfare policies that must be granted to all people in need. This article aims to present a proposal for reduction of external debt and global recognition of fundamental rights.

**KEYWORDS:** Immigration. Refugees. Citizenship. Welfare.

## INTRODUÇÃO

Com a guerra civil na Síria e a crise que assola o Haiti, o Brasil tem recebido grande número de imigrantes e tem concedido o refúgio constantemente, fato que desperta a sensibilidade governamental e econômica.

Emerge a necessidade de estudarem-se, primeiramente, os conceitos fundamentais que regulam no âmbito do Direito Internacional os fenômenos da imigração, da concessão do refúgio e a forma de proteção da cidadania. O capítulo segundo volta-se para o reconhecimento de que, ao longo da evolução das denominadas potências mundiais diversas comunidades e povos foram explorados, acumulando uma dívida gerenciada pelo Banco Mundial, sobretudo, após as grandes guerras mundiais.

Constata-se, com o capítulo terceiro, a dificuldade na qual os Estados subdesenvolvidos se encontram para ofertar aos seus súditos os direitos sociais proclamados pelo constitucionalismo.

Em seguida, a pesquisa se volta para o diagnóstico de que o exercício da cidadania fora do País de origem está cada vez mais atrelado ao ingresso de capital a favor do Estado de destino.

É dizer, abandonando seu País por refúgio ou pela imigração as pessoas não mais contam com um mínimo aparato de proteção fundamental, ficando sujeitas à toda sorte de intempéries, havendo clara distinção de *status* entre o investidor e a camada pobre.

No cenário mundial, vê-se que as potências mundiais, sobretudo os Estados Unidos, miram para um discurso imperialista, totalitário, de não integração ou redução dos juros da dívida externa.

Dificulta-se, cada vez mais, a continuidade e o prosseguimento das políticas de Bem-Estar prometidas pelos textos constitucionais modernos, com prejuízo para a preservação das condições de existência.

Não apenas os súditos como também os estrangeiros cobram o reconhecimento de uma nacionalidade, da cidadania e a inerente capacidade de exercício de direitos e a salvaguarda de suas garantias por um Estado.

O presente artigo procura abordar os aspectos econômicos que giram em torno do desinteresse dos países ricos na melhoria das condições dos

países pobres, com vistas a possibilitar a concessão de políticas públicas aos estrangeiros.

Apresenta-se, assim, a preocupação com o reconhecimento mundial da cidadania, a possibilidade de que a crise do capitalismo seja superada em benefício dos menos desenvolvidos em consagração dos direitos da pessoa humana. Urge começar.

## 1 REFUGIADOS E IMIGRANTES: DISTINÇÕES DE NATUREZA JURÍDICOPOSITIVA

No âmbito do direito internacional distingue-se a situação jurídica dos refugiados e dos imigrantes, sendo que, no âmbito da nossa legislação, a Lei Federal n. 9.474/97 trata da situação do refúgio e a Lei Federal n. 6.815/80 cuida da situação do estrangeiro em tempos de paz.

Imigrante é palavra formada com o prefixo “in” que na tradução do latim significa dentro, mais “*migrare*” que traz mudança e, “*ante*” que traz movimento, assim, aquele que deixa o território de seu Estado e ingressa em outro País.

Mas, há o ânimo que identifica o imigrante: o objetivo de conseguir trabalho, a procura pela melhoria de sua condição de vida e de sua família, assim como é reconhecido pela Convenção da ONU – Organização as Nações Unidas, que a proteção do imigrante abrange todo “o processo migratório dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, o qual compreende a preparação da migração, a partida, o trânsito e a duração total da estada, a atividade remunerada no Estado de emprego”.

É a situação do individuo que, desesperado pela fome e pela ausência de qualquer expectativa de condições de sobrevivência, abandona o seu País em busca de, em Estado estrangeiro, conseguir condições de sustentar-se e aos seus entes.

Diverso é o conceito do refugiado. Do latim *refugere*, é palavra formada pela soma do prefixo “*re*” que significa trás e “*fugere*” que é fugir, escapar, assim, designa o individuo que é perseguido pelo em seu País, e busca em Estado estrangeiro proteção.

A Convenção da ONU de 1951 sintetiza a situação do refugiado como daquela pessoa que “temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora

do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país”.

Vige no âmbito do Direito Internacional o princípio do *non-refoulement*, que é o direito que o estrangeiro possui de não ser devolvido ao País de origem quando dele se retira em busca de refúgio.

Imperioso distinguir o refúgio do asilo, pois, neste último o estrangeiro busca a proteção em razão de lhe ser imputada, pelo País de origem, a prática de um crime comum.

Por tal razão, o asilo envolve muito mais o relacionamento político, diplomático, enquanto que o refúgio vincula-se ao caráter humanitário do direito das gentes.

Ambas as situações não são recentes na civilização, bastando lembrarmos que no processo de colonização portuguesa levada a efeito no Brasil tivemos a imigração de negros, estes forçados e como escravos, mas depois por italianos, japoneses e alemães.

Os africanos tiveram menos sorte: em razão de sua cor de pele foram subjugados e condenados a séculos de escravidão, deixando raízes na formação do povo brasileiro e um débito com sua nação.

As duas grandes guerras mundiais conduziram a um inexorável processo de refúgio, com a expulsão de pessoas de seus países, perseguidos inclusive pelo seu próprio Governo, como foi o caso dos judeus.

As barbáries perpetradas durante as primeiras décadas do século XX culminaram na criação da Liga das Nações Unidas, que não veio a obter êxito em razão da recusa de ingresso dos Estados Unidos que, mais tarde, manifestaria iniciativa para, então, ser criada a Organização das Nações Unidas.

No âmbito internacional, o órgão encarregado dos assuntos referentes aos estrangeiros e refugiados é o ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, estabelecido no ano de 1950.

Conforme relatório atual *Global Trends*, estima-se que 1 em cada 113 pessoas no mundo está em situação que enseja proteção internacional, sendo já um montante de 65,3 milhões de pessoas deslocadas por guerras e conflitos até o final de 2015.

A Convenção de Havana de 1928 trouxe para o âmbito do Direito Internacional a regra sociológica e jurídica do constitucionalismo, segundo a qual a relação entre o Estado e o povo depende do exercício de sua soberania, logo, reconhece aquele diploma normativo que: Art. 1: Estados têm o direito de estabelecer, por intermédio de leis, as condições de entrada e residência dos estrangeiros em seus territórios.

No âmbito do MERCOSUL, o Tratado de Montevidéu dá forte tendência de restringir essa discricionariedade, traçando requisitos cada vez mais objetivos de ingresso do estrangeiro de forma humanitária.

O Brasil, por seu turno, sempre se constituiu por um povo receptivo, isto é, não tem história de dificultar o ingresso de estrangeiros, e, de acordo com a Lei 9.474/97, basta solicitar o procedimento de refúgio para que o Governo Brasileiro inicie o trâmite de concessão da proteção na Polícia Federal.

Em território nacional o órgão máximo encarregados dos assuntos jurídicos e diplomáticos relativos aos refugiados e estrangeiros é o CONARE - Comitê Nacional para os Refugiados.

Conforme dados oficiais divulgados, estima-se que o Brasil já tenha concedido proteção política a 2.200 sírios, que hoje são perseguidos em seu próprio País em virtude de guerra civil entre o Estado Islâmico e o atual governo de Bashar Al-Assad.

## **2 A DÍVIDA DOS PAÍSES SUBDESENVOLVIDOS**

A imigração encontra assento atual nas dificuldades de desenvolvimento enfrentadas pelos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, o denominado Terceiro Mundo, como correntemente chamam-se os países periféricos.

No bloco dos países desenvolvidos ou de Primeiro Mundo têm-se os asiáticos China e Japão, os Europeus com destaque para Reino Unido e, de outro canto, os Estados Unidos da América.

Há um elo que une todos os países e que sujeita os menos desenvolvidos às potências econômicas mundiais: a dívida.

As duas grandes guerras mundiais não apenas decidiram os rumos da história e da civilização, mas, gerou a criação de dois grandes organismos

internacionais que, supostamente, deveriam agir para o mútuo auxílio e a prevenção de novas lutas armadas.

Ao lado da Organização das Nações Unidas, uma conferência em Bretton Woods confirmou a criação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial para a Reconstrução e o Desenvolvimento, representados respectivamente pelas siglas FMI e BIRD.

Ocorre que o capitalismo global não viria a qualquer preço: as potências que saíram vencedoras da Segunda Guerra estavam em posição de ofertar – a uma taxa de juros nada módica – o crédito para a reconstrução das nações vitimadas.

Foi por este acordo que se estipulou o dólar americano como moeda de transação nacional em substituição do ouro ou qualquer outro metal ou pedra preciosa. A sede do Banco Mundial é Washington, onde se estabelece também a Casa Branca, não por acaso.

David Graeber (2016, p. 465) destaca também que a malha de empréstimos na política internacional constitui uma superestrutura burocrática, composta das Nações Unidas, Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio, “criada em grande parte com o financiamento dos Estados Unidos”.

Também digno de nota é que os Estados Unidos é o maior acionista do Banco, contando com mais de 3000 (três mil) ações, cada qual com o valor nominal de US\$ 100.000,00, conforme informações oficiais divulgadas.

John Keynes já havia declarado há cinco décadas que o BIRD nada mais é senão o quintal de desenvolvimento da política externa, “os Estados Unidos consideravam as organizações internacionais, incluindo o Banco Mundial, instrumentos ao serviço da sua política externa, utilizáveis para atingirem os seus próprios objetivos”.

A relação de pressão e opressão entre o Banco e os EUA é intensa, de tal sorte que não fosse sua intervenção não existiria esta instituição que hoje representa um verdadeiro processo de instituição deliberada de um regime próprio de capitalismo imperial.

Aliás, “o apoio dado ao Banco pelos Estados Unidos, as pressões exercidas e as críticas feitas tiveram, com o decorrer do tempo, um papel central no desenrolar das políticas, dos programas e das práticas do Banco” (KAPUR, 1997, p. 766), é como se conta a história dos primeiros anos de operação do órgão.

De meados até o final do século XIX, a opção política foi não acumular riqueza em ouro, mas, sim gerar a dependência financeira mundial, conforme destaca Triffin (1996, p. 26) “em vez de acumular superávits na forma de reservas em ouro, nós financiamos maciçamente os demais países através de doações e empréstimos governamentais”.

Muito embora a romântica concepção por detrás, o Banco Mundial não é apenas uma cooperativa de crédito internacional, é hoje um divisor de extremidades, pois, as dívidas para os países que se socorreram de seus empréstimos é impagável.

Os países subdesenvolvidos trabalham para pagamento de juros dos empréstimos internacionais, com alto impacto em seu desenvolvimento interno, pois, implica na realocação de dinheiro para pagamento de montante insuperável.

A crise produzida pelo pós-guerra em todos os países não pode ter seu encargo atribuído aos países pobres, nestes a política social é menos uma ruptura com o capitalismo e mais a instituição de condições mínimas de vida.

O temor pela preservação da paz mundial se assenta sobre um fio de navalha, uma delicada linha entre o interesse econômico e o poderio militar, afinal, “a nova moeda global está arraigada no poder militar com uma firmeza ainda maior que a antiga” (GRAEBER, 2016, p. 464).

A celeuma que hoje se instala é o prejuízo que o pagamento dos juros da dívida externa produz na capacidade das nações desenvolverem internamente programas sociais de redução das desigualdades.

### **3 INSUFICIÊNCIA DO ESTADO DO BEM-ESTAR**

Se na economia mundial o pós-guerra produziu profundo impacto, no âmbito interno do exercício do poder na relação entre Estado e povo também houve reconfiguração, com a inserção de políticas sociais.

O constitucionalismo como modelo teórico de consagração de direitos e garantias mínimas, de um lado, e de outro, de limites ao exercício do poder, teve origem na Inglaterra do século XIII, com a outorga da Magna Charta, cuja primeira versão completou oitocentos anos em 10 de junho de 2015.

Por este documento consagrou-se os “Artigos dos Barões”, isto é, condições mínimas para que houvesse a instalação de conselho para deliberar sobre decisões do rei (conselho de segurança, cláusula 61ª) e a previsão da *law of the land*, como antecedente histórico do devido processo legal.

Alguns séculos a frente, também nos Estados Unidos, a aprovação da Constituição e da União Federal é outro marco importante no desenvolvimento das relações do poder, consoante destaca a doutrina:

Quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma forma de Estado, denominada federação ou Estado federal, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa (SILVA, 2002, p. 88).

A autonomia do ente federativo propicia maior capacidade de representação política das pessoas, mais ênfase no exercício da democracia e proximidade das instâncias do poder em relação ao povo.

A separação das funções é outro ponto de destaque nessa guinada política, pois, representa além da limitação, a interdependência entre os agentes do poder, assegurando transparência e especialização.

Atribui-se a John Locke (1973, p. 92) e seus “Dois Tratados sobre o governo civil” a divisão dos poderes políticos, embora ainda arraigada a uma noção de monarquia, germinava a ideia de outro poder legislativo como supremo da sociedade:

Esse poder Legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o colocou; nem pode qualquer edito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter força e a obrigação da lei se não tiver sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à sua natureza de lei; o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade dela recebida.

O Estado do Bem-Estar desenvolveu-se, assim, não como teoria, mas como produto da democratização da política, do envolvimento da massa de pessoas, da multidão das ruas nos assuntos econômicos.

A desigualdade da qual resultou a exploração do homem com a Revolução Industrial foi mitigada pelo discurso do socialismo senão como

modelo econômico, mas, como modelo político de programas de inclusão social, como destaca a especializada doutrina:

Bem mais que um mero produto da democracia de massas. Constitui-se pela transformação fundamental do próprio Estado, de sua estrutura, de suas funções e de sua legitimidade; é, não só uma resposta à demanda por igualdade socioeconômica, mas também uma resposta à demanda de segurança socioeconômica (DRAIBE, 1989, p. 108).

Alguns exemplos do século XX enaltecem a presença das políticas do bem-estar no texto constitucional, destacando-se a Constituição Mexicana de 5 de fevereiro de 1917, reconhecida pela presença de direitos fundamentais das pessoas que obrigam o governo em atuar na esfera econômica distribuindo benefícios, bolsas e equivalentes para a vida digna, confira-se:

Todas as autoridades, no âmbito das suas competências, têm a obrigação de respeitar, promover, proteger e garantir os direitos humanos, em conformidade com os princípios da universalidade, interdependência, indivisibilidade e da progressividade. Consequentemente, o Estado deve prevenir, investigar, punir e remediar as violações dos direitos humanos, nos termos estabelecidos por lei.

Outro exemplo bastante significativo é a Constituição Alemã de Weimar, aprovada no ano de 1919, como resultado da ascensão do Estado Social em resposta ao declínio do liberalismo econômico do século XVIII.

Seu rico catálogo de direitos fundamentais de liberdade e de igualdade constitui inspiração para os textos posteriormente aprovados no mundo, e aspiração da possibilidade de um convívio mais igualitário, entre eles: direito à igualdade (art. 109); igualdade entre homens e mulheres (art. 109, § 1º); liberdade de circulação no território (arts. 111 e 112); inviolabilidade de domicílio (art. 115); irretroatividade da lei penal (art. 116); sigilo de correspondência e de dados telegráficos ou telefônicos (art. 117); igualdade jurídica entre os cônjuges (art. 119); igualdade entre filhos havidos na constância ou fora do matrimônio (art. 121); direito ao voto secreto (art. 125); direito de petição ao Poder Público (art. 126); igualdade de acesso aos cargos públicos (art. 128); liberdade de associação religiosa (art. 137, § 1º) e liberdade de sindicalização (art. 159).

Ao lado das liberdades, o texto da Constituição de Weimar consagrava medidas protetivas como direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público

(art. 129); direito ao ensino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); gratuidade do material escolar (art. 145); direito aos (art. 146, § 2º); seguro social da velhice (art. 161 - previdência social); seguro desemprego (art. 163, § 1º).

Em que pese o movimento constitucionalista não podemos olvidar que a Alemanha viveu o colapso da segunda grande guerra, o holocausto, assim como outras nações sofreram com guerras civis.

É dizer, a política e a economia em muitos episódios históricos frearam a possibilidade de concretização do Bem-Estar na realidade das pessoas, o discurso não sai do papel se não há condição de financiar o pacote de medidas.

Essa é a grande celeuma, pois, apesar da força vinculante que os preceitos constitucionais possuem como dogmas e diretrizes para o exercício do poder e da autoridade pelo chefe do poder, não há como imitar-se na realidade econômica sem recursos para financiamento.

Os Estados Unidos é um bom modelo de política econômica para compreender-se como funciona o *Welfare State*. A história nos revela que ainda sob o Governo de Franklin Roosevelt, foi adotado o pacote do *New Deal*, para combater a depressão da década de 1930.

Era um pacote neoliberal, que permitia a intervenção na economia, porém, por prazo certo, para pontos determinados, eram etapas de solução dos pontos críticos, com a concessão de créditos para manutenção dos empregos, aumento da confiança nos investimentos, fiscoalização do mercado de capitais, conforme sintetizam estudiosos do tema:

O New Deal não foi inicialmente uma tentativa para estimular a economia e gerar recuperação através de despesas públicas, uma ideia que era pouco presente no início do ano de 1930. Pelo contrário, o ad hoc consistiu no salvamento ou em uma medida de resgate destinada principalmente a ajudar empresas, acompanhado de programas para amenizar o trabalho. A maior parte das despesas do New Deal foram dedicadas às operações de salvamento. Como o economista de Harvard, Alvin Hansen, líder dos primeiros seguidores de Keynes nos Estados Unidos, explicou em 1941 em seus ciclos de política fiscal e de negócios (FOSTER, 2009).

A manutenção das políticas de bem-estar se depara, assim, com o problema da escassez de recursos, a corrupção dos governos com o

despejo de capital em esquemas para fraudar a legalidade de licitações e contratações públicas.

E, em âmbito global, as nações mais pobres encaram a dificuldade de estar à mercê das superpotências, de viverem com medo de embargos econômicos, impedimento de exportação e importação, razão pela qual são compelidos em se prejudicarem e pagarem os altos e intermináveis juros da dívida externa.

Talvez se trate de exasperado pessimismo, mas a proximidade de um colapso também foi defendida por David Graeber (2016, p. 492), no sentido de que a dívida pública internacional ainda pode gerar sérios riscos à paz mundial, destacando que “a propensão arraigada do capitalismo de conceber a própria destruição o levou, nos últimos cinquenta anos, a criar cenários que ameaçam ruir, levando consigo o mundo inteiro”.

Na verdade esta dialética das relações econômicas e sociais já havia sido desenhada por Karl Marx, como a história da exploração do homem pelo capital, a crescente produção, a dependência dos meios de produção em relação ao produto.

Quanto mais se produz, mais a sociedade se torna dependente do consumismo, da fantasia, da propaganda, por outro lado, o sistema é autoalimentado, o capitalismo vive da necessidade de contínua expansão.

Não se trata apenas de uma teoria do comunismo, mas, da constatação de que sempre haverá um confronto de forças, entre os detentores do capital e aqueles que dele necessitam. A história é uma constante revolução pautada pelo enfrentamento entre forças sociais e econômicas:

No que respeita à população, a enorme força produtiva que se desenvolve no quadro do modo de produção capitalista, e o aumento dos valores-capital, que crescem bem mais depressa do que a população, entram em contradição com a base do lucro sobre a qual se exerce esta enorme força produtiva — e que, relativamente ao aumento da riqueza, se ameniza cada vez mais —, e com as condições de valorização deste capital que cresce sem cessar. Daí as crises (MARX, 2006, p. 344).

As crises são cíclicas, contudo, rebentam cada vez em maior proporção consoante temos visto nas últimas décadas, e a dívida internacional apenas contribui para que sejam estendidos os seus efeitos.

Nenhum Estado regulado pelo capitalismo quer abrir mão dos juros dos empréstimos financiados aos países pobres, por meio dos qual mantém sua supremacia e a regência do mercado mundial.

Já se defendeu que a vinculação dos países pobres aos países ricos por conta dos créditos internacionais deveria ter prazo certo e, após, ser perdoado, “o objetivo de mais longo prazo era a anistia da dívida. Algo como o jubileu bíblico. Na nossa opinião – eu disse –, trinta anos de transferência de dinheiro dos países mais pobres para os países mais ricos já bastam” (GRAEBER, 2016, p. 09).

Na atualidade, a crise financeira mundial tem conduzido na busca de uma solução para a imigração e o refúgio, em formas de que esse trânsito seja pacífico e na consecução de condições para que os estrangeiros consigam sobreviver com dignidade.

Nos últimos quatro anos estima-se que só o Brasil tenha concedido mais de trinta e oito mil vistos para imigrantes do Haiti (HAITIANOS, 2016), do total de 1.847.274 imigrantes regularmente cadastrados na Polícia Federal, conforme levantamento feito em 2015 (IMIGRAÇÃO, 2016.).

Esses dados refletem o grande número de circulação de estrangeiros pelo mundo e a necessidade de previsão de condições para que sejam recepcionados em países estrangeiros.

Ocorre que essa estrutura perpassa pela necessidade de disposição de reservas financeiras, capacidade econômica, condições que a maioria dos países não dispõe, pois, não conseguem sequer manter o programa de Bem-Estar para seus súditos.

É nesse compasso que a questão deixa de ser um problema específico de uma nação ou do imigrante/refugiado, pois, a missão referendada pela ONU e subscrita por todos os países é de reconhecer-se o direito a qualquer pessoa, sem recusar o *status* e conceder proteção.

#### **4 REFUGO HUMANO E O PREÇO DO INGRESSO PARA CIDADANIA**

Ao lado da crise financeira de diversos Estados na Europa, América Latina, África, desenvolve-se um processo de abandono de cidadãos que se tornam supérfluos, excessivos, numerosos e que geram despesas para seu governo.

A recessão econômica implica no fechamento de postos de trabalho; as epidemias aumentam o custo da saúde pública que é um dos direitos sociais mais vindicados no século em voga.

Atualizando o termo, Bauman (2005, p. 14) refere-se ao refugio humano, o excesso, a superpopulação do globo, “uma crise aguda da indústria de remoção do refugio humano”, que se escoam pelas laterais do mundo.

Contingentes de pessoas se deslocam entre os continentes, abarrotam-se em grandes centros urbanos, lutando pela organização do poder em busca da obtenção de uma segurança de vida.

Convive-se com o risco gerado pela sociedade atual, da escassez da água, do alimento e do espaço para habitação. O poder representa não apenas a forma de organização da sociedade moderna, senão as aspirações contidas nas massas de populações urbanas.

Se os países ricos recusam-se em receber os imigrantes e concederem refúgio, o resultado é o seu deslocamento para países pobres onde o controle militar não eficiente e a política externa não se baseia no imperialismo.

Cresce na atualidade a procura pela obtenção do visto, sobretudo, perante o Consulado dos Estados Unidos da América, por meio de mecanismo de investimento financeiro maciço naquele país.

O EB-5 – *Employment-Based Immigration Fifth Preference* – popularizou-se entre os ricos latino-americanos em ascensão como forma de obtenção de cidadania estadunidense, caracterizando-se pela exigência de aporte inicial de US\$ 500.000,00.

Essa quantia deverá ser aplicada em alguma atividade econômica ou empresarial nos EUA, e, após o decurso de um prazo condicional, comprovada a geração de empregos e negócio local, então é convertido em visto definitivo. O serviço americano de imigração e cidadania americana, o USCIS – *United States Citizenship and Immigration Services* – indica os centros regionais para o candidato estabelecer seu novo empreendimento, o TEA – *Target Employment Area*.

O investimento por meio do EB-5 oferece uma perspectiva de segurança de um país que se apresenta atualmente como grande potência econômica, de outro lado, reveste-se de uma possibilidade de negócio, de expansão de um centro comercial.

Outros países do continente europeu também oferecem a possibilidade de concessão do visto permanente em decorrência do investimento sólido, destacando-se, em Portugal o ARI – Autorização de Residência para Atividade de Investimento, para estrangeiros dispostos em transferir capitais no montante igual ou superior a € 1.000.000,00 ou investir € 500.000,00 em imóveis.

O EB-5 foi criado pelo governo estadunidense em 1990, e, ao longo do ano, sua procura se consolidou, demonstrando uma tendência na admissão da entrada de estrangeiros ao prévio pagamento.

É dizer, diante dos momentos de crise econômica aumenta a procura pela compra de residência estrangeira por meio de investimento, decorrendo duas árduas consequências: a redução de investimento no país origem e a seleção natural do país de destino.

A saída do capital e do investimento das nações em desenvolvimento implica na redução de sua possibilidade de crescimento, ao passo que apenas uma classe eletiva consegue obter o visto estrangeiro.

As aplicações para obtenção do EB-5 ou outro programa são altas, deixam de gerar emprego nas sociedades pobres, enriquecem, por sua vez, nações que já contam com alta circulação de riqueza.

No mínimo, os dez empregos que deverão ser gerados pelo candidato ao EB-5 na região dos EUA poderiam ser gerados no Brasil, ou qualquer outro que fosse o seu país de origem.

Por outro lado, a procura dos investidores torna o visto um prêmio, um tesouro, um paraíso, afunilando os seus requisitos e o seu procedimento, cada vez mais seletivo e rigoroso. É a lei natural da oferta e da procura.

Com esses programas de investimento, atrelado ao domínio da economia internacional, assento no conselho de segurança da ONU, os Estados Unidos e as demais potências mundiais têm condições de redefinir os critérios de circulação dos estrangeiros no mundo.

Aquele que tiver condições de pagar pelo ingresso poderá usufruir das condições de bem-estar oferecidas pelo país, já aquela massa, a multidão que é a grande parte da população, não terá a mesma sorte.

Conforme obtempera Bauman (2005, p. 17) “o grau de superpopulação deve ser medido com referência ao número de pessoas a serem sustentadas

pelos recursos que determinado país possui e pela capacidade do meio local de manter a vida humana”.

Se um país é superpopuloso, porém, nele se concentra a riqueza produzida em outros países, então, em que pese o número de pessoas, terá condições de ofertar as políticas do programa de bem-estar.

Por outro lado, os países explorados tornam-se novamente colônia das grandes potências, arcando com o resíduo, as epidemias, extrativismo das fontes naturais, poluição, condições sub-humanas de trabalho.

## 5 EM BUSCA DE UMA CIDADANIA UNIVERSAL

O tema da cidadania em âmbito mundial busca evitar a declaração da condição de apátrida (*heimatlos*), que é o indivíduo sem pátria, ou nacionalidade reconhecida, logo, impossibilitado de se socorrer a algum Estado para sua proteção ou exercício de direitos.

A tarefa do Bem-Estar deixou de ser local e sua crise se projeta mundialmente, pois, os refugiados e imigrantes que se alocam em outros países, ainda que recepcionados, sem condições econômicas, também terão o exercício de sua vida fadado ao insucesso.

O Estado que concede o refúgio ou aceita o trânsito de imigrantes precisa despende condições financeiras para melhoria da situação do estrangeiro e à disposição uma estrutura para que possa exercer os atributos de sua personalidade.

A questão é intrincada, pois, exige de todo lado a boa vontade na dotação de recursos financeiros no âmbito interno e no internacional, a concessão de benefícios pelos países ricos aos países pobres que recebem seus súditos.

É dizer, sem a possibilidade de que as grandes potências reduzam os encargos dos empréstimos aos países em desenvolvimento, não possuirão condições de conceder os direitos sociais básicos e a colocação no mercado de trabalho.

Temos visto que o presidente eleito dos Estados Unidos, em declarações publicadas no ano de 2015, exaltou a necessidade de enrijecimento das condições para concessão de visto. Donald Trump (2016)

chegou ao ponto de declarar que expulsaria os imigrantes em situação irregular bem como construirá um muro divisório com o México.

O discurso imperialista é conhecido da Filosofia Política, com o qual já se conviveu em árduos episódios, como ensinava Hannah Arendt (1989, p. 155) “a expansão como objetivo permanente e supremo da política é a ideia central do imperialismo”.

Quem perde são as nações envolvidas, as pessoas que acabam sem patrimônio, sem personalidade, sem condições mínimas de vida, e buscam em países pobres o acolhimento, porém, nestes não há condições de gerar emprego. A economia é travada.

A missão é mundial, as pessoas não podem simplesmente ser despejadas em países vizinhos porque em seu território se tornaram desinteressantes em razão da desnecessidade de sua mão de obra.

Paralelamente ao discurso imperialista caminha o movimento totalitário, eis que os chefes do poder que assim pretendem se comportar para o exercício de sua autoridade, “só podem permanecer no poder enquanto estiverem em movimento e transmitirem movimento a tudo que os rodeia” (ARENDR, 1998, p. 356).

Ser autoritário impõe medidas autoritárias, a desconsideração com os problemas vizinhos e a excentricidade como nota peculiar da desenvoltura dos problemas econômicos.

O risco que se tenta evitar que é que massa de pessoas acabe dizimada em processo de expulsão, sofram com fome, miséria, falta de trabalho e educação, como os recentes episódios que se têm visto na Síria.

O direito a ter pátria e nacionalidade, nesse compasso, surge como corolário lógico de reconhecimento mundial de direitos fundamentais, contra a qual se deve lutar em favor dos estrangeiros e imigrantes. Conforme consigna Celso Lafer (1998, p. 154), “é por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o direito a ter direitos. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada”.

Sem o reconhecimento da nacionalidade aos súditos de outros países, seja na condição de imigrante ou refugiado, cai por terra o discurso do *Welfare State* cujo objeto é justamente atender às demandas por liberdade e igualdade.

Se dentro dos Estados os súditos podem usufruir dos programas e políticas sociais, aos estrangeiros deve ser erigida esta condição em todo e qualquer território para o qual venham a transitar.

Nisso que deve ser trabalhado atualmente o sistema constitucional e econômico, para que não haja empecilho ao reconhecimento dos direitos da personalidade ao estrangeiro, para que sua imigração ou refúgio não seja óbice ao reconhecimento de que possui direitos.

Deveras, essa possa ser uma concepção utópica aos moldes de Thomas More, quando concebeu o “lugar nenhum” como uma ilha, na qual todos podem conviver com igualdade de condições, com os mesmos direitos e oportunidades. Conforme registrava em sua Utopia,

O principal objetivo de sua constituição é garantir que, desde que o bem público o permita, os cidadãos sejam livres, tanto quanto possível, para deixarem de gastar seu tempo e suas energias com as necessidades corpo e dedicarem-se à liberdade e à cultura do espírito. É nisto que consiste, segundo os utopienses, a verdadeira felicidade na vida (MORUS, 2004, p. 103).

Talvez haja espaço para conceber que da crise vivenciada atualmente possamos ter uma síntese com a concessão de redução de juros aos países pobres, para que as políticas de Bem-Estar não sejam paralisadas, mas, possam avançar para atendimento dos estrangeiros imigrantes e refugiados.

Precisamos de uma concepção moderna da cidadania, da nacionalidade, não como vínculo meramente formal com algum Estado, mas, como direito universal e compromisso mundial com a proteção da vida humana.

## 6 CONCLUSÃO

A crise econômica aumenta a procura pela imigração como esperança para uma melhoria na qualidade de vida, chances para progresso profissional e proteção da família.

Contudo, as potências mundiais, países mais ricos, demonstram desinteresse pela contenção das necessidades de seus cidadãos, ou pela oferta de ajuda aos países que têm recebido pessoas pelo refúgio ou imigração.

Os Estados subdesenvolvidos que lidam com a aplicação de políticas públicas sociais para o reconhecimento de um estágio do bem-estar lutam agora para receber os estrangeiros que se socorrem do azar econômico e da perseguição.

Ocorre que o problema não é local, mas, se torna de âmbito mundial, no interesse de preservação da própria vida humana e a eliminação de guerras civis.

Os países pobres pagam altas taxas de juros por empréstimo de capital internacional para manter-se em progresso, ao passo que outras nações se negam em receber estrangeiros por impossibilidade de absorção da mão de obra.

O problema precisa ser equacionado. Duas são as soluções que miram no horizonte do desenvolvimento mundial: o perdão ou redução dos juros da dívida pública externa; o reconhecimento de uma nacionalidade mundial, de tal sorte que para qualquer lugar que o indivíduo migre seja possível oferecer-lhe condições mínimas de sobrevivência e estadia.

Se não é possível impor aos Estados soberanos a recepção dos estrangeiros, então é preciso que organismos internacionais criem repartições mundiais, comunidades na visão utópica de More, evitando que sejam dizimados ou venham a morrer na luta contra a miséria e perseguição.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo. Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- AURELIANO, Liliana; DRAIBE, Sonia Minam. A especificidade do “Welfare State” brasileiro. In: *MPAS/CEPAL. Economia e desenvolvimento*. Brasília, v. 1. Reflexões sobre a natureza do Bem-Estar, 1989.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BIRD. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/bancomundial/>>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- BRETTON WOODS. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/conferencia-de-bretton-woods-decidiu-rumos-do-pos-guerra-criou-fmi-13310362>>. Acesso em: 16 mar. 2017.
- FOSTER, J. B.; MCCHESENEY, R. W. A New Deal under Obama? In: *Monthly Review*, v. 60, n. 9, 2009. Disponível em: <<http://www.monthlyreview.org/090201foster-mcchesney.php>>. Acesso em: 24 maio 2016.
- GLOBAL TRENDS. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

GRAEBER, David. *Dívida*. Os primeiros 5.000 anos. São Paulo: Três Estrelas, 2016.

HAITIANOS. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2016/01/n-de-haitianos-que-entram-no-brasil-pelo-acre-cai-96-em-12-meses.html>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

IMIGRAÇÃO. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/o-panorama-da-imigracao-no-brasil/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

ITAMARATY. Brasil. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/153-refugiados-e-o-conare>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

KAPUR, Devesh; LEWIS, John P.; WEBB, Richard. 1997. *The World Bank, Its First Half Century*, v. 1 e 2, p. 1275-766.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. Das Letras, 1988.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Abril, Coleção “Os pensadores.”

MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MORE, Thomas. *Utopia*. Brasília: UnB, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRIFFIN, R. *The world Money Maze*. Yale University Press, 1966.

TRUMP. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/08/trump-diz-que-deportara-todos-os-imigrantes-ilegais-dos-eua-se-eleito.html>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

WORLD BANK. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/indicador/BX.KLT.DINV.CD.WD>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

RECEBIDO EM: 21/03/2017

APROVADO EM: 13/09/2017

# O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DO DIREITO BRASILEIRO ENQUANTO METANORMA

*THE PRINCIPLE OF THE EFFICIENCY OF BRAZILIAN LAW WHILE  
METANORMA*

*Francisco Geraldo Matos Santos*

*Mestrando em Ciência Política (UFPA). Especialista em Processo Penal pela  
Faculdade Damásio. Pós Graduando em Direito Público pela Faculdade Damásio*

*Felipe Jales Rodrigues*

*Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Graduado  
em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Advogado.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Realidade Brasileira a Partir do Surgimento do Princípio da Eficiência; 2 O Princípio da Eficiência Enquanto Metanorma; 3 A Eficiência: Análise Conceitual; 4 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho visa abordar sobre o princípio da eficiência dentro da realidade administrativa brasileira, a partir da concepção de que esse preceito seja uma metanorma, embasado nas ideias de Robert Alexy e Humberto Ávila, propondo uma flexibilização e uma análise mais acurada desse fundamento com o intuito de se buscar uma efetiva prestação nos serviços públicos, sobretudo pelo fato de a eficiência premeditar a prestação dos ofícios estatais suficientemente eficazes para os fins a que se propõem, principalmente na própria realidade brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio. Eficiência. Metanorma. Direito. Emenda Constitucional.

**ABSTRACT:** This study aims to address about the principle of efficiency inside the administrative Brazilian reality, from the view that this provision is one metanorma, grounded in the ideas of Robert Alexy and Humberto Ávila, proposing a relaxation and a more accurate analysis of that plea, in order to get a effective provision of public services especially because efficiency premeditate the provision of state offices sufficiently effective for the purposes for which they propose, especially in the Brazilian reality.

**KEYWORDS:** Principle. Efficiency. Metanorma. Law. Constitutional Amendment.

## INTRODUÇÃO

O tema proposto para o presente trabalho é a discussão sobre o princípio da eficiência, inserido no contexto fático e jurídico do direito brasileiro, a partir do entendimento de que esse poderia se enquadrar na ideia de metanorma, buscando-se, cada vez mais, o respectivo aprimoramento dos serviços públicos.

Diante da necessidade do Estado de se buscar sempre o desenvolvimento e a evolução das políticas públicas, com o conseqüente investimento na prestação dos serviços públicos, discutir-se-á sobre o princípio da eficiência como um objetivo precipuamente visado pelo Poder Público. Em verdade, a configuração do princípio da eficiência por si só, consubstancia-se no escopo do Poder Público em todas as suas ações. Advoga-se pela sua concepção de metanorma, exatamente por compreendermos que não há Estado eficiente, sem que o mesmo preze pela não morosidade, vinculação ao interesse público e, acima de tudo, pela produtividade.

Desse modo, tem-se que a partir do surgimento do princípio da Eficiência, que muito embora tenha status constitucional, só veio a ser incorporado explicitamente no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional (EC) N° 19, passando haver a necessidade de se criar o mencionado preceito justamente com o intuito de se alcançar a eficiência e celeridade na concretização dos anseios sociais, principalmente voltados para os direitos humanos.

Dentro dessa concepção e a partir da necessidade de se buscar a concretização crescente dos direitos humanos dentro da realidade nacional, o Estado, enquanto ator fundamental na criação de instrumentos que permitam o alcance daquela concretização, utiliza-se de princípios como norte das ações do próprio Poder Público, colocando, por sua vez, a eficiência como umas das frentes principais da Administração Pública, daí porque o mesmo se refere a uma metanorma.

Ora, a partir dos estudos propostos, entende-se que a eficiência, diante da ânsia social de se buscar uma maior eficácia na prestação dos serviços públicos, bem como no próprio desenvolvimento desses setores afetados, não existe propriamente dito, senão vincula-se a subdeveres que permeiam sua consecução.

Portanto, partindo das concepções acerca de regras, princípios e metanormas, conforme preconizado por Alexy, bem como pela própria

conceituação do princípio da eficiência, busca-se expor sobre a possibilidade de aceção desse preceito enquanto metanorma justamente para se buscar uma melhor execução nos serviços públicos e nortear a atuação estatal no alcance da suficiência dos direitos humanos.

Daí que se fez importante a análise da doutrina especializada e da legislação aplicada ao tema, mais especificamente da própria Constituição Federal de 1988 (atualizada com a EC. N° 19), utilizando-se da metodologia de pesquisa qualitativa, na medida em que se aprofundou os conceitos e estudos atinentes à temática, aplicando o entendimento mais adequado ao objetivo preconizado.

Assim, a abordagem iniciará com o estudo histórico que norteou o surgimento do princípio da eficiência no direito brasileiro, discutindo sobre as políticas militares de desenvolvimento, bem como a própria normatividade instaurada pela Constituição Federal de 1988 e suas respectivas alterações posteriores. Após, discutir-se-á sobre o princípio da eficiência enquanto metanorma, a partir da doutrina de Robert Alexy, Humberto Ávila e demais doutrinadores especializados na temática,

Eis as minúcias do objeto de estudo do presente trabalho.

## **1 A REALIDADE BRASILEIRA A PARTIR DO SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

A teoria da razão suficiente demonstra que nada no universo acontece por força do acaso. Todo o evento, ou seja, tudo aquilo que gera modificações no mundo físico, resulta de uma modificação antecedente, necessária a sua existência<sup>1</sup>. Esse axioma é substancial para compreensão do direito, mas, precipuamente, ao entendimento dos métodos que conduzem à formação dessa ciência.

O direito, do ponto de vista histórico, fora engendrado com o intuito de solver problemas sociais de determinado contexto, isto é, a ciência forense remonta sua origem na história, pela construção da jurisprudência<sup>2</sup>.

---

1 JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Tradução de Abel D'azevedo. Lisboa: José Bastos & C.a., [1873?], p. 13.

2 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 1.

Nesse diapasão, torna-se imprescindível a análise do contexto gerador do hodierno, princípio constitucional da eficiência, com propósito de conhecer com clareza a gênese histórico-política de um dos institutos mais relevantes do ordenamento brasileiro atual.

Os estudos apontam para a depressão mundial da década de 70, que foi marcada pelo desajuste fiscal, alta da inflação, desequilíbrio das balanças de pagamento, entre outros graves dilemas. A crise mundial traz à tona uma necessidade fulcral de reforma do retrógrado modelo estatal. Assim, o neoliberalismo-conversador vem como distração, reduzindo a máquina do Estado e abrindo as portas ao predomínio do mercado.

Ocorre que, com o decorrer do tempo, a proposta vinculada ao neoliberalismo-conservador passou a não fazer mais tanto sentido econômico-político, entendendo-se que a solução defendida por ela – ao problema do Estado burocrático - não estava no desaparelhamento estatal, mas sim em sua reconstrução<sup>3</sup>. Com efeito:

Trata-se de construir um Estado para enfrentar os novos desafios da sociedade pós-industrial, um Estado para o século XXI, que além de garantir o cumprimento dos contratos econômicos, deve ser forte o suficiente para assegurar os direitos sociais e a competitividade de cada país no cenário internacional. Busca-se, desse modo, uma terceira via entre o *laissez faire* neoliberal e o antigo modelo social-burocrático de intervenção estatal<sup>4</sup>.

A mudança de paradigma organizacional, segundo Luiz Carlos Bresser, deve se orientar:

- a) pela flexibilização organizacional, capaz de tornar os governos mais ágeis;
- b) pela montagem de uma rede de relações mais democráticas entre a prestação dos serviços públicos e os cidadãos – consumidores;
- c) pela implantação de um modelo contratual e competitivo de ação estatal, a partir do qual se possa aumentar a eficiência e a efetividade das políticas<sup>5</sup>.

3 CLAD – Conselho Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento. Uma Nova Gestão Pública para América Latina. 1998. p. 1.

4 Ibidem.

5 Ibidem.

A experiência nacional de mudanças demonstra um enorme equívoco, qual seja, a criação de “um Direito Administrativo extremamente rígido que atrapalha a flexibilização da Administração Pública, importante requisito da Reforma Gerencial do Estado”<sup>6</sup>. Bresser ainda complementa:

Além do mais, o formalismo administrativo vigente na América Latina tem instaurado uma “poluição legal” que pode significar, na verdade, o primado da informalidade, isto é, o comportamento burocrático real não corresponde ao universo jurídico estabelecido, favorecendo assim o estabelecimento de máfias administrativas ou de ineficiência generalizada<sup>7</sup>.

Outra característica preponderante da Administração pátria foi o Regime Militar iniciado em 1964, que traduziu, num fenômeno, maciças estatizações e patrimonialismo, isto quer dizer, os “grandes investimentos, as obras públicas de maior vulto e os serviços públicos mais significativos foram entregues a um número absurdo de camaleônicas empresas estatais [...]”<sup>8</sup>.

Esse cenário somente mudou de vez com o advento da Constituição de 1988, pois se evoluiu “para um sistema híbrido, caracterizado pela coexistência de antigas e novas configurações organizacionais e institucionais”<sup>9</sup>.

As reformas estatais oriundas das más experiências invertem a lógica burocrática centralizadora, transfigurando a estrutura do Estado com a ingerência cada vez mais significativa da esfera privada no âmbito estatal, possibilitando, inclusive, a entrega dos serviços públicos à iniciativa privada, de forma exclusiva ou não. O Estado minora seu aparato, sem perder sua presença nos ramos da sociedade.

---

6 CLAD – *Conselho Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento*. Uma Nova Gestão Pública para América Latina. 1998. p. 1.

7 Ibidem.

8 DALLARI, Adilson Abreu. Privatizações, Eficiência e Responsabilidade. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, fev./abr. 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 27 maio 2015. p. 3.

9 SANTOS, W. G. apud. DINIZ, Eli. Crise, Governabilidade e Reforma do Estado: em Busca de um Novo Paradigma. In: GERSCHMAN, Sílvia; VIANNA, Maria Lucia Werneck (Orgs.). *A Miragem da Pós-Modernidade: Democracia e Políticas Sociais no Contexto da Globalização*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1997. p. 115.

Surge, então, um leque de princípios norteadores da atividade administrativa, todos configurados para manutenção do atual modelo.

Apesar de já inserido esparsamente no ordenamento jurídico, por meio de várias regras<sup>10</sup>, a imperiosa incumbência de eficiência da Administração Pública, é colocada pela Emenda Constitucional 19 de 1998 no pedestal dos princípios constitucionais, conforme insculpido no art. 37, *caput* da Constituição Federal.

José dos Santos Carvalho Filho demonstra que:

Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários<sup>11</sup>.

A maior importância dada à matéria dos direitos humanos no Século XX, tendo em vista a ocorrência das duas maiores guerras mundiais, manifesta-se uma obrigação estatal crescente de consecução eficaz, célere e eficiente das ânsias sociais. Assim, a agenda administrativista coloca o princípio da eficiência na *pole position* dos temas relativos à reforma do Estado.

## 2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ENQUANTO METANORMA

No estudo da dos princípios jurídicos à luz da filosofia do direito, se destacaram dois grandes juristas: Dworkin e Alexy. O primeiro não fora utilizado para a construção deste artigo, motivo pelo qual, no presente momento, olvida-se em discutí-lo. Ao passo que o segundo, Robert Alexy, apresentou valiosas contribuições à hermenêutica jurídica, em especial, à questão referente a algumas categorias de análise: princípios, normas e metanormas.

Partindo da premissa de que as regras quando válidas, são satisfeitas ou não, sob a perspectiva de postulação que carece de interpretação exaustiva, ao passo que os princípios, referem-se a mandamentos de otimização,

10 Paulo Modesto tece cirúrgicas críticas acerca da desnecessidade de inclusão da eficiência no rol de princípios da Administração Pública. Cf. MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, n. 10, maio/jul. 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 17 maio 2015. p. 4-8.

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

visto que, quando analisados, não excluem os demais, necessitando de interpretação aguçada, é que se constrói a concepção de que uma metanorma refere-se a um dispositivo que estrutura a aplicação de outras normas. E é nesse cotejo que defende-se a natureza jurídica da eficiência como sendo uma metanorma.

Com intuito de examinar a base teórica acerca do princípio da eficiência, deve-se primordialmente indagar: o princípio da eficiência posto ao Estado como corolário da boa atuação constitui, materialmente, um princípio? Para alguns autores sim, para outros, a resposta é certamente negativa. Isso se dá por não haver consenso em relação a um conceito único do que seja princípio. É o que Humberto Ávila insculpe:

Ao contrário dos objetos materiais (coisas), cujo consenso em torno de sua denominação é mais fácil pela referência que fazem a objetos sensorialmente perceptíveis, as categorias jurídicas, entre as quais se inserem os princípios, são instrumentos analíticos abstratos (linguisticamente formulados). Por isso mesmo é mais difícil haver uma só definição de princípio, já que a sua distinção relativamente às regras depende muito intensamente do critério distintivo empregado (se quanto à formulação, ao conteúdo, à estrutura lógica, à posição no ordenamento jurídico, à função na interpretação e aplicação do Direito, etc.), do fundamento teórico utilizado (se positivista, jusnaturalista, normativista, realista, etc.) e da finalidade para a qual é feita (se descritiva, aplicativa, etc.). Daí a afirmação de GUASTINI, segundo a qual não se deveria sequer buscar uma definição unitária dos princípios jurídicos, mas apenas aceitar, primeiro, que alguns autores o utilizam com um significado e outros com outro e, segundo, que o termo princípio pode referir-se a vários fenômenos, e não somente a um só. Isso explica porque há tanta divergência quanto ao significado dos princípios. Chega-se mesmo a afirmar que haveria quase tantas definições de princípios quantos são os autores que sobre eles escrevem. Neste estudo não serão feitas, de modo algum, críticas sobre a adequação da definição formulada por este ou aquele autor. Muitos autores utilizam o termo “princípio” de forma diversa da aqui proposta, sem que a consistência de sua argumentação seja perdida em proveito da ambiguidade<sup>12</sup>.

12 ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 maio 2015. p. 5.

No Brasil, o princípio da eficiência é assim aceito sem maiores divergências, fato corroborado com a sua constitucionalização em 1998, como o quinto princípio da Administração Pública.

Grande parte da doutrina administrativista não adentra na temática em voga, aplicando o termo princípio de maneira descuidada e, sobretudo, errônea<sup>13</sup>. Tal situação não merece reprovação, afinal de contas, os conceitos de princípio e valor podem se confundir.

Nesse diapasão, significante parcela dos autores constitucionalistas e administrativistas tradicionais<sup>14</sup> entendem serem os princípios, normas fundamentais do sistema, ou seja, aquilo que norteia a aplicação de todo o sistema jurídico ao qual estão inseridas. Em consonância a tal discernimento, eficiência seria claramente um princípio, “basta o recurso à tese alexyana, aparentemente também endossada por Ávila, da existência de uma ampla conexão estrutural entre princípios e valores”<sup>15</sup>. Assim, princípio estaria estritamente ligado a valor, correspondendo, portanto, o mesmo que para os italianos se denomina de dever ou princípio da boa administração.

Sobre o efeito de corroboração, Virgílio Afonso da Silva traz:

O que precisa ficar claro, como já salientei acima, é que não há que se falar em classificação mais ou menos adequada, ou, o que é pior, em classificação mais ou menos moderna. Classificações ou são coerentes e *metodologicamente* sólidas, ou são contraditórias -

13 Virgílio Afonso da Silva rechaça a ideia de princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pregando o abandono das antigas concepções, que assim os consideram. Sendo aplicável ao princípio da eficiência por analogia. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 24.

14 Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua princípio como: “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 450-451. No mesmo sentido, José Afonso da Silva: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 96.

15 LEAL, Fernando. Propostas para uma Abordagem Teórico-Metodológica do Dever Constitucional de Eficiência. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, n. 15, ago./out. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 31 maio 2015. p. 9.

quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintivos - e, por isso, pouco ou nada úteis. Se se define “princípio” pela sua fundamentalidade, faz sentido falar-se em *princípio* da legalidade ou em *princípio* do *nulla poena sine lege*. Essas são, sem dúvida, duas normas fundamentais em qualquer Estado de Direito. Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy, expostos no tópico anterior, é preciso cuidado ao se fazer uma “tipologia de princípios” - se é que uma tal tipologia faz algum sentido quando se distinguem princípios e regras por aqueles critérios - e, mais importante, é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios - legalidade etc. -, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria das regras<sup>16</sup>.

Não se compartilha da concepção acima demonstrada. Entende-se, pois, que os princípios devem ser compreendidos como prescrições finalísticas, ou melhor, “mandamentos de otimização”<sup>17</sup>, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes<sup>18</sup>.

Percebe-se, assim, que ao contrário das noções substancialistas, “o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma”<sup>19</sup>.

Humberto Ávila também defende o caráter finalístico dos princípios:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havia como necessária à sua promoção<sup>20</sup>.

16 SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I*, 2003. p. 614.

17 Trata-se de termo clássico ao qual Alexy faz uso, que adenda se tratar de termo em sentido amplo, que significa, que engloba tanto permissões, como proibições. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90.

18 Ibidem.

19 SILVA, op. cit., p. 613.

20 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.

O “princípio” da eficiência, somente recebe suporte teórico no que concerne a sua estrutura normativa, não em relação a sua fundamentalidade<sup>21</sup>, não constituindo, assim, um princípio em sentido material. Alexy aloca essas espécies de normas (dentre as quais se encontra a eficiência) como regras, o que não se concorda, preferindo-se a natureza de postulados ou metanormas, ou seja, alocadas em categoria normativa diferente das regras e princípios<sup>22</sup>.

As metanormas, não prescrevem a promoção de um fim diretamente, pois apenas estruturam a aplicação de um dever de promover um fim. Não impõem comportamentos de forma indireta, mas apenas, modos de argumentação e raciocínio relativos a normas que prescrevem comportamentos indiretamente<sup>23</sup>.

Outrossim, não assumem a postura de regra, portanto, por jamais se sujeitarem à subsunção, uma vez que demandam, ao invés disso, a relação e a ordenação “entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual) e não, um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato”<sup>24</sup>. Além disso, não impõem imediatamente comportamentos, mas apenas, estruturam a aplicação normas que o fazem<sup>25</sup>.

Outro fator que evidencia a natureza de metanorma é sua proximidade com a proporcionalidade em sentido estrito, por possuir valorações internas, isto é, engloba em seu núcleo, uma miscelânea de subdeveres, como qualidade e eficácia. Assim como a proporcionalidade em sentido estrito, a eficiência não está vinculada a um fim autônomo (a própria consecução da eficiência pela eficiência). Também, não é ponderada concreta e diretamente com outros princípios ou fins concorrentes<sup>26</sup>.

21 SILVA, op. cit., p. 613.

22 Virgílio Afonso da Silva, fulcrado em Alexy, critica a alocação de normas em uma categoria distinta, que não a de princípio ou regra, pois afirma que normas apenas podem constituir regras ou princípios, a vislumbração de uma nova categoria, na verdade, limita-se a contornar o problema e não o resolve. Pugna que o entendimento Alexyano de concebê-las como regras, seria o mais adequado, já que estruturalmente não podem ser princípios. idem, op. cit., p. 26.

23 ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./dez. 2005. p. 9.

24 Ibidem, p. 10.

25 ÁVILA, op. cit., p. 9.

26 LEAL, op. cit., p. 7.

Em suma, quer-se dizer que o ‘princípio’ da eficiência, conforme expresso no art. 37, *caput* da Constituição, não existe, uma vez que não possui um fim imediato a ser promovido, mas sim um conjunto de subdeveres que regulam o modo pelo qual determinada ação administrativa seria eficiente. A qualidade de princípio dada pelo constituinte derivado, na verdade, constitui um modo gracioso de conferir a esse instituto uma maior importância no ordenamento jurídico pátrio. A dicção tratada, portanto, não possui nenhuma ligação com as lições da literatura especializada atinente à dicotomia princípio-regra.

### 3 A EFICIÊNCIA: ANÁLISE CONCEITUAL

O estudo dos “três E’s”<sup>27</sup>, economia, eficácia e eficiência, é de suma relevância para o Direito Administrativo moderno, marcado pelo desafio primordial de transplantar ao Estado, cada vez mais, uma atuação capaz de atender aos misteres sociais, face aos crescentes problemas de legitimação enfrentados<sup>28</sup>.

É de fácil compreensão a mixórdia entre os institutos supramencionados, em virtude de ser muito estreito o liame conceitual entre eles.

Assim, a atuação estatal deve estar empenhada na busca por uma maximização de resultados para uma mesma estrutura de custos (eficiência); realização de resultados em conformidade aos meios utilizados (eficácia); execução sempre de acordo com a maneira menos dispendiosa (economicidade)<sup>29</sup>.

Na mesma esteira de raciocínio, Gustavo Massa Lima, tece a seguinte distinção: “Economia – custo de aquisição dos recursos utilizados para

27 Expressão assim utilizada em OECD, *European Principles for Public Administration*, SIGMA papers, n. 27, OECD Publishing, 1999. p. 14.

28 No que tange à problemática de legitimação: “a mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou também a ser exigida a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde. A discussão sempre se coloca em relação a quais são as políticas mais adequadas para atingir estes fins, mas não há dúvidas de que a lei deixou de ser apenas um meio de impedir a arbitrariedade para se converter em ponto de partida para uma série de atividades nas quais há uma maior margem de delegação e de discricionariedade e um crescente espaço para a técnica”. ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 17 maio 2015. p. 3.

29 SILVA, Suzana Tavares da. O Princípio (Fundamental) da Eficiência. *III Encontro de Professores de Direito Público*, Porto, 30 jan. 2009. p. 3-4.

realizar uma atividade com a qualidade requerida; Eficiência – aproveitar da melhor maneira os recursos disponíveis; e Eficácia – alcance dos propósitos ou objetivos estipulados”<sup>30</sup>.

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho pormenoriza as peculiaridades entre eficiência, eficácia e efetividade:

A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade<sup>31</sup>.

Analogicamente, uma empresa torna-se eficaz quando há satisfação das necessidades da sociedade por intermédio do suprimento de produtos (bens ou serviços). Já uma empresa eficiente, relaciona-se tecnicamente a entradas e saídas. Explique-se, eficiência associa-se a custos-benefícios, despesa-receita, esforço-resultado, isto é, aos recursos aplicados e o produto final conseguido<sup>32</sup>.

Idalberto Chiavenato conclui que:

Contudo, nem sempre a eficácia e a eficiência andam de mãos dadas. Uma empresa pode ser eficiente em suas operações e pode não ser eficaz, ou vice-versa. Pode ser ineficiente em suas operações e, apesar disso, ser eficaz, muito embora a eficácia seja bem melhor quando

30 LIMA, Gustavo Massa Ferreira. *O Princípio Constitucional da Economicidade e o Controle de Desempenho pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 34-35.

31 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 33.

32 CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria Geral da Administração*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 155.

acompanhada da eficiência. Pode também não ser nem eficiente nem eficaz. O ideal seria uma empresa igualmente eficiente e eficaz, a qual se poderia dar o nome de excelência<sup>33</sup>.

Outrossim, os economistas Robert Cooter e Thomas Ulen, afirmam que um processo é produtivamente eficiente quando engloba pelo menos uma das seguintes condições: “1. *it is not possible to produce the same amount of output using a lowercost combination of inputs, or 2. it is not possible to produce more output using the same combination of inputs*”<sup>34</sup>.

Com efeito, eficiência pode ser compreendida como a correlação entre *outputs* (entrada) e *inputs* (saída), ou seja, a busca pelos melhores meios para a consecução de um determinado fim, o uso mais acertado possível dos recursos públicos na satisfação das carências da sociedade. Equivale à cisão da máxima maquiavélica “o fim justifica os meios”, uma vez que o dever de eficiência pugna pela boa gestão dos meios, devendo, por conseguinte, serem tão operativos quanto o resultado (fim) alcançado.

A acepção acima é considerada como tradicional, transplantada da doutrina econômica, não havendo divergência a respeito. No entanto, na *praxis* jurídica, eficiência vem sendo concebida diferentemente, não se privilegia os meios em detrimento dos resultados, pois os resultados são tão importantes quanto os meios utilizados<sup>35</sup>.

Na verdade, é o que Paulo Modesto chama de pluridimensionalidade da eficiência, que engloba: “a) a dimensão de racionalidade e otimização dos meios; b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública”<sup>36</sup>.

Em dissonância ao conceito usual da economia, eficiência para fins jurídicos seria:

[...] não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores. A eficiência, para os administradores,

33 CHIAVENATO, op. cit., p. 155.

34 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 50. ed. Boston: The Addison-Wesley, 2008. p. 17.

35 LEAL, op. cit., p. 4.

36 MODESTO, op. cit., p. 9.

é um simples problema de otimização de meios; para o jurista, diz respeito tanto a otimização dos meios quanto a qualidade do agir final.<sup>37</sup>

Em reforço, Tércio Sampaio Ferraz Jr. pondera acerca da duplicidade conceitual de eficiência:

Quando nós pensamos em eficiência, nós podemos, no entanto, trabalhar com esse conceito, que representa um valor que realmente realiza. Nós podemos trabalhar esse conceito como uma variável, ou melhor, como um vocábulo de duas variáveis. Existe algo que é eficiente, e a eficiência tem em vista alguma outra coisa, ou alguém que é eficiente e tem em vista alguma outra coisa, ou alguém. Olha, quando a gente analisa eficiência de um ponto de vista nomotético, o acento é dado na causa, isso é, no princípio a partir do qual alguma coisa se desencadeia. Então, é acentuar a causa em relação aos efeitos, e daí as expressões tradicionais do tipo causa eficiente, aquilo que produz o efeito. Então, quando nós pensamos em eficiência, nós vamos procurar saber se as causas podem produzir efeitos. Mas se eu vou trabalhar de uma forma hipotética, não nomotética, o acento se dá na outra variável, não na causa, mas no efeito. Na verdade, a relação causa-efeito, nessa outra forma de raciocinar se substitui pela relação meio e fim, e em cima dela se projeta de tal maneira, que eu olho mais o fim, do que propriamente o meio, acento tônico é dado em cima do fim. Nesta segunda visão, eficiência se torna evidentemente um valor utilitário<sup>38</sup>.

Humberto Ávila adentra com mais profundidade na temática conceitual, enfrentando grande parte dos problemas relativos à aplicação *in concreto* do dever de eficiência. O autor analisa a eficiência através de dois primas como dever de escolher meios menos custosos e como dever de promover o fim de modo satisfatório.

Conforme se observou, a primeira acepção, é usualmente propugnada pela doutrina econômica<sup>39</sup>, enfatiza os meios que causem menos dispêndios financeiros. Tendo isso em mente, Ávila levanta a

37 MODESTO, op. cit.

38 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Princípio da Eficiência da Administração como Princípio Jurídico da Administração Pública. In: *Palestra do Instituto de Direito Público da Bahia*. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br /tvdireito>. Acesso em: 12 maio 2015.

39 Idalberto Chiavenato (1994, p. 70): expressa que: “A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível.”

seguinte questão: tal máxima de busca pelos meios menos custosos financeiramente, constituiria uma prescrição de caráter absoluto, no qual o agente público estaria agrilhado à busca pelo meio menos oneroso aos cofres públicos, independentemente das demais alternativas e possíveis resultados disponíveis. Ou, de outro modo, seria um enunciado flexível, que confere ao agente público a possibilidade de preterir pelo meio menos custoso, somente se as vantagens advindas dos demais meios não superarem o proveito financeiro trazido pelo mesmo. Depreende, ao final, pela relativização, por ser o mais adequado aos preceitos do ordenamento jurídico atual<sup>40</sup>.

A ação administrativa jamais poderá ser engessada a uma unicidade de meios e fins, pois no momento da execução de determinada atividade, sempre concorrerão inúmeros modos para busca de um fim, ou até mesmo um modo que proporciona uma gama de fins, uns precípuos outros acessórios. Portanto, a aplicação da eficiência deve ser pautada, avaliando-se todos os meios, fins, direitos dos envolvidos, circunstâncias externas conhecidas e imprevisíveis à situação.

Ávila conclui exemplificando:

Suponha-se, por exemplo, que a administração escolha um meio (M1) para atingir um fim determinado por um princípio (P1). Digamos que esse meio realiza P1, restringe pouco a liberdade do administrado (P2), mas, em compensação, provoca muitos custos administrativos (P3). Diante disso, a administração cogita utilizar um outro meio (M2) para atingir P1, que, ao seu turno, causa menos custos administrativos (P3), mas, em compensação, restringe muito mais intensamente a liberdade do administrado (P2). Essa situação remete-nos à seguinte indagação: qual meio deve ser escolhido para atingir um fim, o que restringe menos a liberdade do administrado mas causa mais custos administrativos ou aquele que causa menos custos administrativos mas restringe mais a liberdade do administrado. Nesta oportunidade, basta afirmar que a resposta, em princípio a favor do meio menos restritivo, depende de uma ponderação sistematicamente orientada, sendo indivável uma supremacia *a priori* em favor do meio que causa menos custos administrativos<sup>41</sup>.

40 ÁVILA, op. cit., p. 20.

41 Ibidem, p. 20.

Entretanto, se as restrições às liberdades forem as mesmas, mas apenas os custos financeiros forem diferentes, a situação ganha outra roupagem:

Por exemplo, a administração escolhe um meio (M1) para atingir um fim determinado por um princípio (P1). M1 causa pouca restrição à liberdade do administrado, e provoca, igualmente, poucos custos administrativos. Outro meio (M2) restringe a liberdade do administrado da mesma forma, mas causa custos administrativos muito maiores. Nesse caso, a adoção do meio menos dispendioso é necessária, na medida em que permanecem inalterados os elementos relativos à realização de P1 e a restrição de P2<sup>42</sup>.

Assim, não deve a Administração Pública se ater, implacavelmente, a perseguição dos meios que gerem menores dispêndios. A eficiência reside exatamente, na relativização desse enunciado, com propósito de garantir margem para discricionariedade e ponderação, acerca de qual, dentre as opções ofertadas, deva ser utilizada, levando em conta ainda, todos os fins a serem perseguidos, bem como a pluralidade de direitos em xeque.

A análise do segundo enunciado deve ser esmiuçada por meio das seguintes indagações: 1) Em que grau o fim público deve ser satisfeito, ao máximo, minimamente ou apenas de maneira satisfatória? 2) A perquisição da máxima dos fins administrativos está associada com eficiência ou proporcionalidade?

A título de adequada explanação dos problemas levantados, faz-se mister destacar preliminarmente, que o dever de proporcionalidade é composto por três elementos, quais sejam, adequação, se o meio escolhido encontra-se apto a alcançar o resultado desejado; necessidade, se todas as medidas acessíveis são igualmente eficazes, para culminar o fim desejado, da maneira menos gravosa aos direitos envolvidos; proporcionalidade em sentido estrito, se o fim perseguido, não limita excessivamente os direitos dos administrados<sup>43</sup>.

Ávila indica que para o estudo da segunda acepção de eficiência, interessa precipuamente adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Assim dispõe:

---

42 ÁVILA, op. cit., p. 20-21.

43 Ibidem, p. 28.

A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia possa contribuir para a promoção da realização gradual do fim. A compreensão da relação entre meio e fim exige respostas a três perguntas fundamentais: o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? E qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela administração?<sup>44</sup>

Desses questionamentos, apenas o primeiro se faz interessante ao estudo da eficiência (o que significa um meio ser adequado à realização de um fim?). Segue o autor explicando que: 1) nem sempre há como a Administração Pública saber qual, dentre todos os meios disponíveis, é o mais intenso na promoção do resultado, pois existem circunstâncias e vicissitudes que fogem do alcance dos agentes e órgãos públicos. Além disso, torna-se impraticável que, para a tomada de determinada medida administrativa, sejam ponderados antecipadamente, todos os meios possíveis para atingir o fim almejado; 2) face a prerrogativa de avaliação, o Poder Legislativo, em casos altamente duvidosos, poderia *a posteriori* a adoção da medida, declarar sua não adequação ao caso. Trata-se de problemática inerente ao princípio da separação de poderes, pois cada poder possui vontades objetivas próprias, logo, a liberdade da Administração *in concreto* não é ilimitada, submete-se ao controle externo e à supervisão ministerial; e 3) a exigência de racionalidade na aplicação e interpretação das normas, impõe que sejam examinadas todas as circunstâncias inerentes a determinada situação, haja vista que a exclusão de um meio por não ser mais intenso, melhor ou mais seguro, impede outros argumentos que podem justificar a sua seleção. Ávila ressalta, que esses outros argumentos não devem ser, analisados no exame da adequação, mas somente, no exame da proporcionalidade em sentido estrito<sup>45</sup>.

Suscita por fim, um último questionamento: considerando-se que a Administração não tem o dever de escolher o meio mais intenso, melhor ou mais seguro para atingir determinado fim, estaria, portanto, atada a escolha do meio menos intenso, pior ou menos seguro para atingir um fim? De certo que não, por clara violação ao sistema jurídico vigente.

44 ÁVILA, op. cit., p. 22.

45 Ibidem, p. 22-23.

Ao final conclui lecionando:

Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim<sup>46</sup>.

Sendo assim, Humberto Ávila entende que a eficiência reside na consecução satisfatória dos fins públicos. Não está, portanto, a Administração, atrelada à necessidade de alcance de resultados com perfeição e amplitude. Outrossim, resta cabalmente vedado, sob pena de violação do ordenamento democrático hodierno, a obtenção proveitos ínfimos. Trata-se basicamente, de análise das circunstâncias atinentes de cada caso, mantendo-se o equilíbrio, a fim de satisfazer as incumbências estatais com satisfatoriedade.

A proposição de Ávila é fortemente rebatida por Fernando Leal, aduzindo que segundo essa definição, eficiência está limitada ao exame da adequação, isto é, escolha apenas do meio que satisfatoriamente opere o fim. Leal acredita, que:

[...] a atuação da eficiência se dá no primeiro estágio de investigação da necessidade da medida: quando os diferentes meios são examinados em função da finalidade a ser promovida. Nesse passo, o que se busca é a verificação do grau de promoção do fim do meio em xeque em função de outros meios alternativos que se colocam. A análise não é mais singular como na adequação, mas considera várias aspectos entre os diversos meios<sup>47</sup>.

46 ÁVILA, op. cit., p. 23-24.

47 LEAL, op. cit., p. 16.

Daí cabe a indagação: os meios devem ser cotejados sobre o viés de todos os aspectos ou apenas de parte deles? A resposta está na eficiência, pois é a partir dela que se confrontam os custos e a qualidade dos meios. Somente assim, saber-se-á se uma medida encontra-se recepcionada pela eficiência ou não<sup>48</sup>.

Fernando Leal, inspirado por Alexy e Ávila, conclui seu raciocínio, ressaltando:

Coloca-se novamente uma pergunta: após a verificação dos meios mais eficientes, a Administração está vinculada à escolha do melhor meio nesta etapa? A resposta é negativa, pois o subdever de necessidade segue com o exame do meio menos restritivo, em que se afere o grau de restrição às finalidades colateralmente afetadas pela adoção da medida. Começam as análises entre meios e princípios contrapostos a fim de esgotar o exame das possibilidades fáticas, algo que vai além das considerações sobre a eficiência. Esta exclui a análise dos fins obstaculizados, mas vai além do exame de adequação. Ultrapassando aquele estágio, serão considerados as consequências jurídicas da adoção da medida através do exame da proporcionalidade em sentido estrito. E só após esse complexo exame, que demanda avaliar as relações entre (i) a intensidade de interferência entre os princípios imbricados, (ii) o seu peso abstrato e (iii) a confiabilidade das premissas fáticas que amparam a promoção/restrrição de cada princípio, é que se poderá aferir qual é a melhor medida a ser adotada pela Administração<sup>49</sup>.

Com efeito, as asserções de Leal, hipoteticamente, fornecem um melhor suporte à consecução de resultados eficientes, no entanto, é provável que tamanha complexidade na análise das circunstâncias envolvidas, na maioria das situações do expediente administrativo, deixe a desejar, no que tange a uma análise completa de todos os aspectos concorrentes. Destarte, *in concreto*, a proposição de satisfatoriedade de Ávila, melhor atende a realidade da Administração Pública pátria, onde, em muitos casos, nem o mínimo de satisfação é alcançado.

---

48 LEAL, op. cit., p. 16-17.

49 Ibidem, p. 17.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, a partir da Emenda Constitucional nº 19, que realizou a reforma administrativa, deixando de ser um sistema burocrático, para compatibilizar ao estilo gerencial, em verdade, observa-se uma preocupação do Constituinte em exigir da Administração Pública uma atuação mais condizente ao Estado Democrático de Direito, em que o prisma central está voltado à proteção da sociedade como um todo.

Desta feita, diante da exposição como está inserido na Constituição Federal, mencionado preceito deve ser analisado com mais atenção, buscando-se sua respectiva percepção a partir da ideia de que esse, conforme entendimento preconizado por Humberto Ávila, reside na consecução satisfatória das finalidades visadas pelo Poder Público.

Daí é que se diz que a Administração deve sempre se pautar a partir da ideia de que, ainda que haja inúmeros meios e fins para se executar determinada atividade, deve-se ter em mente qual caminho proporciona um equilíbrio entre as opções disponíveis, desde que sejam menos prejudiciais aos destinatários.

Entende-se, portanto, que o Poder Público não deve ser irredutível quando da concretização de uma ação administrativa, tendo em vista que aquele deve percorrer, ainda que seja o caminho mais dispendioso, mas menos prejudicial, a partir de uma análise ampla, ou seja, necessário que se faça uma relativização dos meios mais baratos economicamente, para que se alcance a concretização dos direitos envolvidos nessa ação, levando-se em consideração todas as circunstâncias e percalços existentes, buscando certa margem de discricionariedade e ponderação na escolha do meio mais útil e eficaz no processo.

#### REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Christian Mendez. Os Princípios Constitucionais da Eficiência e Eficácia da Administração Pública: Estudo Comparativo Brasil e Espanha. Constituição, Economia e Desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, ago./dez. Curitiba, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 5, mar./maio, 2006. Disponível: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 21 maio 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 17 maio 2015.

ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./dez. 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANADA, Department of Justice. *Canada's Court System*. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/csjsjc/ccs-ajc/>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

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

\_\_\_\_\_. Renovação do Controle Externo da Administração Pública: Controle da Eficiência Administrativa. In: *Palestra do Instituto de Direito Público da Bahia*. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br /tvdireito](http://www.direitodoestado.com.br/tvdireito)>. Acesso em: 13 maio 2015.

CLAD – Conselho Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento. *Uma Nova Gestão Pública para América Latina*. 1998.

CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral da Administração*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 50. ed. Boston: The Addison-Wesley, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatizações, Eficiência e Responsabilidade. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, fev./abr. de 2006. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 27 maio 2015.

DINIZ, Eli. Crise, Governabilidade e Reforma do Estado: em Busca de um Novo Paradigma. In: GERSCHMAN, Silvia; VIANNA, Maria Lucia Werneck (Orgs.). *A Miragem da Pós-Modernidade: Democracia e Políticas Sociais no Contexto da Globalização*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Princípio da Eficiência da Administração como Princípio Jurídico da Administração Pública. In: *Palestra do Instituto de Direito Público da Bahia*. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br / tvdireito](http://www.direitodoestado.com.br/tvdireito)>. Acesso em: 12 maio 2015.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, jun./ago. 2007. Disponível: <[www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em: 24 maio 2015.

HEINEN, Juliano. *O Custo do Direito à Saúde e a Necessidade de uma Decisão Realista*: uma opção trágica. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Tradução de Abel D'azevedo. Lisboa: José Bastos & C.a., [1873?].

KIRBY, Michael J. L. *Reforming Health Protection and Promotion in Canada: time to act*. Committee Business – Senate – Recent Reports. November, 2003. Disponível em: <<http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/372/soci/rep/repfinnov03-e.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Fernando. Propostas para uma Abordagem Teórico-Metodológica do Dever Constitucional de Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, n. 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 31 maio 2015.

LIMA, Gustavo Massa Ferreira. *O Princípio Constitucional da Economicidade e o Controle de Desempenho pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENEGUIN, Fernando B.; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. *Há Incompatibilidade entre Legalidade e Eficiência?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago/2013, Texto para Discussão n. 133. Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em: 5 maio 2015.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, n. 10, maio/jul. 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 17 maio 2015.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *European Principles for Public Administration*, SIGMA papers, n. 27, OECD Publishing, 1999.

ROMANOW, Roy J. *Building on Values: The Future of Health Care in Canada – Final Report*. National Library of Canada, November, 2002. Disponível em: <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/CP32-85-2002E.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 96.

SILVA, Suzana Tavares da. O Princípio (Fundamental) da Eficiência. III *Encontro de Professores de Direito Público*. Porto, 30 de jan. 2009.

\_\_\_\_\_. O Tetralemma do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização do Princípio: Adequação, Necessidade, Ponderação e Razoabilidade. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/23213>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista do Tribunal* 798, São Paulo, 2002.

\_\_\_\_\_. Princípios e Regras. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I*, 2003.

TIMM, Luciano Benetti; TONIOLO, Giuliano. A Aplicação do Princípio da Eficiência à Administração Pública: Levantamento Bibliográfico e um Estudo da Jurisprudência do TJRS. *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, jun./ago. 2009. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LUCIANO-BENETTI.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LUCIANO-BENETTI.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2015.



RECEBIDO EM: 18/02/2017

APROVADO EM: 24/04/2017

# **A FUNÇÃO SOCIAL DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL DOS TÍTULOS E OUTROS DOCUMENTOS DE DÍVIDA NO BRASIL**

***THE SOCIAL FUNCTION OF PUBLIC NOTARY PROTEST  
OF SECURITIES AND OTHER DEBT DOCUMENTS  
UNDER BRAZILIAN LAW***

*Gabriela Almeida Marcon*

*Mestre em Administração. Pós-Graduada em Direito. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010) e graduação em Administração pela Universidade do Estado de Santa Catarina (2010). Procuradora Federal. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida; 2 A Função Social do Protesto; 3 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** A justiça e a segurança jurídica são valores fundamentais no Estado de Direito. A Constituição Federal, em seu artigo 236 previu que os serviços notariais e de registro, dentre os quais se enquadra o protesto de títulos e outros documentos de dívida, são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. O propósito deste estudo é evidenciar a função social do protesto no ordenamento jurídico pátrio, considerando sua importância para o sistema de direitos creditórios. Para tanto, resta posta a seguinte questão de pesquisa: Qual a função social do Tabelião de Protestos no Direito brasileiro? Faz-se uma concisa particularização do instituto jurídico do protesto extrajudicial, definindo-o e enquadrando-o no sistema jurídico, após, é analisada a função social propriamente dita. Conclui-se que o Tabelião de Protestos contribui para a pacificação social, sanidade da economia e segurança jurídica nos negócios privados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Protesto. Títulos. Documentos de Dívida. Função Social. Segurança Jurídica.

**ABSTRACT:** Justice and legal security are key values in a Republic. The Federal Constitution, in article 236, provided that the public notary services, among which fits the protest of securities and other debt documents are held in private, on behalf of the government. This paper aims to highlight the social function of protest in the Brazilian legal system, considering its importance to the receivables system. Therefore, the following research question is placed: What is the social function of public notary protest under the Brazilian Law? This paper outlines the legal institute of extrajudicial protest, defining and framing it in the legal system. Thus, it is analyzed the social function of the institute. We conclude that the public notary protest contributes to social peace, health of the economy and legal certainty in private business.

**KEYWORDS:** Protest. Securities. Debt Documents. Social Function. Legal Security.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 236 previu que os serviços notariais e de registro, dentre os quais se enquadra o protesto de títulos e outros documentos de dívida, são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Consoante dispõe o artigo 3º da Lei n. 9.492/97, aos tabeliães de protestos compete privativamente protocolar de imediato os documentos de dívida para a prova do descumprimento das obrigações; intimar os devedores dos títulos para aceita-los, devolvê-los ou pagá-los, sob pena de protesto; receber o pagamento dos títulos protocolizados, dando quitação; lavrar o protesto, registrando o ato em livro próprio, microfilme ou outra forma de documentação; acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante; averbar o cancelamento do protesto e as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados; expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.

São direitos do Tabelião, nos termos da Lei n. 8.935/94, a independência no exercício de suas atribuições, a percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia, a perda da delegação apenas nas hipóteses legalmente previstas, o exercício de opção em casos de desmembramento ou desdobramento da serventia, bem como a organização ou participação em associações e sindicatos de classe.

Por outro lado, são deveres do Tabelião, entre outros, a manutenção em ordem e segurança dos livros, papéis e documentos da serventia; o atendimento às partes com eficiência, urbanidade e presteza; o atendimento prioritário às requisições de papéis, documentos, informações ou providências que forem solicitadas pelas autoridades judiciárias ou administrativas para a defesa das pessoas de direito público em juízo; manutenção em arquivo dos regramentos que digam respeito à sua atividade; o sigilo sobre documentos e assuntos reservados de que tenha conhecimento em virtude do serviço; a publicidade das tabelas de emolumentos; e a fiscalização do recolhimento dos tributos incidentes sobre os atos praticados.

Neste contexto, o propósito deste estudo é evidenciar a função social do protesto no ordenamento jurídico pátrio, considerando sua importância para o sistema de direitos creditórios. Para tanto, resta posta a seguinte questão de pesquisa: Qual a função social do Tabelião de Protestos no Direito brasileiro?

Para responder à pergunta, faz-se uma breve caracterização do instituto jurídico do protesto extrajudicial, conceituando-o e enquadrando-o no sistema jurídico, após, é analisada a função social propriamente dita e, então, são apresentadas as conclusões do estudo.

O presente artigo justifica-se pela importância, originalidade e viabilidade<sup>1</sup>, além da contribuição à comunidade científica em futuros estudos acerca do Direito Notarial e do Direito Empresarial.

## 1 PROTESTO DE TÍTULOS E OUTROS DOCUMENTOS DE DÍVIDA

Protesto de título tem natureza jurídica de ato público, formal e solene, realizado pelo tabelião, com a finalidade de provar a inadimplência e o descumprimento de obrigação constante de título de crédito ou de outros documentos de dívida.

A legislação confere diversos meios ao credor, para que este possa exigir do devedor a satisfação das obrigações fundadas na circulação dos títulos de crédito e emissão de outros documentos de dívida.

O simples conceito suso esposado não difere do disposto expressamente no artigo 1º da Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997 – a qual define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívidas e dá outras providências: “*Protesto é ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida*”<sup>2</sup>.

De acordo com o princípio da unitariedade, corolário da segurança jurídica, o protesto de um título deve ser efetivado uma única vez. Depois do cancelamento de um protesto tirado, não há como protestar novamente o mesmo título. O cancelamento requer a apresentação do título original ou carta de anuência do credor. Sobre o cancelamento do protesto, Fábio Ulhoa Coelho afirma que:

O cancelamento do protesto pode ter por base o pagamento posterior do título, hipótese em que se processa administrativamente perante o próprio cartório de protesto, mediante entrega, pelo interessado, do

1 CASTRO, C. M. *A prática da pesquisa*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1977.

2 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997*: Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívidas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

título protestado (a posse do documento faz presumir a quitação). Caso este não possa ser exibido, o interessado poderá obter o cancelamento do protesto apresentando anuência do credor originário ou por endosso. Se o cancelamento se fundar em causa diversa do pagamento posterior, e as pessoas que figurarem no instrumento de protesto não consentirem, somente por ordem judicial poderá ser efetuado (Lei n. 9.492/97, art. 26)<sup>3</sup>.

No mesmo norte explica Gladston Mamede:

Uma vez registrado o protesto, seu cancelamento pode ser requerido ao cartório por qualquer interessado, mediante a apresentação do documento protestado, cuja cópia ficará arquivada, aceitando-se, se impossível apresenta-lo, a declaração de anuência, com identificação e firma reconhecida, daquele que figurou no registro de protesto como credor. Também é possível o cancelamento por determinação judicial<sup>4</sup>.

Para o Ministro Cláudio de Almeida Santos, “*O protesto, como ato público, é redigido, a pedido do portador, por obra de um oficial público, para produzir efeitos [...]*”<sup>5</sup>.

Gladston Mamede contextualiza da seguinte forma:

Se alguma obrigação anotada no título de crédito – o pagamento ou outra – não é devidamente cumprida, o portador da cártula poderá procurar o Tabelionato de Protestos e protestar o título. O protesto é ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento da obrigação<sup>6</sup>.

O código civil de 2002, em seu artigo 887, define o que considera título de crédito, a saber: “*O título de crédito, documento necessário ao exercício de direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeitos quando preencha os requisitos da lei*”.

3 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 308.

4 MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 357.

5 SANTOS, Cláudio de Almeida. Do Protesto de Títulos de Crédito. Palestra proferida a 20.09.85, durante o VIII Congresso Notarial Brasileiro, em Fortaleza. *Informativo Jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva*. v. 3, n. 2, p. 101-60, jul./dez. 1991. 121.

6 MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 356.

E do artigo 784 do Código de Processo Civil vigente extraem-se exemplos de títulos executivos extrajudiciais, dentre os quais ora se menciona: a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, o cheque, a debênture; a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; os contratos garantidos por penhor, hipoteca, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida; o crédito decorrente de foro e laudêmio; o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; etc.

A natureza jurídica dos títulos de crédito extrajudiciais foi, por vasto período, motivo de divergências na doutrina italiana. Para Carnelutti, o título era a prova do crédito, tendo por função prioritária evidenciar a existência do direito à prestação, autorizando o credor a intentar diretamente à execução<sup>7</sup>.

Para Liebman, não se poderia confundir a forma com a substância. O título seria mais do que uma feição do direito de crédito, mas valeria pelo próprio ato representado, ao qual a lei atribuiria o efeito de permitir uma sanção, o acesso à via da execução<sup>8</sup>.

A doutrina atual tende a considerar que nenhuma dessas posições é apta a explicar integralmente a essência da função do título executivo. Hoje, considera-se que apenas a somatória das duas teorias evidencia integralmente a eficácia própria do título<sup>9</sup>.

Nos termos do artigo 21 da Lei 9.492/97, o protesto será tirado por falta de pagamento, por falta de aceite ou de devolução. De acordo com José Antônio Saraiva:

o protesto é ato público e solene exigido por esta lei [Dec. 2.044/1908] para a completa garantia do exercício do direito regressivo do credor,

7 CARNELUTTI, Francesco. *Titulo ejecutivo*: Studi di diritto processuale. v. 4. Padova: Cedam, 1939. p. 120-121.

8 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio da Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 3: Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

9 *Ibidem*, p. 436.

porque estabelece a prova da observância oportuna de determinadas formalidades e diligências<sup>10</sup>.

Whitaker afirma que “o protesto é o ato oficial pelo qual se prova a não realização da promessa contida na letra”<sup>11</sup>.

Consoante assevera João Parizatto o protesto pode ser utilizado como comprovação da impontualidade e/ou inadimplemento de obrigação pactuada, veja-se:

O protesto de títulos se faz como medida probatória de falta descumprimento de determinada obrigação firmada em título de crédito ou outros documentos de dívida, pressupondo-se que esse tenha vencido e não tenha sido pago pelo devedor, tratando-se de ato extrajudicial realizado pelo Tabelionato de Protestos, sem qualquer dependência do órgão judiciário<sup>12</sup>.

Para Rosa Jr., o protesto é um ato cambiário público e formal, extrajudicial, unitário, que tem por escopo comprovar a falta ou recusa de aceite ou inadimplência<sup>13</sup>.

Existem inúmeros efeitos que decorrem da realização do protesto extrajudicial, entretanto, as principais vantagens para o credor são as seguintes: 1) Serve como meio de provar que o devedor está inadimplente; 2) Funciona como uma forma de coerção para que o devedor cumpra sua obrigação sem que seja necessária uma ação judicial (como o protesto lavrado gera um abalo no crédito do devedor, que é inscrito nos cadastros de inadimplentes, a doutrina afirma que o receio de ter um título protestado serve como um meio de cobrança extrajudicial do débito; ao ser intimado do protesto, o devedor encontra uma forma de quitar seu débito).

Através do protesto, é possível a cobrança dos coobrigados do título, uma vez que o credor esgotou as tentativas de obtenção do crédito de seu devedor principal. O Protesto por falta de pagamento habilita o credor a buscar o pagamento de qualquer um dos endossantes do título de crédito ou avalistas independente da ordem.

10 SARAIVA, José Antônio. *A Cambial*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. p. 146-147.

11 WHITAKER, José Maria. *Letra de Câmbio*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia Editores, 1928. p. 199.

12 PARIZATTO, João Roberto. *Protesto de Títulos de Crédito*. 2. ed. Ouro Fino: Edipa, 1999. p. 12.

13 ROSA JR., Luiz Emygio Franco da. *Títulos de Crédito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Almeida itera que “o titular de um direito pode se utilizar dos meios que a legislação lhe oferece para assegurá-lo e lhe tornar efetivo, eventualmente mesmo antes que ocorra qualquer violação. Neste contexto surge o protesto como ato formal extrajudicial que objetiva conservar e ressaltar direitos”<sup>14</sup>.

O caráter do protesto é público e oficial. O instrumento lavrado pelo Tabelião de Protestos é dotado de reconhecida fé pública, com presunção *juris tantum* de validade e eficácia, cabendo ao interessado fazer prova em contrário. O protesto notarial é inconfundível com o protesto judicial regulado pela Lei Processual.

O protesto judicial, inadequadamente inserido no Livro III – Do Processo Cautelar, do Código de Processo Civil, como procedimento cautelar específico (art. 867 a 873), sequer é processo em sentido técnico, pois que não há lide ou composição estatal de conflito de interesses.

Em verdade, trata-se de mero procedimento conservatório de direitos, despidido dos requisitos que caracterizam o processo cautelar, pois não se destina a precaver a eficácia prática e utilidade de providências do processo de conhecimento ou de execução<sup>15</sup>.

O protesto judicial limita-se a comprovar ou documentar formalmente a intenção de quem protesta o título, produzindo efeitos apenas no âmbito do direito material<sup>16</sup>.

A guisa de argumentação, colaciona-se o artigo 867 do Código de Processo Civil de 1973:

Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito<sup>17</sup>.

Conforme se depreende, portanto, do exposto, o protesto notarial é o meio através do qual o devedor é cientificado de que o credor, portador de

14 ALMEIDA, Amador Paes de. *Teoria e Prática dos Títulos de Crédito*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 15

15 MORAES, Emanuel Macabu. *Protesto Notarial: títulos de crédito e documentos de dívidas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 21.

16 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 511.

17 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*: Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em 19. set. 2016.

título líquido, certo e exigível, exige o seu aceite ou pagamento e manifesta, inequivocamente, sua vontade de resguardar seu direito regressivo contra os coobrigados. É ato extrajudicial, autônomo, realizado pelo Tabelionato de Protesto, sem qualquer dependência do órgão judiciário, o que assegura maior eficiência e celeridade na prestação dos serviços.

Wolffenbuttel<sup>18</sup>, a contrário senso, posiciona-se no sentido de que, o instituto do protesto seria um constrangimento legal do devedor, pois o ato tem em uma de suas características a publicidade. Desta forma, acredita a doutrinadora que se trataria de uma forma de exposição do devedor à sociedade, haja vista que, como consectário lógico do protesto, advêm as restrições em instituições financeiras, comércios e a diversos atos praticados que possuam ligação com o seu número de inscrição no CPF (Cadastro de Pessoas Físicas), em função de, quando da efetivação do protesto, as informações serem enviadas a Órgãos de Proteção ao Crédito, tais quais o Serasa e o conhecido SPC.

De fato, o artigo 29 da Lei n. 9.492/97 prevê que:

Os cartórios fornecerão às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, quando solicitada, certidão diária, em forma de relação, dos protestos tirados e dos cancelamentos efetuados, com a nota de se cuidar de informação reservada, da qual não se poderá dar publicidade pela imprensa, nem mesmo parcialmente<sup>19</sup>.

É importante salientar, entretanto, que na sociedade moderna, em meio à economia de mercado globalizada e informatizada, descabe o raciocínio de que o protesto é um mal, um instrumento de abuso do credor para constranger um devedor supostamente hipossuficiente. Nesse sentido, está-se de acordo com o pensamento de Macabu Moraes, quando afirma que: “É falsa a impressão de que o protesto é um instituto execrável e que os credores são algozes de frágeis devedores”<sup>20</sup>. E acrescenta, citando Eunápio Borges:

18 WOLFFENBUTTEL, Miriam Comassetto. *O protesto cambiário como atividade notarial – Aspectos Inovadores da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997*. São Paulo: Frater et Labor, 2001. p. 22.

19 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997*: Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívidas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

20 MORAES, Emanuel Macabu. *Protesto Notarial: títulos de crédito e documentos de dívidas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 100.

Confirmamos nossa assertiva com a reconhecida lucidez e imparcialidade da Cátedra de Eunápio Borges, quando, há mais de meio século, esclareceu para que “fique, pois, bem claro – e a insistência se justifica em face do arraigado preconceito existente – que não é qualquer protesto por falta de pagamento que poderá abalar legitimamente o crédito de alguém. Do contrário, os ladrões e salteadores semiletrados mudariam eficazmente de métodos, passando a sacar letras de câmbio contra figurões de alta-finança que, para evitar o protesto, pagariam milhões ou bilhões da letra à vista contra eles sacada [...]”<sup>21</sup>.

Cumpramos consignar que havia discussão acerca da adequação do protesto da Certidão de Dívida Ativa, a qual arrefeceu após a publicação da Lei n. 12.767, de 27 de dezembro de 2012, que assenta a possibilidade de protesto do título extrajudicial fazendário.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, por meio de seu Órgão Especial, mesmo antes da alteração legislativa, ao analisar o Agravo Regimental n. 126.917-0/6-01, posicionou-se no sentido da licitude do ato de protesto da Certidão de Dívida Ativa, e, em função disso, suspendeu todas as liminares que o impediam<sup>22</sup>.

Assim, longe de ser uma afronta a quaisquer direitos individuais, o protesto é um instrumento de concretização de direitos, que agiliza a vida econômica e satisfaz os anseios da sociedade por celeridade, segurança e eficiência nas relações negociais.

## 2 A FUNÇÃO SOCIAL DO PROTESTO

O âmago da discussão dos princípios norteadores da atividade do Tabelião de Protestos perpassa a análise da segurança jurídica, de um modo geral.

O ilustre doutrinador Miguel Reale, ao discorrer sobre o ideal de justiça e sua relação com a ordem, afirma que “*no próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais*”

<sup>21</sup> MORAES, op. cit., p. 100.

<sup>22</sup> BRASIL. Estado De São Paulo. Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. *Agravo Regimental n. 126.917-0/6-01*. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ002DTV12KX>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

*urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético*<sup>23</sup>.

Mota de Souza afirma, sobre a temática da segurança jurídica, que “*a lei é garantia de estabilidade das relações jurídicas, a segurança se destina a estas e às pessoas em relação; é um conceito objetivo, a priori, conceito finalístico da lei*”<sup>24</sup>.

No campo da Política Jurídica, dos sólidos ensinamentos do estudioso Osvaldo Ferreira de Melo, colhe-se que:

No Estado Moderno costumava-se priorizar, retoricamente, como um dos fins do Direito, a segurança jurídica, mas essa é moeda de duas faces. Numa está gravada a preocupação com os fins políticos, que Bobbio chama a Política do Poder: é preocupação nítida do Estado a paz social, pois, no alcance desse objetivo, reside a própria estabilidade dos governos, cujos objetivos, então, se confundem com os do próprio Estado. [...] O outro lado da moeda estampa a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos “garantidos” pela ordem jurídica, sejam efetivos<sup>25</sup>.

Para garantir segurança jurídica, é imprescindível pautar-se sempre pela legalidade. No Brasil todas as Constituições, exceto a carta de 1937, adotaram o princípio da legalidade.

Norberto Bobbio ensina que “*o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação*”<sup>26</sup>.

“*O Princípio da Legalidade é a expressão maior do Estado Democrático de Direito, a garantia vital de que a sociedade não está presa às vontades particulares, pessoais, daquele que governa*”<sup>27</sup>. O insigne mestre Celso Antônio Bandeira

23 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

24 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo: LTr, 1996. p. 128.

25 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998. p. 38.

26 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 119.

27 SILVA, Alexandre Rezende da. Princípio da Legalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3816>>. Acesso em: 9 jun. 2013.

de Mello destaca características relevantes do princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se, através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritária) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja do que a concretização da vontade geral.

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes<sup>28</sup>.

Na seara Constitucional, Alexandre de Moraes destaca o seguinte:

O artigo 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em detrimento da lei<sup>29</sup>.

Os serviços atribuídos aos Tabeliães de Protestos asseguram a autenticidade, a publicidade e a eficácia dos atos jurídicos, conforme disposto categoricamente no artigo 2º da Lei 9.492/97. Este artigo evidencia a essencialidade do protesto. A Constituição Federal de 1988 optou pela gestão privada dos serviços públicos notariais e de registro, delegando-os a pessoas físicas.

Essa opção por delegar o serviço notarial e de registro a um particular é inerente à lógica de que não é possível outorgar a uma pessoa coletiva a autenticidade e a fé pública, requisitos substanciais para que seja atingida a meta de garantir a segurança jurídica. Isso porque não é

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 100.

29 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 36.

possível atribuir a pessoas coletivas inteligência, vontade, prudência e justiça – faculdades e hábitos só encontrados, na realidade, nas pessoas físicas<sup>30</sup>.

As leis n. 9.492/97 e 8.935/94 atribuem privativamente ao tabelião de protestos de títulos e outros documentos de dívida, na tutela de interesses públicos e privados, a protocolização, intimação, acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, bem como lavar e tirar o protesto e acatar, quando for o caso, a desistência do credor no que concerne à lavratura e ao registro do mesmo.

Neste norte:

Os tabeliões de protestos têm seu regime jurídico especial fundamentado no artigo 236 da Constituição Federal de 1988, na Lei Federal nº. 8.935/1994 e na Lei Federal nº. 9.492/1997.

Esse entendimento consolidou-se no Egrégio Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2602/Minas Gerais, acórdão publicado no Diário da Justiça da União de 31/03/2006.

Na oportunidade, com fundamento no voto do Excelentíssimo Ministro Carlos Britto, em conjunto com outros, ficou assentado, em epítome, que os serviços notariais e de registro são atividades próprias do Poder Público como expresso na própria Lei Maior; que se cuida de atividades jurídicas do Estado e não de atividades simplesmente materiais, cuja prestação é transferida a empresários particulares por conduto dos mecanismos de concessão ou da permissão; que seu estatuto decorre de lei, portanto, de regras unilateralmente impostas pelo Estado, e não de contrato, o qual, conceitualmente, advém de acordo de vontades; que se está a lidar com prestação estatal cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, como se dá com as empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos; e, finalmente, que as atividades notarias e de registro são remuneradas por emolumentos, cuja tabela é fixada por lei e têm natureza equiparada

---

30 ASSUMPCÃO, Letícia Franco Maculan. *Função Notarial e de Registro: concurso público, regime jurídico e responsabilidade civil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 121.

à de taxa, e não por tarifa ou preço público, tal como ocorre com os concessionários e permissionários<sup>31</sup>.

O uso do protesto como instrumento de coercibilidade para satisfação de direitos creditórios é bastante antigo, práticas semelhantes datam do Século XIV, no continente europeu, consoante se verifica no excerto, abaixo colacionado, de palestra do douto Ministro Cláudio de Almeida Santos, que julgou perante o Superior Tribunal de Justiça:

O uso do protesto cambial é bastante antigo. Heitos Gomes de Paiva, responsável pelo verbete “Protesto de Títulos de Crédito”, no vol. 42, do Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro da Ed. Borsoi, com suporte em Thaller, afirma que fontes históricas, encontradas nos arquivos italianos, asseguram remontar à primeira metade do Século XIV a prática. Reportando-se a Goldschmidt, anota datarem tais documentos de 1335. Sorani, citado por Saraiva, em sua clássica obra “A Cambial” (28 ed., Belo Horizonte, Imprensa Oficial de Minas, 1918, p. 415), assegura datar de 14 de novembro de 1384 o mais antigo protesto cambial conhecido, lavrado em Gênova pelo notário Theramo de Magiolo. Mas o festejado mestre brasileiro atesta conhecer protestos datados de 1335 e haver publicado, em seu livro “Direito Cambial Brasileiro”, o protesto de uma letra de câmbio, datada de 05 de outubro de 1339 (obviamente não se cuida de protesto tirado no Brasil). Dá conta, ainda, o mesmo autor, da existência de um documento normativo com vigência em Piza, no ano de 1305, a incluir, entre as funções dos notários, a “praesentatio” e o “protestatio Itterarurn”, isto é, a apresentação e o protesto de letra. Finalmente, registra Saraiva referência feita ao Edito de Luiz XI, de 08 de março de 1462, na França, e, por igual, forrado em Goldschmidt, observa haver sido o protesto conhecido na Alemanha, no século XVI<sup>32</sup>.

O tabelião de protesto na atualidade assumiu caráter de “*legítimo instrumento de equilíbrio nas relações econômicas como um todo*”<sup>33</sup>, é figura importante na pacificação social, contribuindo para que inúmeros casos sejam resolvidos entre as próprias partes, fora da esfera do Poder Judiciário.

31 MORAES, Emanuel Macabu. *Protesto Notarial: títulos de crédito e documentos de dívidas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

32 SANTOS, Cláudio de Almeida. Do Protesto de Títulos de Crédito. Palestra proferida a 20.09.85, durante o VIII Congresso Notarial Brasileiro, em Fortaleza. *Informativo Jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva*. v. 3, n. 2, p. 101-60, jul./dez. 1991 • 121.

33 MORAES, Emanuel Macabu. *Protesto Notarial: títulos de crédito e documentos de dívidas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 99.

Sobre a temática, ressalta-se o pensamento vanguardista de Pedro Vieira Mota:

A noção clássica do protesto cambial, como simples registro de recusa de aceite ou pagamento, que era correta, tornou-se muito incompleta. O instituto, além daquela finalidade primitiva e fundamental, adquiriu entre nós uma função nova mais importante, mercê da nossa realidade socioeconômica e de seus reflexos no campo jurídico. Converteu-se, de fato, numa execução-forçada. [...] Essa elaboração jurisprudencial, do mesmo passo que impede o protesto abusivo, assegura e revigora o protesto normal, a saber, o protesto-registro e o protesto-execução<sup>34</sup>.

Grande parte dos títulos apresentado a protesto o são por Pessoas Jurídicas, as quais não postulam perante os juizados especiais. O protesto é uma forma preventiva em relação aos ônus e o desgaste de um processo judicial. Além do que, eventualmente, ao final do processo não há bens suficientes para a satisfação do crédito. O caráter conciliatório do protesto notarial é patente, o devedor, uma vez intimado, possui prazo para cumprimento da obrigação no tabelionato, de sorte que adequado o nível de coercibilidade e publicidade.

Quem recebe a intimação do protesto tem a oportunidade de procurar o credor e renegociar a dívida, uma vez que é facultado, pelo artigo 16 da Lei n. 9.492/97, ao apresentante desistir da lavratura do protesto, retirando o título ou documento de dívida mediante pagamento dos emolumentos e demais despesas.

O protesto é menos oneroso para as partes comparativamente a uma ação judicial que implica honorários de advogado, custas processuais, taxa judiciária, além da longa tramitação do processo.

Mais vantajoso também se mostra para o Poder Judiciário que há muito não tem condições de se ocupar das lides que exigem maior grau de complexidade porque está sobrecarregado com ações de cobrança, monitórias e execuções<sup>35</sup>.

A falha nos pagamentos enfraquece a economia como um todo. A ausência de capital de giro decorrente da alta inadimplência no mercado gera

34 MOTA, Pedro Vieira. *Sustação de Protesto Cambial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 13-14/16.

35 MORAES, Emanuel Macabu. *Protesto Notarial: títulos de crédito e documentos de dívidas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 98.

*“o ciclo vicioso que empurra os empresários para a retração de suas atividades, seu próprio endividamento, as inevitáveis demissões de trabalhadores, encaminhando-os para a falência, com todos os danos que ela acarreta”*<sup>36</sup>.

O devedor é o sujeito passivo da relação obrigacional, a pessoa sobre a qual recai o dever de cumprir a prestação convencionada. É dele que o credor tem o poder de exigir o adimplemento da prestação, destinada a satisfazer seu interesse, por estar adstrito ao seu cumprimento<sup>37</sup>.

O direito das obrigações desempenha ampla influência na vida econômica, não apenas na produção, mas também nas relações de consumo, distribuição e circulação de bens.

A obrigação encontra sua gênese na ordem jurídica, pois temos como fonte das relações obrigacionais o fato jurídico devidamente qualificado e a lei, ou melhor, a vontade humana e a lei, visto que o fato jurídico pode ser natural ou humano, conforme prescindir de ato volitivo ou dele decorra. [...] Fácil é denotar que a vontade humana e a lei exercem influência na obrigação como forças que atuam conjugadamente na determinação do vínculo obrigacional<sup>38</sup>.

O direito das obrigações tem por objeto relações jurídicas que alguns denominam direitos de crédito, outros direitos pessoais, ou, ainda, direitos obrigacionais. O *“conceito de obrigação é, na essência, [...] a submissão a uma regra de conduta, cuja autoridade é reconhecida ou forçosamente se impõe”*<sup>39</sup>.

*As obrigações decorrentes dos contratos são obrigações que resultam de lei, pois é a lei que disciplina os contratos, sujeitando-os a um estatuto jurídico; os contratos não são reconhecidos senão porque a lei os sanciona e garante*<sup>40</sup>.

36 MORAES, Emanuel Macabu. *Protesto Notarial*: títulos de crédito e documentos de dívidas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 100.

37 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. v. 2, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 24.

38 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3-4.

39 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, v. 2: teoria geral das obrigações*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.

40 MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil 5: direito das obrigações*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17.

O elemento objetivo da relação obrigacional “é sempre uma conduta ou ato humano: dar, fazer ou não fazer (*dare, facere, praestare, dos romanos*). *E se chama prestação, que pode ser positiva (dar e fazer) ou negativa (não fazer)*”<sup>41</sup>.

Para a manutenção da ordem e da paz social é imprescindível que se viva sob a égide de um conjunto de regras que ditem a conduta dos integrantes do corpo coletivo. Nesse contexto, pertinente a elucubração de Sérgio Bermudes:

Importa dizer agora que, para manter a sociedade em ordem, a fim de fazer possível a indispensável vida em grupo, surgem determinadas regras, que ditam a conduta de seus integrantes. A explicação do aparecimento dessas regras desafia, permanentemente, os que estudam o homem, nos múltiplos aspectos das relações dele, não só com os seus semelhantes mas com tudo o mais que, próxima ou remotamente, o rodeia. Não parece exato dizer que essas regras têm pro causa eficiente apenas a prevenção ou a repressão dos conflitos sociais. Conquanto, não se possa negar, constitua essa uma razão determinante da criação delas, o certo é que surgiram para organizar o grupo e assim tornar cômoda a vida de cada um, tal como ocorre numa residência onde se estabelecem práticas, destinadas ao conforto e ao sossego de seus habitantes. Essas regras orientam a conduta de cada um, para adaptar o ser ao seu meio<sup>42</sup>.

“Foi com o advento da *Lex Poetelia Papiria* que a execução pelas dívidas do devedor passou a recair sobre seu patrimônio e não mais sobre sua pessoa”<sup>43</sup>. Visando evitar conflitos no seio da sociedade é que o direito tutela o crédito. Uma das regras previstas pelo ordenamento no afã de pacificação social e promoção da isonomia e justiça entre os credores é a *par conductio creditorum*, materializada na execução concursal, por exemplo.

Dessa forma, o direito tutela o crédito e especialmente o crédito comercial, possibilitando que melhor desempenhe sua função na economia e, conseqüentemente, na sociedade. As pessoas se sentem menos inseguras em facilitar o crédito a exata medida em que podem contar com esse tratamento parificado na hipótese de vir o devedor

41 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, v. 2: teoria geral das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25.

42 BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 2-3.

43 GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Falimentar*. v. 23. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10.

a encontrar-se numa situação patrimonial que o impeça de honrar, totalmente, seus compromissos<sup>44</sup>.

Nessa senda, o Tabelião de Protestos zela pelo cumprimento da lei, no que tange à segurança jurídica e efetividade das relações assumidas entre os particulares.

Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível<sup>45</sup>.

O aumento dos atos notariais, comprovadamente, na Espanha, representou decréscimo proporcional da litigiosidade<sup>46</sup>. O protesto viabiliza a recuperação de créditos célere e menos onerosa. Darold preleciona que o protesto possui a importante função de “*de constringer legalmente o devedor ao pagamento, sob pena de ter lavrado e registrado contra si ato restritivo de crédito, evitando, assim, que todo e qualquer inadimplemento vislumbre na ação judicial, a única providência formal possível*”<sup>47</sup>. “Respeitando-se os limites e a finalidade da lei, pode-se escolher entre receber o pagamento em alguns dias ou esperar vários anos, sobrecarregando ou desonerando as partes e o Judiciário”<sup>48</sup>.

Através do protesto dos documentos de dívida, o sistema creditório é oxigenado, uma vez que o impacto na credibilidade do devedor perante as instituições financiadoras acarretado pelo protesto, faz com que os agentes econômicos saudáveis queiram rapidamente saldar seus débitos.

O Tabelião de Protestos impede que o Poder Judiciário funcione como mero cobrador, a serviço de interesses meramente privados, sem que haja efetiva contenda a ser resolvida. Evita, ainda, que os Tribunais sejam ferramentas nas mãos dos maus pagadores, utilizando-se de recursos legalmente previstos para procrastinar débitos legítimos, exigíveis, líquidos e certos.

44 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 354.

45 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. v. 2, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21.

46 BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74.

47 DAROLD, Ermínio Amarildo. *Protesto Cambial: duplicatas x boletos*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 28.

48 MORAES, Emanuel Macabu. *Protesto Notarial: títulos de crédito e documentos de dívidas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 107.

O advento do Código de Processo Civil 2015 restou viabilizado sacramentou a viabilidade do protesto de sentenças judiciais condenatórias transitadas em julgado que prevejam pagamento de quantia líquida e certa em dinheiro, eis o dispositivo legal:

Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.

§ 1º Para efetivar o protesto, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão.

§ 2º A certidão de teor da decisão deverá ser fornecida no prazo de 3 (três) dias e indicará o nome e a qualificação do exequente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário.

§ 3º O executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda pode requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado.

§ 4º A requerimento do executado, o protesto será cancelado por determinação do juiz, mediante ofício a ser expedido ao cartório, no prazo de 3 (três) dias, contado da data de protocolo do requerimento, desde que comprovada a satisfação integral da obrigação<sup>49</sup>.

Caso a parte vencida pague a quantia em até quinze dias (prazo do artigo 523 do CPC/2015), o evento se resolve, sendo arquivados os autos do processo. Do contrário, o credor poderá, além das vias tradicionais de excussão judicial, requerer o protesto da sentença. Ao tornar pública a inadimplência do sucumbente, o protesto fomenta a satisfação do crédito devido, efetivando a justiça.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O protesto extrajudicial de títulos e outros documentos de dívida, como ato formal e solene, tem sua base legal na Lei n. 9.492 de 1997 e a matriz constitucional no artigo 236 da Carta Magna de 1988. Por ser uma

49 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015: *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 19 set. 2016.

função pública exercida em caráter privado, é revestido de oficialidade, autenticidade, publicidade, segurança e eficácia. Obedece, contudo, um modelo de gestão privado, o que confere maior dinamismo à atividade, elevando a qualidade da prestação do serviço.

O instituto promove a confiança do mercado e a segurança jurídica. O devedor possui a certeza de que pagará apenas o que deve e o credor recuperará os valores com maior celeridade e menor ônus. O protesto fomenta o interesse público da sociedade de manutenção da credibilidade do sistema creditório, sendo patente sua importância econômica. É um instrumento eficaz e seguro de satisfação dos débitos constantes de títulos e documentos de dívida.

O serviço extrajudicial de protestos areja o Poder Judiciário, uma vez que promove a pacificação social fora do âmbito processual, por intermédio do Tabelião, um operador do Direito imparcial, equidistante das partes. Através do protesto é possível buscar a satisfação do crédito de todos os responsáveis da cadeia cambiária pela inadimplência.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Teoria e prática dos títulos de crédito*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSUMPCÃO, Letícia Franco Maculan. *Função notarial e de registro: concurso público, regime jurídico e responsabilidade civil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997*: Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívidas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*: Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*: Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 19 set. 2016.

Brasil. Estado De São Paulo. Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. *Agravo Regimental n. 126.917-0/6-01*. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ002DTV12KX>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

CASTRO, C. M. *A prática da pesquisa*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1977.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAROLD, Ermínio Amarildo. *Protesto Cambial: duplicatas x boletos*. Curitiba: Juruá, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, v. 2: teoria geral das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Falimentar: v. 23*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. n. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil 5: direito das obrigações*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Emanuel Macabu. *Protesto Notarial: títulos de crédito e documentos de dívidas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOTA, Pedro Vieira. *Sustação de Protesto Cambial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 13-14/16.

PARIZATTO, João Roberto. *Protesto de Títulos de Crédito*. 2. ed. Ouro Fino: Edipa, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROSA JR., Luiz Emygio Franco da. *Títulos de Crédito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTOS, Cláudio de Almeida. Do Protesto de Títulos de Crédito. Palestra proferida a 20 set. 85, durante o VIII Congresso Notarial Brasileiro, em Fortaleza. *Informativo Jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva*. v. 3 n. 2. p. 101-60, jul./dez. 1991.

SILVA, Alexandre Rezende da. Princípio da Legalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3816>>. Acesso em: 9 jun. 2013.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo: LTr, 1996. p. 128.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WOLFFENBUTTEL, Miriam Comassetto. *O protesto cambiário como atividade notarial – Aspectos Inovadores da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997*. São Paulo: *Frater et Labor*, 2001.

RECEBIDO EM: 20/03/2017  
APROVADO EM: 02/08/2017

# A IMPLANTAÇÃO DO TRABALHO REMOTO NO ÂMBITO DA PROCURADORIA GERAL FEDERAL

*THE DEPLOYMENT OF REMOTE WORK IN THE NATIONAL  
TREASURY PROSECUTOR'S OFFICE CONTEXT*

*George Barbosa Jales de Carvalho*  
*Mestre em Direito pela PUC-RS. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela*  
*Universidade Cândido Mendes-RJ. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela*  
*Faculdade São José - Timon-MA. Procurador Federal. Chefe da Procuradoria*  
*Federal Especializada do INCRA no Piauí.*

*Denise Pires Fincato*  
*Pós-Doutorado pela Universidad Complutense de Madrid*  
*Doutorado em Direito pela Universidad de Burgos. Mestrado em Direito pela*  
*Universidade do Vale do Rio dos Sinos.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O trabalho Remoto; 1.1 Conceito; 1.2 Modalidades de trabalho remoto; 1.3 Vantagens e desvantagens da utilização do trabalho remoto; 2 O Trabalho Remoto no âmbito do Serviço Público; 3 A implantação do Trabalho Remoto no âmbito da Procuradoria Federal; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo traz um estudo detalhado sobre a implantação do trabalho remoto no âmbito da Procuradoria Geral Federal - PGF. No decorrer da presente pesquisa aborda-se a origem, a definição, as modalidades e as vantagens e desvantagens do trabalho remoto no direito brasileiro. O grande problema enfrentado no presente artigo, diz respeito ao impacto da utilização do trabalho remoto por parte dos procuradores federais tanto para atividades de natureza judicial como para atividades de natureza consultiva. O método de abordagem utilizado é o dedutivo partindo das relações entre os argumentos gerais, conhecidos como premissas, para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. O método de procedimento utilizado é o monográfico, a partir de pesquisas em fontes bibliográficas, livros e artigos relativos ao assunto. A interpretação é sistemática. Verificou-se que a sua utilização se encontra em harmonia com o princípio da eficiência e da duração razoável do processo, sendo perfeitamente cabível a sua aplicação no âmbito da Advocacia Geral da União.

**PALAVRAS-CHAVE:** Trabalho Remoto. Procuradoria Geral Federal. Eficiência.

**ABSTRACT:** The present article brings a detailed study about the deployment of remote work in the National Treasury Prosecutor's Office (PGFN) context. In the course of the present research, the study approaches the origin, definition, modalities and pros and cons of remote work in Brazilian law. The main problem faced in the present article regards the impact of remote work utilization by federal prosecutors not only in juridical activities but also in consulting activities. The approach method used is deductive based on general arguments relations known as premises to particular arguments until the reach of a conclusion. The procedure method used is monographic based on bibliographic research, books, and related matter articles. The interpretation is systematic. It has been established that remote control utilization is accordant to the principle of efficiency and reasonable duration of the process, being perfectly applicable in the National Treasury Prosecutor's Office context.

**KEYWORDS:** Remote Work. National Treasury Prosecutor's Office. Efficiency.

## INTRODUÇÃO

A sociedade moderna, cada vez mais tecnológica, vem sofrendo constantes mudanças, cujos reflexos atingem as relações de trabalho e a prestação do serviço público. Gradualmente, o uso da tecnologia é implementado no âmbito das empresas privadas e das entidades públicas de modo a aumentar a produtividade e a reduzir custos.

Nessa perspectiva, surgiu o trabalho remoto<sup>1</sup> que, apesar de ainda não estar devidamente regulamentado no Direito Brasileiro<sup>2</sup>, já se encontra em plena utilização, tanto no ambiente privado quanto no público.

Na iniciativa privada, de acordo com a SAP Consultoria<sup>3</sup>, existem no Brasil, aproximadamente, mais de 20 milhões de trabalhadores em domicílio. Cerca de 60% destes trabalhadores estão vinculados a uma empresa, sendo que, 36% das empresas no Brasil já possuem prática de Home Office junto a seus colaboradores.

No serviço público não é diferente. Diversos órgãos públicos, como o Tribunal de Contas da União – TCU, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e a Controladoria Geral da União – CGU e o próprio Poder Judiciário já implantaram projetos pilotos de desenvolvimento de trabalho remoto.

No âmbito da Advocacia Geral da União<sup>4</sup>, coube a Procuradoria Geral Federal<sup>5</sup> o papel de pioneira<sup>6</sup> na implantação do trabalho remoto como forma de aumentar a produtividade dos seus membros.

---

1 Aqui tendo o mesmo significado que teletrabalho.

2 Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.793/2012, de autoria do deputado Carlos Bezerra, que objetiva regulamentar o trabalho exercido à distância ou no domicílio do empregado

3 Disponível em: <<http://sapconsultoria.com.br/homeoffice/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

4 Órgão responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

5 Órgão vinculado à Advocacia-Geral da União - AGU, criado pela Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, tem como titular o Procurador-Geral Federal, cargo de natureza especial, nomeado pelo Presidente da República, mediante indicação do Advogado-Geral da União. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/160682](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/160682)>. Acesso em: 26 maio 2016.

6 Ressalte-se, que, após a implementação do trabalho remoto por parte da Procuradoria Geral Federal, a Consultoria Geral da União - CGU, passou a permitir a utilização da modalidade do teletrabalho para os seus membros, conforme disciplinado na PORTARIA CGU Nº 03, 25 DE FEVEREIRO DE 2016. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/1501155>>. Acesso em: 30 maio 2017.

Pretende-se no presente artigo, esclarecer o reflexo da implantação do trabalho remoto no âmbito da Procuradoria Geral Federal, abordando seu objetivo e as vantagens para a administração pública, sobretudo nas ações que envolvam improbidade administrativa, regressivas acidentárias e benefícios previdenciários.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo partindo das relações entre os argumentos gerais, conhecidos como premissas, para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. O método de procedimento utilizado é o monográfico, a partir de pesquisas em fontes bibliográficas, livros e artigos relativos ao assunto. A interpretação é sistemática, observando a harmonização do sistema jurídico e a potencial realização do princípio administrativo da eficiência, obtido a partir da implantação da nova modalidade de trabalho na seara pública.

Para bem abordar a temática, nesta pesquisa, faz-se uma panorâmica científica acerca do teletrabalho discorrendo acerca da conceituação, modalidades, vantagens e desvantagens comumente apontadas pela doutrina, passo seguinte observa-se-o inserido no âmbito da gestão pública para, então, experimentá-lo no cenário das Procuradorias Federais.

Parte-se da ideia de que o teletrabalho pode ser alternativa importante à dinamização do serviço público, contribuindo de forma decisiva para o alcance da eficiência enquanto direito fundamental de todo o cidadão.

## 1 O TRABALHO REMOTO - TELETRABALHO

Há certa confusão no tocante ao teletrabalho e seu perfeito conceito. Alguns inclusive o entendem como o trabalho em domicílio, singelamente, o que não é de todo perfeito. É necessário depurar o tema para, em estudo de caráter científico, estabelecer o foco do que se pretende analisar.

### 1.1 CONCEITO

Rodrigues Pinto<sup>7</sup> define o teletrabalho como

[...] uma atividade de produção ou de serviço que permite o contato a distância entre o apropriador e o prestador da energia pessoal. Desse modo, o comando, a execução e a entrega do resultado se

7 RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 133.

completarão mediante o uso da tecnologia da informação, sobretudo a telecomunicação e a informática, substitutivas da relação humana direta.

Para Denise Pires Fincato<sup>8</sup> o teletrabalho consiste no:

[...] trabalho humano desempenhado de forma subordinada, porém fora dos limites físicos da empresa, priorizando o uso de meios de telecomunicação para o recebimento, trato e transmissão de informação.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho - OIT<sup>9</sup> o teletrabalho é o trabalho que é executado com o uso de novas tecnologias de informação e comunicação em um local distante do escritório central ou instalação de produção onde o trabalhador não tem nenhum contato pessoal com os colegas de trabalho.

Da análise dos conceitos supracitados, denota-se que o teletrabalho apresenta algumas características que lhe são inerentes, a saber: 1) realização de atividade fora da sede da empresa (a distância); 2) a existência de uma relação de coordenação (e não necessariamente de mando presencial do empregador frente ao empregado) e 3) o emprego de equipamentos e tecnologias da informação.

Mesmo à distância, há uma subordinação do empregado para com o empregador. Denise Pires Fincato<sup>10</sup> explica que essa subordinação deve ser entendida como “como a inclusão do trabalhador no âmbito de direção e disciplina do empregador, mesmo que de maneira distante e não intensa”.

Denota-se, portando, que o trabalho remoto nada mais é do que uma espécie de trabalho realizado pelo empregado em local diferente da sede da empresa, trabalho esse coordenado à distancia pelo empregador mediante a utilização de ferramentas tecnológicas.

---

8 FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: aproximações epistemológicas. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. Porto Alegre: Magister, v.31, jul, 2009. p. 80.

9 A Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919 no Tratado de Versalhes. Tem como objetivo criar programas direcionados a melhorar as condições socioeconômicas e humanas dos trabalhadores ao redor do mundo. Disponível em: <<http://www.oit.org.br>>. Acesso em: 23 maio 2016.

10 FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: aproximações epistemológicas. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, Porto Alegre: Magister, v. 31, jul. 2009. p. 54.

## 1.2 MODALIDADES DE TRABALHO REMOTO

As modalidades de teletrabalho podem ser classificadas quanto ao critério locativo e comunicativo.

Em relação ao critério locativo, pode-se classificar o teletrabalho em: prestados em domicílio, prestados em telecentros e móvel (ou nômade).

Para Solange Inês Biesdorf<sup>11</sup>, o teletrabalho em domicílio é aquele realizado no próprio domicílio do trabalhador, podendo ser assim considerado, nesta modalidade, outro local, como um ambiente familiar que não constitua o seu domicílio efetivo. O teletrabalho em telecentros é o realizado quando os trabalhadores compartilham estruturas físicas tecnicamente preparadas para a realização do teletrabalho, fora da sede da empresa, podendo ser utilizados, inclusive, por trabalhadores de empresas diversas.

Já o teletrabalho móvel, caracteriza-se pela indeterminação do posto de trabalho, podendo ser realizado em qualquer lugar, mediante a disponibilidade de equipamento de mídia eletrônica, como os telefones celulares, que permitem a transmissão de dados e de imagens em alta velocidade.

Pelo critério comunicativo, tem-se o teletrabalho *off line* (desconectado) ou *on line* (conectado). Segundo Carla da Silva Pontes<sup>12</sup> o Teletrabalho *Off line* ou desconectado, ocorre quando o teletrabalhador desenvolve suas atividades sem ligação direta com o computador central da empresa. Já o teletrabalho *On line* ou conectado, ocorre quando o teletrabalhador faz uso de telecomunicações, para receber, ou transmitir a informação.

## 1.3 Vantagens e desvantagens da utilização do trabalho remoto

As vantagens para o empregador são diversas. As principais vantagens são a redução de custos, como a economia de espaço nas fábricas e escritórios, economia de energia e o aumento da produtividade. Para o trabalhador, De Masi<sup>13</sup> enumera as seguintes vantagens:

11 BIESDORF, Solange Inês; SANTIAGO, Suely. *Reflexões contemporâneas de direito do trabalho*. Curitiba: Rosea Nigra, 2011. p. 25.

12 PONTES, Carla da Silva. A caracterização do teletrabalho perante a ordem jurídica brasileira. In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 15, n. 2424, 19 fev. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14381>>. Acesso em: 23 maio 2016.

13 DE MASI, D. *A sociedade pós industrial*. 3. ed. São Paulo: SENAC, 2000. p. 206.

Autonomia dos tempos e dos métodos, coincidência entre o lar e o local de trabalho, redução de custos e do cansaço provocado pelos deslocamentos, melhoria da gestão da vida social e familiar, relações de trabalho mais personalizadas, além da possibilidade de redução das horas de trabalho.

No que diz respeito ao aumento da produtividade, um estudo realizado pela Universidade Stanford<sup>14</sup> detectou que a utilização do teletrabalho representa um aumento de aproximadamente 13,5% da produtividade, principalmente em decorrência da redução dos deslocamentos e das licenças médicas, diminuição do tempo gasto para refeições, lanches ou cafés e, principalmente, por conta de um ambiente de trabalho mais silencioso, que garante maior foco e reduz drasticamente o número de interrupções.

Quanto às desvantagens, tem-se que o teletrabalho pode representar um perigo considerável quanto à segurança de dados, tendo em vista que há uma maior possibilidade de que terceiros tenham acesso não autorizado aos segredos técnicos, comerciais e industriais do empregador.

Tratando das desvantagens, Jardim<sup>15</sup> preleciona que “

[...] o teletrabalho pode significar diminuição do tempo livre, isolamento social, redução da distinção vida profissional/vida particular, menor ajuda na execução do trabalho, e menores possibilidades de ascensão na carreira profissional.

Cumprе ressaltar, que as vantagens e desvantagens podem variar de uma empresa para outra, uma vez que sua ocorrência depende de diversos fatores, dentre eles as condições reais oferecidas pela empresa e as características sociais do ambiente em que se efetua o teletrabalho tais como: as características dos locais, os equipamentos tecnológicos postos à disposição do empregado, a remuneração recebida pelo empregado que exerce essa modalidade de trabalho, os benefícios oferecidos, entre outras.

---

14 Does Working From Home Work? Disponível em: <<https://web.stanford.edu/~nbloom/WFH.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

15 JARDIM, C. C. S. *O teletrabalho e suas atuais modalidades*. São Paulo: LTr, 2003. p. 41.

## 2 O TRABALHO REMOTO NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO

Para José Matias-Pereira<sup>16</sup>, o teletrabalho realizado pelo servidor público pode ser conceituado como:

Aquele em que o servidor público pode desenvolver parte ou todo o trabalho em casa ou em qualquer outro local, apoiado na utilização das novas ferramentas tecnológicas, em especial, o computador, acesso à Internet, hardwares e softwares necessários para o desempenho de suas funções. As atividades priorizadas devem ter como referência as atribuições em que seja possível, em função da característica do serviço, mensurar objetivamente o desempenho do servidor e a qualidade do serviço prestado.

Não é novidade a utilização do trabalho remoto (teletrabalho), por parte da Administração Pública. Inúmeras instituições públicas, já implantaram uma política de teletrabalho, apresentando resultados consolidados e positivos.

No setor público brasileiro, a primeira a adotar o modelo do teletrabalho domiciliar foi a empresa de informática vinculada ao Ministério da Fazenda, o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO)<sup>17</sup>, cujo negócio é a prestação de serviços em tecnologia da informação e comunicações para o setor público, sendo considerada uma das maiores organizações públicas mundiais neste ramo. Segundo informações acessadas na página virtual da empresa<sup>18</sup>, esse programa apresentou um ganho em produtividade de 10,5% e uma economia em logística de 47,1%.

No âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU<sup>19</sup> a utilização do teletrabalho, teve início em 2009, já estando atualmente consolidado como uma importante ferramenta de gestão e incremento dos resultados.

16 MATIAS PEREIRA, José. *A adoção do teletrabalho na Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/artigo.php?id=638>>. Acesso em: 23 maio 2016.

17 *Sociedade Brasileira De Teletrabalho E Teletividades* (SOBRATT). Estudo de estratégias de gestão de mobilidade via teletrabalho e teletividades do Estado de São Paulo. São Paulo, SP: 2013. Disponível em: <[http://www.ambiente.sp.gov.br/wp-content/uploads/2013/09/Teletrabalho\\_e\\_Teletividades\\_SMA\\_Ago20131.pdf](http://www.ambiente.sp.gov.br/wp-content/uploads/2013/09/Teletrabalho_e_Teletividades_SMA_Ago20131.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2016.

18 *Serviço Federal De Processamento De Dados* (SERPRO). Site oficial. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2016.

19 Portaria TCU n. 139, de 9 de março de 2009 e Portaria TCU n. 99, de 05 de abril de 2010. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:hSnJGrQe8pwJ:www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%255CPORTN%255C20100405%255CPRT2010-099.doc+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 24 maio 2016.

Em maio de 2015, a Controladoria-Geral da União – CGU disciplinou o teletrabalho<sup>20</sup> perante os seus membros.

No Poder Judiciário, merece destaque as iniciativas do Tribunal Superior do Trabalho – TST<sup>21</sup>, que regulamentou ainda em 2012 o trabalho remoto. Por meio da Resolução Administrativa n 1499/201, foram definidos os critérios e requisitos para a realização de tarefas fora das dependências do Tribunal, mediante controle de acesso, avaliação do desempenho e das condições de trabalho.

Nessa mesma linha, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRT4, por meio da Resolução TRF4 n° 92, de 28 de maio de 2013<sup>22</sup>, regulamento o teletrabalho no âmbito da Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 4ª Região.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ<sup>23</sup> por meio da Resolução n° 227 de 15 de julho de 2016 passou a regulamentar o teletrabalho (também conhecido como *home office*) para os servidores de todos os tribunais brasileiros.

Cumprе ressaltar que a implementação, de forma ampla, do teletrabalho na administração pública não é uma medida fácil. Há previamenteе que ser analisada se as atividades estariam aptas para serem selecionadas, distribuídas e acompanhadas de forma consistente.

Há ainda a necessidade de se promover investimentos na aquisição de softwares para administrar todo o processo, além da realização do treinamento de gestores e servidores, para aperfeiçoar ao monitoramento e a análise da produção das atividades realizadas por meio dessa modalidade, sob o prisma dos resultados e da qualidade de serviço esperada.

A adoção do trabalho remoto encontra amparo na eficiência administrativa. A questão da eficiência administrativa foi elevada à categoria de princípio constitucional por meio da Emenda Constitucional n° 19,

20 Portaria n° 1.242, de 15 de maio de 2015. Disponível em: <[http://lex.com.br/legis\\_26793825\\_PORTARIA\\_N\\_1242\\_DE\\_15\\_DE\\_MAIIO\\_DE\\_2015.aspx](http://lex.com.br/legis_26793825_PORTARIA_N_1242_DE_15_DE_MAIIO_DE_2015.aspx)>. Acesso em: 24 maio 2016.

21 Resolução Administrativa TST n° 1499, de 1º de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3695914/RESO3%87%C3%83O+ADMINISTRATIVA+N%C2%BA%201499+-+TST+-+DJe+3-2-2012?version=1.0>>. Acesso em: 24 maio 2016.

22 Resolução TRF4 n° 92, de 28 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/svr\\_resolucao-92-2013---teletrabalho.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/svr_resolucao-92-2013---teletrabalho.pdf)>. Acesso em: 24 maio 2016.

23 Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_227\\_15062016\\_17062016161058.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_227_15062016_17062016161058.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2017.

que acrescentou, ao art. 37 da Constituição Federal de 1988<sup>24</sup>, a eficiência administrava como princípio a ser obedecido pela administração pública direta e indireta.

No âmbito da legislação infraconstitucional, o princípio da eficiência<sup>25</sup> pode ser identificado, a título de exemplo, nos artigos 13 e 25, inciso V, do Decreto Lei nº 200/67<sup>26</sup>; no artigos 6º da Lei de Concessões e Permissões nº 8.987/95<sup>27</sup>; e no artigo 4º, inciso VII, artigo 6º, inciso X e artigo 22, caput da Lei nº 8.078/90<sup>28</sup> (Código de Defesa do Consumidor).

A efetividade está atrelada à produtividade alcançada pela introdução do trabalho remoto na administração pública.

- 
- 24 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte
- 25 Para Vladimir da Rocha França, "O princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000. p. 168).
- 26 Art. 13 O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:
- a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;
  - b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;
  - c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.
- Art. 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado: [...]
- V- Avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm)>. Acesso em 26 de maio de 2016.
- 27 Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
- § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm)>. Acesso em 26 maio 2016.
- 28 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios
- VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;
- Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
- X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.
- Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 26 maio 2016.

O diretor de Gestão de Pessoas do Banco do Brasil, Carlos Alberto Araújo Netto, relatou a experiência do banco apontando um ganho de 38% em produtividade. “Modernidade é antecipar tendências. E o home office é uma tendência que veio para ficar. Ganhamos não só em produtividade, mas também na satisfação pessoal dos nossos colaboradores<sup>29</sup>.”

Nessa mesma linha, Goulart<sup>30</sup>, ao comentar os resultados obtidos pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) destacou que,

Observou-se um aumento no nível da produtividade com a nova modalidade de trabalho. Ainda que se levasse em conta a grande experiência que o SERPRO tem em sua área fim, percebeu-se um avanço com a proposta de instituir o modelo do programa teletrabalho como um recurso e uma estratégia para a empresa, não somente como forma operacional de flexibilização do trabalho, mas principalmente para obtenção de aumento de produtividade, economia de recursos de logística para empresa e maior qualidade no produto para o cliente.

Ressalte-se, que o emprego do trabalho remoto no setor público não deve provocar uma sobrecarga do servidor público, a ponto de prejudicar seu desempenho e ocasionar o surgimento de problemas de saúde.

Adilson Rodrigues<sup>31</sup>, coordenador-geral da Fenajufe<sup>32</sup>, ao comentar o tema, adverte que

Tem havido um crescimento exponencial de produtividade. Agora, essa produtividade tem um limite, e o limite é a saúde e o bem estar dos servidores e magistrados, que já estão sendo penalizados por essas metas, impostas de cima para baixo pelo CNJ.

Denota-se, portanto, que a adoção do trabalho remoto no setor público brasileiro já é uma realidade, que reduz custos e aumenta a produtividade da prestação do serviço encontrando amparo no princípio da eficiência administrativa. Entretanto, deve-se ressaltar que a Administração pública

---

29 Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/497773-GESTORES-APONTAM-BENEFICIOS-DO-TRABALHO-A-DISTANCIA-NO-SERVICO-PUBLICO.html>>. Acesso em: 23 maio 2016.

30 GOULART, Joselma Oliveira. *Teletrabalho: alternativa de trabalho flexível*. Brasília: Senac, 2009. p. 193.

31 Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2014/03/tecnologia-e-falta-de-mobilidade-estimulam-home-office-nos-tribunais.html>>. Acesso em: 26 maio 2016.

32 Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União.

deve sempre estar atenta para que o trabalho remoto não sobrecarregue o servidor público a ponto de provocar danos a sua saúde e bem estar.

De outra banda, o trabalho remoto tende a tornar os procedimentos administrativos mais céleres, estando em consonância com o Princípio da Duração Razoável do Processo<sup>33</sup>, também aplicado aos processos administrativos<sup>34</sup>.

A observância do princípio da razoável duração no processo administrativo tem sido exigida pelo Poder Judiciário, que entende que deve existir um prazo razoável para prática do ato administrativo<sup>35</sup>.

Para Márcio Luis Dutra de Sousa<sup>36</sup>

[...] a aplicação da garantia à razoável duração do processo a todas as causas, administrativas e judiciais, é medida que humaniza o processo, em respeito ao cidadão, em obediência ao Princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da CF). A recusa do Estado em dar aplicabilidade ao novo direito fundamental o sujeitará a reparar os danos sofridos pelo administrado, em razão do injustificado e não razoável retardamento do processo administrativo.

Tem-se então que todos esses procedimentos administrativos são sujeitos ao princípio da razoável duração do processo, cabendo à administração pública criar meios para garantir a celeridade da tramitação dos seus processos, competindo ao judiciário atuar em favor do lesado nos casos em que a administração não pratique o ato em prazo razoável.

---

33 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII — a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

34 A Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, estabelece que é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MS 9420/DF*, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25 ago. 2004, DJ 06.09.2004, p. 163.

36 SOUZA, Márcio Luis Dutra de. Direito à razoável duração do processo administrativo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 12, n. 1460, 1 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10056>>. Acesso em: 25 maio 2016.

### **3 A IMPLANTAÇÃO DO TRABALHO REMOTO NO ÂMBITO DA PROCURADORIA FEDERAL**

A utilização da tecnologia para o aperfeiçoamento das atividades desempenhadas pela Advocacia Geral da União, vem disposta no anexo I do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010<sup>37</sup>,

Art. 5º Ao Departamento de Tecnologia da Informação compete:

I - propor as diretrizes, normas e procedimentos que orientem e disciplinem a utilização dos recursos relacionados à tecnologia da informação na Advocacia-Geral da União, bem como verificar seu cumprimento;

II - promover, em consonância com as diretrizes aprovadas pelo Advogado-Geral da União, estudo prévio de viabilidade e de exequibilidade de desenvolvimento, contratação e manutenção das soluções de tecnologia e sistemas de informação;

III - disponibilizar e incentivar o uso de soluções de tecnologia e sistemas de informação no âmbito da Advocacia-Geral da União;

IV - manter o controle patrimonial do parque de informática da Advocacia-Geral da União, em articulação com a Secretaria-Geral de Administração;

V - promover a atividade de prospecção de novas tecnologias voltadas para a área de tecnologia da informação; e

VI - promover a articulação com outros órgãos do Poder Executivo Federal e dos demais Poderes nos temas relacionados à tecnologia da informação.

A partir de tal diretriz normativa, a Procuradoria Geral Federal foi a pioneira na regulamentação e na implantação do trabalho remoto como modalidade de trabalho para os seus membros.

Tratou-se de implementar, por meio da Portaria PGF nº 978/2015, uma modalidade de trabalho realizado a distância, não delimitado por

---

<sup>37</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm)>. Acesso em: 26 maio 2016.

competência territorial, por meio de equipamentos e tecnologias que permitam a sua plena realização fora das dependências das unidades da PGF:

PORTARIA PGF N° 978, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2015.

Art. 1º As Procuradorias Regionais Federais – PRFs e as Procuradorias Federais nos Estados – PFs poderão instituir, em seus respectivos âmbitos de atuação, após aprovação pela Procuradoria-Geral Federal - PGF, Equipes de Trabalho Remoto – ETR, sob sua supervisão, com vistas à especialização da atuação na representação judicial e extrajudicial.

Parágrafo único. Para os fins desta Portaria, entende-se por trabalho remoto aquele realizado a distância, não delimitado por competência territorial, por meio de equipamentos e tecnologias que permitam a sua plena realização fora das dependências das unidades da PGF.

O objetivo da implementação do trabalho remoto encontra-se em consonância como o princípio da eficiência administrativa, que busca um aperfeiçoamento na prestação do serviço público mediante a melhora na qualidade do serviço e um aumento na produtividade,

PORTARIA PGF N° 978, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2015.

Art. 2.º O trabalho remoto tem por objetivos *aumentar a produtividade, a especialização e a qualidade nas atividades de representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais*, contribuir para a melhoria dos programas socioambientais da Advocacia-Geral da União – AGU e aperfeiçoar a organização e a gestão interna das unidades (grifou-se).

Dando prosseguimento ao processo de implantação do trabalho, a Procuradoria Geral Federal publicou três novas portarias voltadas para a formação de equipes de trabalho especificamente criadas para atuarem nas ações de improbidade administrativa, nas ações regressivas acidentárias e nas ações que envolvam benefício previdenciário por incapacidade:

PORTARIA PGF N° 156, DE 08 DE MARÇO DE 2016

Cria a Equipe de Trabalho Remoto de Ações de Improbidade Administrativa no âmbito da Procuradoria-Geral Federal (PGF).

Art. 1º *Fica instituída a Equipe de Trabalho Remoto de Ações de Improbidade Administrativa (ETR-Probidade)*, vinculada diretamente à Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos (CGCOB) da Procuradoria-Geral Federal (PGF), com o objetivo de conferir maior eficiência na política de ajuizamento de ações judiciais destinadas ao combate à corrupção e à defesa do patrimônio público. (grifou-se).

PORTARIA PGF Nº 157, DE 08 DE MARÇO DE 2016

Art. 1º *Fica instituída a Equipe de Trabalho Remoto de Ações Regressivas Previdenciárias (ETR-Regressivas)*, vinculada diretamente à Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos (CGCOB) da Procuradoria-Geral Federal (PGF), com o objetivo de conferir maior eficiência na política de ajuizamento de ações judiciais dessa natureza. (grifou-se)

PORTARIA PGF Nº 979, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2015.

Art. 1º Ficam instituídas, como projeto piloto, *as Equipes de Trabalho Remoto – Benefícios por Incapacidade (ETR/BI)* nos Estados do Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo. (grifou-se)

Denota-se, que a regulamentação do trabalho remoto no âmbito da Procuradoria-Geral Federal teve por objetivo a racionalização, a especialização e a desterritorialização<sup>38</sup> da atuação dos procuradores federais espelhados nos diversos estados da federação.

Não se tratou de uma mera regulamentação do trabalho a distância, mas de instrumento normativo dotado de orientações que permitam que o procurador continue a realizar suas atividades em qualquer local do país, recebendo o mesmo volume de trabalho que recebia nas instalações da sua Procuradoria de lotação.

Objetivou-se, na realidade, aumentar a eficiência e a qualidade da prestação do serviço, mediante a utilização de ferramentas tecnológicas de trabalho a distância para tornar a representação das autarquias, agências e fundações públicas federais ainda mais eficaz.

---

38 Segundo José Eduardo de Resende Chaves Júnior, “significa, pois, bem mais do que a mera transposição física de territórios e circunscrições jurisdicionais e até de jurisdições, significa a fluência da efetividade dos direitos, que não pode mais ser contida simplesmente pelas limitações materiais do espaço físico”. (CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O processo em rede. In: \_\_\_\_ (Coord.). *Comentários à lei do processo eletrônico*. São Paulo: Ltr, 2010. p. 37).

Os benefícios da especialização decorrentes da implementação do trabalho remoto são diversos, tais como: aumento em produtividade dos procuradores federais, já que se tornaram especialistas em determinada matéria (benefício previdenciário, improbidade administrativa e ações regressivas acidentárias); maior facilidade no estabelecimento de parcerias e trabalhos conjuntos com outras instituições; uniformidade dos entendimento jurídico, tanto no âmbito da consultoria quando no âmbito judicial; padronização das rotinas administrativas e judiciais; correção de distorções regionais e ausência de prioridades locais; facilitação da coleta de dados; viabilização da definição de metas de produtividade e identificação de demandas repetitivas em localidades diversas.

É inegável o ganho produtivo para a Procuradoria Federal. A possibilidade de atuação judicial em locais de difícil provimento<sup>39</sup> (lotação) de procuradores federais torna-se possível. Rompe-se barreiras geográficas, melhorando a prestação do serviço jurídico e de consultoria nas autarquias, agências e fundações públicas federais.

Nesse mesmo sentido o Procurador Geral Federal Renato Rodrigues Vieira<sup>40</sup>, explicitou que tal medida, aliada à universalização dos sistemas de processo eletrônico, vai permitir que procuradores federais atuem em processos que tramitam em qualquer região do país, independentemente do local de lotação, o que deve aumentar a produtividade.

O aumento da produtividade está atrelado ainda ao ganho temporal e econômico da medida. Em locais de difícil provimento os processos administrativos demoram dias, até meses para serem analisados, tendo em vista a inexistência de procuradores federais lotados nos respectivos locais. A partir do trabalho remoto, agora será possível, otimizando o tempo, tornando a atuação da procuradoria federal mais efetiva.

A economia proveniente da medida também é facilmente detectada. Pode-se citar, por exemplo a diminuição do número de viagens e diárias para aos deslocamentos dos procuradores federais para os locais onde não há membros da Procuradoria (p. ex. uma escola técnica federal), mas que necessita de análise jurídica em determinados processos (p. ex. análise jurídica de um procedimento licitatório).

---

39 Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/26130>>. Acesso em: 26 maio 2016.

40 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/377974](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/377974)>. Acesso em: 26 maio 2016.

Cumprе ressaltar, que à Procuradoria Federal já dispões de softwares capazes de proporcionar o controle dos procuradores que se encontram exercendo suas atividades por meio do trabalho remoto. Trata-se do Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS<sup>41</sup>. Este sistema é responsável pelo gerenciamento tanto dos atos atinentes a um processo administrativo, como dos atos relacionados a um processo judicial.

No referido sistema é permitido ao gestor gerenciar a atividade desempenhada pelo procurador federal, mediante a observação do tempo utilizado pelo procurador para realizar a sua atividade, análise da peça processual protocolada pelo procurador, análise de todas as atividades realizadas pelo procurador federal em um processo (judicial ou administrativo), dentre outros.

#### 4 CONCLUSÃO

O Estado brasileiro, considerando o elevado nível de utilização de tecnologias de informação e conhecimento nas suas atividades, já se encontra apto para promover a introdução do trabalho remoto (teletrabalho) na Administração Pública.

A vantagem dessa modalidade de trabalho para a administração pública é nítida, destacando-se a possibilidade de aumento da produtividade do servidor e a redução dos custos estruturais do Estado.

Tratando-se especificamente da Procuradoria Federal, a criação de Equipes de Trabalho Remoto para atuar nos processos que envolvam ações regressivas acidentárias, improbidade administrativa e a concessão ou restabelecimento dos benefícios por incapacidade, por exemplo, poderá revolucionar a forma de organização do trabalho no âmbito da PGF.

Conforme demonstrado, o aumento da qualidade e da eficiência na prestação dos serviços jurídicos por parte dos membros da Procuradoria Geral Federal, além de ser perceptível, encontra eco nos princípios da eficiência administrativa e da duração razoável do processo.

Percebe-se, portanto, que a implantação do trabalho remoto da PGF visa modernizar o serviço público, orientando-o para a melhoria na oferta das atividades essenciais prestadas pela Procuradoria Federal, revelando-se um importante instrumento para concretizar a defesa das

---

41 Disponível em: <<https://sapiens.agu.gov.br/login>>. Acesso em: 26 maio 2016.

políticas e do interesse públicos, por intermédio de uma orientação jurídica e representação judicial (das autarquias, fundações e agências públicas federais), mais célere, moderna e eficiente.

## REFERÊNCIAS

BIESDORF, Solange Inês; SANTIAGO, Suely. *Reflexões contemporâneas de direito do trabalho*. Curitiba: Rosea Nigra, 2011.

BRASIL. *Constituição Federal do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm)>. Acesso em: 26 maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm)>. Acesso em: 26 maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm)>. Acesso em: 26 maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002*, tem como titular o Procurador-Geral Federal, cargo de natureza especial, nomeado pelo Presidente da República, mediante indicação do Advogado-Geral da União. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/160682](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/160682)>. Acesso em: 26 maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11457.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11457.htm)>. Acesso em: maio 2016.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O processo em rede. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Comentários à lei do processo eletrônico*. São Paulo: Ltr, 2010.

DE MASI, D. *A sociedade pós industrial*. 3. ed. São Paulo: SENAC, 2000.

FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: aproximações epistemológicas. In: *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. Porto Alegre: Magister, v. 31, jul. 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar. n. 220, abr./jul. 2000,

GOULART, Joselma Oliveira. *Teletrabalho: Alternativa de trabalho flexível*. Brasília: Senac, 2009.

JARDIM, C. C. S. *O teletrabalho e suas atuais modalidades*. São Paulo: LTr, 2003.

MATIAS-PEREIRA, José. *A adoção do teletrabalho na Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/artigo.php?id=638>>. Acesso em: 23 maio 2016.

PONTES, Carla da Silva. A caracterização do teletrabalho perante a ordem jurídica brasileira. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 15, n. 2424, 19 fev. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14381>>. Acesso em: 23 maio 2016.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

SOUZA, Márcio Luís Dutra de. Direito à razoável duração do processo administrativo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 12, n. 1460, 1 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10056>>. Acesso em: 25 maio 2016.



RECEBIDO EM: 13/01/2017  
APROVADO EM: 23/03/2017

# A FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE: UM ESTUDO DE CASO DO EQUIPAMENTO URBANO - BIBLIOTECA MÁRIO DE ANDRADE

*THE SOCIAL FUNCTION OF THE CITY: A CASE STUDY OF URBAN  
EQUIPMENT - MÁRIO DE ANDRADE LIBRARY*

*Grace Ladeira Garbaccio  
Doutora e Mestre em Direito Ambiental  
Professora em diversas disciplinas do direito e da área de gestão.*

*Maria Fernanda Bottallo  
Mestre em Direito Ambiental/Direito Urbanístico na Universidade Católica de Santos.  
Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito. Professora e  
Tutora de Direito, Comunicação Social, Metodologia e Produção Textual.*

*Lyssandro Norton Siqueira  
Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RIO. Mestre  
em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Procurador  
do Estado de Minas Gerais e Procurador-Chefe da Procuradoria de Patrimônio  
Imobiliário e Meio Ambiente (Advocacia-Geral do Estado)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A função social da cidade: previsão constitucional e Estatuto da Cidade; 2 O direito à cultura por meio do acesso à leitura pela população; 3 Os equipamentos urbanos e seu papel em prol do cumprimento da função social da cidade; 4 São Paulo: a região central e sua população; 5 Biblioteca Mário de Andrade: da efervescência cultural, sua decadência e sua função social para a população; 6 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** Este artigo analisará a importância dos equipamentos urbanos em prol da função social das cidades. Será abordada a importância das cidades como mecanismo de socialização e a precariedade do centro da cidade de São Paulo. Utilizar-se-á o estudo de caso da Biblioteca Mário de Andrade, como forma de minimizar os impactos sociais negativos, bem como de viabilizar a função social da cidade e de resgatar a dignidade da população do seu entorno. O artigo será redigido com base no método hipotético-dedutivo, bem como na análise de referências bibliográficas e documentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Função Social da Cidade. Equipamento Urbano. Biblioteca Mário de Andrade. Direito à Cultura e Acesso à Literatura.

**ABSTRACT:** This article will analyze the importance of urban equipment for the social function of cities. The importance of cities as a socialization mechanism and the precariousness of the city center of São Paulo will be addressed. The case study of the Mário de Andrade Library will be used as a way to minimize negative social impacts, as well as to make possible the social function of the city and to rescue the dignity of the population of its surroundings. The article will be written based on the hypothetical-deductive method, as well as on the analysis of bibliographical and documentary references.

**KEYWORDS:** Social City Function. Urban Equipment. Mário de Andrade library. Right to Culture and Access to Literature.

## INTRODUÇÃO

O centro de São Paulo, patrimônio arquitetônico da cidade e marco inicial de seu surgimento, foi, ao longo do tempo, deixando de ser uma área nobre de moradia e centro econômico para se tornar comercial. Essa situação facilitou para que, em especial à noite, suas ruas ocupadas fossem pela prostituição e por uma população composta de consumidores de drogas e muitos sem-teto, que se tornaram invisíveis para a sociedade e que perderam o seu bem maior: a dignidade humana. Ignorar essa população pode ser interpretado como uma forma de exclusão de uma problemática geral que poderia ser mitigada por meio de políticas públicas mais eficientes e eficazes.

Desde a Constituição de 1988 e com a promulgação do Estatuto da Cidade, em 2001, vários movimentos buscaram a revitalização do centro histórico de São Paulo. Esse contexto almejava retornar ao centro da cidade sua função social, previsão constitucional e infraconstitucional a ser cumprida por todos os municípios do território nacional. Os equipamentos urbanos<sup>1</sup> e, no caso deste artigo, as bibliotecas públicas deveriam servir a esse fim, deveriam cumprir o seu papel social diante a sociedade.

Idealizada durante a Semana de Arte Moderna de 1922, a Biblioteca Mário de Andrade (BMA) foi fundada em 1925. Transferida para o atual prédio em 1940, edifício que tem a assinatura do arquiteto francês Jacques Pilon, na Rua Consolação, centro da Praça Dom José Gaspar. Edifício em *art déco*, hoje o mesmo encontra-se tombado pelo patrimônio histórico municipal e estadual.

Assim como todo o seu entorno, a Biblioteca Mário de Andrade vivenciou seus momentos de glória e de decadência, não somente estrutural, como relacionado ao seu acervo, quando, em 2006, teve obras raras furtadas. Por esse motivo, a partir de 2007, a Biblioteca passou por uma reforma interna e externa. Interna, com a reforma de seu prédio, restauro de suas obras e informatização de todo o seu acervo e, externa, uma vez que deixou de ser um espaço a parte, distante da população que frequenta o seu entorno, passou a inseri-lo em si, a trazê-lo para dentro de sua estrutura física.

---

1 A classificação de Equipamentos Urbanos está presente na NBR 9284, da ABNT, de mar. 1986. Segundo a norma, Equipamentos urbanos são: “Todos os bens públicos e privados, de utilidade pública, destinados à prestação de serviços necessários ao funcionamento da cidade, implantados mediante autorização do poder público, em espaços públicos e privados”.

Em 2010, com sua reabertura, foi reinstalado um Setor Circulante que conta hoje com mais de 50 mil volumes. Totalmente informatizada, a Biblioteca Mário de Andrade passou a oferecer diversos serviços aos seus usuários. Neste ano de 2016, ela ampliou seu horário de funcionamento e passou, então, a ser gerida em rotinas de turnos, ficando 24 horas disponíveis ao seu usuário. (SÃO PAULO, BMA, s.d.).

O artigo será redigido com base no método hipotético-dedutivo, bem como na análise de referências bibliográficas e documentais. Este artigo apresentará, assim, o contraponto da situação de precariedade do centro da cidade de São Paulo diante da importância da função social de um equipamento urbano, a Biblioteca Mário de Andrade. Iniciar-se-á por uma sucinta explanação acerca da função social das cidades e do papel dos equipamentos urbanos em sua consecução. Em seguida, discorrer-se-á sobre o direito amplo de todos à cultura e ao acesso à leitura, como forma de equidade. A contextualização do centro da cidade de São Paulo e de sua população que, muitas vezes, é considerada apenas com um problema social e não como um agente de direito. E, por fim, analisar-se-á o caso da BMA como equipamento urbano, capaz de fomentar a função social das cidades por meio da equidade da população e garantindo-lhe o direito à cultura e ao acesso à leitura.

## **1 A FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE: PREVISÃO CONSTITUCIONAL E ESTATUTO DA CIDADE**

Para o ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Ambiental possui uma conceituação bastante ampla. O meio ambiente engloba, nesse sentido, não somente os seres vivos, mas também tudo o que é necessário à sua sobrevivência, incluindo o ambiente em que vivem.

Segundo Di Sarno (2004, p. 90-93), a doutrina divide o meio ambiente em quatro aspectos: 1) meio ambiente natural, caracterizado por todas as formas de vida, os meios em que vivem e os elementos essenciais para o equilíbrio ecológico; 2) meio ambiente artificial, que trata de todas as intervenções realizadas por seres humanos no meio natural, transformando sua aparência e sua essência; 3) ambiente cultural, que engloba os dois aspectos anteriores, no entanto, recebe tratamento jurídico diferenciado em razão da importância que possui não só à comunidade local como à global – nesse ponto, consideram-se os patrimônios histórico e cultural; 4) ambiente do trabalho, que deriva do artificial, visando a um ambiente saudável e equilibrado para os trabalhadores. E todos esses aspectos são objeto de estudo do Direito Urbanístico.

A grande diferença entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico está no fato de que o ser urbano modifica significativamente o ambiente. Daí a necessidade de um planejamento urbano-ambiental bastante estrito. A fundamental preocupação que surge da relação entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico está no fato de que o ser humano, em razão de sua atuação com o meio urbano, acaba por modificar o ambiente natural. Em outras palavras, pode-se dizer que a satisfação das necessidades urbanas significa inevitáveis transformações ambientais, devendo-se haver, para que isso não ocorra de maneira danosa, um planejamento urbano-ambiental (DI SARNO, 2004, p. 90-94).

Por esse motivo, difícil falar em urbanização sem citar a Constituição Federal de 1988 (CF/88). Esta, sem dúvida, foi um marco na transformação da visão da cidade-mercadoria em cidade-dever. Logo em seu capítulo 5º, inc. XXIII, ela prevê “a propriedade atenderá à sua função social”. E, em seu artigo 182: “A política de desenvolvimento urbano, [...], tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

A cidade começa a deixar de ser apenas um bem, uma mercadoria, para ser um direito, a ser usufruído por todos os cidadãos. E esta nova visão de cidade, que cumpre sua função social, não pode mais ser gerida de cima para baixo. Ela deve existir em equidade, garantindo o direito à moradia, à infraestrutura, ao saneamento básico e aos equipamentos urbanos, de forma participativa, justa e igualitária.

O Estatuto da Cidade, Lei n.10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamentou os artigos 182 e 183 da CF/88, foi publicado somente 13 anos após a promulgação da Constituição. Esta morosidade pode ser justificada, em parte, pelas diversas convergências sociais e políticas, uma vez que os interesses que envolviam o espaço urbano eram bastante antagônicos.

Norma Sueli Padilha, a esse respeito, elucida:

A lei é produto de um longo processo de lutas populares, cuja origem remonta aos movimentos sociais por moradia nos grandes centros urbanos brasileiros. A esse movimento político denomina-se “Reforma Urbana”, sustentada por dois princípios fundamentais: a função social da propriedade e da cidade e a sustentabilidade de seu desenvolvimento (PADILHA, 2010, p. 422).

O Estatuto da Cidade prevê como princípios basilares a justa distribuição dos benefícios e dos ônus decorrentes do processo de

urbanização (art. 2º, inc. IX). Isso significa que devemos estabelecer limites quanto à comercialização e ao uso de propriedades, visando à sua função social, e garantir o acesso aos equipamentos urbanos e coletivos de forma isonômica. A cidade, assim, deveria deixar de ser uma mercadoria, para ser um bem comum de todos, a ser usufruída em toda sua plenitude.

## **2 O DIREITO À CULTURA POR MEIO DO ACESSO À LEITURA PELA POPULAÇÃO**

Podemos conceituar a cultura como um conjunto de traços espirituais, materiais, intelectuais, característicos de uma sociedade ou um grupo social. Ela engloba, além das artes e das letras, incluindo o acesso à leitura, o sistema de valores, de tradições e de crenças. Antes de ser inserida como um direito fundamental, a cultura brasileira tinha como referência a europeia, considerada mais avançada, e era passada por meio da identificação de cultura como instrução-educação (LOPES, s.d., p. 1.215), desprezando-se dessa forma todas as demais formas de culturas locais.

Por esse motivo, a ideia de cultura, durante anos, esteve associada a um dos domínios do saber institucionalizado do Ocidente. Nesse conceito, assentavam-se critérios de valor, estéticos, morais ou cognitivos, definindo-se a si próprios como universais, desprezando-se, em consequência, outras concepções culturais. No cenário atual, não devemos mais interpretar a existência de hierarquias de cultura, tampouco a imposição de modelos comportamentais, e sim a pluralidade cultural, a ser seguida e respeitada por todos. A diversidade humana é um dos nossos maiores bens. Impor padronizações ou modelos culturais significa contrariar a própria natureza do ser humano e sua dignidade.

Em 2002 e 2005, foram aprovadas, nas 31ª e 33ª sessões gerais da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), respectivamente, a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural e a Convenção Sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, estabelecendo “os princípios orientadores” e “o princípio da igual dignidade e do respeito de todas as culturas” (artigos 2º e 3º, respectivamente). A proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais implicaram, pois, o reconhecimento da igual dignidade e do respeito a todas as culturas, incluindo àquelas pertencentes às minorias (mesmo que fossem sistemas dentro de outros maiores, como, por exemplo, a cultura indígena inserida na brasileira) (LOPES, s.d., p. 1.216-1.217). O importante de toda e qualquer cultura é que ela não deva afrontar a

dignidade humana. Somente dessa forma será válida e valiosa, e, por isso, será respeitada e protegida.

No art. 6º de nossa Constituição Federal de 1988, os direitos culturais passaram a se referir a todas as manifestações materiais e imateriais dos diversos grupos humanos. Esses direitos estão, portanto, previstos em seus artigos 215 (“proteção às manifestações populares, indígenas, afro-brasileira e de todos os outros participantes do processo civilizatório nacional”) e 216 (“bens de natureza matéria e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, que sejam portadores de referência à identidade, à ação, e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”). Além destes, a Constituição também recepciona os direitos e garantias previstos em Tratados Internacionais (art. 5º, § 2º), os relacionados, neste caso, à cultura.

Os direitos fundamentais são normas positivas e sua função é preservar a dignidade de todo o ser humano. E esse é o elemento essencial que caracteriza essa norma que encerra em si um direito. Todo o direito, toda norma jurídica tem como objetivo a salvaguarda e bem-estar do ser humano. E, no caso dos direitos fundamentais, essa proteção é direta e sem mediações normativas.

Todos, perante a lei, são iguais e devem, assim, ser tratados pelo direito. Seguindo essa premissa, deve-se promover o reconhecimento e a valorização de todos os grupos culturais, respeitando-se seus valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. O resgate ao respeito da diversidade passa a ser um imperativo do Estado Democrático de Direito, no qual todos as culturas devem ter o direito de manifestar-se livremente (art. 5º, IX). E o ensino das diversas culturas deve estar presente na disciplina de história brasileira e desde o ensino fundamental (artigos 210 e 242, § 1º, da CF/88). Cabe ao estado reconhecer as diferenças e protegê-las, proibindo qualquer discriminação e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade (art. 3º, IV).

No entanto, essa obrigação não deve estar restringida à atuação do poder público. Deve haver empenho, contribuição de toda a sociedade em prol do respeito à diversidade cultural. A sociedade é parte essencial na concretização dos direitos fundamentais. A Constituição prevê os mecanismos para que essa participação popular ocorra, podendo ser de forma individual ou coletiva, por meio da ação civil pública (art. 5º, XXXIV e LXXIII, da CF/88). A responsabilidade social também se evidencia na atividade econômica, em atividades que viabilizem o desenvolvimento cultural e o bem-estar da população (art. 219 da CF/88).

Segundo Luiz Sales do Nascimento (2011, p. 160), todo indivíduo possui seu papel na sociedade, do mais simples (a família) aos mais complexos (componentes o Estado). Por esse motivo, cada indivíduo deve desempenhar o papel que lhe cabe na vida real, como pai, trabalhador, estudante, e também nas sociedades da informação e da sociedade virtual, presentes na internet e nas redes sociais. E complementa:

As sociedades precisam, para funcionar, de organizar as funções de cada integrante, conforme os interesses sociais. E é o papel de cada um que organiza a função social.

O conjunto desses papéis, reunidos em uma única pessoa, e não raras vezes contraditórios, forma o sujeito. Um sujeito social (NASCIMENTO, 2011, p. 160).

A cidade cumpre sua função social quando disponibiliza para a população bens e serviços, equipamentos, espaços públicos, meios de transporte público, saneamento, habitação de forma justa, isonômica e democrática. Neste sentido, as bibliotecas públicas, consideradas equipamentos urbanos, passam a ter papel fundamental na consecução do direito à cultura e do acesso à leitura pela população.

### **3 OS EQUIPAMENTOS URBANOS E SEU PAPEL EM PROL DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE**

O Estatuto da Cidade, em seu artigo 2º, inc. IX, estabelece o princípio da justa distribuição de benefícios e dos ônus decorrentes do processo de urbanização. Isso significa que deva haver um tratamento isonômico, não somente relacionado à valorização imobiliária, de forma que a propriedade cumpra sua função social, como, também ao acesso aos equipamentos urbanos, dentre eles, a biblioteca pública.

A biblioteca pública tem como papel fundamental ser um mecanismo de acesso ao conhecimento por todos, sem distinção de qualquer especial. Ela acompanha as mudanças sociais e se adequa às suas transformações, sem, contudo, perder sua função social: disseminar o saber, preservar a memória cultural e estimular a educação.

Em um país como o Brasil, de contextos socioeconômicos tão diversificados por regiões e que revelam, muitas vezes, traços culturais, mesmo que sutis, variados e de imensa riqueza, as bibliotecas públicas acabam por se vestir das características da população ao seu redor. Regiões menos favorecidas

carecem de infraestrutura e apoio do poder público para sua sobrevivência. E as bibliotecas públicas, de uma forma ou de outra, não deixam de cumprir sua missão de disseminar o idioma, de disponibilizar publicações impressas, de realizar campanhas, inclusive de letramento, de ser depositária do registro da história local e nacional. Como função, a biblioteca pública deve educar, informar, disseminar a cultura e propiciar lazer. Podemos dizer, no entanto, que suas funções não se esgotam em um rol específico:

Tradicionalmente, as funções da biblioteca pública têm sido classificadas em educativa, informativa, cultura e recreativa. Esta categorização é aceita aqui apenas para efeito didático, uma vez que essas funções não são mutuamente exclusivas e nem é possível desvincular uma das demais (ANDRADE; MAGUALHÃES, 1979, p. 52).

Embora, no Brasil, ainda se privilegie a educação, a função de informar das bibliotecas vem ganhando maior destaque, tendo em vista a própria dinâmica da informação. Assim, as mesmas estão buscando constituir um acervo mais dinâmico, diferentemente de tempos passados. A biblioteca pública passa a ter, como um equipamento urbano, a função social de comunicar, de disseminar conhecimentos, de partilhar informações, de promover vivências e discussões.

#### 4 SÃO PAULO: A REGIÃO CENTRAL E SUA POPULAÇÃO

A cidade de São Paulo foi fundada em 1554, com cerca de 100 habitantes, ao redor de um colégio erguido pelos padres jesuítas, marco inicial da cidade (hoje conhecido como Pátio do Colégio, na região central). Na década de 1870, segundo o primeiro censo ocorrido no Brasil, São Paulo contava com a presença de pouco mais de 31 mil habitantes (SÃO PAULO, s.d.). São Paulo, no século XIX, deixa de ser uma vila para se tornar um dos principais centros econômicos do Brasil, principalmente em razão de sua posição privilegiada entre o Porto de Santos e o interior, no qual se cultivava café (SÃO PAULO, s.d.).

São Paulo passou a ser um entreposto comercial e a cidade mais importante para o país:

Nesta condição, passou a atrair um volume expressivo de trabalhadores e a fixar uma parcela significativa do fluxo de imigrantes europeus direcionado, inicialmente, para substituir a mão-de-obra escrava na lavoura cafeeira. Muitos desses imigrantes acabavam permanecendo na capital ou a ela retornavam após algum tempo.

Este fluxo imigratório perdurou nas duas primeiras décadas do século XX, o que manteve a cidade em elevado ritmo de crescimento demográfico. Durante este período, criaram-se as bases para o desenvolvimento industrial de São Paulo, com a transferência de capitais gerados na atividade agrária para as incipientes indústrias locais.

A transformação de São Paulo em importante centro industrial deu-se progressivamente, mas já era plenamente visível na década de 1920 – as manifestações artísticas do grupo Modernista em 1922 refletem bem este fato. O processo de industrialização no Brasil, centrado em São Paulo, muito beneficiou-se de dois eventos históricos de grande importância: a 1ª e a 2ª Guerras Mundiais, respectivamente ocorridas de 1914 a 1918 e de 1939 a 1945, períodos em que a retração do comércio mundial gerou a necessidade de substituição de importações, favorecendo a produção local de bens de consumo.

Por volta de 1950, já com os fluxos de imigração estrangeira bastante reduzidos e, ao mesmo tempo, em fase de grande impulso industrial, a cidade passou a atrair contingentes populacionais de outros Estados do Brasil, transformando-se então no maior polo de migração interna. Foram mais de 3 milhões de pessoas – trabalhadores e suas famílias – que aqui chegaram entre 1950 e 1980 e este processo, aliado ao crescimento vegetativo da população, manteve as altas taxas de crescimento da cidade no período (entre 4% e 5% ao ano) (SÃO PAULO, s.d.)

Até a década de 1970, o centro de São Paulo era a principal região financeira da cidade. Aos poucos, outras zonas foram sendo desenvolvidas, como a Avenida Paulista, e muitas empresas e escritórios, bem como a população que lá residia, passaram a migrar, para essas zonas. Esse movimento trouxe um processo de grande esvaziamento do centro, tendo como consequência a degradação urbana e a queda de qualidade de vida de sua população.

Os prédios antigos, de grande beleza e riqueza arquitetônica foram invadidos por comércios populares. Atos de vandalismo e falta de investimento significaram a depredação do patrimônio histórico. Esse mobiliário abandonado aos poucos começou a ser invadido pela prostituição, por sem-teto e por consumidores de drogas (que se apossaram

de alguns lugares, como o espaço próximo à região da Luz, conhecido como Cracolândia<sup>2</sup>).

A partir de 1990, a Prefeitura de São Paulo começou a lançar diversos programas, como o Renova Centro – Programa de Habitação e Requalificação Urbana de 2010 (AZEVEDO, 2010), com o intuito revitalizar o centro, trazendo a recuperação social, econômica, turística e cultural para esta região. Embora lentamente, esse processo fez surgir uma série de medidas que deram nova vida a alguns equipamentos urbanos de grande importância para a capital do Estado, dentre eles: a Pinacoteca do Estado de São Paulo, a Estação da Luz, o Museu da Língua Portuguesa, a Sala São Paulo, o Teatro Municipal de São Paulo e a Biblioteca Mário de Andrade.

E é neste contexto da região central da cidade de São Paulo que pretendemos apresentar um destes equipamentos urbanos revitalizados, a biblioteca Mário de Andrade, como foco deste processo de transformação da cidade como função social.

## **5 BIBLIOTECA MÁRIO DE ANDRADE: DA EFERVESCÊNCIA CULTURAL, SUA DECADÊNCIA E SUA FUNÇÃO SOCIAL PARA A POPULAÇÃO**

A “Semana de Arte Moderna”, um dos mais importantes movimentos artísticos brasileiros, foi realizado no Teatro Municipal de São Paulo entre 11 e 18 de fevereiro de 1922. A Semana deu início ao Movimento Modernista e contou com a participação de diversos escritores, artistas plásticos, arquitetos e músicos. Com o objetivo de restaurar o ambiente artístico e cultural da cidade, a semana contou com diversas apresentações de teatro, exposições, encontros literários e acabou por mudara o rumo das artes plásticas brasileira.

E é neste contexto artístico e cultural que a Biblioteca Mário de Andrade (BMA) foi idealizada. Fundada em 1925 e inaugurada em 1926,

---

<sup>2</sup> Região central cidade de São Paulo, que engloba as avenidas ao entorno das Estações Júlio Prestes e Luz de Trem, conhecido como ponto de tráfico e consumo de drogas, bem como de prostituição. O nome deriva do crack, uma das drogas mais letais e cujo vício é quase imediato. Já foram feitas diversas tentativas de revitalizar essa área, com o fechamento de bares e hotéis ligados ao tráfico e à prostituição, por meio de programas realizados pela prefeitura. O primeiro ocorreu em 2006, e foi visto como uma forma de higienização social, no qual se eliminou do centro as populações que atrapalhavam a exploração econômica e imobiliária da área sem dar alternativa e elas opções de novas moradias. O último programa implantado pela prefeitura foi em 2014 e levou o nome “De Baços Aberto”. Nele, os dependentes recebiam hospedagem e uma remuneração por trabalhos, por exemplo, varrição de ruas, como incentivo à diminuição do consumo de drogas. Atualmente o tráfico de crack no centro de São Paulo movimentando cerca de 10 kg por dia e gera cerca de 4 milhões de reais ao mês (PAULO, 2016).

na rua 7 de Abril, no centro da cidade de São Paulo, é considerada a segunda maior biblioteca do país, só perdendo em importância para a Fundação Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro, uma vez que esta além de detentora de registros de livros e publicações em nosso país, assume também a função também de Instituto Nacional do Livro (SÃO PAULO, BMA, s.d.; BRASIL, Biblioteca Nacional, s.d.). Inicialmente, contou com uma coleção formada por obras da Câmara Municipal de São Paulo. E a Biblioteca Mário de Andrade recebeu esse nome a partir de 1960.

Em 1937, a, então, Biblioteca Pública da Cidade junta-se ao acervo da Biblioteca Pública do Estado, com importantes aquisições de livros, muitos deles raros e especiais. A partir desta junção, foi necessária a mudança para outro local, que é o atual edifício da biblioteca. Inaugurado em 1942 e com projeto do arquiteto francês Jacques Pilon, na Rua Consolação, centro da Praça Dom José Gaspar, esse edifício em *art déco*, hoje, encontra-se tombado pelo patrimônio histórico municipal e estadual.

Em 25 de janeiro de 1945, o diretor da Biblioteca, Sérgio Milliet, inaugurou a Seção de Artes, que reuniu a coleção especializada de livros, revistas e reproduções artísticas. Essa coleção também ficou conhecida por conter um importante acervo de livros, revistas, cartazes e catálogos de exposição. Hoje sua coleção conta com mais de 28 mil exemplares de livros e 10 mil volumes de periódicos, que abrangem todas as áreas das artes (SÃO PAULO, BMA, s.d.).

Assim como tudo ao seu entorno, a Biblioteca Mário de Andrade também entrou em decadência no final dos anos 1990 e começo de 2000. E esta decadência não se limitou à sua estrutura física e arquitetônica. Seu acervo também foi bastante abalado, quando em 2006, obras raras foram furtadas (SÃO PAULO, BMA, s.d.). Por esse motivo, a Biblioteca Mário de Andrade passou por uma reforma significativa entre os anos de 2007 e 2010. Além das necessárias intervenções no edifício, foram restaurados os mobiliários, desinfestado, higienizado, reorganizado e informatizado todo seu acervo.

A Biblioteca foi totalmente reinaugurada em 25 de janeiro de 2011 e com isso disponibilizados, ao público em geral, as áreas de consulta de coleções fixas (artes, coleção geral, mapoteca, raros e especiais) e o auditório. Em dezembro de 2012, foi inaugurada a hemeroteca, em seu prédio anexo, para a consulta e leitura de periódicos.

A Biblioteca também ampliou sua atuação junto ao centro da cidade de São Paulo, passando a ser um espaço cultural, com intensa programação

em seu auditório e em seus espaços livros, inclusive com exposições, feiras, shows, saraus, feiras dentre outros espetáculos de forma gratuita.

Já o Setor Circulante, no prédio da Biblioteca Mário de Andrade, foi inaugurado em 25 de janeiro de 1944, com um acervo de 2.500 volumes disponíveis para empréstimo. Na década de 1950, bibliotecas de bairros passaram a funcionar como filiais e, também, surgiram bibliotecas ambulantes (SÃO PAULO, BMA, s.d.).

Em 1975, tal Setor passa a funcionar na Praça Roosevelt, no centro da cidade de São Paulo. Embora com mais espaço, esta alternativa o distanciava de sua administração que continuava na Rua da Consolação, e, por esse motivo, começam a surgir dificuldades relacionadas à gestão de ambos os edifícios, sejam elas relacionadas aos recursos humanos e financeiros para sua preservação ou mesmo para a atualização de seu acervo.

De 1984 até 2006, o Setor Circulante foi migrando para diversos endereços, até que, em 2007, retorna à sua casa, na Avenida São Luís. No entanto, em 2008, o Setor é transferido novamente para o edifício principal da BMA, onde foi atualizado, ampliado e catalogado eletronicamente, para facilitar as consultas e empréstimos.

Em 21 julho de 2010, antes mesmo do término da reforma de todas as áreas do edifício, o Setor Circulante foi reaberto ao público. Ofereceu, então, além de um espaço atraente e adequado, um acervo de mais de 42 mil volumes atualizado e informatizado e um amplo horário de atendimento. Isso fez com que, de imediato, o Setor recebesse mais de 700 usuários por dia (SÃO PAULO, BMA, s.d.).

Em 2016, a Biblioteca, tendo como a gestão de turnos para seu horário de funcionamento, passou a estar disponível 24 horas ao seu usuário, sendo a primeira biblioteca da América Latina a ter um regime operacional dessa forma. O Setor Circulante também possui o mesmo regime de funcionamento da biblioteca, todos os dias da semana, e, atualmente, conta com um acervo de 53 mil volumes de literatura, a sua grande maioria, livros técnicos, como esportes, tecnologia, direito, ambiente, artes, entre outros. Tal Setor durante o horário noturno funciona por meio de máquinas de autoatendimento (SÃO PAULO, BMA, s.d.).

A Biblioteca Mário de Andrade passou, ao longo de sua existência, a ser um espaço amplamente utilizado, vivenciado por toda a população

do seu entorno, sem qualquer distinção. Em seus corredores, na Biblioteca Circulante, é possível encontrar com toda a população da cidade de São Paulo, em um processo democrático de conversas e debates, tornando-a, assim, um equipamento urbano que cumpre a função social em sua plenitude.

A BMA como equipamento urbano é instrumento de altíssima relevância em face de sua função social que engloba a cultura, a educação e mesmo articulações políticas. Todos os programas que se fizeram para a revitalização do centro histórico de São Paulo até então, poderiam ser interpretados, por parte da sociedade, como um processo de higienização, mera limpeza social, para a gentrificação, ou seja, recuperação do valor imobiliário e a revitalização da região central da cidade degradada. Mas percebe-se que este equipamento urbano ganhou sua relevância no sentido de integração com a população.

Essa biblioteca cumpre, atualmente, sua função maior de inserir o indivíduo na sociedade em “uma relação dialética com sua estrutura social”, em busca de sua identidade nacional (NASCIMENTO, 2011, p. 161-163), que se faz, no caso, por meio da cultura e da educação.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se apresentar uma sucinta análise da função social da cidade, mais especificamente a cidade de São Paulo, à luz de seu equipamento urbano, a biblioteca Mário de Andrade. Tal temática ainda merece mais atenção, avanço e evolução, seja do ponto de vista infraconstitucional, seja do ponto de vista da estruturação pública das cidades.

A biblioteca Mário de Andrade, referência de equipamento urbano na cidade de São Paulo, viveu seus momentos de ascensão, crise e, nos dias atuais, conseguiu recuperar seu papel fundamental de espaço cultural, permitindo o acesso à leitura pela população, com uma diversidade de atrações e programações.

Além disso, neste contexto de revitalização do centro da cidade, como forma de implementar sua recuperação social, econômica, cultural e turística, a referida biblioteca ganha destaque por ser um equipamento de integração do cidadão na sociedade, corroborando com a função social da cidade.

Ressaltamos que as cidades brasileiras precisam passar por uma revisão de seu processo de urbanização e, conseqüentemente, sua adequação física e estrutural para atender às novas demandas da sociedade. Tendo

como premissa a justa distribuição de benefícios e de ônus, os equipamentos urbanos são instrumentos fundamentais na operacionalização eficaz e eficiente deste processo, cumprindo, assim, a função social da cidade. Desta forma, estaremos avançando no ideal de transformação da cidade de mera mercadoria à realidade de bem comum, a ser usufruída e cuidada por todos em sua plenitude.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ana Maria Cardoso de; MAGALHÃES, Maria Helena de Andrade. Objetivos e funções da biblioteca pública. *Revista Es. Bibliotecon.* UFMG, Belo Horizonte, 8(1), mar. 1979. p. 48-59.
- AZEVEDO, Bruno. Prefeitura lança programa de revitalização imobiliária do Centro de SP. *G1.Globo.com*, 4 fev. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1476697-5605,00PREFEITURA+LANCA+PROGRAMA+DE+REVITALIZACAO+IMOBILIARIA%20+DO+CENTRO+DE+SP.html>>. Acesso em: 17 nov. 2016.
- BERNARDINO, Maria Cleide Rodrigues; SUAIDEN, Emir José; CUEVAS-CERVERÓ, Aurora. A biblioteca pública e sua função educativa na sociedade da informação. In: *RACIn*, João Pessoa, v. 1, n. 2, p. 5-20, jul./dez. 2013.
- BRASIL. *Biblioteca Nacional*. Disponível em: <<https://www.bn.gov.br/>>. Acesso em: 17 nov. 2016.
- \_\_\_\_\_. Legislação. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>>. Acesso em: 17 nov. 2016.
- CRUZ, Evelyn Fernandes da. Os equipamentos urbanos e comunitários no estudo prévio de impacto de vizinhança. *Caderno Gestão Pública*, a. 2, n. 1, jan./jun. 2013.
- DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri-SP: Manole, 2004.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e direitos fundamentais culturais. *Revista de Direito Constitucional Internacional*, v. 30, n. 63, p. 1.212-1.223.
- MACHADO, Frederico Borges; SUAIDEN, Emir José. O papel da biblioteca pública e seus desafios frente aos avanços tecnológicos. In: *XXV Congresso Brasileiro de Biblioteconomia, Documento e Ciência da Informação*, Florianópolis-SC, 7-10 jul. 2013.

- MAISONNAVE, Fabiano; SANT'ANNA, Emilio. Descaminhos da Cracolândia In: *Folha de S.Paulo*, 21 ago. 2016. Disponível em: <<http://temas.folha.uol.com.br/descaminhos-da-cracolandia/>>. Acesso em: 17 nov. 2016.
- NASCIMENTO, Luiz Sales do. *Direito Constitucional comparado*. Pressupostos teóricos e princípios gerais. São Paulo: Verbatim, 2011.
- NBR 9284: 1986: Equipamento urbano: Classificação. Rio de Janeiro: ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, 1986. p. 4.
- PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PAULO, Paula Paiva. Tráfico de crack gira até R\$ 4 milhões na Cracolândia por mês, diz polícia. *G1.Globo.com*, 5 ago. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/08/trafico-de-crack-gira-ate-r-4-milhoes-na-cracolandia-por-mes-diz-policia.html>>. Acesso em: 17 nov. 2016.
- SANTOS, Josiel Machado. A cultura da informação nas bibliotecas públicas brasileiras. *Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 54-67, jan./jun. 2014.
- SÃO PAULO. Prefeitura de São Paulo. *BMA – Biblioteca Mário de Andrade*, s.d. Disponível em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/cultura/bma/acervos/index.php?p=7961>>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- \_\_\_\_\_. Prefeitura de São Paulo. *Introdução. Histórico Demográfico do Município de São Paulo*, s.d. Disponível em: <[http://smdu.prefeitura.sp.gov.br/historico\\_demografico/introducao.php](http://smdu.prefeitura.sp.gov.br/historico_demografico/introducao.php)>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- SCHULER, Denise; SILVA, Roberta Pereira da; SIQUEIRA, Nayara Moreno de. A garantia da função social da cidade e da propriedade em Sobradinho/DF. *Anais – Encontros Nacionais da Anpur*, v. 15, 2013. Disponível em: <<http://unuhospedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/anais/article/view/4253>>. Acesso em: 17 nov. 2016.
- TORRES, Carlos Alberto. *Globalização, cidadania multicultural e política educacional*, 2007. Disponível em: <[http://www.anpae.org.br/congressos\\_antigos/simposio2007/61.pdf](http://www.anpae.org.br/congressos_antigos/simposio2007/61.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2016.

RECEBIDO EM: 11/07/2017  
APROVADO EM: 10/08/2017

**OS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI  
ANTICORRUPÇÃO E O USO DA INFORMAÇÃO  
DA EMPRESA COLABORADORA COMO ATIVO  
NA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO E NO  
PAGAMENTO DAS SANÇÕES PECUNIÁRIAS**

***THE LENIENCY AGREEMENT OF ANTI-CORRUPTION LAW AND  
THE USE OF THE INFORMATION OF THE COLLABORATING  
COMPANY AS AN ASSET FOR THE FULL REPAIR OF THE DAMAGE  
AND IN THE PAYMENT OF THE PENUNARY SANCTIONS***

*José Antônio Remédio*

*Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de Engenheiro Coelho (UNASP).*

*Marcelo Rodrigues da Silva*

*Mestrando em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) (bolsista CAPES/PROSUP). LL.M. (Master of Laws) em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP/FDRP. Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Especialista em Direito Público pelo Damásio em convênio com a Universidade Potiguar. Colunista da Escola Superior de Direito Público (ESDP).*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Improbidade e corrupção administrativa; 2 O Sistema Brasileiro Anticorrupção; 3 Aspectos relevantes da Lei 12.846/2013 (Lei anticorrupção); 4 O acordo de leniência da Lei Anticorrupção; 4.1 A reparação integral do dano; 4.2 A informação como ativo da pessoa jurídica celebrante no acordo de leniência para fins de reparação integral do dano e do pagamento da sanção pecuniária; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A pesquisa tem por objeto analisar a relação existente entre o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção e a reparação integral do dano e o cumprimento da sanção pecuniária decorrentes da prática de corrupção. Envolvendo bilhões de reais anualmente, a corrupção administrativa provoca incomensuráveis prejuízos ao indivíduo, à sociedade e ao próprio Estado. O acordo de leniência identifica-se como instrumento alternativo para o exercício da atividade reparatória e sancionatória estatal diante da prática de atos de corrupção, inclusive coibindo a atividade ilícita. A Lei 12.846/2013 não veda o uso das informações detidas pela pessoa jurídica como forma de recomposição integral do dano e de pagamento da sanção pecuniária, por meio de sua contabilização como ativo, relativamente aos valores correspondentes à responsabilização de outras pessoas jurídicas ou naturais que se envolveram em outros atos de corrupção, nos quais não houve a participação da empresa colaboradora. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial. Em conclusão, tem-se que no acordo de leniência é admissível a contabilização, como ativo, das informações da empresa colaboradora, para fins de reparação do dano e cumprimento da sanção pecuniária decorrentes da corrupção administrativa por ela praticada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acordos de Leniência. Lei Anticorrupção. Informação Como Ativo. Reparação Integral do Dano. Sanções Pecuniárias.

**ABSTRACT:** The research aims to analyze the relationship between the leniency agreements provided by the anti-corruption law and the full compensation of the damages and compliance with the pecuniary sanction arising from the practice of corruption. Involving billions of Brazilian reais annually, administrative corruption causes great loss to the individual, to the society and the state itself. The leniency agreement is an alternative instrument of the state reparatory and sanctioning activity in face of acts of corruption, including by curbing illicit activity.

Law 12.846/2013 does not prohibit the use of information held by the legal entity as a way of fully recovering the damage and paying the pecuniary penalty, by accounting it as an asset, in relation to the amounts corresponding to the liability of other legal or natural persons who were involved in other acts of corruption, in which the cooperating company did not participate. The method used is the hypothetical-deductive, through legal, doctrinal and jurisprudential research. In conclusion, it is possible that in the leniency agreement it is permissible to record the information of the cooperating company as an asset in order to repair de damage and fulfill the pecuniary sanction arising from administrative corruption.

**KEYWORDS:** Leniency Agreements. Anti-corruption Law. Information as Assets. Comprehensive Repair of the Damage. Pecuniary Sanctions.

## INTRODUÇÃO

A corrupção administrativa é uma constante no cenário social, jurídico e político brasileiro, como nos casos Banestado, Mensalão e Operação Lava Jato, e alcançou na sociedade da informação um grau de notoriedade que ressalta sua gravidade e incomoda a população (EFING; EFING; MISUGI, 2013, p. 43).

Conforme o relatório da entidade não governamental Organização Transparência Internacional referente ao ano de 2016, o Brasil, em uma lista de 176 países, ocupa a 79<sup>a</sup> posição no índice de percepção da corrupção, tendo obtido nota 40 em uma escala de 0 a 100, o que representa um índice precário, evidenciando instituições públicas não confiáveis e que não funcionam adequadamente (como a Polícia e o Judiciário) e apresentando leis anticorrupção (*law in books*) que na prática (*law in action*) muitas vezes não surtem os efeitos desejados (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2017).

E é exatamente no cenário apontado pela Transparência Internacional que a grande corrupção prospera. Segundo Pimentel Filho (2015, p. 67), “largas somas de dinheiro desviadas ou ilicitamente amealhadas por altos funcionários, incluindo políticos, seriam denominados casos de grande corrupção (*grand corruption*)”.

Casos envolvendo a Petrobras e a Odebrecht demonstram como a colusão entre as empresas e os políticos absorve bilhões de dólares em receitas das economias nacionais, beneficiando poucos em detrimento de muitos. Este tipo de grande corrupção sistêmica viola os direitos

humanos, impede o desenvolvimento sustentável e alimenta a exclusão social (*TRANSPARENCY INTERNATIONAL*, 2017).

A pesquisa tem como objetivo analisar a relação existente entre o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção e o uso da informação da empresa colaboradora como ativo na reparação integral do dano causado e no pagamento das sanções pecuniárias eventualmente aplicáveis.

Nessa empreitada, analisa-se inicialmente o fenômeno da corrupção no Brasil, apresentando alguns dos seus elementos de definição e a sua aproximação com a improbidade administrativa. Na sequência, elencam-se as normas que compõe o denominado “Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção”, explorando em seguida alguns aspectos relevantes da Lei 12.846/2013. Neste exame, tecem-se algumas linhas acerca da responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas no referido diploma normativo. Após, estuda-se o acordo de leniência da Lei Anticorrupção, apontando suas razões pragmáticas e sua aproximação com a *law and economics* e com a teoria dos jogos. Perpassa-se também pelo campo do dever de reparação integral do dano pela pessoa jurídica que realize o acordo de leniência, para ao final analisar a possibilidade de as informações da pessoa jurídica colaboradora serem consideradas como ativo contábil no negócio jurídico premial entabulado com a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

A hipótese apresentada é no sentido de que o acordo de leniência admite o uso da informação detida pela empresa colaboradora, como ativo na reparação integral do dano causado e no pagamento das sanções pecuniárias, decorrentes da prática de corrupção pela empresa.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com características comuns aos métodos indutivo e dedutivo, tendo com fundamento na legislação, doutrina e jurisprudência.

## 1 IMPROBIDADE E CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA

Não há uma compreensão uniforme na doutrina do que vem a ser a corrupção, isso em razão de tal fenômeno alcançar “os âmbitos da sociologia, da política e das relações internacionais, dentre outros aspectos, [que] impedem a elaboração de um conceito acabado de corrupção” (FURTADO, 2015, p. 27). Portanto, a definição de corrupção está muito distante de ser tranquila (PIMENTEL FILHO, 2015, p. 44). Exatamente por isto não se pretende dar uma definição exata de corrupção, mas sim apresentar alguns dos seus elementos constitutivos e sua aproximação com a improbidade administrativa.

A corrupção sempre existiu ao longo da história da humanidade (LAPORTA, p. 9), e sempre esteve associada ao poder desempenhado para alcançar vantagens ou benefícios pessoais que “acarrete[m] prejuízos ao erário ou que colida[m] com os valores éticos da Administração Pública” (SARMENTO, 2002, p. 30).

Pelo fato do fenômeno da corrupção ter estreita ligação com o poder, Bonnie Palifka e Susan Rose-Ackerman (2016) definem corrupção como o “abuso do poder recebido para a obtenção de vantagem pessoal” (“*the abuse of an entrusted power for private gain*”). Já Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 53), de forma mais verticalizada, dizem que “a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma”.

Denota-se desta análise dois elementos constitutivos da corrupção: desvio de poder e vantagem pessoal indevida ou enriquecimento ilícito (GARCIA; ALVES, 2017, p. 53). Outros autores acrescentam o dano como terceiro elemento constitutivo da corrupção (EFING; EFING; MISUGI, 2013, p. 50).

Hoje há uma tendência, inclusive no âmbito internacional, em especial em países como Estados Unidos, França e Espanha, em considerar a corrupção como sendo sinônimo de improbidade administrativa (SARMENTO, 2002, p. 30).

Em âmbito nacional, esta tendência deriva da aproximação existente entre os termos improbidade, corrupção e desonestidade, sendo o agente ímprobo um ser desonesto e desleal, bem como corrupto. Contudo, importante salientar que nem toda a conduta desonesta ou corrupta equivale a um ato de improbidade administrativa (SIMÃO, 2017, p. 45). Para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 53), “improbidade e corrupção relacionam-se entre si como gênero e espécie, sendo esta absorvida por aquela”.

A doutrina também vacila no que tange à diferenciação entre probidade e moralidade. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 106) e Márcio André Lopes Cavalcante (2017, p. 246), com os quais concordamos, caminham no sentido que a probidade se trata de conceito mais amplo que o de moralidade, haja vista que o art. 11 da Lei 8.429/1992 prevê como ato de improbidade administrativa não apenas a violação à moralidade, mas também a ofensa aos demais princípios da Administração Pública. Noutro giro, José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 1145)

entende que as expressões probidade e moralidade são equivalentes, tendo a Constituição Federal mencionado a moralidade como princípio (artigo 37, *caput*) e a improbidade como lesão ao referido princípio (artigo 37, § 4º).

Os termos improbidade e ilegalidade também não se confundem. Assim, improbidade e ilegalidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, possuindo cada uma delas significado próprio (STJ, 1ª Turma, REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24 de abril de 2014- Informativo 540), uma vez que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente” (REMEDIO, 2015, p. 726).

## 2 O SISTEMA BRASILEIRO ANTICORRUPÇÃO

Objetivando efetivar os princípios constitucionais da moralidade administrativa e do dever de probidade administrativa (que são direitos fundamentais difusos da sociedade)<sup>1</sup>, reduzir e reprimir práticas sistêmicas de corrupção<sup>2</sup>, e coibir abusos e desonestidades no âmbito da Administração Pública, o Brasil editou normas que passaram a compor o que se denomina de Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção.

Entre outras, integram o Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção as seguintes fontes normativas que, segundo Modesto Carvalhosa (2014, p. 32), estabelecem ações simultâneas e independentes:

a) Normas Internacionais: Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), ratificada pelo Decreto Legislativo 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial 3.678/2000; Convenção Interamericana contra Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), ratificada com reserva pelo Decreto Legislativo 152/2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial 4410/2002; e Convenção das Nações Unidas

---

1 “Tanto o patrimônio público quanto o direito a que, no exercício de suas atividades funcionais, os agentes públicos atuem com a mais estrita observância da probidade administrativa apresentam os elementos característicos dos direitos difusos” (DECOMAIN, 2007, p. 27). De forma diversa, entende Hugo Nigro Mazzilli que “a defesa da probidade administrativa não envolve interesse transindividual (de grupos, classes ou categorias de pessoas), mas sim de interesse público primário (bem da coletividade)” (2016, p. 241).

2 Luiz Flávio Gomes ensina que a corrupção sistêmica é aquela que “pertence ao sistema de governo, com respaldo na cultura e na tradição” (2017, p. 87).

contra Corrupção (CNUCC), ratificada pelo Decreto Legislativo 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006.

b) Normas Nacionais: princípio constitucional da moralidade e sanções relacionadas aos atos de improbidade (artigo 37, *caput* e § 4º da Constituição Federal de 1988); Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992); Lei de Licitações (Lei 8.666/1993); Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998); Lei de Parceria Público-Privada (Lei 11.079/2004); Lei de Filantropia (Lei 12.101/2009); Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011); Lei Antitruste (Lei 12.529/2011); Lei do Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei 13.019/2014); Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990); Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000); Lei Complementar sobre Sigilo das Operações Financeiras (Lei Complementar 105/2000); Lei do Mercado de Capitais (Leis 4.728/65 e 6.385/1976); crimes de responsabilidade (Lei 1.079/1950 e Decreto-lei 201/1967); Lei da Ficha Lima (LC 64/1990, alterada pela LC 135/2010); Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2012), Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013); Lei das Estatais (Lei 13.303/2016); Código Penal (Decreto-lei 2.848/1940); Decreto que Regulamenta a Lei Anticorrupção (Decreto 8.240/2015); Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União nº 74/2015 (que dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União quanto à organização do processo de celebração do acordo de leniência pela Administração Pública Federal, nos termos da Lei 12.846/2013).

Entre os diversos instrumentos normativos disponíveis para o enfrentamento da corrupção no Brasil destaca-se, para os fins deste trabalho, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), em especial o acordo de leniência previsto nos artigos 16 e 17 da referida lei, que serão vistos nos tópicos subsequentes.

### **3 ASPECTOS RELEVANTES DA LEI 12.846/2013 (LEI ANTICORRUPÇÃO)**

A Lei 12.846/2013, conhecida como Lei anticorrupção, regulamentada pelo Decreto 8.420/2015, versa sobre a responsabilização objetiva sancionatória e reparatória de pessoas jurídicas, nas esferas administrativa e civil, pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 1º, *caput*).

Como observado por Gilson Dipp e Manoel L. Volkmer de Castilho (2016, p. 12), a Lei 12.846/2013 não faz qualquer alusão em sua ementa ou em seus dispositivos legais que é destinada ao enfrentamento da corrupção.

Embora não haja tratativa expressa dos reais intentos da lei em comento, a exposição de motivos do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva, pela qual encaminhou o anteprojeto que lhe deu origem, foi clara no sentido que o objetivo da lei é “suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos” (CASTILHO; DIPP, 2016, p. 12).

A pressão pela aprovação da lei em comento ocorreu após a legislação brasileira ter sido considerada em 2007 insuficiente no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção pelo Grupo de Trabalho que monitora o cumprimento da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE. Na ocasião o Grupo sugeriu que o governo brasileiro: tomasse medidas urgentes para estabelecer a responsabilidade direta de pessoas jurídicas pelo delito de suborno de um funcionário público estrangeiro; criasse sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas, incluindo sanções monetárias e confisco; e assegurasse que, em relação ao estabelecimento de jurisdição sobre as pessoas jurídicas, uma ampla interpretação da nacionalidade das pessoas jurídicas fosse adotada (PIMENTEL FILHO, 2015, p. 71).

A Lei 12.846/2013 buscou reforçar o sistema de enfrentamento à corrupção com relação às pessoas jurídicas por meio de um direito administrativo sancionador (ao invés do direito penal), cumprindo-se os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em Convenções Internacionais nos âmbitos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da Organização das Nações Unidas (ONU).<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Trata-se de reforço importante ao enfrentamento à corrupção, pois não há consenso acerca da responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de improbidade administrativa da Lei 8.429/1992. Aliás, mesmo que fosse possível tal responsabilização de pessoas jurídicas na referida lei, é certo que a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) ampliou significativamente o leque de sanções. Jose dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 1157) entende que jamais pessoa jurídica poderia figurar como sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, haja vista que, com relação as condutas de indução e colaboração para a improbidade são própria de pessoas físicas. Em sentido contrário, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p.357), com respaldo em julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 1ª Turma, REsp n. 916.895/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 22/10/2013; 1ª Turma, REsp n. 1.113.200/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 08/09/2009; STJ, 2ª Turma, REsp n. 1.122.177/MT, rel. Min. Herman Benjamin, j. 03/08/2010), sustentam que “pessoas jurídicas poderão figurar como terceiros na prática dos atos de improbidade, o que será normalmente verificado com a incorporação ao seu patrimônio de bens públicos desviados pelo ímprobo”, e acrescentam que “a Lei 12.846/2013 conferiu ênfase à situação da pessoa jurídica enquanto sujeito ativo do ilícito, dispondo sobre a sua responsabilização, nos planos administrativo e cível, pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. É a Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas (LRPJ)”.

Trata-se de norma de caráter nacional, incidindo para todos os entes da República Federativa do Brasil. O poder regulamentar dos Estados, municípios e Distrito Federal é complementar à Lei 12.846/2013, devendo respeitar as “regras de competência administrativa para o processamento dos casos na esfera do respectivo ente, mas sempre obedecidos os parâmetros gerais estabelecidos pela Lei Federal”. Assim, inconcebível a restrição por meio de lei estaduais ou municipais, de institutos processuais ou materiais da Lei Anticorrupção, como “legitimidade, condições da ação, competência (jurisdicional), efeitos da sentença ou das penas etc” (CUNHA; SOUZA, 2017, p. 22).

São esferas de responsabilização da pessoa jurídica na Lei 12.846/2013 a administrativa e a civil, tendo cada uma um tratamento específico na referida lei. A responsabilidade administrativa será apurada por processo administrativo (Processo Administrativo de Responsabilização - PAR) e a responsabilidade civil por procedimento judicial.

No âmbito administrativo o art. 6º da Lei 12.846/2013 consagra as seguintes sanções às pessoas jurídicas, aplicadas de forma fundamentada, isolada ou cumulativamente, pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações: I - Multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível a sua estimação; caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de R\$ 6.000,00 a R\$ 60.000.000,00; II - Publicação extraordinária da decisão condenatória.

A aplicação das sanções administrativas será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público (art. 6º, § 2º), e não excluirá, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado (art. 6º, § 3º).

No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União (CGU) terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na Lei Anticorrupção, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento (Lei 12.846/2013, art. 8º, § 2º).

A responsabilidade da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial (art. 18).

No que tange à esfera judicial, consagram-se as seguintes sanções, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, às pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos no art. 5º da Lei 12.846/2013: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação, com o rito previsto na Lei 7.347/1985, com vistas à aplicação das sanções supramencionadas, às pessoas jurídicas infratoras.

O rol de legitimados para a propositura da ação judicial lastreada na Lei Anticorrupção é mais restrito que o rol para a propositura da ação baseada na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), que tem por legitimados o Ministério Público e as pessoas jurídicas lesadas.

A condenação na esfera judicial torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença (art. 21, parágrafo único).

#### **4 O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO**

A corrupção possui características que dificultam a sua percepção e investigação, dentre as quais se destacam: a) vige com relação à corrupção o pacto de silêncio (*omertà*) entre o corrupto e o corruptor, fazendo com que tal fato, em regra, não chegue ao conhecimento de terceiros; b) a complexidade da corrupção gera um quadro de “não assimilação da ilicitude pelas vítimas em concreto, em especial pelo caráter essencialmente difuso dos bens” por ela atingidos (SILVA, 2017, p. 288); c) a corrupção penetra-se insidiosamente no aparato governamental do Estado, apoderando-se “dos braços que tinham a missão de combatê-la”, tornando o Legislativo, Executivo ou o Judiciário extorquíveis ou venais (HASSEMER, 2008, p. 311 e 268).

A conjugação da complexidade da corrupção, do volume do prejuízo por ela ocasionado e da dificuldade de sua punição “compeliu o Estado a pensar em novas alternativas para o exercício de sua atividade sancionatória”, sendo que “a via

negocial revelou-se como a mais eficiente ao alcance das finalidades pretendidas: conter a atividade ilícita, buscar o ressarcimento dos danos ocasionados pela prática infracional e punir os infratores” (BARREIROS, 2017, p. 66).

Assim, os negócios jurídicos premiais (acordos de colaboração premiada no âmbito criminal e de leniência nos âmbitos administrativo e civil) passaram a assumir papéis protagonistas no desvendamento de casos de corrupção, a exemplo da Operação Lava Jato, “operação que revelou o maior caso de corrupção na história brasileira” (NUNES, 2017), quebrando o pacto do silêncio (*omertà*) existente no triângulo de corrupção baseado no capitalismo de laços “Políticos-Governo-Empreiteiras”.

Ensina Lênio Streck (2017, p. 223) que se busca com o pragmatismo “substituir critérios racionalistas de análise por procedimentos empíricos e/ou utilitaristas”, devendo “o direito ser compreendido por uma metodologia experimental, e não por *standards* imutáveis de justiça”.

O acordo de leniência implementa o discurso da análise econômica do direito (*law and economics*), “integrando a discussão da eficiência na discussão do justo” (SALAMA, 2008, p. 3), bem como o discurso da teoria dos jogos (“toda interação entre agentes racionais que se comportam estrategicamente pode ser conceituada como jogo”) (BECUE, 2011, p. 112).

Os celebrantes do acordo de leniência (e também da colaboração premiada no âmbito criminal) são vistos como jogadores (*players*) que fazem cálculos econômicos de benefícios, riscos, custos e oportunidades, de forma que a lei Anticorrupção autoriza o oferecimento de vantagens relevantes para aquela pessoa jurídica que busca a maximização racional do seu bem-estar, por meio da oferta de informações relevantes e inéditas ao Estado investigador, que permitam efetivamente alavancar investigações e o processo administrativo com relação a atos de corrupção com a obtenção dos seguintes resultados: identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e para a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pelos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção (art. 16, *caput*), sendo a Controladoria-Geral da União – CGU, o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira (Lei 12.846/2013, art. 16, § 10).<sup>4</sup>

4 Entendemos ter o legislador agido com desacerto ao atribuir a incumbência para a celebração do acordo à CGU ou à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, pois tais entes não dispõem de informações sigilosas das investigações criminais em curso conduzidas pela polícia judiciária e/ou

Este acordo de leniência, com previsão no Capítulo V, artigos 16 e 17 da Lei 12.846/2013, poderá isentar a pessoa jurídica das sanções de publicação extraordinária da decisão condenatória; de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público; bem como poderá reduzir em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. Contudo, de acordo com a redação do artigo 16, § 3º da referida Lei 12.846/2013, reforçada em outras passagens da lei, há um campo formalmente inegociável, que é a reparação integral do dano causado.

#### 4.1 A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

Não há dúvidas a respeito dos benefícios à sociedade da reparação integral do dano provocado pela corrupção, que de acordo com estimativa da Organização das Nações Unidas, fato esse notório, faz o Brasil perder cerca 200 bilhões de reais ao ano.

A reparação do dano é a tendência absoluta não só nos acordos de leniência (objeto do nosso estudo), como também nos acordos de colaboração premiada no âmbito penal (FONSECA, 2017, p. 199), inclinando-se este último instrumento a um direito penal de terceira via, em que se erige a reparação do dano como um dos objetivos da persecução penal, em substituição ou atenuação da pena privativa de liberdade dos réus colaboradores (ROXIN, 1992. p. 155). Este redimensionamento da resposta estatal tem sido observado na Operação Lava Jato frente aos delitos macroeconômicos, em que os acordos de colaboração premiada celebrados têm por combinação o sistema *short-sharp-shock* (prisão intensa e curta, mas efetivamente cumprida) com o sistema de reparação dos danos e o confisco de tudo que foi ganho ilicitamente (GOMES, 2011, p. 643-644).

pele Ministério Público, sendo que em geral tais ilícitos da Lei Anticorrupção configuram-se também ilícitos penais (em regra há uma interface entre corrupção e crime), e a investigação criminal sempre será mais profunda que um órgão administrativo consegue conduzir. Há um conjunto de informações que só o Ministério Público e polícia judiciária têm acesso, tais como interceptações telefônicas, monitoramento de agentes etc., e enquanto as investigações estiverem em andamento mantém-se o sigilo destas informações. Assim, a CGU não consegue avaliar de forma completa se o que a pessoa jurídica está oferecendo a título informação ao acordo de leniência é útil ou não à investigação. Só o Ministério Público tem a possibilidade de fazer essa avaliação de forma mais profunda. Ademais, entendemos ser indispensável a participação do Ministério Público nos acordos de leniência, pois em razão de sua função institucional prevista no artigo 129, III da Constituição Federal, tem competência concorrente para propor ações judiciais da Lei de Improbidade e da Lei Anticorrupção. Inclusive, o artigo 6º, da Lei 75/93, XIV, atribui ao Ministério Público a missão de promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto à probidade administrativa.

A Lei Anticorrupção é silente quanto à possibilidade de inclusão da quantificação do dano ao erário como elemento do acordo de leniência. Pelo contrário, a referida lei diz que o acordo de leniência não afasta o dever de reparação integral do dano, e estabelece que o processo e a apuração de responsabilidade pode ocorrer de outro processo (art. 13 da Lei 12.846/2013). Contudo, a CGU vem adotando o entendimento de que valor do dano deve ser inserido no acordo de leniência.

Ocorre que o enorme déficit informacional da CGU acerca do montante do dano provocado pelo acusado colaborador (até mesmo pela natureza difusa e coletiva dos danos), gera um ambiente de incertezas e de insegurança jurídica.

É bastante temerário que os acordos de leniência celebrados tão somente entre CGU e pessoas jurídicas (sem participação do Tribunal de Contas da União, órgão apurador legalmente constituído para a apuração do dano) terminem registrando débitos muito inferiores àqueles que seriam decorrentes, por exemplo, do movimento cartelizado e do sobrepreço real.

De outra banda, aguardar a apuração completa do dano pelo Tribunal de Contas da União comprometeria a celebração do acordo de leniência, e por conseguinte as investigações que seriam impulsionadas por este acordo, pois alguns processos são extremamente complexos, o que tornaria o cálculo extremamente moroso. Assim, há que se admitir uma avaliação mais perfunctória na condução do acordo (*v.g.*: análise econométrica em razão do preço monopolístico na formação do cartel, que se trata de uma análise geral, mas matematicamente concisa e viável), até mesmo para permitir a gradação das sanções no negócio a ser celebrado, e eventual resultado da diferença seria conduzida em tomada de contas especial.

De qualquer modo, deve-se equacionar e preservar as atribuições de cada órgão, de forma que não haja sobreposições, pondo em equilíbrio o interesse da empresa por segurança jurídica, a competência do controle externo (Tribunal de Contas – art. 71, CF/88) para calcular o débito e exercer suas competências constitucionais e a participação do Ministério Público na conformação desses acordos como signatário ou revisor.

#### 4.2 A INFORMAÇÃO COMO ATIVO DA PESSOA JURÍDICA CELEBRANTE DO ACORDO DE LENIÊNCIA PARA FINS DE REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO E DO PAGAMENTO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA

Para melhor compreensão, iniciar-se-á este tópico com um caso hipotético.

Tome-se como exemplo que uma pessoa jurídica, em razão da prática de atos de corrupção, gerou um dano de 2 milhões de reais à Administração Pública, e se constate que, se esta pessoa jurídica realizar a reparação integral do dano oriundo daquele ilícito e o pagamento da multa, verificar-se-á, entre outros efeitos, sua quebra ou falência, com a consequente demissão em massa de seus empregados e com seu inadimplemento contratual com terceiros que com ela contratou, gerando um grave prejuízo à economia local, às vezes até nacional. Ademais, esta pessoa jurídica possui informações que culminariam na repatriação aos cofres públicos de 10 bilhões de reais desviados em um esquema paralelo de corrupção (do qual não participou) e na cessação de práticas corruptas que gerariam novos danos. Poderiam estas informações ser classificadas contabilmente como ativo da empresa, de modo a isentá-la da reparação do dano de 2 milhões de reais que ela provocou e da multa eventualmente incidente?

Importante salientar que a Lei 12.846/2013 não estabeleceu o modo e a forma de reparação integral do dano, nada obstando, portanto, que sejam consignadas cláusulas no acordo de leniência permitindo o parcelamento do débito oriundo do dano provocado ou até mesmo o uso das informações da pessoa jurídica como forma de recomposição integral do dano por meio da responsabilização de outras pessoas jurídicas ou naturais (funcionários das empresas, agentes públicos, etc.) que concorreram com o ilícito (*v.g.*: formação de cartel para fraudar licitações), caso em que a informação estaria sendo utilizada como meio de obtenção de provas a fim de diluir a responsabilidade da pessoa jurídica delatora com outras pessoas que concorreram com o ilícito.

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Gernandes e Karina Amorim Sampaio Costa (2014, p. 45), o § 3º do art. 16 da Lei 12.846/2013 responsabiliza a pessoa jurídica celebrante do acordo de leniência pela reparação integral do dano, mesmo que tenha contribuído apenas com uma parcela deste, que pode ter mais de um responsável (como no caso do exemplo citado acima). Assim, concluem os referidos autores que a Lei 12.846/2013 deveria ter excepcionado tal situação, exigindo-se a reparação apenas da parcela de responsabilidade da pessoa jurídica envolvida, e não da integralidade do dano, imputando-se as demais parcelas às outras pessoas jurídicas envolvidas nos ilícitos.

Não concordamos com a conclusão destes autores, pois é exatamente a previsão de responsabilização integral do dano que permite que a pessoa jurídica delate outros envolvidos em práticas de corrupção para que haja a diluição da sua responsabilidade. Por isso andou bem o legislador.

Retornando ao exemplo antes referido, a pessoa jurídica que praticou atos de corrupção, sozinha não tem como diluir a sua responsabilidade de reparar o dano no valor de 2 milhões de reais. Contudo, se ela tem informações de um esquema paralelo (do qual não participou), que levaria à recuperação de 10 bilhões de reais desviados dos cofres públicos e à cessação de novos ilícitos e danos, estas informações, a nosso sentir, poderiam ser classificadas contabilmente como ativo da empresa, de modo a isentá-la da reparação do dano que provocou e da sanção pecuniária eventualmente aplicada.

Alguns diriam que, nesta hipótese, o uso da informação como ativo não seria possível em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público, medida do princípio da supremacia do interesse público. Contudo, não se estaria ferindo este princípio, mas sim melhor atendendo-o, afinal, como bem aponta Lorena Miranda Santos Barreiros (2017, p. 78-79), “não há um único interesse público a ser tutelado, mas, sim, uma multiplicidade de interesses que merecem proteção”, e entre esses interesses impõe-se à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública a escolha do meio mais adequado e eficiente para a consecução do interesse público para cada caso.

Veja-se que também é de interesse público a cessação de atos de corrupção, tanto é assim que o inciso II do § 1º do art. 16 da Lei 12.846/2013 impõe como requisito ao acordo, que a pessoa jurídica celebrante cesse completamente seu envolvimento na infração investigada. Só que não basta que apenas uma das pessoas jurídicas cesse tal envolvimento, se outras pessoas jurídicas não forem identificadas e não fizerem o mesmo. Assim, também por este motivo a informação deve ser considerada como ativo contabilizável na realização do acordo de leniência, de forma a identificar outras empresas envolvidas com corrupção e viabilizar a cessação de novas práticas corruptas e novos danos.

Não por outras razões, deveria a Lei Anticorrupção, a exemplo da leniência da Lei 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), ter previsto a possibilidade de isenção total da pena pecuniária (como havia feito a Medida Provisória 703/2015, que perdeu sua vigência), em especial para aquela pessoa jurídica que, em virtude da implementação e cumprimento de um conjunto de ferramentas impostas pelo Estado (a exemplo do *compliance*), entregou informações às autoridades competentes que levaram a identificar de forma rápida e eficaz a ocorrência

de novos ilícitos de corrupção. Nestas situações, por vezes, não seria adequada a imposição de multa, ainda que pequena (redução máxima autorizada pela lei, correspondente a 0,1% do faturamento bruto com um desconto de 2/3 em razão da celebração do acordo de leniência) (SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 132-133).

Defendem alguns que o acordo de leniência não poderia servir como um mecanismo de salvamento da pessoa jurídica que praticou corrupção, em especial pelo fato de que o art. 5º da Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (repetida pela Portaria da CGU 910/2015, art. 40) estabelecer que o referido acordo não poderá ser influenciado por “considerações de interesse econômico nacional” e pela “identidade de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas”.

Entretanto, não se pode olvidar, nas palavras de Ana Isabel Pérez Capeda e Carmen Demelsa Benito Sánchez (2011, p. 24), que *“en el momento actual no se puede desconocer el papel que las personas jurídicas desempeñan en la vida económica y social”*.

Frente às funções social e econômica desempenhadas pelas pessoas jurídicas, entende-se que devem ser conciliadas as finalidades reparatórias e sancionatórias da lei 12.846/2013 com o princípio da preservação da empresa<sup>5</sup>, de forma que aquelas finalidades não comprometam a sua higidez financeira, ameaçando o prosseguimento das atividades empresariais, mormente quando existirem outros mecanismos que atinjam desideratos reparatórios e sancionatórios.

Considerar a informação como um ativo nos acordos de leniência não significa implementar um “pacote de socorro”, desvirtuando a lógica natural do capitalismo, de forma a se criar um sistema no qual os empresários corruptos (mas bem relacionados) continuam a auferir lucros privados e solidarizando suas perdas com a população. O que se pretende é dar ainda mais amplitude ao dever de reparação do dano e ao caráter sancionatório, visando o melhor interesse público.

Nos acordos de leniência valem as regras de compra e venda, na qual a informação é a mercadoria. De acordo com Alexandre Morais da

---

5 Este princípio vem servindo como fundamento de várias decisões judiciais, a exemplo do REsp 866.382/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3 T., j. 11.11.2008; AgRg na MC 14.919/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4 T., j. 09.12.2008.

Rosa (2017. p. 548), “o valor das informações flutua conforme o interesse do comprador em apurar / aparelhar uma investigação específica”.

## **5 CONCLUSÃO**

A corrupção administrativa, envolvendo bilhões de reais anuais, possuindo uma atuação complexa e sofisticada, e corroendo as estruturas sociais, é uma constante no cenário social, jurídico e político brasileiro, sendo incessantes os esforços do Estado visando seu combate.

Neste cenário foi editada a Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, dispoendo sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Entre os instrumentos previstos na Lei 12.846/2013 no combate à corrupção, destaca-se o acordo de leniência previsto nos artigos 16 e 17 da referida lei, cujo conteúdo, contornos e limites de aplicação, no entanto, ainda estão em conformação na doutrina e na jurisprudência.

A Lei 12.846/2013 não estabeleceu o modo e a forma de reparação integral do dano no caso de prática de corrupção, de maneira que não há óbice ao estabelecimento de cláusulas a seu respeito no acordo de leniência.

Assim, inexistente impedimento legal ao uso das informações da pessoa jurídica colaboradora como forma de recomposição integral do dano, por meio de sua contabilização como ativo, relativamente aos valores correspondentes à responsabilização de outras pessoas jurídicas ou naturais que se envolveram em outros atos de corrupção, atos esses nos quais não houve a participação da empresa celebrante do acordo de leniência, compensando, dessa forma, o valor da reparação do dano e da sanção pecuniária de sua responsabilidade.

Embora o acordo de leniência não seja um mecanismo de salvamento da pessoa jurídica que praticou corrupção, o princípio da preservação da empresa deve ser conciliado com as finalidades reparatórias e sancionatórias da Lei Anticorrupção, buscando-se com isso, dentro da lei, a preservação de suas atividades, principalmente em face das funções social e econômica que lhe são ínsitas.

Considerar a informação como um ativo nos acordos de leniência permite dar mais amplitude ao dever de reparação do dano relacionado com

a prática da corrupção, assim atendendo ao interesse público, já que um dos principais objetivos da Lei 12.846/2013 é exatamente o combate à corrupção.

A utilização das informações da pessoa jurídica como ativo contabilizável para fins reparatórios e ressarcitórios nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção, fortalece o princípio da supremacia do interesse público, permitindo que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública escolha o meio mais adequado e eficiente para a consecução do interesse público para cada caso em análise, melhorando assim o enfrentamento à prevenção e ao combate à corrupção.

Em conclusão, restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que é possível utilizar as informações da pessoa jurídica colaboradora como ativo contabilizável para fins de reparação do dano causado e do pagamento da sanção pecuniária nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção.

## REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos Jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CAPEDA, Ana Isabel Pérez; SÁNCHEZ, Carmen Demelsa Benito. La política criminal internacional contra la corrupción. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 89, p. 13-42, mar. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTILHO, Manoel L. Volkmer; DIPP, Gilson. *Comentários sobre a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e do STJ comentados – julgados de 2016*. Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. *Lei anticorrupção empresarial*. Salvador: Juspodivm, 2017.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

EFING, Antônio Carlos; EFING, Ana Carla; MISUGI, Guilherme. Corrupção e direito civil: a corrupção como fator impeditivo de desenvolvimento e papel da sociedade civil. In: LAUFER, Daniel (Coord.). *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

GERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei de responsabilização administrativa e civil de 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: Forum, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *O jogo sujo da corrupção: pela implosão do sistema político-empresarial perverso. Em favor da Lava Jato, dentro da lei, e pela reconstrução do Brasil*. Bauro: Astral Cultural, 2017.

\_\_\_\_\_. A Impunidade da Macrodelinquência Econômica desde a Perspectiva Criminológica da Teoria da Aprendizagem. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis (Org.). *Doutrinas essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma nova política criminal. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. In: HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

LAPORTA, Francisco J. La corrupción política: introducción general. In: LAPORTA, Francisco J; ÁLVAREZ, Silvina (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza. 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES, Leandro Bastos. *Operação Lava Jato*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54880/operacao-lava-jato>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

PALIFKA, Bonnie; ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government – causes, consequences, and Reform*. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2016. (livro digital).

PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos artigos 1 ao 4 da Lei Anticorrupção. In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhos. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 63-86.

REMEDIO, José Antonio. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Verbatim. 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparación del daño: de los delitos y de a las víctimas*. Tradução espanhola de Julio Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

SALAMA, Bruno Meyehof. O que é pesquisa em direito e economia. *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 2, estudo n. 22, 2008.

SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese. 2002.

SILVA, Marcelo R. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 285-314, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>>.

SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa: teoria e prática*. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2017.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan. 2017.

STRECK, Lênio. *Dicionário de hermenêutica – quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perceptions index 2016*. 25 jan. 2017. Disponível em: <[https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016#table](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table)>. Acesso em: 30 jul. 2017.

RECEBIDO EM: 27/03/2017

APROVADO EM: 19/04/2017

## FUNDOS ABUTRES E O PREJUÍZO DA NEW LEX MERCATORIA AO ESTADO

### *VULTURE FUNDS AND THE 'NEW LEX MERCATORIA' DAMAGES TO THE STATE*

*Leonardo José de Araújo Ribeiro*

*Mestre em Direito Político e Econômico, na Universidade Presbiteriana Mackenzie  
Graduando em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Advogado. Tem experiência na  
área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil.*

“[...] Aves mataram bois e cabras, que lembrança! Olhou a mulher, desconfiado, julgou que ela estivesse tresvariando. Foi sentarse no banco do copiar, examinou o céu limpo, cheio de claridades de mau agouro, que a sombra das arribações cortava. Um bicho de penas matar o gado! Provavelmente Sinha Vitória não estava regulando.

“[...] A lembrança das aves medonhas, que ameaçavam com os bicos pontudos os olhos de criaturas vivas, horrorizou Fabiano. Se elas tivessem paciência, comeriam tranquilamente a carniça. Não tinham paciência aquelas pestes vorazes que voavam lá em ciam, fazendo curvas.”

(Vidas Secas, Graciliano Ramos)

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Os Abutres; 2 O Caminho Neoliberal ao Abismo; 3 Facilidade Corrosiva; 4 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** A Argentina sofreu uma forte queda em sua economia no final da década de 1990 que a levou a uma crise, vindo a declarar moratória no final do ano de 2001. Com isso, em 2002, foram emitidos títulos da dívida pública com um preço excessivamente desvalorizado ante o valor de face. Iniciou-se um período de forte crescimento econômico e, também, uma longa negociação para reestruturar a dívida pública. Com propostas em 2005 e 2010, o país obteve adesão de imensa maioria dos credores à sua proposta de reestruturação. Contudo, com base em cláusulas contratuais que exemplificam o instituto da *New Lex Mercatoria*, a minoria dos credores cobrou o valor integral em juízo, nos Estados Unidos da América, e obteve resultado favorável. Devido à relutância em entregar imensa parte de seu orçamento aos credores minoritários (fundos abutres), o país experimentou novamente curto período de retração econômica. Isso demonstra que a *New Lex Mercatoria* é prejudicial ao setor público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fundos Abutres. Argentina. Dívida Pública. *New Lex Mercatoria*.

**ABSTRACT:** Argentina suffered a huge fall in its economy at the end of the 90's, what led to a crisis, which made the country to plea default in the end of 2001. So long, in 2002, the country issued sovereign debt bonds extremely unvalued in comparison to the described amount. A period of strong economic growth began and, also, a long negotiation to restructure the sovereign debt. With offers in 2005 and 2010, the country obtained support of a huge majority of creditors to its restructuration offer. However, based on contractual clauses that exemplify new *Lex Mercatoria* institute, creditors' minority enforced the total amount in a United States courthouse, obtaining a favorable result. Due to the reluctance on giving away an enormous part of its public budget to the minority creditors (vulture funds), the country experienced again a short period of economic recession. Therefore, it demonstrates that the new *Lex Mercatoria* is harmful to the public sector.

**KEYWORDS:** Vulture Funds. Argentina. Sovereign Debt. *New Lex Mercatoria*.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca demonstrar como a *New Lex Mercatoria*, alcunhada por Francesco Galgano, embora possa ser um bom instituto para o setor privado, é prejudicial ao setor público. Para tanto, utilizar-se-á do caso ocorrido entre a Argentina e os credores denominados “fundos abutres”.

Com base em textos jornalísticos, reproduz-se, ao início, o caso desde seu início em 2002 – ou melhor, com a declaração da moratória em 2001 – até a elaboração de acordo e pagamento dos fundos abutres em 2016, para poder contextualizar o leitor quanto ao caso e seus meandros. Explicar-se-á, também, porque alguns fundos credores foram denominados “abutres”.

O contexto trabalhado, contudo, é fruto de um contexto anterior. Assim, segue-se explicando – com base em obra do economista estadunidense Mark Weisbrot – como a Argentina sai de uma década economicamente estagnada (1980) para uma década (1990) onde obteve inicial sucesso econômico, mas amargou a pior falência de um Estado contemporâneo até declarar sua moratória no final de 2001. Abordase as escolhas econômicas – e, portanto, indiretamente políticas – da época e como elas foram essenciais para o histórico resultado negativo.

Após a moratória, e com a emissão dos títulos que geraram o caso ora estudado, o entendimento técnico (de economistas) quase majoritário era de que o grave estado da economia argentina era, senão em longo ou longuíssimo prazo, irrecuperável. Porém, novamente por uma sucessão de escolhas, a adoção de uma nova política econômica e de uma prática econômica heterodoxa levou a Argentina a superar, em somente 11 (onze) anos, o crescimento econômico que teria vivido se continuasse seu ritmo de crescimento da primeira parte da década de 1990 – isto é, sem jamais ter enfrentado a crise de 1998 a 2001.

O objeto de análise do trabalho nasce, justamente, nesta época de incomparável crescimento econômico.

Ao emitir títulos da dívida pública, a Argentina os vendeu por um preço extremamente menor que o valor de face. Em 2005, ofereceu reestruturação da dívida aos credores, por um valor 65% menor que o valor de face em 30 anos – o que ainda geraria lucro de 300% aos credores –, obtendo 75% de apoio. Em contínua negociação, conseguiu fazer com que, em 2010, 93% dos credores aceitassem a reestruturação proposta.

Os 7% não aceitaram e, em 2012, ajuizaram ação em Nova York (Estados Unidos da América) para cobrar o valor integral de face.

Em razão de cláusulas contratuais abrangentes e permissivas – que exemplificam o que Galgano observou como *New Lex Mercatoria* – ou mal interpretadas (*CAC* – Cláusula de Ação Coletiva – e *Pari Passu*), o Estado argentino obteve revés em todas as instâncias do Judiciário estadunidense. As decisões não estavam sendo cumpridas pelo governo argentino até a mudança do chefe de seu Executivo ao final de 2015 – o que garantiu o cumprimento das decisões no início de 2016.

Ao contrário do que ocorre no setor privado, o cumprimento sem real análise da razoabilidade dos contratos atípicos de alcance globais (*New Lex Mercatoria*) pode gerar um efeito social demasiadamente negativo, com aumento dos níveis de desemprego, pobreza e extrema pobreza, além de – comprometendo imensa parte do orçamento público – condenar a política econômica de um país. O uso de tal instituto deve ser, portanto, evitados pelo setor público e relegados, apenas, ao setor privado.

## 1 OS ABUTRES

Para compreensão da ideia e da crítica central do texto, faz-se necessário conhecer o contexto do exemplo-objeto que se abordará.

A Argentina, em razão da crise e da moratória de 2001, emitiu títulos da dívida pública para conseguir financiar sua política econômica. Os títulos foram adquiridos por um valor imensamente menor que o valor de face, pois se considerava que eram títulos “podres”.<sup>1</sup> Os credores eram tanto pessoas naturais quanto pessoas jurídicas, nacionais (argentinas) ou estrangeiras – o que garantiria a possibilidade de recursos, tendo em vista que a população argentina estava majoritariamente sem sobras de recursos para realizar investimentos de tamanho porte.

Para realizar reestruturação da dívida pública, foi proposta, em 2005, nova data de pagamento dos títulos emitidos – que ocorreria em 30 anos –, com um desconto (remissão) de 65% (sessenta e cinco por cento) do valor de face de cada título. Assim, os credores que aceitassem essa negociação receberiam cerca de 35% (trinta e cinco por cento) do valor de face dos títulos adquiridos em parcelas até 2035, o que representaria um

1 KIDD. Conheça os fundos ‘abutres’ detentores da dívida argentina. Mundo. *Exame.com*, 24 jun. 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/conheca-os-fundos-abutres-detentores-da-divida-argentina/>>. Acesso em: 13 set. 2016.

lucro (para os credores) de 300% (trezentos por cento). Ou seja, o valor investido entre os anos de 2001 e 2005 seriam triplicados.

Nesta ocasião, apenas 75% (setenta e cinco) por cento dos credores aceitaram a negociação (com deságio). Após longas tratativas, em 2010 quando foi reaberta a proposta de negociação, o número de credores aderentes subiu para 93% (noventa e três por cento), os quais aceitaram as condições propostas pelo Estado Argentino e obteriam – mesmo com tais condições –, ao final, um lucro de trezentos por cento.<sup>2</sup>

Notase, portanto, que 7% (sete por cento) dos credores não concordaram com as reestruturações, em que pese o excesso de esforço do Estado Argentino.

Com base no contrato de aquisição dos títulos emitidos, tais credores puderam – além de se negar às reestruturações – litigar contra o Estado da Argentina, em Nova Iorque, Estados Unidos (como foro eleição na emissão dos títulos da dívida externa para melhor dar melhor garantia aos possíveis credores). Esse foi o que ocorreu com o caso de maior repercussão, NML Capital Ltd. contra Argentina, de competência da Corte do Distrito Sul de Nova York, julgamento pelo juiz Thomas Griesa.<sup>3</sup>

Ainda que as repercussões de tal fato possam ser desastrosas, o local de julgamento do caso não pode ser um visto como um espanto, pois foi de aceitação do Estado Argentino tanto a competências para julgamento, quanto à submissão às leis estadunidenses.<sup>4</sup>

Destarte – contrários ao recebimento de 300% (trezentos por cento) de lucro, com a defasagem do valor de face de seus títulos, em 30 (trinta) anos –, a ação judicial foi proposta em 2011. Tal ação pretendia o recebimento do valor integral de face dos títulos emitidos, incluindo juros. Em fevereiro de 2012, foi prolatada ordem judicial para que o Estado Argentino pagasse aos

2 LOURENÇO. Argentina não entra em acordo com fundos abutres. Internacional. *Empresa Brasileira de Comunicação – EBC*, 30 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/noticias/internacional/2014/07/argentina-nao-entra-em-acordo-com-fundos-abutres>>. Acesso em: 13 set. 2016.

3 NUDELSMAN. ¿Es posible mejorar la reestructuración de las deudas soberanas? In: *Revista Problemas del Desarrollo*, 184 (47), jan./mar. 2016. p. 177.

4 YANAKIEW. FMI busca solução para impasse entre a Argentina e os fundos abutres. Internacional. *Empresa Brasileira de Comunicação – EBC*, 06 out. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/noticias/internacional/2014/10/fmi-busca-solucao-para-impasse-entre-a-argentina-e-os-fundos-abutres>>. Acesso em: 13 set. 2016.

demandantes da ação o valor total pedido na mesma data em que pagasse os credores que aceitaram a reestruturação<sup>5</sup>. Em outubro do mesmo ano, a Corte de Apelações do Segundo Circuito confirmou e manteve a sentença. Em junho de 2014, a Suprema Corte negou o pedido do país para julgar o caso, o que fez com que a decisão se tornasse definitiva. Nesse momento, foi designado – pelo juiz Griesa – um negociador (*Special Master*) para assessorar e mediar às partes na tomada de um acordo.<sup>6</sup>

Tais feitos geraram uma série de discursos por parte das autoridades argentinas. O ministro-chefe da Casa Civil do país, Jorge Capitanich, foi explícito ao entender como “má práxis” (ou má-fé) do Poder Judiciário estadunidense, informando, também, que o negociador enviado, Daniel Pollack, desconhecia questões elementares da negociação.<sup>7</sup>

A sentença – ao condicionar o pagamento total dos créditos não reestruturados ao pagamento de uma das parcelas (primeira após a sentença) dos créditos reestruturados – ordenou o bloqueio do depósito feito pelo Estado Argentino em favor dos créditos reestruturados no Banco de Nova York<sup>8</sup> (local eleito para o pagamento nas negociações). O bloqueio do valor, e consequente inadimplemento com os credores, levaria o país à declaração de uma nova moratória – criando uma situação única, por tê-lo feito duas vezes em treze anos – da dívida pública. O inadimplemento, além de levar à moratória, faria com que nenhuma das negociações (reestruturações) fossem válidas, gerando dívida impagável. Para evitar tal catástrofe, o governo elaborou texto legislativo, no qual alterava o local de pagamento para o Banco Nación.<sup>9</sup>

A situação, até tal ponto, gerou um caso extremamente peculiar. Não houve inadimplemento das dívidas públicas por insuficiência de recursos – o que caracterizaria a moratória ou *default* –, mas houve inadimplemento por estratégia de política econômica/financeira; isto é, decidiu-se por pagar

---

5 Relembre que, como o valor seria pago em 30 (trinta) anos, os credores que aceitaram a reestruturação (93%) receberiam apenas parcela de todo o valor devido, enquanto – graças à decisão judicial – os credores minoritários receberiam o valor total, na íntegra de seu valor de face (ou seja, muito acima do que foi por eles pago) com juros.

6 NUDELSMAN, op. cit.

7 RIBEIRO. Fundos Abutres: ministro argentino critica Justiça dos EUA e mediador do caso. Internacional. *Empresa Brasileira de Comunicação – EBC*, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/noticias/internacional/2014/07/fundos-abutres-ministro-argentino-critica-justica-dos-eua-e-mediador>>. Acesso em: 13 set. 2016.

8 Filial em território argentino.

9 YANAKIEW, op. cit.

os credores que negociaram suas dívidas e não pagar os fundos abutres. Dividemse, assim, as opiniões até mesmo sobre a alcunha: o que muitos chamaram de moratória, foi chamado também de moratória parcial (ou *default* parcial) e de impasse.<sup>10</sup>

O impasse deuse até 2016 – sendo que os créditos reestruturados não receberam qualquer valor desde o pagamento feito através do Banco Nación em 2014 –, quando o recém-eleito Governo Macri (oposição à continuidade do Kirchnerismo) quitou a dívida com os fundos abutres com o pagamento de US\$9.300.000.000,00 (nove bilhões e trezentos milhões de dólares americanos) em abril do referido ano.<sup>11</sup>

O contexto por si só, porém, não traduz o significado de abutre para tais fundos.

Susana Nudelsman<sup>12</sup>, aborda o conceito dos fundos abutres com um viés de possibilidade contratual, a saber:

Um ponto central na análise da reestruturação das dívidas soberanas no contexto dos presentes acordos institucionais é o fato de que as relações entre credores são regidas por contratos incompletos. [...]

O enfoque contratual vigente, também conhecido como enfoque descentralizado orientado para o mercado, é um processo descentralizado de acordo ao qual o país afetado estabelece negociações com diversos credores. O mecanismo para neutralizar as complicações consiste na aplicação de cláusulas CAC, [que são] as que permitem a uma maioria qualificada de possuidores de crédito [fazer com] que a minoria em dissenso aceite os termos da reestruturação. Da perspectiva dos credores, ele [mecanismo] evitaria o abuso dos *holdouts* ante qualquer insurgência da maioria. Da perspectiva do devedor, ele permitiria um acordo mais rápido evitando a ameaça de uma queixa conflitante.

10 LOURENÇO, op. cit.

LIMA. Ministro classifica como impasse situação argentina com fundos abutres. *Economia. Empresa Brasileira de Comunicação – EBC*, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/noticias/economia/galeria/audios/2014/07/ministro-classifica-como-impasse-situacao-argentina-com>>. Acesso em: 13 set. 2016.

11 MOLINA. Argentina paga os 9,3 bilhões de dólares que devia aos fundos abutre. *Internacional. El País Brasil*, 22 abr. 2016. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/22/internacional/1461342773\\_439924.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/22/internacional/1461342773_439924.html)>. Acesso em: 13 set. 2016.

12 NUDELSMAN, op. cit., p. 172-173.

[...] O primeiro [procedimento alternativo], para efeitos de votação, se 75% de uma classe concorda com os novos termos, a minoria restante estaria vinculada a tais termos. Não obstante, posto que neste caso as CAC operam com base em classe por classe, um credor ou um grupo de credores pode bloquear a reestruturação dessa classe e exigir o pagamento total do devedor como no caso do litígio da NML Capital Ltd. contra Argentina e [também] muitos possuidores de crédito regidos por lei estrangeira na Grécia. Esse tipo de cláusula tem sido comum nos créditos com [base na] legislação da Inglaterra por um tempo considerável e os [créditos com base na legislação] de Nova Iorque a partir de 2003 (Gelpern, 2014).<sup>13</sup>

Assim sendo, os fundos podem existir na ocasião de uma reestruturação (negociação) de dívida pública (majoritariamente externa). Tratam-se de credores minoritários que discordam e se negam a realizar a reestruturação quando a maioria já está de acordo – e, por isso, chamados de *holdouts*. A depender da formulação dos contratos que deram origem aos títulos emitidos (ou seja, ao crédito discutido), os devedores minoritários podem ou não seguir a vontade da maioria. Como visto, os fatos ocorridos na Argentina originaram de uma segmentação dos créditos em classes, sendo que cada classe poderia ter sua votação individualizada, sendo a maioria dentro da classe respeitada.

Tal feito possibilitou uma minoria de 7% (sete por cento) de credores se oporem à vontade de 93% e, o que é mais impressionante, recebendo valor astronômico muito além do que a parte que aceitou a reestruturação recebeu. Como supramencionado, os fundos que compõem os 7% (sete por

13 Tradução livre de: "Un punto central en el análisis de la reestructuración de deudas soberanas en el contexto de los presentes arreglos institucionales es el hecho de que las relaciones entre acreedores están regidas por contratos incompletos (Stiglitz, 2014). [...] El enfoque contractual vigente, también conocido como enfoque descentralizado orientado al mercado, es un proceso descentralizado de acuerdo al cual el país afectado establece negociaciones con los diversos acreedores. El mecanismo para contrarrestar las complicaciones consiste en la aplicación de cláusulas CAC, las que permiten a una mayoría calificada de tenedores de bonos a que la minoría en disenso acepte los términos de la reestructuración. Desde la perspectiva de los acreedores, ello evitaría el abuso de los holdouts ante cualquier indulgencia de la mayoría. Desde la perspectiva del deudor, ello permitiría un arreglo más rápido evitando la amenaza de una querrela conflictiva. [...] El primero [procedimiento alternativo], a los efectos de votación, si el 75% de una serie acuerda los nuevos términos, la minoría restante estaría vinculada a tales términos. No obstante, puesto que en este caso las CAC operan sobre la base de serie por serie, un acreedor o grupo de acreedores puede bloquear la reestructuración de esa serie y demandar el pago total al deudor como es el caso del litigio de NML Capital Ltd. contra Argentina y de muchos tenedores de bonos regidos por ley extranjera en Grecia. Este tipo de cláusulas ha sido común en los bonos con legislación de Inglaterra por un tiempo considerable y en los de Nueva York a partir de 2003 (Gelpern, 2014)."

cento) receberiam – se aceitassem o mesmo acordo que o restante dos credores – 300% (trezentos por cento) de lucro.

Portanto, os referidos fundos são considerados abutres, pois – tal qual a ave de rapina – eles adquiriram os títulos por um valor exageradamente desvalorizado em consideração ao valor de face e, podendo obter o triplo do valor investido como lucro, quiseram receber lucro além do que seus pares receberiam (que já eram altos para quaisquer investimentos), com base no valor de face dos títulos e em menos tempo que os demais credores – que terão trinta anos para receber todo o valor negociado. Por se utilizarem de uma fonte de recursos considerada já morta ou podre e tentar tirar disso um proveito sem qualquer pensamento além do próprio lucro, são comparados a abutres<sup>14</sup>.

Intriga, também, a razão de tais títulos estarem demasiadamente desvalorizados. Destarte, no próximo tópico, será abordada a razão da desvalorização dos títulos e, em sequência, quais as funções dos chamados (supra) contratos incompletos com enfoque descentralizado orientado ao mercado.

## 2 O CAMINHO NEOLIBERAL AO ABISMO

O economista estadunidense Mark Weisbrot<sup>15</sup> define os anos de 2000 a 2015 como Primavera da América Latina. Segundo ele, os últimos quarenta anos do século XIX foram marcados de maneiras distintas: as décadas de 1960-70 foram marcadas por excessivo crescimento econômico, ainda que sob regimes ditatoriais de exceção apoiados ou iniciados pelo governo estadunidense<sup>16</sup>; a década de 1980 foi uma década perdida para a economia da região<sup>17</sup>; a década de 1990, por sua vez, foi uma década deficitária, pois – ao adotar práticas neoliberais indicadas pelo centro do capitalismo – foram aumentados os níveis de desigualdade e desemprego, além de uma quantidade prejudicial de privatizações.

---

14 Devese ter em mente que a função de tais fundos é muito distinta à que os animais abutres exercem na natureza. Os animais mencionados são essenciais para dar função energética a corpos em decomposição e, portanto, limpam o ambiente; os fundos abutres preocupam-se com o próprio lucro mesmo que isso cause um efeito colateral social devastador.

15 WEISBROT, M. *FAILED: What the “Experts” Got Wrong about the Global Economy*. New York: Oxford University Press, 2015. p. 56-69/167-233.

16 *Ibidem*, p. 167-168.

17 *Ibidem*, p. 172.

Weisbrot explica que a década de 1990 para a América Latina, após a década morta, foi marcada pela adoção de práticas econômicas indicadas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) – financiado pelas vontades de Washington DC –, como a obtenção empréstimo com o próprio Fundo e outras fontes estrangeiras. Porém, a região acabara de sair, pelo menos ideologicamente, de uma década falida, estagnada. Portanto, faz-se um alerta de que recuperar o crescimento econômico após uma longa depressão exige um caminho diferente do ortodoxo – que é, talvez inconscientemente, adotado pelo centro do capitalismo econômico-financeiro. Assim, aduz-se que

[...] Choques externos podem causar a recessão, mas se requerem políticas erradas, sustentadas por considerável período de tempo, para tornar essa recessão uma tragédia econômica de longa duração. A depressão e estagnação da América Latina nos 15 anos que sucedem 1980 não foram resultados de um excessivo acúmulo de débitos, nem sequer qualquer coisa que aconteceu antes de 1980. Nesse caso, isso se deu porque os caminhos viáveis para a recuperação – os quais incluiriam, como na década de 1930, inadimplimento de dívida – foram bloqueados por atores políticos poderosos que tinham outros objetivos. Esses atores incluíam o governo dos Estados Unidos e seus aliados, entre eles o FMI e financiadores multilaterais, e os bancos privados para quem esses credores oficiais e governos estavam tentando receber [em pagamento]. Juntos eles puderam extrair uma grande transferência de recursos, a qual era em média mais de 6% do PIB em sete anos, para fora da região.

Os resultados foram devastadores para América Latina, e incluíam não somente a longa depressão, mas aumentos na pobreza (de 40,5% em 1980 para 48,4% em 1990; veja o gráfico 5.2) e desigualdade. Hiperinflação em diversos países e alta inflação na maioria eram também um resultado dessas péssimas escolhas políticas. O problema básico mais importante que levou a essa espiral inflacionária era a crise da balança de pagamentos, carregada pelo custo insustentável da dívida que deveria ter sido apagada durante o inadimplimento e reestruturação.<sup>1819</sup>

18 WEISBROT, op. cit., p. 173.

19 Tradução livre de: “[...] External shocks can cause a recession, but it takes the wrong policies, sustained over considerable period of time, to make that recession into a long term economic tragedy. Latin America’s depression and stagnation for the 15 years after 1980 was not a result of over accumulation of debt, or for that matter anything that happened before 1980. In this case, it was because the feasible paths to recovery – which would have included, as in the 1930s, debt default – were blocked by powerful political actors who had other goals. These actors included the US government and its

O caso da Argentina é de grande destaque dentro da região. Enquanto as demais economias sofreram forte queda, na última década do século XIX, e conseguiram se reerguer com mudanças de governos e de políticas econômicas, a economia argentina sofreu quebra em 2001, o que a excluiu do cenário financeiro internacional (para tomar empréstimos, p.e.) de 2002 até 2016.

O problema que gera essa quebra – a qual se inicia com uma forte recessão em 1998 – nasce antes. Desde 1991, a economia argentina tomou medidas que a valorizou no curto prazo: como, por exemplo, a fixação do câmbio entre peso e dólar em igual patamar. Porém, suas aplicações foram, de certa maneira, questionáveis: manteve-se a desigualdade social e a subsequente política macroeconômica prócíclica.<sup>20</sup>

Nudelsman<sup>21</sup> explica que:

[...] os países experimentam geralmente períodos de altas e baixas entradas em relação à tendência, sendo essa variação nas entradas um fator chave na determinação da quantidade do endividamento público. Segundo essa lógica, o endividamento público deveria ser contra-cíclico posto que os países se endividam durante os maus tempos para pagar suas obrigações durante os bons tempos, o que vai de acordo com as políticas keynesianas como aos modelos neoclássicos de política fiscal ótima.

Sem embargo, empréstimos aos países em desenvolvimento, particularmente os de tipo privado, tenderam a se comportarem de maneira pró-cíclica. [...] Por ele [empréstimo], a consecução de uma política fiscal de previsão nos bons anos e/ou de um adequado marco institucional e/ou uma estratégia de crescimento capazes de enfrentar

---

allies, among them the IMF and multilateral lenders, and the private banks for whom these official creditors and governments were trying to collect. Together they were able to squeeze out a massive transfer of resources, which averaged more than 6 percent of GDP over seven years, to outside the region. The results were devastating for Latin America, and included not only the long depression but increases in poverty (from 40.5 percent in 1980 to 48.4 percent in 1990; see Figure 5.2) and inequality. Hyperinflation in several countries and high inflation in most were also a result of these awful policy choices. The most important underlying problem that led to these inflationary spirals was in balance of payments crises, brought on by unsustainable debt service that should have been erased through default and restructuring.”

20 WEISBROT, op. cit., p. 59.

21 NUDELSMAN. op. cit., p. 167.

circunstâncias desfavoráveis poderiam ter evitado episódios de crises ou ter tido um impacto de menor envergadura.<sup>22</sup>

Tomando, então, por certo que a economia é cíclica, com altos e baixos constantes. A adoção de políticas pró-cíclicas durante épocas de economia forte geram, como apontado, uma recessão insanável quando sobrevier o período de fraca economia.

Somandose a isso, o câmbio fixado pelo dólar – o que foi, no início favorável – geraria grande problema à Argentina<sup>23</sup>. Seguindo a existente crise do peso mexicano (1995-1996, os credores começaram a se preocupar com a desvalorização do peso argentino. Com uma crise financeira (colapso de moedas) em países asiáticos em 1997, iniciou-se um sentimento de medo, cuja concretização espalhava-se como um vírus; assim também, as moedas brasileira e russa (real e rublo), em 1998, quebraram.<sup>24</sup>

Comprometida com uma desvalorização interna, ao invés de desvalorizar o peso, o Estado Argentino aumentou taxas de juros da dívida do governo, sob a direção do FMI, e com aperto orçamentário (austeridade). Tal crise iniciou-se em 1998, finandose em 2002; o FMI – através do diretor de Operações Especiais, em Buenos Aires, Anoop Singh –, após o Estado Argentino perder 22% (vinte e dois por cento) de toda sua renda nacional, imputou às falhas na política tributária argentina a culpa pela crise. A solução, pelo o governo argentino, foi cortar gasto para que a inflação caísse (até índice negativo), mas a recessão se aprofundou. Para manter o câmbio fixo, o governo continuava a tomar empréstimos do FMI. A economia argentina girava em espiral em seu nível mais baixo, sempre aumentando as taxas de juros e com fuga de capital pelo medo

---

22 Tradução livre de: “[...] los países experimentan generalmente periodos de altos y bajos ingresos con relación a la tendencia, siento esta variabilidad en los ingresos un factor clave en la determinación del monto del endeudamiento soberano. Según esta lógica, el endeudamiento soberano debería ser contracíclico puesto que los países se endeudan durante los tiempos malos para repagar sus obligaciones durante los tiempos buenos, lo que es afín a las políticas keynesianas como a los modelos neoclásicos de política fiscal óptima. Sin embargo, los préstamos a los países en desarrollo, particularmente los de tipo privado, han tendido a comportarse de manera procíclica. [...] Por ello, la consecución de una política fiscal previsoras en los años buenos y/o de un adecuado marco institucional y/o una estrategia de crecimiento capaces de enfrentar circunstancias desfavorables podrían haber evitado episodios de crisis o haber tenido un impacto de menor envergadura.”

23 Podese fazer paralelo ao que ocorre na zona do Euro com os países de economia mais fracas como Grécia, Espanha e Portugal. Embora o valor de sua moeda corrente seja fixado conforme é na Alemanha e na França, sua economia não é forte como aquelas, o que gera prejuízos posteriores SE.

24 WEISBROT, op. cit., p. 60.

dos investidores (por uma possível desvalorização. Esse ciclo colapsou em dezembro de 2001, quando o governo argentino declarou a maior moratória da história, próximo a US\$100.000.000.000,00 (cem bilhões de dólares americanos). Poucas semanas depois disso, abandonouse o câmbio fixo e, ao adotar o câmbio flutuante, o valor do peso foi equiparado a um quarto do dólar americano.<sup>25</sup>

Sobre a profundidade da crise iniciada em 1998, Weisbrot<sup>26</sup> afirma:

Isso durou quatro anos, e antes de terminar, a taxa de desemprego passou 22%, e a taxa oficial de pobreza aumentou de 18,2 para 42,3%, num país cujo padrão de vida fora recentemente ranqueado entre os maiores da América Latina. Milhões de argentinos da classe média afundaram na pobreza, e haviam reportagens sobre aumento da fome e desnutrição entre crianças, com pessoas caçando gatos, cães, ratos e cavalos por comida.

[...] O governo tinha congelado as contas dos depositantes enquanto descobria como lidar com todas as pessoas e negócios que tinha recebido [sua renda] em pesos, mas tinham emprestado em dólares que era então três para quatro vezes mais caro. A economia caiu em queda-livre, as falências aumentaram, e o desemprego e a pobreza cresceram vertiginosamente de níveis já altos.

Aqui estava um país que não poderia mais pegar empréstimos de nenhum lugar, nem mesmo do FMI, ou outro financiador multilateral, e a economia dele [país] estava colapsando. Previsões de tristeza e melancolia e do inferno na terra dominavam a imprensa de negócios. Após aproximadamente quatro anos de recessão, o consenso era de que os problemas da Argentina estavam somente começando. Era tido como certo que a Argentina seria severamente punida – e por um longo tempo – por esse inadimplemento massivo.<sup>27</sup>

25 WEISBROT, op. cit., p. 60-61.

26 Ibidem, p. 58-62.

27 Tradução livre de: "It lasted four years, and before it was over, the unemployment rate passed 22 percent, and the official poverty rate soared from 18.2 to 42.3 percent, in a country whose living standards had recently been ranked among the highest in Latin America. Millions of middle class Argentines sank into poverty, and there were press reports of increasing hunger and malnutrition among children, with people hunting down cats, dogs, rats, and horses for food. [...] The government had to freeze depositors' accounts while it figured out how to deal with all the people and businesses who had income in pesos but had borrowed in dollars that were now three to four times more expensive. The economy went into freefall, bankruptcies soared, and unemployment and poverty rose sharply from already high levels."

Portanto, quando foi declarada a moratória, maioria dos economistas [ortodoxos] não via saída para o país, ante o cenário catastrófico. Contudo, o resultado se mostrou distinto.

A economia Argentina teve sua última retração significativa no primeiro trimestre de 2002, quando seu PIB retraiu em 5% (cinco por cento). Após isso, contabilizando-se onze anos até 2013) houve um crescimento de quase 100% (cem por cento) de sua economia, havendo queda somente em 2009 em razão da crise internacional de 2008. Tal crescimento superou – e muito – o crescimento da economia que o país teria sem a crise da década de 1990. Os maiores ganhos do período de recuperação foram a redução da pobreza e extrema pobreza, e o aumento no número de empregos (bem como da qualidade de empregos – com a queda dos empregos informais). O rápido crescimento da Argentina contrariou o pensamento e as estimativas econômico do período, principalmente as do FMI. Em razão disso, muitos economistas afirmaram que tal crescimento era devido ao *boom*, no mercado internacional, das chamadas commodities (produtos primários que são, geralmente, maior fonte de renda de países exportadores não industrializados). Contudo, o impacto da exportação de commodities no valor total do PIB (12%) argentino não poderia ser posto como responsável por todo o crescimento.<sup>28</sup>

O economista<sup>29</sup>, então, explica:

Claro, se preços para a exportação da agricultura estão aumentando, isso pode também impulsionar o crescimento. Mas mesmo se olharmos para as exportações de agricultura da Argentina em termos de dólares, elas claramente não guiavam o crescimento do país durante a expansão. Como uma porcentagem do PIB, elas [exportações] nem sequer aumentaram, ao invés disso tiveram leve queda de 5% para 4,7%. Então isso não foi um “*boom das commodities*” em nenhum sentido significativo. Tampouco, nem sequer foi uma recuperação guiada pela exportação.

---

Here was a country that could not borrow from anywhere, not even the IMF or other multilateral lenders, and its economy was collapsing. Forecasts of doom and gloom and hell on earth dominated the business press. After nearly four years of recession, the consensus was that Argentina's troubles were just beginning. It was assumed that Argentina would be punished severely – and for a long time – for this massive default.”

28 WEISBROT, op. cit., p. 62-64.

29 Ibidem, p. 65-69.

A economia argentina também foi impulsionada pelo retorno de bilhões de dólares que tinham sido retirados do país durante a recessão e a crise financeira, por aqueles que temiam desvalorização. Agora que esses ativos eram muito baratos em termos de dólares, muito desse dinheiro voltou para dentro do país.

[...] A recuperação foi guiada esmagadoramente por consumo direto e investimento. A maior mudança na política foi o governo abandonar as políticas pró-cíclicas – arrocho fiscal e altas taxas de juros – que impediram a economia de se recuperar. Em outras palavras, a desvalorização e o inadimplemento libertaram o governo argentino para abandonar políticas que estavam encolhendo a economia, e para as substituir por políticas macroeconômicas pró crescimento.

[...] Deveria ser dito que se requer uma coragem extraordinária e certamente alguma teimosia de parte das autoridades argentinas para lutar pelas mudanças que eram necessárias para dar uma virada ao país. Esses líderes, incluindo mais tarde Néstor Kirchner (que foi presidente de 2003 a 2007) tinham que se esforçar contra a sabedoria convencional prevalecente, incluindo aquela da profissão de economista – muito parecido com como Franklin D. Roosevelt se viu fazendo na Grande Depressão dos Estados Unidos (que tinha uma comparável perda de saída de 1929 a 1933). Contudo, Kirchner tinha outra camada de adversários acima disso – os credores estrangeiros liderados pelo FMI – que ameaçavam descarrilhar os esforços dele.<sup>30</sup>

30 Tradução livre de: “Of course, if prices for agricultural exports are rising, this can also boost growth. But even if we look at Argentina’s agricultural exports in dollar terms, they clearly did not lead the country’s growth during the expansion. As a percentage of GDP, they did not even increase, instead dropping slightly from 5 percent to 4.7 percent. So this was not a “commodities boom” in any meaningful sense. It was not even an export led recovery, either. The Argentine economy also got a boost from the return of billions of dollars that had fled the country during the recession and financial crises, by those fearing devaluation. Now that assets were much cheaper in dollar terms, a lot of this money came back into the country. [...] The recovery was led overwhelmingly by domestic consumption and investment. The biggest change in policy was that the government abandoned the pro-cyclical policies – fiscal tightening and high interest rates – that had kept the economy from recovering. In other words, the devaluation and default freed the Argentine government to abandon policies that were shrinking the economy, and to substitute pro growth macroeconomic policies. [...] It should be said that it took some extraordinary courage and indeed some stubbornness on the part of Argentine officials to fight for the changes that were necessary to turn the country around. These leader, including the late Néstor Kirchner (who was president from 2003 to 2007) had to struggle against prevailing conventional wisdom, including that of the economics profession – much as Franklin D. Roosevelt found himself doing the United States’ Great Depression (which had a comparable loss of output from 1929 to 1933). However, Kirchner had another layer of adversaries on the top of that – the foreign creditor led by the IMF – who threatened to derail his efforts.”

Constatase, assim, que o melhor modo de encarar a crise em que se encontrava – e dela sair – foi adotar uma política econômica anticíclica e heterodoxa. Certamente, o país foi forçado a agir dessa maneira, pois estava impedido de realizar um dos instrumentos mais utilizados pela economia ortodoxa: a tomada de crédito de fundos e bancos internacionais. Tal impedimento, contudo, foi positivo, seja pelo resultado obtido, seja pelo exemplo (ignorado de maneira geral) de que se é possível fazer política econômica não ortodoxa com um crescimento forte e rápido, beneficiando toda uma população e contrariando grandes interesses.

O crescimento econômico argentino demonstrou que, ao menos para os países periféricos dentro do capitalismo global, a política econômica ortodoxa neoliberal é prejudicial, geralmente beneficiando poucos.

Após longos anos de tentativa de execução dessa política prejudicial, quando se declarou moratória, foram emitidos os títulos da dívida pública que originam o objeto deste estudo. Tais títulos, entretanto, foram emitidos com o valor em dólares americanos, cláusulas contratuais abrangentes e competência para solução de conflitos no Poder Judiciário dos Estados Unidos da América, segundo as leis nacionais deles.

Essa receita foi o que levou à problemática central deste trabalho, a aplicação dos contratos incompletos (ou abrangentes) aos Estados Nacionais.

### 3 FACILIDADE CORROSIVA

Francesco Galgano afirma, em 1995, que se vive em uma era pósindustrial, onde a sociedade – que seria financeira, para além de automática – produz produtos financeiros. Segundo ele, nesta era, as técnicas contratuais são substituídas das tecnologias industriais; isto, pois aqueles não servem mais somente para a circulação de produtos, mas, também, para a criação de produtos financeiros – seriam palavras que poderiam criar riquezas, uma verdadeira alquimia jurídica que alcançou o objetivo da antiga alquimia.<sup>31</sup>

Ainda que tenha sido previsto por alguns economistas no início do século XX, a inovação de tal sociedade é a possibilidade real de venda de bens imateriais, que possuem (ou podem possuir) maior valor do que os próprios bens materiais vinculados àqueles, ou mesmo a venda daqueles

31 GALGANO. The New Lex Mercatoria. *Annual Survey of International & Comparative Law*, v. 2, 1 jan. 1995, issue 1, Article 7, p. 99; San Francisco: Golden Gate University School of Law. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol2/iss1/7>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[bens imateriais] sem vinculação a qualquer bem material. Também nesse contexto, vê-se que o capital financeiro perpassa por diversos setores, inclusive alterando o segmento das empresas. Isso ocorre, pois o capital não se vincula a uma pessoa, mas passa por diversos domínios (de mão em mão), criando, inclusive, a possibilidade de comprar e vender companhias apenas para obter o lucro da venda.<sup>32</sup>

Galgano<sup>33</sup> aponta, ainda, que as normas e leis da era industrial podem, muito bem, servir para era pósindustrial, vez que seus conteúdos são genéricos e podem ser aplicados tanto a bens materiais quanto a imateriais. Porém, ele atribui a desnecessidade de novas leis ao fato de que, na era pósindustrial, não são mais os códigos e as leis quem efetuam as mudanças legais, mas os contratos – os quais não são incluídos, pelos conceitos legais tradicionais, como fonte de lei, mas meramente instrumento para sua aplicação. Os contratos estariam, segundo o jurista italiano, tomando o lugar da lei, até mesmo na organização da sociedade. Ele considera que duas características da economia contemporânea tornem as leis inadequadas para realizar as alterações que os contratos conseguem: natureza meta-nacional (transnacional) da economia (que seria antiética para os para o caráter nacional dos sistemas legais); a contínua mudança em que a economia global se encontra, e o contrato representa um instrumento de adaptação mais célere que a rigidez legal.

Na economia industrial tradicional, a produção era em escala nacional e somente trocas eram internacionais. Na era pós-industrial, a organização econômica inteira é em escala planetária. Circulação não tem sido limitada aos bens. Muito antes da era pósindustrial, “know-how” e licenças de produção circulavam. Outros exemplos são contratos de *joint venture* os quais conectam companhias de países distintos e distantes e companhias multinacionais que controlam produção em todos os seis continentes. A produção em massa em escala planetária precisa de uma negociação [barganha] de massa. Multinacionais tem de contratar em condições uniformes nos mercados mundiais. Mas os mercados mundiais são feitos de uma multidão de Estados cada um com suas próprias leis nacionais.

Convenções internacionais que são leis uniformes são raras e o alcance de ação delas é limitado. Os poucos resultados conseguidos nesse campo demonstram o grande apego que os Estados têm às suas leis nacionais. A recente Convenção de Viena sobre Compra Venda Internacional de

32 GALGANO, op. cit., p. 99-102.

33 Ibidem, p. 102-104.

Mercadorias tinha que ter excluído o principal problema referente a contratos de compra e venda, que é o efeito do contrato sobre a propriedade de bens.<sup>34</sup>

Destarte, para o jurista, o contrato seria um facilitador para a aplicação da economia global. Uma companhia poderia atuar em diversos países – ou em parceria com outras companhias de outros países – sem precisar alterar completamente sua estrutura e seu modo de operação para se adaptar a cada legislação nacional. A facilidade se compreende na atuação dentro de cada país, bem como nas trocas de produtos (ou produtos financeiros) existentes de um país para outro. Buscase, portanto, integração internacional das normas.

Outro fator de essencial importância nesta questão é o ator que executa o contrato, o juiz. Galgano<sup>35</sup> aponta que o contrato – para que tenha efetividade – deve se tornar de obrigatório cumprimento, sendo que tal força não se operará pela lei, tendo em vista a proteção de caráter nacional mencionado. O juiz tende, conforme entende o jurista, a pensar mais como indivíduo que como Estado. Aponta, também, que deve ser necessária a existência de uma *ratio decidendi* de que o que é válido em determinado país e foi ou será nele negociado ou aplicado, deve ser exigível no outro país (país de origem de algum dos contratantes).

Nesse sentido, a lei italiana “feita pelo juiz” abre as fronteiras nacionais para a circulação internacional legal de modelos. Normas estrangeiras sem correspondência com normas da legislação italiana, desde que oriundas de países com uma cultura legal similar, são consideradas consistentes com a ordem pública interna. No mesmo caminho alguns ganhos entendidos

---

34 GALGANO, op. cit. Tradução livre de: “In the traditional industrial economy, production was on a national scale and only exchanges were international. In the post industrial era the entire economic organization is on a planetary scale. Circulation has not been limited to goods. Well before the post-industrial era, “know-how” and production licenses circulated. Other instances are joint venture contracts which link companies of different and distant countries and multinational companies which control production in all six continents. Mass production on a planetary scale need mass bargaining. Multinationals have to contract at uniform conditions on world markets. But the world markets are made of multitude of states each with its own national laws. International conventions which are uniform laws are rare and their range of action is limited. The poor results reached in this field demonstrate the great attachment of states to their national laws. The recent Vienna Convention on International Sales of Goods has had to exclude the main problem concerning sales contracts, that is, the effect of the contract on the property of goods.”

35 GALGANO, op. cit., p. 106-107.

como dignos de proteção nos países com cultura legal similar à italiana são considerados dignos de proteção no sistema italiano.<sup>36</sup>

Além do reconhecimento de institutos que são de válida proteção, o jurista indicou decisões das cortes italianas que primam pela continuidade de transações que estavam consolidadas em outros lugares do globo e ocorriam – mesmo sem legislação – em grande número na Itália, gerando, também, velocidade e confiança. Para isso, é essencial que o sistema jurídico em questão aceite e possa interpretar e aplicar (executar) contratos atípicos – isto é, contratos que não possuem forma ou conteúdo especificados (e, portanto, permitidos) por lei.

Portanto, Galgano compara tais contratos de alcance global à *lex mercatoria* utilizada no mercantilismo medieval. A *lex mercatoria* era assim entendida aquela que não somente regulava o mercado, mas que era por ele criado – e não por políticos ou juristas, nem intervenção direta do Estado. Ao contrário das normas mercantis aplicadas na idade média – que foram absorvidas pelos Estados modernos (Estados Nacionais) e transformadas em leis e códigos –, a *new lex mercatoria* nasce quando o mercado é formalmente dividido em diversos Estados. Sua função, então, é superar as diversidades (ou barreiras) legais criadas por tal divisão.

Nesse sentido, os costumes do comércio se tornaram lei consuetudinária. Isso é uma fonte legal, não de lei estatutária mas de lei ultra nacional, de lei da *societas mercatorum*. Essa lei ultra nacional, a Corte de Cassação [Suprema Corte Italiana] acrescenta, não possui órgãos em comando de sua aplicação compulsória quando ela utiliza órgãos de vários Estados os quais, de tempos em tempos, tem jurisdição [competência] territorial. Portanto, a comunidade empresarial adquire soberania e os Estados nacionais tornam-se seus exércitos.

A sociedade pósindustrial é uma sociedade sem fronteiras, na qual mercados são internacionais e comerciantes tendem a evitar o controle estatal. É também uma sociedade na qual a lei tende a se sobrepor qualquer fragmentação política e objetiva a colocar a si mesma como uma lei universal. Esse objetivo é alcançado através da criação não-

---

36 GALGANO, op. cit., p. 107. Tradução livre de: "In this way Italian judge-made law opens national borders to the international circulation of legal models. Foreign norms without corresponding norms in Italian law, provided they come from countries of a similar legal culture, are considered consistent with domestic public order. In the same way some interests already recognized as worthy of protection in countries with a legal culture similar to that of Italy are considered worthy of protection in the Italian system."

política da lei, como era para a grande lei universal do passado e é para a *common law*.<sup>37</sup>

Retornando a atenção ao caso-objeto deste trabalho, vê-se que o que está em questão em todo o contexto dos fundos abutres é um contrato nos moldes da *New Lex Mercatoria* descrita por Galgano.

Deixandose de lado a opção do Estado argentino ao foro e à aplicação das leis estadunidenses, duas peculiaridades dos títulos emitidos chamam atenção: a adoção de cláusulas CAC segmentadas por tipos de créditos e a interpretação da cláusula *pari passu*.

As cláusulas CAC, como anteriormente explicado, são cláusulas que impedem a minoria dos credores de se negarem à vontade da maioria. Porém, no caso argentino, a minoria dos credores (7%) que se negaram à reestruturação da dívida pública era, em verdade, maioria em um pequeno grupo de credores – o que impediu a submissão de sua vontade. Tal feito somente foi possível graças às características da *New Lex Mercatoria*, quase todas presentes nos títulos emitidos, pois o resultado do julgamento seria, muito provavelmente, distinto caso existisse um órgão internacional único competente para julgar o litígio. Como explica Nudelsman<sup>38</sup> (2016, p. 174-175)

[...] Segundo Krueger (2002, p. 33-40) a visão puramente contratual, incluindo adotar cláusulas CAC ambiciosas, não poderia resolver as fragilidades do sistema. No seu entender, nas trocas, o estabelecimento de um tratado universal para as obrigações mais que uma inclusão de emendas parciais à legislação nacional evitaria que os credores buscassem diferentes jurisdições nas quais poderiam fazer valer suas demandas, asseguraria a uniformidade do texto permitindo que uma única instituição tenha a autoridade para uniformizar a interpretação, evitaria o problema do *free riding* segundo o qual os países seriam relutantes a introduzir à legislação até que outros países o fizessem e facilitaria a criação de uma única entidade judicial internacional

37 GALGANO, op. cit., p. 109. Tradução livre de: "In this way trade usages have become customary law. This is a source of law, not of statutory law but of ultra-national law, of *societas mercatorum* law. This ultra-national law, the Italian Court of Cassation adds, does not have organs in charge of its compulsory application when it uses the organs of various states which, from time to time, have territorial jurisdiction. Thus, the business community acquires sovereignty and national states become its arms. The post industrial society is a society without frontiers, in which markets are international and traders tend to avoid state control. It is also a society in which the law tends to overcome any political fragmentation and aims to set itself up as a universal law. This aim is reached through the non political creation of the law, as it was for the great universal law of the past and is for common law."

38 NUDELSMAN, op. cit., p. 174-175.

com poder para arbitrar disputas e supervisionar a votação. [...] em busca de dar uma solução duradoura ao problema da dívida dos países em desenvolvimento, em setembro de 2014, a Assembleia Geral das Nações Unidas decidiu aprovar uma resolução para o estabelecimento de um marco jurídico multilateral para os processos de reestruturação da dívida pública com objetivo de, entre outras coisas, aumentar a eficiência, a estabilidade e a previsibilidade do sistema financeiro internacional e lograr um crescimento econômico sustentado, inclusivo e equitativo e o desenvolvimento sustentável, conforme as circunstâncias e prioridades nacionais (Organização das Nações Unidas, 2014).

Por sua vez, a *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) (2013), destaca que os enfoques contratual e legal não são excludentes. O organismo emitiu documento estabelecendo um mecanismo de resolução de dívida com base em um enfoque multidisciplinar enfatizando a interação entre Economia e Direito. O documento propõe a adoção de um enfoque híbrido, em linha com a realidade que transcenda a polarização entre as abordagens contratuais e as normativas para adotar uma que contemple a troca das complementariedades de ambas. As fontes normativas requerem os instrumentos financeiros para encarar adequadamente a veloz globalização financeira, enquanto que os contratos requerem normas que os confira um contexto e uma definição.<sup>39</sup>

39 Tradução livre de: “[...]Según Krueger (2002: 33 40) la visión puramente contractual, incluso adoptando CAC ambiciosas, no podría resolver las fragilidades del sistema. A su juicio, em cambio, el establecimiento de un tratado universal para las obligaciones más que de uno incluyendo enmiendas parciales a la legislación nacional les evitaría que los acreedores busquen diferentes jurisdicciones en las que podrían hacer valer sus reclamos, aseguraría la uniformidad del texto permitiendo que una única institución tenga la autoridad para uniformar la interpretación, evitaría el problema de free riding según el cual los países serían renuentes a introducir a legislación hasta tanto otros países lo hicieran y facilitaría la creación de una única entidad judicial internacional con poder para arbitrar disputas y supervisar la votación. [...] En busca de dar una solución duradera al problema de la deuda de los países en desarrollo, en septiembre de 2014, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió aprobar una resolución hacia el establecimiento de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana con miras a, entre otras cosas, aumentar la eficiencia, la estabilidad y la previsibilidad del sistema financiero internacional y lograr un crecimiento económico sostenido, inclusivo y equitativo y el desarrollo sostenible, de conformidad con las circunstancias y prioridades nacionales (United Nations, 2014). Por su parte, la United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2013), destaca que los enfoques contractual y estatutario no son excluyentes. El organismo emitió documento marco estableciendo un mecanismo de resolución de deuda con base en un enfoque multidisciplinario enfatizando la interacción entre Economía y Derecho. El documento propone la adopción de un enfoque híbrido, en línea con la realidad que trascienda la polarización entre los abordajes contractuales y los estatutarios para adoptar uno que contemple, en cambio las complementariedades de ambos. Las fuentes estatutarias requieren los instrumentos financieros para encarar adecuadamente la veloz globalización financiera, mientras que los contratos requieren los estatutos que los confieren un contexto y una definición.”

Assim sendo, tanto uma criação de órgão supranacional com normas aplicáveis ou adaptáveis às normas nacionais, quanto um enfoque híbrido – entre leis e contratos – poderiam ser soluções práticas para o dissenso. De todo o modo, tratase de interpretação do que se poderia ou não ser feito quando apresentado o litígio. Uma das questões debatidas no litígio foi uma cláusula chamada de *Pari Passu* – como expressão latina, significa em igual medida ou de igual maneira. Por certo tempo, tal cláusula buscava proteger a igual subordinação legal dos credores das dívidas públicas; ao final dos anos 1990, a interpretação da cláusula ampliou, incluindo a obrigação de pagamento, o que obrigava os devedores (Estados) a pagarem seus credores de maneira rateada, em igual proporção e tempo.<sup>40</sup>

A interpretação, no caso dos fundos abutres, foi divergente. Ao invés de ordenar o pagamento em igual proporção, o juiz Griesa – com base na cláusula *pari passu* – condicionou o pagamento de uma parcela devida aos credores que aceitaram a reestruturação (parcela de primeiro vencimento após sentença) ao pagamento integral da dívida dos fundos abutres. A Argentina interpretou que a decisão das cortes de Nova York colocou os abutres em condição extremamente superior aos demais credores; os fundos abutres, por sua vez, interpretaram – como feito em sentença – que o Estado argentino teria dado tratamento diferenciado aos credores, vez que se dispunham a pagar alguns e não outros.<sup>41</sup>

Neste caso, houve, inclusive, petição como *Amicus Curie* dos Estados Unidos da América (EUA) entende que a interpretação dada à cláusula *pari passu* pela sentença foi incorreta. Os EUA afirmam que foi entendido que a Argentina violou a cláusula *pari passu*, mas que “tal construção contradiz o entendimento firmado de mercado sobre a cláusula *pari passu* e pode minar os longos esforços dos EUA em promover solução ordeira da crise das dívidas públicas”<sup>42</sup>. Afirmase que o pagamento seletivo na reestruturação não viola a cláusula *pari passu*, sendo esse entendimento expresso pelos EUA, por acadêmicos, corpos governamentais e participantes do mercado. Os EUA afirmam, ainda, que o caso viola o Ato de Imunidades da Soberania Estrangeira (*Foreign Sovereign Immunities Act – FSIA*), atestando que “mesmo quando um juízo tem jurisdição para julgar contra um Estado estrangeiro, a tutela de urgência pode ser efetivada somente se consistente com as disposições do

40 NUDELSMAN, op. cit., p. 178.

41 Ibidem, p. 179-180.

42 Tradução livre de: “The panel held Argentina had violated the *pari passu* clause in its bonds and agreement by subordination of nonexchanged bonds through conduct resulting in selective repayment of creditor. That construction contradicts the settled market understanding of *pari passu* clauses and could undermine longstanding U.S. efforts to promote orderly resolutions of sovereign debt crises”.

FSIA sobre penhora, execução ou arresto”. Por fim, as relações estrangeiras dos EEUU poderiam estar danificadas por reter ou impedir a utilização da propriedade de país estrangeiro fora do território estadunidense.<sup>43</sup>

Todas as afirmações feitas por economistas, juristas, pelo Estado Argentino e até mesmo pelos Estados Unidos da América foram colocadas de lado ante os argumentos dos credores abutres e da fundamentação de uma sentença judicial. Conforme afirma Weisbrot<sup>44</sup>

[...]esse é um outro exemplo da importância da independência econômica e financeira nacional. Um juiz de Nova Iorque de competência questionável não deveria ter sido possibilitado a ter tamanho impacto na economia argentina, forçando o que muitos da imprensa de negócios chamou de “segundo calote da Argentina em 12 anos” [...].<sup>45</sup>

A solução apontada por Galgano, na *New Lex Mercatoria*, de formulação contratos de modo a se tornarem aplicáveis no mercado global e sua execução ser permitida em diversos juízos e países é um facilitador para a ampliação, garantia e segurança dos agentes ou expoentes do poder econômico privado ao redor do mundo, pois lhes permite ampliar mercado. Contudo, tal facilitador pode ser, como mostrado, corrosivo ao setor público.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2014, as atividades dos fundos abutres foram condenadas pelos seus efeitos negativos diretos sobre o cumprimento de obrigações dos governos relacionados a direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e direito ao desenvolvimento.<sup>46</sup>

43 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Brief for the United States of America as Amicus Curiae in support of The Republic of Argentina's Petition for Panel Rehearing and Rehearing en banc. New York, 28 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.shearman.com/~media/Files/Old%20Site%20Files/NMLCapitalvArgentina20121228BriefofUS.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

44 WEISBROT, op. cit., p. 231.

45 Tradução livre de: “[...] it is another example of the importance of national economic and financial Independence. A New York judge of questionable competence should not have been able to have this much of the impact on Argentina's economy, by forcing what much of the business press called 'Argentina's second default in 12 years' [...]”

46 FELIPE. ONU adota resolução que condena fundos abutres. Internacional. *Empresa Brasileira de Comunicação – EBC*, 26 set. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/noticias/internacional/2014/09/onu-adota-resolucao-que-condena-fundos-abutres>>. Acesso em: 13 set. 2016.

A ONU condenou, ainda, a atitude predatória e desleal com os demais credores, apontando que, caso a dívida viesse a ser paga (como foi), o pagamento dos fundos abutres desincentivaria os credores de todas as possíveis futuras reestruturações a as aceitar<sup>47</sup>; o que foi apontado pelos EEUU já em 2012, oportunidade que, inclusive afirmou que a errônea interpretação dada às cláusulas contratuais – pondo em prejuízo a reestruturação – poderiam fazer com que os próprios Estados devedores não tivessem interesse qualquer na reestruturação<sup>48</sup>.

Não à toa, o ministro-chefe da casa civil argentina da época afirmou que o pedido dos fundos abutres era prejudicial aos argentinos e ele não poderia comprometer o futuro da população.<sup>49</sup>

A Argentina enfrentou e superou os piores anos de sua economia com práticas econômicas heterodoxas. Em tal oportunidade, a população do país ficou em situação desumana, precisando se alimentar de cachorros, gatos, ratos e até cavalos para sobreviver. As taxas de pobreza, extrema pobreza de desemprego chegaram aos seus maiores índices. Tudo isso após poucos anos de uma economia relativamente forte e ascendente. Os anos que se seguiram à crise de 1998-2002 foram a época de maior crescimento da história do país, contra a fala e as ideias imensa maioria das indicações dos especialistas em economia do período.

Tal cenário mostra um país que conseguiu, com base na sua política econômica, escapar do cálculo exato propagandeado pelas políticas econômicas neoliberais e superar o pior momento de sua história. Tentar fazer – e, por fim, conseguir – que esse país abandone seus planos econômicos sociais e comprometa imensa parte de seu orçamento, apenas para satisfazer o interesse mesquinho do lucro de alguns poucos, é de certa maneira condenável e rechaçável.

No entanto, por respaldo contratual e decisão judicial, o Estado Argentino foi condenado a se curvar aos interesses escusos do poder econômico. Esse objetivo somente foi alcançado pelos interesses dos

---

47 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *Un rights expert welcomes decision to establish a multilateral legal framework for debt restructuring*. Genebra, 10 set. 2014. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15009&LangID=E>>. Acesso em: 31 out. 2016.

48 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Brief for the United States of America as Amicus Curiae in support of The Republic of Argentina's Petition for Panel Rehearing and Rehearing en banc., op. cit.

49 RIBEIRO, op. cit.

reais donos desse poder e com base no que Galgano chamou de *New Lex Mercatoria*.

Com o desejo político de cumprir seu compromisso com o povo argentino, mantendo o crescimento econômico e seus resultados positivos par a maioria da população, o governo não cedeu à condenação. Porém, essa resistência mostrou-se também prejudicial, pois o governo estava atuando contra os donos do poder econômico financeiro global. Assim, parte dos efeitos que tentou evitar vieram – como aumento do desemprego, escassez de produtos para o mercado interno e impedimentos comerciais com alguns atores externos. Tais efeitos geraram (ou aumentaram) a pressão política do governo, que não consolidou seu sucessor pelo próprio partido.

A mudança de governo fez com que, rapidamente, a condenação fosse cumprida – em detrimento, ainda que em longo prazo, de qualquer compromisso para com o povo argentino ou que seja verdadeiramente favorável a este.

Conclui-se, então, que a *New Lex Mercatoria*, ao envolver o poder público – ainda mais os Estados Nacionais –, poderá ser extremamente prejudicial, pois incluirá em seus riscos e pagamentos, majoritariamente como devedor, milhões de pessoas, empregos e condições básicas de sobrevivência (como alimentação e água). Ainda que ela seja adaptada ou reformulada, entendese que – se mantidos os meios de produção e as estratégias econômico-financeiras hoje existentes – melhor seria relegá-las somente ao setor privado.

## REFERÊNCIAS

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Brief for the United States of America as Amicus Curiae in support of The Republic of Argentina's Petition for Panel Rehearing and Rehearing en banc*. New York, 28 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.shearman.com/~media/Files/Old%20Site%20Files/NMLCapitalvArgentina20121228BriefofUS.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

FELIPE. ONU adota resolução que condena fundos abutres. Internacional. *Empresa Brasileira de Comunicação – EBC*, 26 set. 2104. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/noticias/internacional/2014/09/onu-adota-resolucao-que-condena-fundos-abutres>>. Acesso em: 13 set. 2016.

GALGANO, F. The New Lex Mercatoria. *Annual Survey of International & Comparative Law*, v. 2, 1 jan. 1995, issue 1, Article 7, p. 99110; San Francisco: Golden Gate University School of Law. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol2iss1/7>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

KIDD. Conheça os fundos ‘abutres’ detentores da dívida argentina. Mundo. *Exame.com*, 24 jun. 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/conheca-os-fundos-abutres-detentores-da-divida-argentina/>>. Acesso em: 13 set. 2016.

LIMA, D. Ministro classifica como impasse situação argentina com fundos abutres. Economia. *Empresa Brasileira de Comunicação – EBC*, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/noticias/economia/galeria/audios/2014/07/ministro-classifica-como-impasse-situacao-argentina-com>>. Acesso em: 13 set. 2016.

LOURENÇO. Argentina não entra em acordo com fundos abutres. Internacional. *Empresa Brasileira de Comunicação – EBC*, 30 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/noticias/internacional/2014/07/argentina-nao-entra-em-acordo-com-fundos-abutres>>. Acesso em: 13 set. 2016.

MOLINA. Argentina paga os 9,3 bilhões de dólares que devia aos fundos abutre. Internacional. *El País Brasil*, 22 abr. 2016. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/22/internacional/1461342773\\_439924.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/22/internacional/1461342773_439924.html)>. Acesso em: 13 set. 2016.

NUDELSMAN. ¿Es posible mejorar la reestructuración de las deudas soberanas? *Revista Problemas del Desarrollo*, 184 (47), jan./mar. 2016.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Un rights expert welcomes decision to establish a multilateral legal framework for debt restructuring. Genebra, 10 set 2014. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15009&LangID=E>>. Acesso em: 31 out. 2016.

RIBEIRO. Fundos Abutres: ministro argentino critica Justiça dos EUA e mediador do caso. Internacional. *Empresa Brasileira de Comunicação – EBC*, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/noticias/internacional/2014/07/fundos-abutres-ministro-argentino-critica-justica-dos-eua-e-mediador>>. Acesso em: 13 set. 2016.

WEISBROT. *FAILED: What the “Experts” Got Wrong about the Global Economy*. New York: Oxford University Press, 2015.

YANAKIEW. FMI busca solução para impasse entre a Argentina e os fundos abutres. Internacional. *Empresa Brasileira de Comunicação – EBC*, 06 out. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/noticias/internacional/2014/10/fmi-busca-solucao-para-impasse-entre-a-argentina-e-os-fundos-abutres>>. Acesso em: 13 set. 2016.



RECEBIDO EM: 06/04/2017

APROVADO EM: 18/09/2017

# ASPECTOS ONTOGNOSEOLÓGICOS NA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA JURÍDICA, RELIGIOSA E HISTÓRICO ANTROPOLÓGICA DO JEITINHO BRASILEIRO<sup>1</sup>

**ONTOGNOSEOLOGICAL ASPECTS IN THE JOURNAL, RELIGIOUS  
AND HISTORICAL BIBLIOGRAPHIC REVISION OF BRAZILIAN  
JEITINHOUS**

*Ludmilla Elyseu Rocha*

*Doutorado em Educação pela UFRJ/PPGE - Programa de Políticas Públicas e Gestão Educacional. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Licencianda em Filosofia pela UFRRJ - Instituto de Filosofia e Ciências Sociais/IFCS. Pós graduanda em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Faculdade de Filosofia de São Bento/RJ.*

*Lucas Elyseu Rocha Narcizo Mendes*

*Bolsista CNPq PIBIC, ex bolsista PIBID em Geografia da Universidade Federal Fluminense - campus de Campos de Goytacazes/RJ. Ensino Fundamental Colégio de São Bento Rio de Janeiro. Certificado proficiência equivalente à conclusão do ensino médio pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Do jeitinho; 1.1 Leers; 1.2 Barbosa; 1.3 Da Matta; 2 Conclusão; Referências.

<sup>1</sup> ROCHA, Ludmilla Elyseu. *Educação e Direito – uma Luta Cidadã*. Disponível em: <[http://www.educacao.ufrj.br/ppge/teses/tese\\_ludmilla\\_elyseu\\_rocha.pdf](http://www.educacao.ufrj.br/ppge/teses/tese_ludmilla_elyseu_rocha.pdf)>.

**RESUMO:** Jeitinho brasileiro, sua amplitude e características multifacetárias. Versões diferenciadas do engajamento do jeitinho na cultura brasileira: LEERS, numa perspectiva religiosa, mais moral; BARBOSA, sob o aspecto histórico-antropológico; e DA MATTA em um contexto antropológico-social, mais liberal e permissivo. O jeitinho, queira-se, ou não, é uma marca registrada na cultura brasileira, embora haja divergência entre os autores sobre as diversas formas de manifestação: a legal, a moral e o dos usos e abusos. Pela visão histórica apositiva, haja vista o legado histórico, parecem bem atuais as mazelas desse passado quanto à corrupção e ao nepotismo, bem como a elaboração das leis que foram, grosso modo, sancionadas ao sabor da emergência e dos humores da política.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jeitinho. Usos. Abusos. Corrupção.

**ABSTRACT:** Brazilian '*Jeitinho*', its breadth and multifaceted characteristics. Differentiated versions of the '*jeitinho*' engagement in Brazilian culture: LEERS, from a religious perspective, more moral; BARBOSA, under the historical-anthropological aspect; And DA MATTA in an anthropological-social context, more liberal and permissive. The way, whether we like it or not, is a trademark in our culture, although there is a divergence between the authors about the various forms of manifestation: legal, moral and of uses and abuses. From the historical perspective, given the historical legacy, the ills of the past regarding corruption and nepotism, as well as the drafting of the laws, which have roughly sanctioned the flavor of the emergence and the humor of politics, are very present.

**KEYWORDS:** '*Jeitinho*'. Uses. Abuses. Corruption.

## INTRODUÇÃO

O *jeitinho* faz parte do caldo cultural que permeia a sociedade brasileira e tem aplicação independentemente do seu significado originado da palavra latina *jactu* com escopo da ação de lançar, arremessar, que, em se, contextualizando o termo, abre um intrincado leque de interpretações de suas raízes inclusive como fenômeno brasileiro de burla da lei.

O presente revisão de literatura, tem como objeto mais amplo o levantamento de bibliografia a respeito do *jeitinho brasileiro* voltado ao exercício do direito quanto a observância do mesmo na aplicabilidade da norma. A importância do estudo está em demonstrar a herança histórica do país e da legislação, bem como a historiografia do *jeitinho*, para o exercício da cidadania. Tem como objetivo específico a correlação entre a Educação e o Direito na tarefa de educar, muito além de sujeição à norma.

A metodologia utilizada, de cunho teórico exploratório, foi o cotejo três versões diferenciadas do engajamento do *jeitinho* na cultura brasileira, sob a perspectiva religiosa de LEERS (1982), sob o aspecto histórico-antropológico de BARBOSA (1986) e, em um contexto antropológico social “moderno” de DA MATTA (1986; 1997 a/b), verifica-se o fato de o *jeitinho* ser um fenômeno multicultural, e, com isso, encerrar uma série de interpretações que levam a quem o estuda ser surpreendido com seus múltiplos efeitos.

A prática do *jeitinho* hoje, mais do que nunca, corre ligeira através de um atuar nada inconsciente e despropositado caminho obtuso herdado, pelo qual ainda se resolvem situações, extrapolando as fronteiras do poder, e, por tabela, da norma e da própria lei. Multifacetadas interpretações desse *jeitinho*, com boa dose de *jeitinho*, tão bem brasileiro que a ancestralidade soube cunhar e imprimir, o levam a ser visto de um polo a outro, desde os que o concebem como mecanismo de burla, desafio às regras, ato imoral, desregulamentação da regra, exceção da lei, antinomia que interrompe a moralidade da vida, rompimento entre o legislado e o legislador, prática de transgressão, desvio do caráter de universalidade, dificuldade de vivência da lei, excreção da consciência moral, quebra de protocolo social, situação de esperteza ou de enganação, passando, inclusive, por situações de suborno, corrupção, e outras ilegalidades, até as concepções de acabar estabelecido como uma “instituição de pleno direito”, como um “instrumento que ajuda a navegar” o turbulento oceano da cotidianidade, como um “modo obrigatório” de resolver problemas, como um “meio criativo” de lidar com a burocracia sem envolver a prática da ilegalidade, como um *jeito*

inteligente de lidar com situações difíceis, como uma moeda corrente que surte efeito, senão mesmo como um fenômeno cultural, bem próprio do comportamento do brasileiro.

## 1 DO JEITINHO

### 1.1 LEERS

Sobre a primeira versão, do teólogo LEERS (1982), verifica-se que este, ao realizar um trabalho sobre o *jeito brasileiro*, é categórico ao afirmar que, “embora seja um fato normal na sociedade em termos de frequência, (sic) o jeito se apresenta à reflexão moral como uma anormalidade, enquanto está fora do alcance da norma e constitui o seu antípoda”. (p. 15)

Neste momento, faz-se um corte epistemológico, no sentido de ressaltar como referencial teórico o autor em questão, pelo fato de este fundamentar o descumprimento da lei, como sendo fruto do *jeitinho*. LEERS (1982) é peremptório quando afirma que “[...] *pelo jeito a pessoa escapa*, muitas vezes, da imposição global *da norma* ou passa rente dela, fazendo o que ela mesma quer ao lado do sistema normativo, em vigor na sociedade, ou até contra este sistema. (p. 47) (grifo nosso)

Teólogo franciscano, o autor tem sua preocupação neste estudo, focada na moral religiosa presente na organização social brasileira e a sua correlação com o que chama de *ethos* popular que é o estudo da moral do povo expressa através das experiências e da vivência acumuladas com o dia a dia, LEERS (1982) entende ser a base do estudo do *jeitinho*, o fato de ele se colocar “em oposição à norma, ao costume e à lei”. (p. 54)

Essa prática do *jeito* ocorre através de um atuar consciente e proposital, por meio da qual se resolvem situações, extrapolando os limites da norma e o poder instituído. Isso revela a manifestação da autonomia do homem somada ao desrespeito à lei. Para LEERS (1982):

*Seguir a norma*, como a sociedade o espera, *observar muitas leis* que regulamentam o comportamento dos cidadãos, *continuar o caminho traçado pelos costumes locais*, são atividades humanas que tipicamente constituem os *antípodas do jeito*. (p. 54-55) (grifo nosso)

O *jeitinho* pode ser entendido, neste caso, como uma recusa em se seguir o sistema moral religioso da sociedade, em que se está inserido, com a invenção de um mecanismo próprio de organização de vida; já na resolução de questões, ocorre a ruptura com o sistema fazendo com que surjam incongruências que facilitam as pessoas a fugirem da norma. Apesar de relativizar a prática do *jeito*, quando afirma ser este “[...] uma atividade bem intencional, uma maneira que o homem inventa, usando a cabeça, para escapar do aperto ou ajudar o outro, *passando por cima da lei socializada*” (p. 47) (grifo nosso), o autor tem preocupação quanto ao caráter absolutista da norma, ao se confrontar com as práticas que as questionam, passando a ser encaradas como sendo anormais. Neste contexto, o *jeito* aparece também como elemento reivindicador e adaptador às situações de desigualdade provocadas pela própria lei.

O pano de fundo da obra de LEERS (1982) é a relação entre o absolutismo e a norma. O teólogo trabalha a questão do *jeito* problematizando a associação entre o poder e a moral, questionando o fato de a norma conter ou expressar a verdade, provocando com isso, uma ruptura entre o bem-estar da sociedade e a manutenção dos paradigmas pré-estabelecidos. O absolutismo da norma deve-se ao próprio Estado, mas reconhece, também, que a sua manutenção, decorre da aceitação das regras pela sociedade que vê nelas a segurança e tranquilidade na condução de suas vidas e consciência moral.

Condutas, que desafiam as regras, assustam a sociedade que, com base nestas normas anteriormente preconizadas, passa a se defender com o que comumente costumam chamar de atos imorais, sem pensar duas vezes sobre o novo, preferindo a acomodação do velho e retrógrado, às vezes até ineficaz, mas seguro.

Essas pessoas encontram no *jeito*, como afirma LEERS (1982), “o método de cada um por si e de sua maneira, libertar-se da pressão e seguir seu caminho à margem da lei” (p. 72), com a finalidade de conseguir atingir objetivos nem sempre condizentes a sua realidade.

A norma tem um escopo, mas, no dia a dia, é difícil de ser absorvida por tornar-se inócua, em virtude de fatores humanos que acabam medindo a sua relevância moral. Para LEERS (1982), quanto mais detalhada e minuciosa, maior a inadequação e aceitação da norma, por tornar-se ininteligível à população, justamente pelo fato de ela não levar em consideração fatores humanos que poderão alterar o contexto de sua aplicabilidade.

A compreensão da prática do *jeito* tem que ser feita através da contextualização do caso concreto e da própria vida de quem dela faz uso, sob pena de tornar-se uma abstração, dissociada da prática humana e da sociedade que a abarca. Pertinente, o posicionamento de LEERS (1982), quando afirma que “o homem que dá jeito não sai derrotado, sobrepuja todos os empecilhos e pula todas as barreiras”. (p. 54)

O *jeito* expressa a novidade, porque ao fazer uso dele, o ser humano se arrisca, somada à manutenção da segurança, proporcionada por alguém, ou algum objeto, ao mesmo tempo que garante a sua auto conservação. Apesar de extrapolar as diretrizes traçadas pela sociedade e pela norma, o *jeito* mantém a estabilidade desta que desrespeita, tornando-a inócua por alguns instantes, mas, ao mesmo tempo, não tem interesse de aniquilar, tampouco desestruturar o sistema social que ela regula, reconhecendo a necessidade de se ter, segundo o teólogo citado, [...] *estruturas de comportamento e padrões culturais de conduta, com suas leis, normas e expectativas sociais* (p. 28).

Isso deriva do fato de que aquele que faz uso do *jeito*, não ter interesse em contestar a ordem estabelecida, mas em solucionar imediatamente o seu problema. Essa prática não pode ser associada a uma regra social de conduta, mas sim a um atuar único, individualizado, porque prevalece o interesse pessoal.

A prática do *jeito* aparece com maior frequência nas situações críticas, perigosas ou de pressão, que, dependendo da personalidade da pessoa que do *jeito* irá fazer uso, poderá tornar-se apática ou violenta.

Se o seu usuário fizer parte de uma elite que cria as situações e normas e, também, ocupa posições de dominação na sociedade, a situação, principalmente de pressão, será diferente, ou seja, o constrangimento deixa de ser externo para tornar-se interno, em outras palavras, o exercício do poder e sua posse provocam, no sujeito, necessidades impossíveis de serem satisfeitas pelas vias comuns, fazendo com que ele passe a burlar e a brincar com a lei simplesmente pelo fato de, como chama atenção LEERS (1982), “o *jeito* não obedece[*r*] a nenhuma *regra* ou *regulamento*”. (p. 59) (grifo nosso)

A satisfação provocada pelo uso do *jeito*, engloba a possibilidade de minimizar a debilidade da condição humana, já que oferece a quem dele faz uso, a ilusão de um domínio de situação inexistente na sua falta. Por isso, a condição humana que relega ao homem a fragilidade, será suavizada com a liberdade da prática de um ato que imprime um rumo diferente do

que está estabelecido, isto é, a liberdade torna-se essencial no prazer que desta prática resulta.

Para LEERS (1982), o *jeito* se associa a *epikéia*<sup>2</sup>, entendida como um instrumento de liberdade humana que tem como finalidade esclarecer certas situações que justificam a exceção da lei, não aceitando o fato de que sua existência, e, portanto, o seu estudo tenha passado despercebido pelos estudiosos e pela sociedade em si porque:

Sendo um fenômeno popular e tradicional, que vem de longa data, o jeito deve ter deixado suas impressões na reflexão moral do passado, pois não pode ter escapado à atenção dos analistas e pensadores sem mais nem menos. (p. 78)

Apesar da associação do *jeito* com a *epikéia*, observa-se que o primeiro tem sua origem no que se pode chamar de legislado, e a segunda origina-se naquela que a sociedade já conhece pela alcunha de legislador. Aquele não se sujeita à norma, pura e simplesmente, verifica as condições nas quais está inserido e, somente então, faz ou não opção pela alteração do curso da situação por uma ação, pois como afirma LEERS (1982), “o *jeito* não é uma configuração comportamental ao lado da norma, mas *antinorma* que *interrompe a normalidade da vida, fixada nas leis e costumes do grupo social*”. (p. 56) (grifo nosso)

A justiça da lei legitima a obediência e esta realiza a justiça. No entanto, certas condições reais da existência do ser humano fazem com que surja uma duplicidade na aplicação da lei, ensejando o rompimento entre o legislado e o legislador, tornando ininteligível o princípio de que a lei aplicada avoca a obediência do legislado. Ressalta LEERS (1982), que “as inúmeras leis positivas humanas, sejam elas civis ou eclesiásticas, criam muitas vezes problemas graves para as pessoas-sujeit (sic) que têm o dever de observá-las” (p. 79). Neste ponto, a lei perde o seu caráter de universalidade, sendo utilizada pela classe dominante a seu favor, personalizando-a.

Na verdade, LEERS (1982) chama a atenção para o fato de que a existência de uma consciência moral é que direciona a prática do *jeito*, porque o seu usuário fundamenta a sua ação no próprio sistema jurídico, já que, no Brasil, persiste a ideia de que as leis não valem para todos e, com

<sup>2</sup> ABBAGNANO conceitua *Epikéia* ou equidade como o apelo à justiça enquanto voltado à correção da lei em que se exprime a justiça. Esse é o conceito clássico tal qual foi esclarecido por Aristóteles e reconhecido por juristas romanos (1962).

isso, por não haver outra possibilidade, o *jeito* teve que ser utilizado, sendo “uma quebra inesperada, improvisada do protocolo social, que *favorece a uma pessoa, a um grupinho só*, enquanto o resto da sociedade continua da mesma maneira e na mesma direção”. (p. 67) (grifo nosso)

O sistema afirma que a lei é igual para todos, mas, na prática, as pessoas são tratadas diferentemente, dando azo à aplicabilidade do *jeito* para solução de problemas ou para atingir objetivos. Esse contexto de duplicidade, na aplicabilidade da norma, cria uma prática e uma cultura que fazem surgir condições, para o despontar do *jeitinho*, como uma situação associada à *epikéia*.

Isso demonstra que o legislador acaba sendo vítima da necessária abstratividade da lei que, na maioria das vezes, está defasada diante da realidade social, criando condições, para que o *jeitinho* se manifeste com justificativas de quem o usa.

O tesouro do “*ethos* popular” é ambivalente, mas não tem nenhum interesse em impedir a organização ou experiência moral acumulada pelo povo, mas apenas exercer uma das muitas atividades que é a crítica. Esta é direcionada à prática do *jeito* que é, para o autor, a “palavra-chave” dos brasileiros, para solução da maioria dos problemas ou situações difíceis que não conseguem adequar-se à rigidez da norma. Não é mera oposição à lei, tampouco a procura de justiça, mas uma manifestação evidente de um fenômeno social, porque, para LEERS (1982), é “o *jeito* a palavra-chave, o <abre-te, Sésamo> para todas as situações difíceis” (p. 14). A supressão de poder para se conseguir o que se quer a qualquer custo, encontra aqui seu fundamento, quando LEERS (1982) afirma que “o lugar do *jeito* está fora da esfera normativa e em oposição ao esquema de domínio social” (p. 56). O que diferencia o homem dos outros animais, entre outros fatores, é a sua capacidade de raciocinar, pensar, sistematizar ideias, ter sentimentos e outros atributos. De geração em geração, o ser humano transmite aos seus descendentes, experiências de vida, criando e sedimentando todo um cabedal que irá compor o seu acervo.

Em sua obra, LEERS (1982) tem um enfoque voltado para a sociedade que esse homem integra e a sua moral, para depois falar da utilização do *jeitinho* como seu instrumento, terminando com um embate entre este e a reflexão moral. A ligação está justamente nas aparentes diferenças como se verificam a seguir.

Afirma LEERS (1982) que, “em repercussão a este progresso de organização, manifesta-se uma nova consciência que não aceita mais o *jeito* que o outro dá” (p. 46). É categórico em relação ao fato de o:

Jeito [ser] um ato, uma atitude, o que o homem manifesta e realiza de mais humano e pessoal nele: a sua racionalidade e sua liberdade de decisão e ação (p. 47). [...] uma sociedade, que praticamente conhece o direito do mais forte ou o direito da força, encontra seu equilíbrio (sic) relativo no jeito pelo qual o mais fraco escapa em situação de conflito (p. 74),

colocando-o de encontro à afirmação de que o *jeitinho* é um dos muitos mecanismos de poder e tem uma característica nacional, isto é, ser conhecido e usado por todos os brasileiros, sendo utilizadas as expressões “*dar um jeitinho*” ou “*jeitinho brasileiro*”, não importando a classe social, a idade ou profissão, tornando-se a *práxis do povo*. (p. 45)

O teólogo entende que “apadrinhamento e jeito são dois instrumentos sociais, mutuamente engrenados, que funcionam juntos na esfera da troca de favores gratuitos, em que o direito e o dever são corpos estranhos”. (p. 73)

A burla da lei, associada ao *jeitinho*, *infunde sua marca ao se procurar* entender e interpretar o caráter do povo brasileiro, não deixando de ser uma mera prática de transgressão, ou mesmo de uma impossibilidade ou dificuldade de vivência da lei, que leva LEERS (1982) a crer que “o jeito parece ser a própria *antítese da norma em geral*”. (p. 14) (grifo nosso)

Conclui LEERS (1982) que “o jeito se traduz em múltiplas manifestações” no momento em que são diferenciados os mecanismos de busca de equidade, pois “tem a vantagem de ser moralmente ambivalente no sentido de funcionar para o bem ou para o mal das pessoas”. (p. 43)

## 1.2 BARBOSA

Sobre a segunda autora selecionada, BARBOSA (1992), verifica-se que esta, sob o aspecto histórico-antropológico, afirma que dar um *jeito*, ou dar um *jeitinho*, dependendo de sua utilização, ganha interpretações diversas como, por exemplo, meio de conseguir alcançar algo, uma saída para uma situação inusitada, da qual não se consegue escapar, ou, acaba sendo mecanismo de burla da lei, no sentido de se terem facilitadas algumas situações por ser “forma de burla a alguma regra ou a uma norma preestabelecida”. (p. 32)

BARBOSA (1992) define “*jeitinho* [...] como forma de agilizar algum tipo de procedimento através da quebra da lei”. (p. 50) (grifo nosso)

Na pesquisa de BARBOSA (1992), “o jeitinho se constitui num modo obrigatório de resolver aquelas situações nas quais uma pessoa se depara com um ‘não pode’ de uma lei ou autoridade [...], ficando assim, mais igual do que os outros”. (p. 1)

Na tentativa de localizar a questão da obediência à lei, costumes e princípios jurídicos, hoje, tão perpassados por vieses educacionais e heranças históricas do passado colonial na cultura brasileira, ao se estudar o fenômeno do *jeitinho*, em suas várias formas de manifestação, chega-se ao seu propósito que é realizar um levantamento de sua manifestação, quando esse, segundo BARBOSA (1992), “surge como o vetor, através do qual a sociedade brasileira estabelece uma igualdade e uma justiça social”. (p. 134)

A tese de BARBOSA (1992), em torno do *jeitinho*, é desenvolvida como sendo um elemento inerente às nossas relações sociais, o que explica um modo peculiar de manifestação de uma ideologia individualista do brasileiro, porque o jeitinho “surge como uma identidade símbolo [...] que enfatiza uma vertente da sociedade brasileira”. (p. 134)

BARBOSA (1992) vai ao encontro de pressupostos consuetudinários tidos como fruto da origem histórica do Brasil que foi marcado pelo agrarismo, nascido, por sua vez, da base doutrinária do patriarcalismo e do patrimonialismo valendo-se de “cinco estudos que tratam o jeitinho sob perspectiva mais sociológica, problematizando sua existência no interior da sociedade brasileira” (p. 11) (grifo nosso). Primeiro, resgatou de RAMOS (1966) a ideia de que “jeitinho é uma categoria central da sociedade brasileira”. (p. 12). Sua ocorrência se dá em virtude da diferença existente entre o que é determinado por alguém, seja o Estado ou particular, e o que realmente acontece, por ser um “recurso ideológico do qual lançam mão as elites dominantes com vistas a escamotear a realidade” (p. 12). No segundo estudo, de CAMPOS (1966), cotejou a concepção de que (a) o “jeitinho não é uma instituição legal nem ilegal, é simplesmente paralegal” (p. 14); e de que (b) a origem do *jeitinho*, nos países latinos, atribui-se a uma maior incidência da desigualdade jurídica, já que a lei é apenas um mero sistema de regras incompatíveis com a realidade a que deveria ser aplicada, sendo o seu *descumprimento, uma condição de sobrevivência do indivíduo e da preservação do corpo social sem um atrito constante [...]* (p. 14). De TORRES (1973) resgatou, no terceiro estudo, o “jeito, como uma maneira de ser peculiarmente brasileira, fruto de condições históricas particulares [...] como nos desafios iniciais encontrados aqui pelos colonizadores” (p. 18-19). No quarto estudo, de ROSEN (1971) entendeu ser o *jeito* [uma], “instituição intimamente ligada à corrupção, defendendo

o argumento de que o *jeitinho* tem sua origem no passado português, que ainda condiciona as atitudes brasileiras, em relação ao funcionamento de governo” (p. 22). Atacando desde o ‘caráter português’ até o *slogan* utilizado por Ademar de Barros, quando interventor e governador do Estado de São Paulo, “rouba, mas faz”, este autor afirma que a raiz do jeito reside na monarquia portuguesa. Por fim, no quinto estudo, de ABREU (1982), encontrou “o *jeitinho* brasileiro como um recurso de poder” (p. 26) não sendo, necessariamente, exclusividade brasileira. Existe em qualquer organização, estatal ou privada, e haverá utilização do *jeitinho* sempre que a burocracia aparecer emperrando algum procedimento.

Para BARBOSA (1992), afinal a “moral de um povo *não é formada simplesmente pela lei*, mas pela maneira de o povo assumir o sistema *moral ensinado* ou rejeitá-lo [e] praticar as normas em vigor ou transgredi-las”. (p. 35) (grifo nosso)

BARBOSA (1992), no terceiro estudo, critica a ideia de TORRES (1973) em virtude de sua generalidade e falta de consistência que não dá fundamento ao argumento de o “*jeitinho* ser fruto de condições históricas particulares que permitiram a criação desse tipo de filosofia de vida” (p. 18) na sociedade brasileira. No entanto, BARBOSA (1992) reconhece a importância da comparação feita pelo autor entre a imigração americana e a brasileira, sendo adotada “no Brasil por indivíduos isolados e nos Estados Unidos da América [a] de grupos familiares” (p. 20), como uma explicação para o surgimento do *jeitinho*.

Também criticando o quarto estudo, o de ROSEN (1971), BARBOSA (1992), argumenta que o autor leva em consideração sobre o *jeitinho* apenas “seu aspecto de instituição paralela ao nosso sistema jurídico e legal”. (p. 25)

O *jeitinho* não deixa de ser um mecanismo especial de solução de problemas, seja em situações difíceis ou ilegais. Não por acaso, tal como entende BARBOSA (1992), assim CAMARA (1964) afirma:

Triste daquele que, no Brasil, pretende ater-se exclusivamente ao cumprimento da lei, da regra abstrata, indiferente à condição social, política, econômica, ou religiosa de seu destinatário, enxergando mais o bem geral do que o aspecto particular (p. 153).

O *jeitinho* é usado, na percepção de BARBOSA (1992), em vários discursos com a finalidade de demonstrar o trânsito deste, nas mais diferentes escalas sociais. O primeiro discurso, utilizado por BARBOSA

(1992), é o “positivo e popular” (p. 50), sendo assim denominado pelo fato de se agrupar em um tipo específico de vocabulário e de representação, independentemente da posição social daqueles que dele fazem uso.

Ao analisar autores e usuários, dá a entender que é viável o *jeitinho brasileiro*, porque esse produz um traço da identidade nacional. O ritual do *jeitinho*, leva à conclusão de ser ele uma característica da sociedade brasileira, pelo fato de constituir um mecanismo de estratégia para trânsito social e solução de problemas.

Esse modo peculiar, essa fala, tem a origem nas experiências de vida das pessoas, o que revela ser o *jeitinho* uma característica brasileira de mecanismo de resolução de problemas, já que pode ser inserido no contexto público do sistema social, nas instituições, nos três Poderes e, até mesmo, na privacidade e intimidade de cada cidadão que se expressa através de uma hierarquia de necessidades, o que segundo BARBOSA (1992), “*desconhece desigualdades sociais e igualdades legais*”. (p. 134) (grifo nosso)

Vislumbra-se a representatividade da cultura nacional na prática do *jeitinho*, que englobaria o individualismo, como, contraditoriamente, mecanismo para efetiva realização da ideologia<sup>3</sup> radical da igualdade já que, com ele, se conseguiria tudo o que fosse possível, e impossível, para se nivelar pessoas e situações, estabelecendo-se o princípio da igualdade na sociedade brasileira.

Essa ideologia da igualdade radical não deixa que se torne clara a discriminação e constatação das desigualdades sociais existentes, pelo simples fato de serem criadas estratégias para driblar o desconforto da situação, incluindo a prática do *jeitinho*, pois, segundo BARBOSA (1992), “[*esse*] *promove a igualdade*” (p. 97) (grifo nosso). Com ele se constrói uma identidade nacional, com base na qualidade das relações pessoais, criando um contraste com outros países no que concerne a esse costume, já que, na Europa e Estados Unidos da América, somente para exemplificar, as relações são sociais e não pessoais.

O segundo discurso, utilizado por BARBOSA (1992), é o “saudosista” (p. 55), remete a comparações do Brasil até com países desenvolvidos. O *jeitinho*, neste caso, é uma estratégia de sobrevivência. A autora acredita que isso ocorre em virtude do fato de ele ser a realidade imediata das

3 A ideologia está presente nas estruturas do pensamento humano, na filosofia, na sociologia, na teologia, bem como nas demais ciências sociais e políticas. Sua etimologia provém das combinações dos termos gregos “eidos”, e “logos”, “palavra, discurso, conhecimento”.

pessoas ao lidar com problemas de saúde, emprego, educação, moradia, e outros Direitos Fundamentais, constitucionalmente garantidos, mas inviabilizados na prática. Demonstra um impasse da identidade social brasileira, deixando evidente a expectativa por um desenvolvimento econômico e social que propicie uma equiparação, por menor que seja, com os países, paradigmas atuais de desenvolvimento, nem que para isso se perca parte da identidade nacional.

Voltando aos tipos de discurso de BARBOSA (1992), o *jeitinho* também pode ser analisado através do terceiro “discurso negativo erudito” (p. 59). Este tem como característica o fato de as pessoas que o utilizam tecerem críticas sobre o sistema brasileiro, de um modo geral, principalmente em relação às instituições, somadas ao modo pelo qual o Brasil foi colonizado. Com base nessas assertivas, surge o discurso sobre a corrupção, nepotismo e acomodação que, para tais usuários, formam a base da cultura brasileira.

Nesse caso, há todo um reconhecimento dos laços afetivos que unem as pessoas no sentido de beneficiarem aqueles que compõem a família. Isso vem ao encontro do favorecimento das elites pelas elites, ou seja, a classe social mais alta favorece os seus familiares ou familiares de amigos, criando uma ciranda de estratificação social que deixa à margem o restante da sociedade.

Apesar de ser criticado pelos entrevistados que fazem uso deste discurso erudito, o *jeitinho* também por eles é utilizado no sentido de realizar uma adaptação à realidade que, por não mudar, obriga a comportamentos inoportunos, mas necessários, em virtude da necessidade de acomodação à realidade, para uma melhor convivência no seu meio social.

Por fim, o quarto e último discurso utilizado por BARBOSA (1992) é o “negativo popular” (p. 68) tem como corolário a afirmativa de que o Brasil não tem *jeito*. Este é um espelhamento negativo, tanto do país como do próprio povo, denotando total falta de expectativa na melhora sem, no entanto, formular propostas ou sugestões para o futuro. Os entrevistados, neste discurso, pela autora, demonstram uma certa frustração e impotência diante dos desmandos, escândalos e impunidade daqueles que agem *contra legem* (contrário a lei) mas que, em virtude do uso do *jeitinho*, conseguem sair impunes.

Interessante é um dos estados provocados por esse discurso que é a perplexidade frente às situações ilegais provocadas por terceiros que não

sofrem nenhum tipo de sanção, ou punição, o que dá lugar à incredibilidade quanto à ocorrência desses atos danosos à sociedade, somados à total apatia em dar soluções, ou sugestões, para o problema.

Essa contradição expressa a complexidade da manifestação de opiniões sobre os institutos da hierarquia e do individualismo, constatando-se níveis diferenciados de justiça e igualdade na sociedade nacional. Segundo a antropóloga, BARBOSA (1992), foi criado um cenário de representações igualitárias com práticas hierárquicas, que vai desde o “discurso desqualificador, nascido dos interesses da elite” (p. 69), até o vasto campo de aplicação popular do *jeitinho* para buscar solução para os seus problemas ou para conseguir justiça e equidade.

A prática social do *jeitinho* revela a criatividade do brasileiro na tentativa de lidar com a realidade de desigualdade social, discriminação, fome, analfabetismo, injustiça, carência, conflitos, etc. Enfim, é a adaptação da diferença da igualdade, tornando-se, segundo BARBOSA (1992), *uma “forma ‘especial’ de se resolver algum problema ou situação difícil ou proibida”*. (p. 32) (grifo nosso)

Ao analisar as interpretações diferenciadas sobre o *jeitinho* que, igualando tanto aquele que pede, como aquele que concede, a autora em análise, visualiza a igualdade, tão cara e valorizada na sociedade brasileira, sendo almejada a qualquer custo, mesmo quando aplicada às avessas, através do *jeitinho*.

### 1.3 DA MATTA

Por fim, no rol das três versões teóricas eleitas neste estudo, considera-se a de DA MATTA (1997a), para quem as características multifacetárias do *jeitinho*, como um fenômeno da sociedade brasileira, vinculam-se à solução inteligente de problemas e situações, envolvendo descaso com a lei, somado ao fato de também ser um meio criativo de lidar com a burocracia, sem envolver a prática da ilegalidade, pois, “*diante da lei* pode-se dela fugir; e, na *ausência de lei*, pode-se nela confiar”. (p. 217) (grifo nosso)

DA MATTA (1986) afirma ter o fenômeno do *jeitinho* aparecido, pela primeira vez, no primeiro documento sobre o Brasil, que foi a carta de Pero Vaz de Caminha, em cujo término, solicita ao rei de Portugal uma “transferência de domínio da ilha de São Tomé ao seu genro Jorge de Osório”. (p. 105)

Ao se falar em *jeitinho*, para o autor, praticamente vem à mente toda uma situação de esperteza, de se enganar outras pessoas, subornos, corrupção, nepotismo, enfim, várias situações nas quais a lei e a moral não têm lugar. Talvez seja essa face mais difundida, embora não se possa descartar o seu outro significado, que é o seu lado solidário e conciliador.

Solidário no sentido de ajudar o próximo sem querer nada em troca, e conciliador no sentido de se relacionar, como afirma DA MATTA (1986), o:

Impessoal com o pessoal, um modo pacífico e até mesmo legítimo de resolver diversos problemas, tais como atraso, falta de dinheiro, ignorância das leis por falta de divulgação, confusão legal, [é] injustiça da própria lei que foi feita para uma determinada situação. (p. 99/103) (grifo nosso)

Segundo DA MATTA ao prefaciá-lo BARBOSA (1992), a figura do *jeitinho* surge, “como uma instituição de pleno direito, e como um instrumento que ajuda a navegar o oceano turbulento do cotidiano brasileiro”. Sendo analisado sob a ótica social, o jeito é um instrumento que cria ou impede atos nocivos, ou não, à sociedade, influenciando decisões que irão repercutir na órbita de todo o grupo social.

O descaso com a lei e a aplicabilidade da norma fazem com que o *jeito*, introduzido por uma consciência oportunista, ganhe força e alcance ares de regularidade formal na sua prática. Isso deve ao fato, segundo DA MATTA (1997a) de que “o sistema de leis transforma-se num instrumento de aprisionamento da massa que deve seguir a lei, sabendo que existem pessoas bem relacionadas que nunca lhe obedecem”. (p. 237)

É este mecanismo que leva o povo a transgredir normas, sem nenhum receio de punibilidade em que pese o seu uso no sentido de buscar uma pretensa igualdade. O *jeito* cria outro *jeito*: transgride-se a norma para dar um *jeito*, e, se for descoberto, para não ser punido, dá-se outro *jeito*.

Criando uma cultura dos relacionamentos, DA MATA (1984) afirma que, “entre a lei impessoal que diz “não pode” e o amigo do peito que diz “eu quero”, o brasileiro fica com o amigo do peito e dá um jeito na lei” (p. 103). Por isso, o autor citado afirma estar aqui uma das muitas origens do *jeitinho* que acabou se tornando uma tábua de salvação, apesar de ser “o desvio, [o caminho] por onde muitas vezes se economiza dinheiro e se evitam dores de cabeça” (p. 103).

O cumprimento da lei restou vulgarizada, em detrimento do favor, por ser esse, conforme afirma DA MATTA (1997b), “*um fato social [...] o favor é básico numa sociedade onde as relações assumem uma posição central, sendo um domínio institucionalizado do seu universo*”. (p. 105) (grifo nosso). Torna-se mais fácil dar *jeitinho*, do que cumprir a letra fria da lei.

Como se vê, enfocar o fenômeno cultural do *jeito* não é fácil. Neste novo século, em que se descortinam os meios de comunicação de massa, entre eles o fruto das Ciências da Computação tem influência fundamental no comportamento humano, tornando-se corresponsáveis pela conduta negligente de muitos na sociedade, quanto ao cumprimento de regras sociais, mais precisamente das leis.

Há, também, REGA (2000), intitulado *Dando um Jeito no Jeitinho*, tendo como fator relevante as implicações éticas do *jeito*, como sendo “... moeda corrente para se conseguir transitar no cotidiano da vida de quase todo brasileiro” (p. 11). Interessante observar que o objeto de pesquisa aqui reside na questão de “como ser ético, sem deixar de ser brasileiro” (p. 12) denotando, desde o início, que, ao se dar o *jeitinho*, não se está deixando de ser ético. Para o autor, o *jeitinho* tornou-se o objeto pelo qual o brasileiro consegue “trafegar nas diversas esferas da sociedade brasileira”... (p. 17), deixando claro ser este um mecanismo de ascensão ou movimentação social, descartando a hipótese de ocorrer *jeitinho* dentro da mesma classe social. Tratado como um fenômeno cultural do comportamento do brasileiro, tem como efeito a influência direta nas “nossas decisões e nossas escolhas diárias” (p. 18). Com isso pode ser observada a importância do tema em estudo, pois acaba sendo ensejador de um pluralismo cultural na sua utilização.

Segundo BOSI (2003), se “cultura é o conjunto das práticas, das técnicas, dos símbolos e dos valores que se devem transmitir às novas gerações, para garantir a reprodução de um estado de coexistência social” (p. 16), o *jeitinho*, como uma das características da cultura do povo brasileiro, deve ser devidamente estudado e divulgado como mecanismo de entendimento da sociedade sem multiculturalismos. Muito pelo contrário, respeitando-se o princípio constitucional da igualdade, deve ter no *jeitinho* elemento identificador de peculiaridades intrínsecas e extrínsecas do homem, gênero, ao ser efetivada a sua Dignidade de Pessoa Humana e, portanto, serem respeitados seus direitos a uma cidadania plena, singularizada.

No entanto, tendo os meios de comunicação de massa a finalidade de transmitir informação para a sociedade, também podem encerrar o outro

lado da desinformação o que faz, conforme afirma BARBOSA (1992), “o *jeitinho* surg[ui] como parte de um *conjunto de valores manipulados pelas elites*, para, obviamente, esconder as contradições da sociedade” (p. 64), como fica demonstrado na veiculação de programas, nos quais as camadas mais humildes sempre dão um *jeito* de ascender socialmente, e as elites de driblar a lei em benefício próprio, com ressalvas à impunidade.

Respeitadas as suas muitas faces, como afirma LEERS (1982), “o *jeito* é ambíguo: pode servir para o bem e para o mal” (p. 15), o que o torna instrumento de fácil manipulação de pessoas inescrupulosas, provocando efeitos danosos na sociedade, através da subsunção dos atos por estes praticados a tipos penais próprios, bem como a práticas ilícitas.

São múltiplos, portanto, os campos da ciência envolvidos na abordagem do *jeitinho*, como a Sociologia, a Antropologia, o Direito, a Educação, a Política, a Psicologia, entre outros. Assim, como são diferenciadas as concepções teóricas sobre o tema, haja vista tantas lentes e compartimentos científicos para tratar de um “costume” que parece instituído no comportamento do brasileiro, tão enraizado quase como norma ou lei consuetudinária a ponto de tornar-se elemento caracterizador da cultura brasileira.

## 2 CONCLUSÃO

À luz dos estudos de LEERS (1982) e BARBOSA (1992) uma reflexão sobre a sociedade brasileira torna-se imperiosa sem predisposições culturais subjetivas. É importante deixar claro que ambos os autores reconhecem a prática do *jeitinho*, como hábito da grande maioria dos brasileiros, independentemente de criticá-la ou valorizá-la, apesar dos distintos enfoques. Referem-se à possibilidade de questionar a representação do *jeitinho* como prática generalizada, reveladora da burla como característica da sociedade brasileira. A universalidade da norma não representa, exatamente, a vontade da lei, porque as normas morais são uma expressão do homem analisado no seu contexto social, levando-se em consideração a limitação de quem elabora a norma. O homem produz uma rede social que valoriza a moral, como sendo absoluta e universal, consolidando subjetividades eivadas de impessoalidades oriundas das relações humanas modernas. Com isso, a sociedade acaba sendo interpretada como sendo consoante com o nível cultural com experiências pessoais de vivências da lei, ou com a concepção moral de cada um.

Por fim, pode-se entender que existe toda uma confusão na prática do *jeitinho brasileiro*. Uns, como BARBOSA (1992), entendem ser o *jeitinho*

característica social para adequação na busca pela igualdade (p. 16); outros já o interpretam, como LEERS (1982), “ser fruto da moral do homem no sentido de se equalizar como cidadão” (p. 72). “Neste momento, passa-se a verificar como o jeito, segundo LEERS (1982), se fixou na vida do povo, como alternativa moral diante da obediência ao sistema de normas existentes” (p. 45) e ensejou, tanto sob o aspecto positivo como negativo, a falta de sujeição à norma como reguladora da sociedade.

A conclusão em DA MATTA (1984), que tem no jeitinho uma prática a ser respeitada do povo brasileiro tanto que o tem como modo simpático, desesperado ou humano de relacionar o impessoal com o pessoal; é um modo pacífico, e até legítimo de resolver problemas (p. 99), tem que ser reconhecida como perigosa a posição principalmente, quando afirma que o jeitinho é a arte de sobreviver nas situações difíceis (p. 102); bem como ao afirmar que:

Não há no Brasil quem não conheça a *malandragem*, que não é só um tipo de ação concreta situada entre a lei e a plena desonestidade, mas também, e sobretudo, é uma *possibilidade de proceder socialmente*, um modo tipicamente brasileiro de cumprir ordens absurdas, uma *forma ou estilo de conciliar ordens impossíveis de serem cumpridas com situações específicas*, e – também – um *modo ambíguo de burlar as leis e as normas sociais mais gerais*. (p. 103) (grifo nosso)

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1962.
- ABREU, Clovis *et al.* O jeitinho brasileiro como um recurso de poder. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1982.
- ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BARBOSA, Livia Neves de Holanda. *O jeitinho brasileiro: um estudo de identidade social (tese de doutorado)*. Rio de Janeiro: Museu Nacional/UFRJ, 1992. p. 289 (Antropologia Social).
- BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- BOSI, Ecléa. *Memória e sociedade: lembrança de velhos*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1979.

CÂMARA, José Gomes B. *Subsídios para história do direito pátrio*. Tomo II. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1964.

CAMPOS, Roberto de Oliveira. A sociologia do jeito. In: *A técnica e o riso*. Rio de Janeiro: APEC, 1966.

DA MATA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997(a).

\_\_\_\_\_. *A casa & a rua – espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997(b).

\_\_\_\_\_. *O que faz do Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. v. I e II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

GIROUX, Henry A. *Atos impuros – a prática política dos estudos culturais*. Porto Alegre: ARTMED, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KEPP, M. *Modos brasileiros de escapar do não*. Folha de São Paulo, Tendências-Debates, 25 fev. 1996.

LEERS, Bernardino. *Jeito brasileiro e norma absoluta*. Petrópolis: Vozes, 1982.

MOOG, Vianna. *Bandeirantes e pioneiros*. 19. ed. Rio de Janeiro: Graphia, 2000.

MOTA, Carlos Guilherme. *Ideologia da cultura brasileira*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1994.

NOVAES, Fernando A. *História da vida privada no Brasil*. v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ORTIZ, Renato. *Cultura brasileira & identidade nacional*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

PRADO Jr. Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 23. ed. 7. reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 1942/1945.

RAMOS, Alberto Guerreiro. *Administração e estratégia do desenvolvimento – elementos de uma sociologia especial da administração*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

REGA, Lourenço Stelio. *Dando um jeito no jeitinho*. São Paulo: Mundo Cristão, 2000.

ROCHA, Ludmilla Elyseu. *Educação e Direito: uma Luta Cidadã*. Disponível em: <[http://www.educacao.ufrj.br/ppge/teses/tese\\_ludmilla\\_elyseu\\_rocha.pdf](http://www.educacao.ufrj.br/ppge/teses/tese_ludmilla_elyseu_rocha.pdf)>.

ROSEN, Keith S. *The jeito. Brazil's institutional by pass of the formal legal system and its developmental implications*. The American Journal of the Comparative Law. 1971.

SODRÉ, Nelson Werneck. *Síntese de história da cultura brasileira*. 20. ed. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2003.

TORRES, João Camilo de Oliveira. *Interpretação da realidade brasileira*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973.

RECEBIDO EM: 11/10/2016

APROVADO EM: 23/06/2017

# CRÍTICA DA EXECUÇÃO FISCAL COMO MEIO DE COBRANÇA DO CRÉDITO PÚBLICO EM MASSA: HORIZONTES, APERFEIÇOAMENTO E ALTERNATIVAS

*CRITIQUE TO THE FISCAL EXECUTION ACTION  
AS A MASS INSTRUMENT FOR COLLECTION OF  
PUBLIC CREDIT: HORIZONS, IMPROVEMENTS AND  
ALTERNATIVES*

*Marcus de Freitas Gouvea*

*Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Juiz de Fora, graduado em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Jr. Procurador da Fazenda Nacional/PFN. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Particularidades da execução fiscal; 2 O princípio da eficiência; 3 O mito da obrigatoriedade da execução fiscal; 4 Medidas complementares; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A execução fiscal é ineficiente como instrumento de cobrança em massa do crédito público. A Administração propõe milhares de processos de execução, para recuperar um percentual mínimo do crédito que pretende arrecadar. Não obstante, há um mito, uma crença geral, de que a propositura destas ações é obrigatória, para quase qualquer débito e para qualquer devedor, supostamente sustentado pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Este artigo discute as razões que levam à ineficiência da execução fiscal, razões estas que não podem ser afastadas por meios processuais, e apresenta o princípio da eficiência para defender a tese de que é impossível o uso do instrumento para recuperação do crédito público em massa, porque é adequado para obrigar apenas devedores qualificados. Como consequência, o artigo defende que a execução fiscal não é obrigatória. Ademais, o texto considera, sem pretensão de uma solução definitiva ao problema, alternativas para a cobrança do crédito público e medidas para o aprimoramento da ação de execução fiscal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução Fiscal. Cobrança do Crédito Público. Ineficiência. Alternativas. Aprimoramento.

**ABSTRACT:** Fiscal execution is inefficient as a mass instrument to collect public credits. By this method, the government files thousands of process to collect a very small percentage of the total credit. Nevertheless, there is a general belief that execution is mandatory for almost any debt and for any debtor. A myth allegedly supported by constitutional principles. This paper discusses the reasons behind such inefficiency, which cannot be overcome by procedural laws, and presents the efficiency principle to advocate the thesis that it is impossible to use fiscal execution as mass instrument to collect public credits, because it is designed to oblige only qualified debtors. Therefore, this paper advocates that fiscal execution is not mandatory. In addition, the text considers, without the aspiration to propose a definitive solution to the problem, alternatives to the public credit collection and measures to improve the fiscal execution action.

**KEYWORDS:** Fiscal Execution Section. Collection of Public Credit. Inefficiency. Alternatives. Improvement.

## INTRODUÇÃO

Seguindo a tradição latino-americana<sup>1</sup>, a Lei de Execuções Fiscais – LEF, na esteira de outras leis especiais sobre a matéria (Carta de Lei de 22 de dezembro de 1761, Decreto 9.885/1888 e DL 960/1938) estabelece o rito de execução judicial de créditos públicos inscritos em dívida ativa<sup>2</sup>.

Para alguns, trata-se de um privilégio concedido à Fazenda Pública<sup>3</sup>.

Não obstante, a execução fiscal, pelo menos nas últimas duas décadas, tem se mostrado um dos instrumentos de menor eficiência comprovada à disposição da Administração Pública<sup>4</sup>.

Embora o volume financeiro seja significativo e o total da dívida seja parâmetro pouco confiável, tendo em vista a existência de créditos irrecuperáveis, a execução fiscal movimenta todo o aparato estatal, administrativo e judicial, para um retorno proporcionalmente muito baixo.

A situação dos estados não é muito melhor. São poucos e precários estudos que coletam dados da dívida ativa e da execução fiscal, mas é seguro afirmar que a recuperação do estoque da dívida ativa dos estados pela execução fiscal não ultrapassa 3%, e em muitos casos o resultado dos entes federados é pior que o da União, como revela estudo realizado pelo Ministério da Justiça<sup>5</sup>.

A crise atual, com a falência da máquina pública em todos os âmbitos, pôs em destaque a ineficiência da execução fiscal.

Os milhões de processos infundáveis e a sensação de injustiça daquele que paga suas obrigações não foram o bastante para que os governos procurassem implantar medidas mais efetivas na cobrança do crédito público. O principal esforço de recuperação de crédito, de resto generalizado

1 VILLEGAS, Hector. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributário*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 475.

2 PELISSARI, Darcy Henrique Rocha. Abordagem histórico-evolutiva. In: JENIER, Carlos Augusto (Coord). *Execução fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

3 TEORORO JR., Humberto. *Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

4 Como já observou Carlos Francisco Lopes Melo. Ver: MELO, Carlos Francisco Lopes. Execução fiscal administrativa à luz da Constituição Federal, p. 113 e seg. *Revista da AGU*, a. XI, n. 31. Brasília, jan./mar. 2012.

5 BRASIL. Ministério da Justiça. *Estudos sobre execuções fiscais no Brasil*, p. 45-6. Disponível em: <[http://www.cebepej.org.br/pdf/execucoes\\_fiscais.pdf](http://www.cebepej.org.br/pdf/execucoes_fiscais.pdf)>. Acesso em: 5 jul. 2011.

no país na última década, são programas de parcelamento, conjugados com anistias fiscais, incapazes de promover eficiência aos processos executivos.

Começam a surgir, inclusive, textos acadêmicos colocando em voga esta ineficiência e propondo soluções<sup>6</sup>.

Vale ressaltar as palavras de Gilson Miranda e Patrícia Pizzol, embora não foque especificamente na execução fiscal:

Há, também, o princípio segundo o qual a execução se dá em benefício do credor e deve ser útil a ele, propiciando a satisfação de sua pretensão. Contudo, tem se verificado que o processo de execução não tem cumprido sua função – realizar o direito do credor<sup>7</sup>.

A falta de recursos e os orçamentos deficitários têm, pelo menos, chamado a atenção para uma fonte de receita outrora considerada, por assim dizer, de menor importância.

Projetos de reformulação normativa do processo de cobrança, que também não atacavam os reais problemas da execução, não foram aprovados.

Nos últimos anos, alguns estados têm procurado alternativas para a cobrança judicial sabidamente ineficaz, como o protesto da dívida, providência seguida pela União e pelos Estados.

A execução fiscal pede uma reformulação estrutural. Não apenas mudanças legislativas, pois o problema não reside na lei, mas no uso inadequado do instrumento.

Recentemente, a mídia tem noticiado propostas de mudanças na cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa da União, que passam por alterações legislativas pontuais, mas principalmente pela reestruturação do modelo, com a redução do número inadmissível das ações propostas e pelo uso efetivo de meios alternativos.

---

6 Ver, por exemplo: MARTINS, Marcelo Guerra. Deficiência da cobrança fiscal no Brasil como estímulo à sonegação: falhas e sugestões de melhoria do modelo em vigor. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 61, Belo Horizonte jul./dez. 2012.

7 MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente, p. 180. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos da nova execução 3*. São Paulo: RT, 2006.

A efetividade da “nova” execução fiscal, porém, depende de um melhor conhecimento do problema. Porque a execução fiscal é ineficiente? Qual pode ser o horizonte de recuperação do crédito inscrito em dívida ativa?

Muito precisa ser feito.

Fundamentalmente, o número de execuções tem que ser reduzido. Não pode haver eficiência em um sistema baseado em milhões de processos de execução, que coloca milhares de processos sob a responsabilidade de cada juiz, de cada procurador.

Algumas poucas alterações legislativas são necessárias, mas fundamentalmente é preciso romper com o “mito” de que a propositura de toda execução fiscal é obrigatória.

Na intenção de contribuir com este cenário de mudança, pretendemos apresentar uma crítica ao modelo atual, apontando as principais causas da ineficiência do instrumento judicial de cobrança, a necessidade de mudanças, notadamente a redução substancial da quantidade de processos, face ao princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, o que passa pela suposta obrigatoriedade da execução fiscal, bem como possíveis aprimoramentos pontuais na utilização do instrumento e na legislação sobre a matéria.

## 1 PARTICULARIDADES DA EXECUÇÃO FISCAL

A análise da (baixa) eficiência da execução fiscal deve tomar como referência a realidade em que se insere. É preciso, pois, compreender o objeto da execução, o perfil do credor e do devedor nos processos executivos e o papel do Poder Judiciário.

Em outros termos, é necessário identificar onde estão os reais problemas das execuções fiscais, quais são os obstáculos na cobrança do crédito público e os princípios norteadores da cobrança em estudo.

Nossas primeiras preocupações referem-se ao *título exequendo*.

A certidão de dívida ativa, decorrente da inscrição nos livros (ou meios eletrônicos próprios, art. 2º § 7º, da LEF, segundo o qual “o Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa poderão ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico”) origina-se de créditos públicos não satisfeitos pelos métodos auto executórios da Administração.

Os créditos inscritos em dívida ativa são: tributos, multas administrativas, decorrentes do exercício do Poder de Polícia, multas contratuais, decorrentes do descumprimento de cláusulas de contratos públicos pelo particular, foros e laudêmios e, eventualmente, títulos judiciais, como as multas eleitorais e criminais<sup>8</sup>.

As cobranças de maior relevo decorrem de obrigações tributárias<sup>9</sup>. Encerrado o lançamento administrativo, seja por declaração do contribuinte ou por auto de infração da autoridade fiscal contra o qual não caiba mais recursos, deve o contribuinte efetuar o pagamento da exação devida. Não pago o débito, segue-se a cobrança administrativa, com todos os rigores (v.g. inscrição no CADIN<sup>10</sup>, impossibilidade de obtenção de certidões negativas de débitos, limitações à obtenção de crédito e de participação em licitações públicas) e as eventuais facilidades legais (v.g. parcelamento).

Os créditos não tributários, constituídos na forma da Lei 4.320/1964 ou pela legislação específica aplicável também devem seguir procedimento que lhes confira a segurança necessária, bem como atenda aos princípios constitucionais de publicidade, legalidade, moralidade, impessoalidade, contraditório e ampla defesa.

Na inércia do devedor, os créditos são encaminhados às procuradorias (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, no caso da União, art. 131 da CF/88) para inscrição em dívida ativa e posterior ajuizamento da execução<sup>11</sup>, momento em que se igualam, sob o ponto de vista formal, todos os créditos sujeitos à execução<sup>12</sup>.

---

8 SOUZA, Maria Helena Rau de. Art. 2º, p. 20. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). *Execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1998 e PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37-40.

9 Segundo o IPEA, 52,1% (cinquenta e dois vírgula um por cento) das execuções da Fazenda Nacional possuem objeto de natureza tributária e 37,5% (trinta e sete vírgula cinco por cento) tem como objeto contribuições sociais. Brasil, Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Comunicado 127, de 4 de janeiro de 2012. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103\\_comunicado\\_ipea127.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicado_ipea127.pdf)>. Acesso em: 6 set. 2012. p. 4.

10 Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, art. 1º e 2º.

11 SOUZA, Maria Helena Rau de. Art. 2º, p. 23-24. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). *Execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1998

12 PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43.

Assim, o processo de constituição do crédito, de seu encaminhamento para a procuradoria competente e de elaboração do título mostra-se normalmente longo e sua apresentação ao judiciário é, não raro, tardia.

É bastante comum que os órgãos que constituem os créditos relutem em encaminhá-los para inscrição em dívida ativa e procurem realizar a cobrança administrativa pelo máximo de tempo possível.

Verifica-se, neste momento, porém, uma das causas significativas de ineficiência<sup>13</sup> da execução fiscal: cuida, em regra, de dívidas velhas, o que torna mais difícil sua cobrança<sup>14</sup> e os créditos que poderiam ser pagos, já o foram na via administrativa, restando apenas créditos incobráveis para o processo executivo.

Não se está a afirmar que as execuções devem ser propostas o quanto antes. O processo de execução judicial pode ser traumático e o importante não é a propositura da ação, mas a recuperação do crédito público. Não há, assim, por definição, problema na demora na propositura da execução, desde que se respeite o prazo prescricional

13 A propósito do princípio da eficiência, leia-se:

Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.”

MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa*: Emenda Constitucional nº 19/98. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

“Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’.”

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 92.

14 “A ineficiência na cobrança de dívidas pode ocorrer por diversos motivos. Dentre esses, destacam-se o excessivo tempo entre o vencimento da obrigação e a efetiva cobrança, a baixa qualidade do bem penhorado, a inexistência de garantias, a inexistência de sanções por atraso ou descumprimento da obrigação e a falta de informações sobre o patrimônio do devedor. A celeridade pode ser considerada como um dos fatores determinantes para o sucesso da cobrança, porque a demora permite a alienação do patrimônio do executado e dos responsáveis legais e o encerramento das atividades da empresa [...], dificultando a localização do devedor e de seus bens”. CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães. *Execução Fiscal e Efetividade*: Análise do modelo brasileiro à luz do sistema português. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 55.

É importante notar, porém, que por razões óbvias, quanto mais tardia for a propositura da execução, menor tende a ser sua eficiência.

Este raciocínio também pode ser utilizado na análise do redirecionamento da execução aos sócios e administradores, com fundamento nas normas de responsabilidade do Código Tributário Nacional e das demais leis que regem os créditos de natureza não tributária, como autoriza o art. 4º, da LEF<sup>15</sup>.

A verificação das hipóteses de co-responsabilidade (anteriores ao ajuizamento da cobrança) no curso da execução tornam o processo mais moroso e mais difícil a recuperação do crédito, se comparada à análise prévia da responsabilidade com a propositura da ação contra todos os devedores caracterizados pela autoridade administrativa.

Outro giro de análise nos leva a abordar *a figura do credor*.

Os credores na execução fiscal, sempre órgãos públicos, não possuem a flexibilidade da iniciativa privada nem podem se pautar exclusivamente pelo princípio da economicidade ou da eficiência<sup>16</sup>. Não podem simplesmente definir seu quadro de pessoal, sua estrutura física, logística e tecnológica necessária para fazer frente às demandas da administração da dívida ativa e da condução das execuções fiscais, porque são órgãos dependentes da Administração Central, nem podem escolher quais créditos irá executar, para se dedicar aos créditos mais relevantes ou de mais fácil recuperabilidade, para adequar seu trabalho à estrutura disponível.

Embora a propositura da execução fiscal seja eventualmente afastada, o que se verifica da dispensa da cobrança de créditos inscritos em dívida ativa da União – DAU de valor abaixo de R\$ 10.000,00, pelo art. 20, da Lei 10.522/2002<sup>17</sup>, todo um imenso volume de créditos deve ser processado, inscrito e executado.

15 CÂMERA, Miriam Costa Rebollo. Art. 4º, p. 88. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). *Execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

16 Essencial a objetividade no peticionamento nas execuções. Segundo o IPEA, são abertas, em média, 5,77 (cinco vírgula setenta e sete) vistas dos processos de execução aos Procuradores da Fazenda Nacional. Brasil, Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA. op. cit., p. 10.

17 Valor elevado para R\$ 20.000,00 pela Portaria MF 75/2011.

Vige também a limitação de pessoal de apoio, de tecnologia etc, dificilmente superadas, tendo em vistas as limitações orçamentárias que sofrem os órgãos de cobrança.

Para se dimensionar o volume, na esfera da União, cada Procurador da Fazenda Nacional trabalhando na execução fiscal era responsável, em 2005, por 4100 processos executivos<sup>18</sup>. Embora o dado seja antigo, não há notícia de que a situação tenha se alterado significativamente.

Com este volume de processos, a tendência é um nivelamento por baixo na atuação nas execuções, pois tendo que se manifestar em milhares de processos, o profissional tende a fazer o mínimo em todos, não havendo meios para se dedicar com mais ênfase nos processos com maior chance de êxito.

Este outro ponto essencial a ser considerado em sede de execução fiscal: a precária estrutura do credor face ao elevado volume de execuções fiscais sob responsabilidade de cada profissional impedem maior eficácia do instituto<sup>19</sup>.

O perfil do *devedor* também há de ser considerado nesta conta.

O pólo passivo da execução é, em boa parte, empresa falida, irregularmente encerrada, que existe apenas no papel ou pessoa física que não conseguiu manter sua atividade, que se mudou sem deixar vestígios, que faleceu. É devedor que não tomou conhecimento da dívida ou, se dela teve notícia, não procurou quitá-la.

A prática demonstra que os contribuintes em funcionamento regular, mesmo que possuam dificuldades para honrar seus tributos, dificilmente deixam de cuidar de suas obrigações, e são polos passivos menos frequente nas execuções<sup>20</sup>.

Estes contribuintes normalmente pagam os débitos, aderem a parcelamento, ou discutem as obrigações que entendem serem indevidas vias

---

18 BRASIL. Ministério da Justiça. Estudos sobre execuções fiscais no Brasil, op. cit. p. 26.

19 Sobre a precariedade da estrutura de cobrança, já alertava Aldemário Araújo Castro em 2005. Ver: CASTRO, Aldemário Araújo. Artigos 201 ao 204. p. 1438. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães, LACOMBE, Rodrigo Santos Masset. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: MP, 2005.

20 No mesmo sentido: CASTRO. op. cit. p. 138.

ordinárias ou por mandado de segurança, realizando depósitos suspensivos da exigibilidade do crédito, se necessário.

Embora alguns (poucos) contribuintes em funcionamento regular possam eventualmente ser executados por dívidas (às vezes de valor elevado), a situação é, em termos de números de processos executivos, residual.

O contribuinte que tem débito inscrito em dívida ativa, por outro lado, recebera diversas cobranças da autoridade fiscal, fora comunicado da possibilidade de parcelamento, já está impedido de obter de certidões de regularidade fiscal, não mais obtém crédito bancário, não pode participar de licitações públicas. Não paga porque não pode ou porque, realmente, não quer.

Não por outra razão, aponta o IPEA para o fato de que em 36,3% (trinta e seis vírgula três por cento) das execuções da União não há citação e em outros 9,9% (nove vírgula nove por cento) a citação ocorre por edital<sup>21</sup>.

Nestes números, vale acrescentar, não estão incluídas as citações pelo correio, recebidas apenas formalmente no endereço em que a empresa funcionava, nem as citações válidas, mas ocorrida quando a empresa não estava mais em atividade.

O primeiro dos casos ocorre com muita frequência com as empresas que se encerram irregularmente, sem pagar as dívidas, abrir processo falimentar e nem mesmo informar às autoridades fiscais que não funcionava mais no endereço anteriormente informado: simplesmente “fecham as portas”. Tempos depois, quando a execução é proposta, o imóvel está ocupado por nova empresa. A citação postal dirigida a este endereço é recebida, mas por pessoa que não apresenta nenhum vínculo com a empresa devedora.

No segundo caso, a empresa é citada antes de ser encerrada, antes de entregar as chaves do imóvel que ocupava, mas o faz pouco depois, pois suas atividades já não justificam a manutenção da atividade econômica.

Não se pode esperar, pois, que a execução de crédito antigo, em geral, sem garantia, face a devedor reticente, seja tão eficaz como a execução de

---

21 BRASIL, Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA. op. cit., p. 6.

créditos novos, com garantia e contra o devedor de contratos bancários, por exemplo<sup>22</sup>.

A execução, nesse passo, funciona apenas como fechamento do sistema de cobrança, que cria no devedor a expectativa que ele será cobrado e estimula o pagamento voluntário.

Não se pode, portanto, pretender resultados expressivos do processo executivo ou condenar o modelo jurídico se não há investimento que viabilize o cumprimento da lei, se o crédito exequendo é velho e se o devedor executado for contumaz.

Em outros termos, a execução proposta contra qualquer devedor, sem a análise prévia da solvabilidade do contribuinte inadimplente, afasta qualquer possibilidade de eficácia do instituto.

### *Judiciário*

No direito brasileiro, vigora o princípio do impulso oficial, concretizado no art. 7º, da LEF, em matéria de execução fiscal. Nos termos da norma, o despacho que defere a inicial implica ordem para citação pelas sucessivas modalidades [vale dizer, primeiro por correio, com aviso de recebimento, se não requerido de outra forma (art. 8º I e II, da LEF), segundo por mandado (art. 8º, III, da LEF) e terceiro, por edital (art. 8º, III e IV, e § 1º, da LEF)], para penhora, arresto, registro da penhora ou do arresto, e avaliação dos bens penhorados ou arrestados<sup>23</sup>.

Nestes termos, frustrada a citação do contribuinte por correspondência com aviso de recebimento – AR – dirigido ao endereço informado pelo contribuinte ao Fisco – vislumbra-se hipótese de citação por mandado – e, em seguida, por edital<sup>24</sup> –, que poderá ser determinada pelo juiz, de ofício, salvo se houver razão para que o juízo ouça, antes, o credor.

22 Destaca o IPEA que em apenas 15,7% (quinze vírgula sete por cento) das execuções da PGFN há penhora, em 2,8 há leilão e em 0,3 o valor arrecadado no leilão é suficiente para quitar o crédito. Brasil, Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA. op. cit., p. 6.

23 CÂMERA, Miriam Costa Rebollo. Art. 7º, p. 159. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). *Execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

24 Importa observar que a jurisprudência citada se refere à aplicação do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, a Lei de Processo Tributário Federal. Contudo, a identidade de objeto (citação / intimação do devedor) e a similaridade das normas aplicáveis permitem, a nosso sentir, estender-se para as execuções fiscais o entendimento firmado acerca dos dispositivos do processo administrativo. A construção

O cumprimento eficaz do art. 7º, da LEF, que atende aos princípios da economia e da celeridade processuais, tem como finalidade reduzir a movimentação desnecessária de processos, e torna mais rápido e menos burocrático o trâmite das ações executivas<sup>25</sup>.

A norma é complementada pelo art. 14, da LEF<sup>26</sup>, que disciplina a atividade do oficial de justiça nas tarefas relativas a penhora e arresto de bens. O auxiliar da justiça deve entregar “contrafé e cópia do termo ou do auto de penhora ou arresto, com a ordem de registro de que trata o artigo 7º, inciso IV, no Ofício próprio, se o bem for imóvel ou a ele equiparado, na repartição competente para emissão de certificado de registro, se for veículo; e na Junta Comercial, na Bolsa de Valores, e na sociedade comercial, se forem ações, debênture, parte beneficiária, cota ou qualquer outro título, crédito ou direito societário nominativo”.

Não obstante, são frequentes a tramitação dos autos com abertura de vista para as procuradorias quando o devedor não é citado na primeira modalidade e nova tramitação quando o devedor não é citado na segunda modalidade e outras tantas movimentações quando se pretende a inclusão de corresponsáveis no polo passivo da execução. Raramente se expede mandado de citação e penhora, sem que antes a Fazenda indique bens e reiteradamente surgem discussões acerca da atribuição (do juízo ou do credor) para localizar bens penhoráveis, de requerer certidões atualizadas de bens, de anotar eventual penhora no registro competente.

Embora estes problemas possam ser combatidos por medidas processuais, notadamente os recursos, as discussões não levam à eficácia da execução fiscal, mas à sua morosidade.

O Judiciário não é agência especializada em cobrança. Suas funções primordiais são dizer o direito e zelar pelas garantias fundamentais. Dessa forma, o debate acerca das atribuições na execução fiscal pode gerar aperfeiçoamento do direito, mas dificilmente levaria efetivamente à arrecadação do crédito público.

---

hermenêutica do STJ baseia-se no dever de o contribuinte manter atualizados seus dados cadastrais, inclusive seu endereço. Como o ponto em comum entre o processo administrativo e a execução fiscal reside no fato de que os atos de citação e intimação são dirigidos para o endereço informado pelo contribuinte, a interpretação acerca dos atos processuais dirigidos a este endereço deve ser a mesma.

25 PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 111.

26 VITTA, Heraldo Garcia. Art. 14, p. 302. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). *Execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

Some-se a isso os reflexos do excesso de ações executivas, que também repercutem na atuação do juiz.

Diante destas circunstâncias, o trâmite moroso é fator que contribui para a ineficácia da execução, cabendo ao credor reduzir o volume das ações para um nível administrável e fornecer, desde a inicial, meios para localização do devedor e de seus bens, com vistas à aplicação dos art. 7º e 14, da LRF, sem a reiterada tramitação do processo para as procuradorias.

## 2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A Emenda Constitucional 19/1998, incluiu a eficiência entre os princípios da administração pública.

Alguns autores entendem tratar-se de princípio fluido de baixa juridicidade e vinculado ao princípio da legalidade<sup>27</sup>. Há quem veja na eficiência o dever de orientação das ações administrativas para a consecução do fim previsto na lei, descolando o princípio da concepção tradicional da legalidade<sup>28</sup>, para aproximá-lo do conteúdo de economicidade, no sentido de que os fins públicos devem ser alcançados da maneira menos onerosa, “mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis”<sup>29</sup>.

Segundo José Afonso da Silva:

Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados<sup>30</sup>.

27 MELLO, op. cit., p. 92.

28 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr./jul. 2000. p. 168.

29 COSTODIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 210-217, abr./jul. 1999. p. 214.

30 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 652.

Sobre tal conceituação, pouco diverge a literatura<sup>31</sup>.

No processo civil, o princípio da eficiência tem como pares a economia e eficiência processuais e efetividade do processo<sup>32</sup>, contando também com fundamento constitucional (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF/88).

Cassio Scarpinella Bueno, afirma que o princípio da economia e eficiência processuais, mais do que buscar meios menos dispendiosos, “deve ser entendido como aquele segundo o qual a atividade jurisdicional deve ser prestada sempre com vista a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços”<sup>33</sup>. A seu turno, para o mesmo autor, sobre o princípio da efetividade do processo, ligado que está à inafastabilidade da jurisdição, afirma que o “processo só pode ser efetivo desde que predisposto a externar suficiente e adequadamente seus resultados”<sup>34</sup>.

Independente da visão que se tenha do princípio, é evidente que a execução não o atende. A recuperação de 1% a 3% de um estoque quase todo ajuizado (como revelam os estudos citados) é muito pouco, mesmo se considerarmos todas as peculiaridades que dificultam a recuperação do crédito inscrito em dívida ativa.

Mas a CF exige eficiência. O que fazer?

A propositura das ações mais rapidamente poderia aumentar em alguma medida a eficiência da medida, mas provavelmente implicaria menor arrecadação na cobrança administrativa.

Simplemente equipar os órgãos de cobrança com instrumentos modernos e automatizados de investigação e pesquisa de bens não parece ser medida capaz de gerar maiores resultados, tendo em vista o volume absurdo de processos sob responsabilidade de cada profissional.

De outro lado, a multiplicação dos procuradores e juízes para fazer frente número de processos geraria um custo muito elevado, com resistências

---

31 Ver, por exemplo, MENDES, Gilmar et ali. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 834 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 83-84.

32 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 181 e seg.

33 *Ibidem*, p. 181.

34 *Ibidem*, p. 188.

e limitações políticas e orçamentárias, sem falar no encarecimento do modelo para arrecadar créditos, em parte, irrecuperáveis.

O princípio da eficiência requer “a redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez”<sup>35</sup>. Exige ainda, a nosso ver, que meios alternativos sejam utilizados, em detrimento da execução, limitando-se este mecanismo a hipóteses mais restritas, em quantitativo limitado, notadamente aqueles casos em que seja possível identificar bens do devedor antes do ajuizamento da execução e instruir a ação com a indicação destes bens.

Os meios alternativos precisam ser testados para o grande volume dos créditos. Não se pode afirmar *ex ante* que qualquer medida será eficaz. Contudo, o princípio da eficiência, cotejado com os pífios resultados da execução, exige tentativas. Não se trata de substituir um meio eficiente de cobrança, por um meio duvidoso, mas um meio comprovadamente ineficaz por outro, que pode se mostrar eficaz.

O protesto para dívidas de baixo valor tem demonstrado resultados expressivos. A medida pode ser ampliada, para que se ponha o instrumento a teste na recuperação de créditos vultosos.

Atuação intensiva nos processos falimentares, sem a propositura da execução, é outra possibilidade. O crédito inscrito não está sujeito a concurso de credores e hoje a execução é proposta contra o falido. Contudo, não se justifica a dupla cobrança judicial. Falido o devedor, a Fazenda poderia habilitar ou simplesmente apresentar seu crédito ao juízo falimentar. Decretada a falência no curso da execução, extinguir-se-ia este processo, para prosseguimento da cobrança no juízo falimentar. Não satisfeito o crédito e presentes elementos que justifiquem a cobrança dos sócios, que tenha praticado, por exemplo, crime falimentar, ajuizar-se-ia nova execução contra o responsável.

Não temos a pretensão de esgotar os meios alternativos, que não são o objeto destas reflexões. Nossa intenção dirige-se somente a mostrar a existência de outros meios de cobrança do crédito público e mostrar que é inadmissível, face o princípio da eficiência, a manutenção do modelo de execução de todos os créditos, independente de existir indícios da existência de bens dos devedores, gerando processos infundáveis e tornando

---

35 BUENO, op. cit., p. 183.

inadministrável a execução, tanto do lado das Procuradorias quanto do Judiciário, para uma recuperação do estoque inferior a 3%.

### 3 O MITO DA OBRIGATORIEDADE DA EXECUÇÃO FISCAL

A nosso ver, a eficiência da execução fiscal passa em primeiro lugar pela redução substancial das ações e pela propositura criteriosa das execuções<sup>36</sup>.

Não obstante, à exceção dos créditos de baixo valor<sup>37</sup>, vigora uma concepção de que a propositura da execução fiscal é obrigatória.

Numa rápida revisão dos modais deônticos, as condutas são permitidas, proibidas ou obrigatórias. No direito, proibido é o que a lei veda, obrigatório o que a lei impõe e permitido, o que não restar obrigatório ou proibido.

Não há, porém, qualquer norma vigente em nosso ordenamento jurídico que obrigue a propositura das execuções, como há, por exemplo,

<sup>36</sup> Não é exatamente o que já se chamou de “administração de quantidades” (CASTRO, op. cit., p. 1439). A nosso ver, não basta apenas incrementar indefinidamente a estrutura de cobrança, pois sempre haverá créditos irrecuperáveis e, a partir de um ponto ótimo, qualquer investimento em estruturas se mostrará ineficiente.

<sup>37</sup> Entende o STF que a definição do valor abaixo do qual a execução não será proposta deve ser definida pelo próprio ente federado credor, não podendo o Estado estabelecer limites para os municípios:

Tributário. Processo Civil. Execução Fiscal. Município. Valor Diminuto. Interesse De Agir. Sentença De Extinção Anulada. Aplicação Da Orientação Aos Demais Recursos Fundados Em Idêntica Controvérsia.

1. O Município é ente federado detentor de autonomia tributária, com competência legislativa plena tanto para a instituição do tributo, observado o art. 150, I, da Constituição, como para eventuais desonerações, nos termos do art. 150, § 6º, da Constituição.

2. As normas comuns a todas as esferas restringem-se aos princípios constitucionais tributários, às limitações ao poder de tributar e às normas gerais de direito tributário estabelecidas por lei complementar.

3. A Lei nº 4.468/84 do Estado de São Paulo - que autoriza a não-inscrição em dívida ativa e o não-ajuizamento de débitos de pequeno valor - não pode ser aplicada a Município, não servindo de fundamento para a extinção das execuções fiscais que promova, sob pena de violação à sua competência tributária.

4. Não é dado aos entes políticos valerem-se de sanções políticas contra os contribuintes inadimplentes, cabendo-lhes, isto sim, proceder ao lançamento, inscrição e cobrança judicial de seus créditos, de modo que o interesse processual para o ajuizamento de execução está presente.

5. Negar ao Município a possibilidade de executar seus créditos de pequeno valor sob o fundamento da falta de interesse econômico viola o direito de acesso à justiça. 6. Sentença de extinção anulada.

7. Orientação a ser aplicada aos recursos idênticos, conforme o disposto no art. 543-B, § 3º, do CPC.

(STF; Tribunal Pleno; RE 591.033 / SP; Ministra Ellen Grace; DJe de 25/02/2011)

obrigatoriedade da constituição do crédito tributário pela autoridade fiscal, a teor do art. 142, parágrafo único, do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o 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 cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Nem mesmo na disciplina da dívida ativa, pelos art. 201 e seg., do CTN e pelos artigos iniciais da LEF, se encontra norma de caráter obrigatório da propositura da ação, senão normas de caráter procedimental. Assim, uma primeira análise aponta para o caráter facultativo da execução.

Há possibilidade de se interpretar a contrário senso o art. 53 c/c art. 54, ambos da Lei 8.212/1991, e assim aferir a obrigatoriedade da propositura das execuções. Vejamos os dispositivos:

Art. 53. Na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exeqüente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor.

[...]

Art. 54. Os órgãos competentes estabelecerão critério para a dispensa de constituição ou exigência de crédito de valor inferior ao custo dessa medida.

A literatura especializada, embora trace comentários de grande utilidade, não abordam propriamente o tema da obrigatoriedade de propositura da execução<sup>38</sup>.

38 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. Florianópolis: Conceito, 2007, p. 359 e seg.; HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 391. MARTINEZ, Wladimir Noavaes. *Comentários à lei básica da previdência social*. São Paulo: LTr, 2003, p. 665-668, comentando os dispositivos ou a execução, não afirmam ser a propositura da execução obrigatória ou facultativa. VELLOSO, Andrei Pitten et ali. *Comentários à Lei de Custeio da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 327 a 331. Registra a existência de dispensa de execução, por valor da dívida.

A interpretação poderia ser construída no sentido de que a norma prevê hipótese excepcional de dispensa da execução e, fora dela, haveria obrigatoriedade.

Não obstante, esta exegese nos parece longe da mais acertada. A Lei 8.212/1991 se dirige apenas à União (lei federal), enquanto a execução fiscal é regida por lei processual de caráter nacional, aplicada a todas as esferas públicas; o art. 54 da lei não menciona a execução judicial, mas a constituição e exigência do crédito; e ainda que se vislumbrasse autorização para excepcionar a cobrança, apresentaria apenas dispensa pelo critério do custo, dirigida a órgãos administrativos. Não há, pois, força no raciocínio a contrário senso, para se deduzir, a partir das normas em apreço, que a execução fiscal seja medida obrigatória.

O argumento mais forte a favor da obrigatoriedade da execução fiscal não é o texto das leis, mas o princípio da indisponibilidade do interesse público. O princípio, porém, determina a cobrança dos créditos públicos, mas não estabelece a forma e os meios da cobrança, que podem seguir quaisquer procedimentos legais. Não há, pois, ainda pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, obrigatoriedade inderrogável da propositura da execução de quaisquer créditos.

Parece-nos que o princípio da eficiência da administração pública impõe, com força maior que a indisponibilidade do crédito público, não sejam propostas tantas execuções, diante da ineficácia do método para a cobrança em larga escala de créditos de recuperabilidade duvidosa.

Os critérios de seleção dos créditos a serem cobrados judicialmente e os métodos alternativos de cobrança escapam do objetivo deste trabalho. Estes temas, contudo, encontram-se no âmbito da identificação do executivo fiscal como meio facultativo, não obrigatório da cobrança dos créditos públicos.

De mais a mais, também a indisponibilidade do interesse público não pode levar a execução fiscal “a todo custo”, pois a atitude irrefletida pode levar a uma contradição em seus próprios termos. É dizer, em função da indisponibilidade do interesse público, a União poderia chegar a gastar mais do que arrecadar com execuções fiscais inúteis e impedir o melhor aproveitamento do instrumento na cobrança de créditos recuperáveis.

Ao revés, parece-nos que a indisponibilidade do interesse público deve caminhar lado a lado com o princípio da eficiência e, sem determinar

a obrigatoriedade desse ou daquele meio de cobrança, impor o melhor conjunto de meios, para a satisfação eficiente do maior volume possível de crédito.

Esta a nossa opinião: a execução fiscal não é obrigatória e o Estado deve buscar meios alternativos de cobrança do crédito público, reservando a via judicial apenas para os créditos mais elevados, com possibilidade de recuperação, o que somente se mostra possível com a análise prévia do devedor (ou dos devedores, em caso de sucessão, responsabilidade de terceiros e grupos econômicos), e de sua solvabilidade.

#### 4 MEDIDAS COMPLEMENTARES

No decorrer deste texto apontamos as principais causas da ineficiência da execução fiscal, com destaque para o volume inadmissível de processos executivos. Contudo, além da redução do número de processos, com o ajuizamento criterioso das execuções, devidamente instruídas, algumas outras medidas podem surtir efeitos positivos, sejam medidas baseadas nas leis existentes, sejam outras dependentes de inovações legislativas<sup>39</sup>.

##### *Seleção dos créditos ajuizáveis*

A primeira delas, bastante conexa com a inexistência de obrigatoriedade na propositura da execução fiscal é a atribuição, à Procuradoria, da tarefa de definir, a partir da classificação do crédito, de seu valor e de sua possibilidade de recuperação, quais execuções serão propostas.

Os cortes lineares de valor, principalmente aqueles baseados no valor consolidado (atualizado) da dívida, podem ser utilizados como critérios mínimos, mas não determinantes, pois apresentam vários inconvenientes.

Como o valor do débito é corrigido, mais cedo ou mais tarde seu valor pode atingir o limite de ajuizamento, resultando na proposta da

39 Deixamos de abordar o protesto da dívida ativa, por ser notório que a medida vem apresentando resultados expressivos. Ademais, o protesto da dívida ativa foi constitucional pelo STF, que fixou a seguinte tese: "O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política" (STF, ADI 5.135/DF, Min. Roberto Barroso, decisão pendente de publicação, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)). Embora tenha sido objeto de críticas (vide a propositura da ADI), o protesto também conta com manifestações favoráveis na literatura especializada. Veja-se, por exemplo: CARVALHO, Daniel Melo Nunes de. Protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa. In: *RFDT*. a. 8, n. 4. mar./abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

execução. A consequência, portanto, é a cobrança judicial de crédito mais antigo e, portanto, de menor recuperabilidade.

A definição de valor original mínimo é certamente melhor que o critério do valor atualizado, mas apresenta como defeito criar a certeza para o contribuinte que a cobrança não será ajuizada, e anular a função de estímulo ao pagamento voluntário, proporcionado pela execução fiscal.

A atuação do Procurador da Fazenda, com critérios e, portanto, com responsabilidade – mas com liberdade – mantém controle quantitativo e qualitativo das execuções fiscais, sem reduzir o efeito indireto de estímulo ao pagamento voluntário da medida processual.

É certo que a providência demanda organização administrativa, pois envolve a definição de critérios orientadores da seleção dos créditos ajuizáveis e o controle administrativo do procedimento, para evitar erros e salvaguardar responsabilidades.

#### *Responsabilização prévia dos sócios*

Outra medida de elevada importância é a responsabilização dos sócios antes da propositura da execução. Hoje, muitos processos são ajuizados contra empresas falidas, inativas e liquidadas irregularmente. Com isso, surge no curso do processo a necessidade de configurar a responsabilidade dos sócios no curso da execução, tornando o processo moroso. O procedimento de responsabilização a posteriori também tende a ser menos eficaz, pois o sócio ou ex-sócio mal-intencionado pode estar avisado da cobrança e se desfazer de seus bens.

Assim, é crucial que a execução seja proposta contra o devedor principal e os co-responsáveis já identificáveis, preferencialmente para citação simultânea<sup>40</sup>, reservando para o curso do processo executivo apenas a responsabilização de terceiros decorrentes de hipóteses ocorridas após proposta a execução.

Para tanto, a Procuradoria deve, incidentalmente no processo de inscrição, apurar a responsabilidade dos sócios, administradores e terceiros, com fundamento nos documentos que instruem a constituição do crédito,

---

<sup>40</sup> A citação simultânea pode gerar discussões acerca da responsabilidade subsidiária, razão pela qual é necessário o enfrentamento prévio das questões relativas aos art. 124, 134 e 135, do CTN, na fase administrativa.

realizando, se necessário, medidas administrativas para configurar a hipótese de responsabilidade<sup>41</sup>.

Se o procedimento recomendar, vislumbra-se a possibilidade de abertura de processo administrativo contra o responsável, com possibilidade de defesa. Neste caso, fundamental a propositura de ação cautelar fiscal, para evitar a dilapidação patrimonial.

### *Cautelar fiscal*

A cautelar fiscal é outro instrumento útil à eficácia da execução fiscal<sup>42</sup> e da proteção do patrimônio público<sup>43</sup>, contudo pouco utilizado.

O instituto previsto pela Lei 8.387/1992 visa tornar indisponíveis os bens de devedores da Fazenda, mesmo que o crédito ainda não esteja formalmente constituído, cabível nas hipóteses em que há risco de inadimplência da obrigação<sup>44</sup>.

Vale mencionar as palavras de Carlos Henrique Abrão:

Veio à baila, aos 6 de janeiro de 1992, uma nova figura enraizada naquela determinação incontida do Estado de sepultar definitivamente quaisquer condutas desviantes, a ponto de introduzir medida cautelar fiscal, cujo escopo fundamental é de permitir que o Fisco se acautele de molde a preservar a eficácia da execução fiscal e, conseqüentemente, encontrar na posse do devedor um patrimônio que possa responder satisfatoriamente à natureza da dívida<sup>45</sup>.

Embora a cautelar assegure o pagamento da dívida, sua utilização é incompatível com elevados volumes de processos, pois a configuração de suas hipóteses não é tarefa simples. Em outros termos, a cautelar fiscal também não é instrumento para cobrança do crédito público em massa,

41 O que exige atuação conjunta das procuradorias e da administração fazendária, bem como a existência carreiras de apoio nas procuradorias, com profissionais que possam realizar diligências.

42 Registradas opiniões de descrença no instituto. Como afirma Ricardo Lobo Torres: "Duvida-se do efeito positivo da medida, tanto mais que a proteção do crédito tributário já se fazia pelo arresto". TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 352.

43 CAMPOS, Dejalma de. *Direito processual tributário*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 81-82.

44 CUNHA, José Carneiro da Cunha. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 211.

45 ABRÃO, Carlos Henrique. *Da ação cautelar fiscal e o depositário infiel*. São Paulo: LEUD, 1995. p. 15.

tendo em vista a restrição das hipóteses legais de seu cabimento e seus requisitos (art. 2º e 3º, da Lei 8.397/1992).

*Acesso a informação sobre bens*

A execução fiscal instruída, com ou sem a cautelar, tende a elevar a eficácia da execução fiscal<sup>46/47</sup>. Mas instruída com o que?

É preciso indicar ao juízo os bens a serem penhorados, no caso de não pagamento voluntário da obrigação.

Para tanto, é preciso ter acesso aos bens dos devedores, tarefa por vezes mais complicada do que se pode imaginar, no mundo informatizado.

A União possui acesso à declaração de bens apresentada com a DIRPF, informações sobre movimentações financeiras, sobre transações imobiliárias e outras, decorrentes de leis específicas. Estados e Municípios têm acesso a informações mais limitadas, distorção que deve ser equacionada, pela medida legislativa cabível.

Contudo, tais informações nem sempre são corretas, fidedignas e atualizadas. Ademais, há informações a que os entes da administração não têm acesso.

É fundamental que as procuradorias tenham acesso imediato aos principais bens, como registros de imóveis, aeronaves e embarcações. Para tanto, a lei poderia estabelecer a obrigação destes registros de manter sistema informatizado atualizado, disponível eletronicamente para o agente público, que ficaria responsabilizado por eventual uso indevido da informação.

---

46 Não defendemos aqui a chamada “execução fiscal administrativa”, objeto de diversos projetos de lei, desde a década de 1990 (Melo, ob. cit., p. 115-116). Embora concordemos com o autor acerca da constitucionalidade da medida, desde que respeitada a inafastabilidade do Judiciário, tais propostas enfrentariam resistência de parcela da sociedade (também citadas pelo autor), constituiria um retrocesso no controle judicial em tempo real da execução fiscal, constituindo injustificada discriminação face a execução de título extrajudicial do particular e, principalmente, transferiria para a Administração os mesmos obstáculos encontrados pelo Judiciário, sem a transferência da correspondente estrutura, que este Poder já possui.

47 Também opina pela constitucionalidade da execução fiscal administrativa, em profícua argumentação, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. Ver. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A reforma processual tributária e o debate em torno da nova lei de execução fiscal. In: *RFDT*. a. 8, n. 47, set./out. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Reiteramos, porém, nossas críticas ao potencial de eficiência deste radical rompimento com a tradição brasileira de cobrança judicial do crédito público.

Além do acesso aos registros de bens materiais, é importante que a administração tenha acesso à informação acerca de saldos em aplicações financeiras dos devedores, hoje restrito ao Poder Judiciário.

O dinheiro, inclusive depositado em instituições financeiras, é o primeiro bem na lista de bens penhoráveis tanto do art. 11, da Lei 8.630/80 quanto dos art. 655 e 655-A, do CPC (art. 835, do Novo CPC, Lei 13.105/2015) e deve ser o objeto preferencial de constrição, de acordo com a jurisprudência do STJ<sup>48</sup>.

É fato que tal medida seria polêmica, a exemplo do que ocorre com os art. 5º e 6º, da LC 105/2001<sup>49</sup>, embora não se utilize do expediente para constituir créditos novos, um dos principais temores dos contribuintes, mas somente recuperar o crédito não pago.

Ademais do óbvio, há razões de eficiência, inclusive para o não ajuizamento de ações, no acesso a tal informação. Havendo saldo, este será o primeiro na indicação da execução instruída. De outro lado, na hipótese de não se encontrar nenhum bem material dos devedores, a execução seria evitada se a administração soubesse, antecipadamente, que também não há saldo em aplicações financeiras do executado. De outro lado, a execução (no caso de não serem localizados bens materiais) seria proposta apenas para a verificação judicial da existência de dinheiro em instituições financeiras.

Embora de difícil aprovação, a medida contribuiria para aprimorar a execução fiscal.

## 5 CONCLUSÕES

A execução fiscal, embora seja considerada um privilégio pela literatura processualista, em função de suas diferenças para o rito ordinário da execução do Código de Processo Civil, não tem se mostrado instrumento eficiente para a recuperação do crédito público.

---

48 Ver STJ, CE, REsp 1.112.943/MA, Ministra Nancy Andrighi, DJe de 23/11/2010; STJ, T1, AgRg no REsp 879.487/RS, Ministra Denise Arruda, DJ de 07/02/2008; e STJ, T2, AgRg no REsp 1.073.899/BA, Ministro Humberto Martins, DJe de 18/12/2008.

49 Ver STF, Tribunal Pleno, Inq 2.593 AgR/DF, Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 15/2/2011; e STF, Tribunal Pleno, RE 389.808/PR, Min. Marco Aurélio, DJe de 10/5/2011, embora o Tribunal tenha julgado constitucionais as normas no RE 601.314 RG/SP.

As explicações para esta ineficiência são muitas: o processo de constituição do crédito é lento e a fase de cobrança administrativa é longa, de modo que o processo judicial de cobrança é proposto tardiamente, quando muitos devedores não mais existem ou não possuem mais bens para satisfazer a obrigação.

As procuradorias, responsáveis pela execução fiscal nem sempre são devidamente aparelhadas e o Judiciário, não raro, é mais apto a dizer o direito, de resto sua função primordial, que a atuar como agente de cobrança.

Fundamentalmente, a execução fiscal encontra-se emperrada pelo excesso de processos, a maioria deles incapazes de promover a recuperação do crédito, obrigando as procuradorias e o Judiciário a atuar de maneira formal e automatizada, focados nos procedimentos processuais e impedidos de dar tratamento individualizado a créditos passíveis de satisfação.

O modelo precisa ser alterado. Meios alternativos, mais baratos e mais propensos à recuperação de créditos em massa, precisam ser utilizados, reservando-se a execução fiscal para créditos de maior valor, quando se identificam os devedores e seus bens, antes da propositura da ação.

Para tanto, são necessárias medidas administrativas de depuração, seleção e classificação do crédito que será objeto de cobrança judicial, devidamente instruída (com a indicação de todos os devedores e de seus bens). O ajuizamento indiscriminado das execuções, independente do valor do crédito e da solvabilidade do devedor, atentam contra o princípio da eficiência.

Embora algumas medidas legais sejam desejáveis, o principal é uma mudança de paradigma: a execução fiscal não é obrigatória.

Obrigatória é a cobrança do crédito, pelos meios disponíveis, pelos meios mais adequados, não a execução de qualquer crédito, gerando uma arrecadação que raramente supera 1% do estoque da dívida.

A execução somente é obrigatória quando apresenta elementos mínimos que indiquem possibilidade de resultado, o que, por sua vez, somente é possível quando o crédito é prévia e zelosamente trabalhado.

O mito da obrigatoriedade da execução fiscal é falso, precisa cair.

## REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. *Da ação cautelar fiscal e o depositário infiel*. São Paulo: LEUD, 1995.
- Brasil. Ministério da Justiça. *Estudos sobre execuções fiscais no Brasil*, p. 26. Disponível em: [http://www.cebepej.org.br/pdf/execucoes\\_fiscais.pdf](http://www.cebepej.org.br/pdf/execucoes_fiscais.pdf). Acesso em: 5 jul. 2011.
- Brasil, Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. Comunicado 127, de 4 de jan. 2012. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103\\_comunicado\\_ipea127.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicado_ipea127.pdf)>. Acesso em: 6 set. 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAMPOS, Dejalma de. *Direito processual tributário*. São Paulo: Atlas, 2004.
- CÂMERA, Miriam Costa Rebollo. Art. 4º. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. Art. 7º. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). *Execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães. *Execução Fiscal e Efetividade: Análise do modelo brasileiro à luz do sistema português*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CARVALHO, Daniel Melo Nunes de. Protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa. In: *RFDT*. a. 8, n. 4. mar./abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- CASTRO, Aldemário Araújo. Artigos 201 ao 204. PEIXOTO, Marcelo Magalhães, LACOMBE, Rodrigo Santos Masset. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: MP, 2005.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de., LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. Florianópolis: Conceito, 2007.
- CUNHA, José Carneiro da Cunha. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2007.

- COSTODIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 27, p. 210-217, abr./jul. 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr./jul. 2000.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A reforma processual tributária e o debate em torno da nova lei de execução fiscal. *RFDT*. a. 8, n. 47, set/out. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MARTINEZ, Wladimir Noavaes. *Comentários à lei básica da previdência social*. São Paulo: LTr, 2003.
- MARTINS, Marcelo Guerra. Deficiência da cobrança fiscal no Brasil como estímulo à sonegação: falhas e sugestões de melhoria do modelo em vigor. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. n. 61. Belo Horizonte, jul./dez. 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELO, Carlos Francisco Lopes. Execução fiscal administrativa à luz da Constituição Federal. *Revista da AGU*. a. 11, n. 31. Brasília, jan./mar. 2012.
- MENDES, Gilmar et ali. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3*. São Paulo: RT, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98*. São Paulo: Atlas, 1999.
- PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

- PELISSARI, Darcy Henrique Rocha. Abordagem histórico-evolutiva. In: JENIER, Carlos Augusto (Coord.). *Execução fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SOUZA, Maria Helena Rau de. Art. 2º. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- TEORORO JR., Humberto. *Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VELLOSO, Andrei Pitten et ali. *Comentários à Lei de Custeio da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- VILLEGAS, Hector. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributário*. Buenos Aires: Astrea, 2005.
- VITTA, Heraldo Garcia. Art. 14. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Execução fiscal* o Paulo: Saraiva, 1998.



RECEBIDO EM: 27/02/2017

APROVADO EM: 19/06/2017

# DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE NA ATUAÇÃO BUROCRÁTICA

*DEMOCRACY AND LEGITIMACY IN THE BUREAUCRATIC ACTION*

*Paulo Valdemar da Silva Balbé*

*Mestre em Direito pelo IMED-RS. Professor das disciplinas de Direito Empresarial e Direito Tributário nas Faculdades João Paulo II -Passo Fundo/RS. Procurador da Fazenda Nacional.*

*Salete Oro Boff*

*Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina . Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Professora do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da IMED.*

*Professora do IESA.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ideia de Estado Moderno. Principais características; 2 A burocracia e sua relação com o “Estado”. Interferências, influências e limites de atuação; 3 Democracia. Representação e participação popular na execução das funções administrativas;

4 Atividade burocrática e regulamentação. Tensão entre legalidade e legitimidade; 5 O uso da tecnologia e sua contribuição para a participação democrática na seara administrativa; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** No presente artigo explora-se a viabilidade do implemento de ferramentas de participação democrática nas estruturas e procedimentos da burocracia estatal. Para esse propósito realiza-se uma abordagem acerca dos fundamentos e do modo de exercício do poder no Estado Democrático de Direito, à luz das categorias “Estado” e “burocracia”, desenvolvidas por Max Weber, e da ideia de legitimidade procedimental do Estado, defendida por Jürgen Habermas. Questiona-se em que medida “Estado” e “Governo” podem convergir no aparato burocrático, especialmente mediante a viabilidade do incremento de participação popular nos atos praticados pela Administração, mediante utilização das Tecnologias de Informação e Comunicação. Utiliza-se o método dialético e os procedimentos histórico e funcionalista e técnica de pesquisa bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Moderno. Poder. Burocracia. Legitimidade. Democracia.

**ABSTRACT:** the present article explores the feasibility of implementing democratic participation tools in structures and procedures of state bureaucracy. For this purpose, the fundamentals and the way of exercising power in the Democratic Rule-of-Law State are addressed, in light of the categories of “State” and “bureaucracy” developed by Max Weber and the idea of procedural State legitimacy defended by Jürgen Habermas. The work questions to what extent “State” and “Government” may converge in the bureaucratic apparatus, especially by the feasibility of implementing popular participation in the acts practiced by the Administration, using Information and Communication Technologies. The dialectical method is used, as well as historic and functionalist procedures and bibliographic research technique

**KEYWORDS:** Modern State. Power. Bureaucracy. Legitimacy. Democracy.

## INTRODUÇÃO

As relações entre o Estado e os cidadãos usualmente são pautadas pela dificuldade de compreensão, antagonismos e niilismo. Essa prerrogativa não é recente, dado que a tensão entre a liberdade individual e a observância às ordens do Soberano já eram desde a Idade antiga objeto de estudo pelos filósofos clássicos.

O que mudou foi o grau de complexidade, de sofisticação, de refinamento teórico utilizado para a justificativa do poder. É possível arriscar que o acréscimo dessa exigência de justificação, de legitimidade, atingiu um ponto crítico com o Estado Moderno, mormente o Estado de Direito, cujos fundamentos finalidades e limites repousam no estatuto normativo.

Inerente ao Estado Moderno, a burocracia, tomada em uma acepção ampla, consiste em uma ferramenta imprescindível para a consecução dos fins do Estado. No processo de discussão, regulamentação e execução dos atos normativos, assim como na prática diuturna da miríade de situações que demandam a atuação estatal, incontáveis atos administrativos são praticados, grande parte por agentes públicos.

Apesar da crescente utilização de meios automáticos informatizados, ainda não se chegou à esperada (ou temida) substituição das relações tensas entre administrados e agentes públicos, estes retratados amiúde pela literatura como taciturnas figuras atrás de balcões de repartições públicas.

Para a compreensão das relações de poder entre Estado, burocracia e cidadãos é valioso o estudo de Max Weber, sobretudo o desenvolvimento das categorias de dominação legítima trabalhadas em alguns de seus livros. Percebe-se que a burocracia, no exercício do poder, tende a sofrer influência e ser utilizada como instrumento de dominação.

Em razão dos anseios do regime democrático, decorrente da soberania popular, surge a importância em perquirir se no funcionamento da máquina burocrática, na execução das atividades administrativas estatais, há espaço ou não para o exercício da participação democrática dos cidadãos. E se existe essa possibilidade, como conciliá-la com o controle de legalidade, também exercido pela via jurisdicional? Como instituí-la?

Trabalha-se com a hipótese de viabilidade do exercício do controle de legitimidade, mediante participação popular, sobre os atos administrativos normativos, na parte em que possam instituir, ainda que reflexamente, obrigações e procedimentos, acarretando prejuízos ou empecilhos, de modo não razoável, aos cidadãos.

O artigo inicia com uma revisão dos principais estudos que contribuíram para a construção teórica do Estado Moderno, com ênfase no trabalho de Thomas Hobbes e no desenvolvimento do processo de legitimação do poder com base nas normas e estatutos jurídicos. Busca-se, em seguida, com referencial em Max Weber, definir a burocracia e seu surgimento, bem como compreender as relações existentes entre o poder político, Estado e administração burocrática, sobretudo quanto ao tema do controle de legalidade.

A terceira parte do trabalho dedica-se à análise da democracia e à sua definição, como regime de governo e, especialmente sua perspectiva procedimental. São trabalhadas as concepções republicanas e liberais em relação à legitimidade do poder, resultando na conclusão pela possibilidade de aferição da legitimidade nos atos administrativos regulamentares. O trabalho segue com a identificação das categorias de agentes públicos, sob a ótica de Weber, descrevendo a amplitude de suas funções em relação aos atos normativos regulamentares. No mesmo tópico estuda-se a hipótese de controle da legalidade, seus limites e deficiências e conclui-se pela necessidade de criação de mecanismos alternativos para o exercício da participação popular, como forma complementar de controle da legitimidade na seara administrativa.

Na quinta parte realiza-se a definição das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC's), seu uso pelo Estado e sua relação com o incremento do processo democrático. No desfecho do artigo confirmam-se as hipóteses inicialmente desenvolvidas, concluindo-se pela viabilidade de utilização das TIC's para o controle de legitimidade dos atos produzidos pela estrutura burocrática estatal.

Para a abordagem do tema utiliza-se o método dialético, sobretudo consideradas as contradições e evolução histórica dos institutos e categorias tratados. Utiliza-se, no desenvolvimento do trabalho, os procedimentos histórico e funcionalista, mediante revisão bibliográfica de livros e artigos relacionados ao objeto do estudo.

## 1 A IDEIA DE ESTADO MODERNO. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Estado é uma categoria trabalhada nas ciências sociais aplicadas que possui várias definições, dependendo das diversas bases teóricas e, principalmente, da análise do contexto histórico e geográfico, pois sempre estará relacionado com as aglomerações populacionais humanas.

O termo reveste-se de ampla margem de interpretação, sendo esse o motivo pelo qual muitos dos estudiosos o tem substituído pela expressão “sistema político”, supostamente mais neutro, pois não carregado de conotações tradicionais ambivalentes<sup>1</sup>.

Uma possível definição ampla de Estado seria essa: Estado é um ente abstrato cuja fundamentação ontológica encontra-se na crença metafísica ou na convenção dos indivíduos. Congrega vários sujeitos dentro um espaço territorial delimitado, possibilitando uma organização das relações sociais mediante a observância de normas (jurídicas, éticas) ou padrões culturais convencionados ou impostos (porém aceitos ou tolerados), garantidos coercitivamente por estruturas complexas.

Acresça-se a essa definição o exercício da soberania, definida como a capacidade exclusiva de exercer a força para a garantia da obediência de seus comandos pelos seus súditos. Especialmente nessa característica, Weber elabora seu conceito de Estado, qualificando-o como “detentor do monopólio da coação física legítima”<sup>2</sup>.

Contudo, para o desenvolvimento do tema proposto – que não tem como objeto a ampla compreensão histórica do termo, mas sim os reflexos do funcionamento dessa categoria no período mais recente – a abordagem da análise permanecerá restrita à definição de “Estado Moderno”.

As características mais marcantes do Estado Moderno foram originariamente idealizadas por Thomas Hobbes (1588-1679) ao romper com os fundamentos metafísicos do poder. Outrora sustentado na ideia de uma “vontade divina”, a origem do Estado passou a ser explicada a partir do pacto dos indivíduos situados em um “estado de natureza” ou “estado de guerra” (ou, melhor dizendo, de insegurança generalizada).

---

1 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*; por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 76.

2 WEBER, Max. *Ciência e política, duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 56.

Os indivíduos, considerados como iguais (e aptos a realizarem trocas comerciais), tem sua liberdade limitada à vontade do Soberano, sobrando pouco ou quase nada de natureza irrevogável ou indisponível, à exceção de seu próprio direito à vida. Nesse sentido são as qualidades distintivas do Estado, nas palavras de Hobbes<sup>3</sup>:

Todos devem submeter suas vontades à vontade do representante e suas decisões à sua decisão. Isso é mais do que o consentimento ou concórdia, pois resume-se numa verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: “Cedo e transfiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de que transfiras a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas.

Na visão de Hobbes, a figura do Soberano se identifica com a de seus representantes (indivíduo ou parlamento), de modo que o absolutismo presente na sua teoria não admite a possibilidade de revogação ou destituição do poder, pois a soberania é absoluta.

Embora também partam da ideia de uma convenção dos indivíduos para a saída do “estado de natureza” (e daí sua classificação como ‘contratualistas’), John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778) divergem em aspectos fundamentais da teoria de Hobbes, sobretudo quanto à possibilidade de destituição dos representantes quando esses não mais cumpram com os interesses do Soberano.

Ainda que Hobbes também confie a organização dos indivíduos à lei, a elaboração dos atos normativos incumbe ao Soberano, que também é o representante (indivíduo ou assembleia) dotado de poderes absolutos. A legitimidade do Estado está assentada, em última análise, na pessoa do Soberano.

Em linha diversa, Rousseau admite a limitação do exercício do poder, pois a lei é elaborada pelos legisladores escolhidos pelo Soberano que, enquanto corpo político constituído pelos próprios aderentes ao contrato social, é o próprio povo. Portanto, na hipótese de os administradores violarem o estabelecido na lei, estariam atentando contra a própria soberania

---

3 HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 130.

(inalienável e intransferível). Um governo nesses moldes seria sempre provisório porque não possuiria base contratual e, com maior razão, não figuraria como titular da soberania. A consequência nesse caso seria a destituição do governo usurpador.

Em período anterior, quando ainda hegemônica a crença na origem divina do poder, Maquiavel (1469-1527) trouxe importante contribuição para o desenvolvimento da doutrina da razão do estado, demonstrando pela primeira vez a ruptura entre a atuação política e a ação moral (pautada pela religião) e, por conseguinte, deixando à margem de dúvidas de que o critério ético do soberano, conquanto aparentemente deva mostrar o oposto, é pautado pela relação entre os meios e os fins e não necessariamente pela avaliação moral das consequências de seus atos<sup>4</sup>. Aparece a contradição entre as duas categorias posteriormente trabalhadas por Weber: ética de responsabilidade e ética de convicção<sup>5</sup>.

Conquanto já no século XIII os movimentos constitucionalistas buscassem meios para a limitação do poder estatal, ainda não existiam bases teóricas robustas que possibilitassem condicionar a atuação do Soberano às normas elaboradas pelo povo. Seja pela força da doutrina da fé cristã ou pela crença nos direitos naturais, o soberano persistia como centro da autoridade. Em outras palavras: dele emanavam as normas, que deveriam ser observadas pelos súditos.

No Estado Constitucional Moderno, pautado pela autoridade da lei (erigida como instrumento apto a legitimar sua própria existência), os jogos de forças, as disputas pelo poder, são travadas segundo as regras e procedimentos adrede definidos. A obediência ao resultado desses procedimentos, ou seja, a consagração de um novo líder, se deve a fatores diversos, mas caracteriza, sobretudo, uma forma de dominação. Dentre esses fatores destaca-se especialmente a dominação resultante do carisma dos “demagogos” ou políticos profissionais<sup>6</sup>.

O processo de racionalização viabilizou um novo fundamento de legitimidade do Estado Moderno, para além do pacto originariamente imaginado: a lei. É a norma que passa a justificar o uso da força, estabelecendo a organização dos fatores sociais. Portanto, a legitimidade

4 MACHIAVELLI, Nicoló di Bernardo dei. *O príncipe*. Porto Alegre: LPM, 2006. p. 84-87.

5 WEBER, Max. *Ciência e política, duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 113-116.

6 *Ibidem*, p. 89.

é bifronte, pois se aplica tanto no âmbito interno – servindo de alicerce para a própria existência do Estado, conferindo-lhe estrutura e meios de regulação – como também passa a ser um reflexo da autoridade estatal (soberania).

A violência, sob o aspecto material, consubstanciada no temor do indivíduo que poderia sofrer uma morte abrupta em um estado de insegurança generalizado – outrora presente no estado de natureza – foi gradualmente substituída pela violência arbitrária, monopolizada pelo soberano e, mais tarde, pela violência institucionalizada, pulverizada na estrutura do Estado.

Desponta nesse contexto a norma como fundamento de legitimidade do poder, adquirindo importância a ponto de integrar a própria definição do Estado Moderno, o Estado de Direito, daí a concepção atual de Estado como “ordem jurídica”.

Constata-se em Kelsen a tentativa de aprimorar essa racionalidade na busca de uma abstração fundante, a norma fundamental, buscando retirar do Estado quaisquer resquícios de legitimação metafísica. Admissível supor que Kelsen tenha buscado em Weber o fundamento de legitimidade no procedimento<sup>7</sup>.

Portanto, na perspectiva teórica contemporânea o conceito de soberania equivale ao poder de fazer leis, poder este limitado à observância de uma norma superior (Constituição), na qual estão compreendidos a ideia de democracia e de direitos fundamentais, fator que contribuiu para o surgimento da categoria do “sujeito de direito”<sup>8</sup>.

## 2 A BUROCRACIA E SUA RELAÇÃO COM O “ESTADO”. INTERFERÊNCIAS, INFLUÊNCIAS E LIMITES DE ATUAÇÃO

Para Weber, o exercício do poder ocorre sob a forma de dominação, definida como a “*possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria*”<sup>9</sup>. Na seara pública, ou seja, no que importa ao poder estatal, a

7 CELLA, José Renato Graziero. A crítica de Habermas à ideia de legitimidade em Weber e Kelsen. In: *XXII Congresso Mundial de Filosofia del Derecho y Filosofía Social*. Granada-Espanha, 24-29 maio 2005. Disponível em: <<http://www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf>>

8 COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao Direito*. São Paulo: Manole, 2004. p. 235-236.

9 WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Universidade de Brasília: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 188.

dominação é exercida por uma autoridade e fundamenta-se no dever de obediência<sup>10</sup>. Naturalmente, a obediência não decorre exclusivamente da condição de sujeição do cidadão ao poder do Estado, mas também na crença na legitimidade do poder.

Inicialmente o exercício do poder estatal era confiado a particulares que atuavam em condições semelhantes a mandatários, cumprindo com a função de prover o mínimo de ordem, garantindo a obediência dos súditos, em âmbitos locais. Os detentores de tal poder de mando eram escolhidos segundo convicções pessoais do soberano e se valiam de meios de produção próprios. Essa era a característica da administração feudal<sup>11</sup>.

A administração pública moderna em Estados desenvolvidos ocorre de forma diversa, posto que, como visto anteriormente, o lastro de legitimidade do Estado Democrático de Direito Moderno reside na racionalização do poder sob a forma de estatutos ou procedimentos ou, sintetizando, na norma. Aliada às normas e estatutos está a exigência de que seus conteúdos decorram do exercício da soberania do povo, mediante participação, direta ou indireta, no processo legislativo.

Uma das consequências do surgimento dos Estados modernos foi a necessidade de um grande e sofisticado aparato administrativo, necessário para conferir efetividade ao plexo de normas criadas com a finalidade de promover a abrangência do poder estatal sob os mais diversos aspectos da sociedade. A dominação exige a administração e, logicamente, esta pressupõe aquela<sup>12</sup>.

A criação de estruturas administrativas, também legitimadas pela lei, com seus respectivos estatutos e procedimentos, tornou necessária a existência de um corpo de sujeitos também destinados a dar vida e plena funcionalidade à “máquina estatal”. Nesse contexto surge a concepção de burocracia moderna.

Característico da burocracia é o elevado conhecimento técnico, o alto índice de especialização voltado ao exercício de um limitado poder de

---

10 WEBER, op. cit., p. 188.

11 op. cit., p. 207.

12 WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Universidade de Brasília: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 193.

mando (autoridade<sup>13</sup>) – consubstanciado na faculdade de dar ordens e definir normas coercitivas – que lhe foi conferido pela estrutura. Tais qualidades são corolários da exigência de racionalidade nos trâmites administrativos e, sobretudo, de celeridade e eficácia.

Resulta desse conjunto (conhecimento técnico especializado, objetividade, racionalidade) a característica impessoal da burocracia. Assim expõe Weber<sup>14</sup>:

A burocracia em seu desenvolvimento pleno encontra-se, também, num sentido específico, sob o princípio *sine ira ac studio*. Ela desenvolve sua peculiaridade específica, bem-vinda ao capitalismo, com tanto maior perfeição quanto mais se “desumaniza”, vale dizer, quanto mais perfeitamente consegue realizar aquela qualidade específica que é louvada como sua virtude: a eliminação do amor, do ódio e de todos os elementos sentimentais, puramente pessoais e, de modo geral, irracionais, que se subtraem ao cálculo, na execução das tarefas oficiais. Em vez do senhor das ordens mais antigas, movido por simpatia pessoal, favor, graça e gratidão, a cultura moderna exige para o aparato externo em que se apóia (sic) o especialista não envolvido pessoalmente e, por isso, rigorosamente “objetivo”, e isto tanto mais quanto mais ela se complica e especializa. E tudo isto a estrutura burocrática oferece numa combinação favorável. Sobretudo é só ela que costuma criar para a jurisdição o fundamento para a realização de um direito conceitualmente sistematizado e racional, na base de “leis”, tal como o criou, pela primeira vez, com alta perfeição técnica, a época imperial romana tardia.

Um dos problemas comuns, nada obstante raramente detectados, consiste em atribuir à burocracia uma característica de neutralidade, ignorando sua capacidade de exercer dominação, quando diretamente influenciada por interesses preponderantes (econômicos e/ou ideológicos, resultantes de disputas de classes ou de estratos representativos de oligarquias).

E nesse aspecto é relevante a constatação empírica, a observância no plano dos fatos e das relações sociais concretas (sobretudo no território

13 Aqui tomado como decorrência lógica do princípio das competências oficiais fixas, trabalhada por Weber (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsbete Barbosa. São Paulo: Universidade de Brasília: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 198).

14 Ibid., p. 213.

brasileiro), que comprova a costumeira frequência com que o aparato burocrático é utilizado sob um viés político dominante, praticando atos com significativa influência na esfera individual, com prejuízo do amplo debate e de uma deliberação racional das posições envolvidas.

Ainda que a burocracia esteja a serviço do Estado e este, por sua vez, tenha sua soberania garantida pela vontade popular, o fato de o burocrata identificar-se como “servidor do povo” não afasta a possibilidade de que, no exercício de sua competência venha a desempenhar uma posição dominante<sup>15</sup>.

Opta-se por tratar algumas características da burocracia, trabalhadas por Weber, como disfuncionalidades à luz dos Estados democráticos de direito, sobretudo quando se tem por escopo a atuação em discordância com os estatutos fundantes do Estado ou quando se pretende afastar a possibilidade de deliberação, de crítica ou de influência popular sobre o conteúdo de seus atos.

Essas disfuncionalidades da burocracia ocorrem de duas formas preponderantes: a) quando serve de mero instrumento (na qualidade de aparelho de dominação legal), posta a serviço de lideranças políticas, detentoras do poder, com atuação ampla no campo normativo infralegal, estipulando hipóteses genéricas e abstratas, criando expectativas para os administrados; b) quando embora não atue na qualidade de uma classe social, “*passa a constituir um grupo de poder dentro do Estado, e um estrato social com status específico dentro da sociedade como um todo*”<sup>16</sup>. Nesta última disfuncionalidade reside o problema da ‘autonomia’ da burocracia e não é objeto do presente estudo.

---

15 Poder, no significado adotado por Weber, consiste na “probabilidade de uma pessoa ou várias impor, numa ação social, a vontade própria, mesmo contra a oposição de outros participantes desta” (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora Universidade de Brasília: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 175). Dominação, por sua vez, consiste em “[...] uma situação de fato, em que uma vontade manifesta (‘mandado’) do ‘dominador’ ou dos ‘dominadores’ quer influenciar as ações de outras pessoas (do ‘dominado’ ou dos ‘dominados’), e de fato as influencia de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandato a máxima de suas ações C’obediência’).”

16 GOUVÊA, Gilda Portugal. *Burocracia e elites burocráticas no Brasil*. São Paulo: Paulicéia, 1994. p. 41.

Esses fatores, identificados sob uma perspectiva sociológica, não são suficientes para explicar o complexo conjunto de relações entre a burocracia e a própria sociedade, pois, como adverte Martins<sup>17</sup>,

[...] a questão clássica do ‘controle de classe’ exercido sobre o aparelho de Estado cede lugar a uma problemática muito mais complexa e que aparece sob a forma de uma ambivalente (e às vezes contraditória) convergência de interesses entre a burocracia estatal e a classe predominantemente capitalista.

O nível de complexidade aumenta na proporção em que se identifica no contexto burocrático categorias diversas de sujeitos, em especial os políticos, os técnicos-políticos e os técnicos, na ótica de Schneider<sup>18</sup>, ou os tecnocratas, na dicção de Bresser Pereira<sup>19</sup>.

Sem prejuízo da segmentação acima referida, pode-se afirmar que em todas as categorias existe a convicção partilhada de que se está agindo na condição de defensor de um interesse público, atuando na qualidade de representante de um Estado neutro, legítimo árbitro das classes que disputam pelo poder<sup>20</sup>. Obviamente, o conceito de “interesse público” é, em tais situações, fruto de variadas ideologias e, portanto, heterogêneo.

Dentro desse contexto surge a dicotomia entre “Estado” e “Governo”. O primeiro visto com uma áurea de neutralidade, pois supostamente congrega, pela via do pacto social, os interesses de toda a nação, sedimentados no próprio ordenamento jurídico que lhe conferiu condições de existência e de legitimidade. O último, como manifestação do poder político, exercido pelo grupo dominante, cujo critério de atuação é pautado pela ética de responsabilidade<sup>21</sup> e, portanto, acostumado a um tipo de atuação que prioriza o alcance dos fins almejados (interesses do grupo em dado momento) em detrimento de sua valoração no campo da moralidade.

17 Apud GOUVÊA, 1994. p. 51.

18 Apud GOUVÊA, 1994. p. 48.

19 Apud GOUVÊA, 1994. p. 42.

20 POULANTZAS apud GOUVÊA, Gilda Portugal. *Burocracia e elites burocráticas no Brasil*. São Paulo: Paulicéia, 1994. p. 70.

21 A ética da responsabilidade rege os atos políticos ao passo que o agente busca a satisfação dos fins escolhidos, utilizando-se dos meios necessários para alcançá-los, respondendo pelas consequências previsíveis daquele agir. A ética da convicção resulta do próprio juízo moral do indivíduo que, a despeito das finalidades almejadas, pautava sua conduta segundo sua convicção do “justo” ou do “moral”. (WEBER, Max. *Ciência e política, duas vocações*. Tradução Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 109-124)

Quanto ao tema atinente ao embate entre a ética de convicção e a ética de responsabilidade, é válida a lição de Bobbio, Matteucci e Pasquino<sup>22</sup> ao distinguir nos referidos conceitos uma ética de grupo e uma ética individual

[...] ao lado da razão de Estado, a história nos aponta, consoante as circunstâncias de tempo e lugar, ora uma razão de partido, ora uma razão de classe ou de nação, que representam, sob outro nome, mas com a mesma força e as mesmas conseqüências, o princípio da autonomia da Política, entendida como autonomia dos princípios e regras de ação que valem para o grupo como totalidade, em confronto com as que valem para o indivíduo dentro do grupo.

É certo que um relevante ponto de tensão na relação entre os cidadãos e o aparato burocrático reside no déficit de legitimidade democrática de alguns atos administrativos. Convenientemente, esse problema, que deveria ser enquadrado na categoria das disfuncionalidades da burocracia, é percebido pelo senso comum como vício inerente a qualquer atividade burocrática, pois supõe-se que a burocracia seria dotada por si só de valor negativo intrínseco. Esse tipo de raciocínio reduz substancialmente o fenômeno e funciona como estratégia eficaz para ocultar a origem da dominação e das múltiplas influências que a burocracia sofre (e exerce) no contexto político, com importantes reflexos na sociedade.

A questão que subjaz no exercício do poder e na existência e funcionamento do aparato burocrático é desvelar seus lindes e compreender os pontos de intersecção ou situações-limite entre a prática de atos administrativos (objetivos, decorrentes das normas e estatutos elaborados como produto da soberania popular) e o exercício da dominação por grupos ou classes. Uma resposta possível, porém, insuficiente, seria a de que um dos marcos para o exercício da atividade administrativa-burocrática residiria na lei, posto que a norma é o elemento fundante e legitimador do Estado Moderno e, conseqüentemente, da própria burocracia.

A legalidade, embora constitua um argumento válido e poderoso, não resolve de modo satisfatório o problema da aferição de legitimidade naquelas situações em que ocorre o exercício de um poder regulamentar pelos diversos organismos que compõem a estrutura da burocracia estatal. Isso porque ao trabalhar com conteúdo normativo (de rigor subserviente aos pressupostos da generalidade e abstração) se está trabalhando com o

22 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1 Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Universidade de Brasília, 11 ed. 1998. p. 962.

“nivelamento das diferenças sociais’, pois se baseia em regras gerais que são iguais para todos. É este o terreno onde se desenvolvem os conflitos que se inserem nas tensas relações entre burocracia e democracia de massas [...]”<sup>23</sup>

Surge, mais uma vez, o problema da legitimidade, posto que o recurso ao critério da legalidade e, em suma, ao ordenamento jurídico positivo, se assim utilizado como método de controle do poder regulamentar, não raras vezes carece de diretrizes éticas claramente expostas, situação que inviabiliza o exercício de uma censura eficaz realizada pelos próprios mecanismos e instituições burocráticas (interno).

Acresça-se a esse problema a frágil convicção de que outras esferas da burocracia estatal possam exercer o papel de árbitro imparcial em questões não explicitamente abrangidas pela objetividade da norma (especialmente em relação a questões delicadas abrangendo velada disputa pelo poder e exercício de poder dominante).

A busca pelo conteúdo ou substância de metanormas (princípios) na tentativa de – pela via da interpretação e da adjudicação de competência jurisdicional – estabelecer outros padrões valorativos (éticos e morais) para o controle ou censura de atos emanados pelo poder dominante burocrático poderá resultar na modificação do próprio conteúdo de uma norma jurídica<sup>24</sup>.

Visto desse modo, o exercício de poder dominante pela burocracia e o reconhecimento da exclusividade do controle do poder regulamentar a outras funções estatais – embora essa última situação seja inerente à estrutura do Estado moderno (freios e contrapesos) – podem dar margem a um processo de transferência do poder político ou à hipertrofia de sua atuação, em prejuízo da democracia.

23 GOUVÊA, Gilda Portugal. *Burocracia e elites burocráticas no Brasil*. São Paulo: Paulicéia, 1994. p. 41.

24 Veja-se, por exemplo, quando determinado grupo de poder, integrante dos quadros de carreira de outras funções estatais, passa a vindicar (e ter reconhecida) a capacidade de exercer influência e a monopolizar o diálogo do “interesse público preponderante”, utilizando-se de uma racionalidade própria para criação de conteúdo ético e a prática de censura na seara política, inclusive com interferência no próprio conteúdo dos atos políticos, ao estabelecer-lhes novos parâmetros e finalidades.

### 3 DEMOCRACIA. REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA EXECUÇÃO DAS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS

O conceito de democracia é de difícil construção, dada a complexidade do fenômeno, que poderá apresentar tantos significados quantos forem as perspectivas adotadas. Fixada essa premissa é salutar que para a desincumbência da tarefa a análise seja restrita aos seus pontos essenciais, aos elementos básicos que estarão presentes na sua acepção como regime de governo.

Bobbio afirma que a democracia é “[...] *caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos*”<sup>25</sup>. Acresce a essa definição mais uma: “[...] *é preciso que aqueles chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra*”<sup>26</sup>.

Utilizando uma acepção mais restrita, limitada à representação, Todorov define democracia como sendo “[...] um regime no qual o poder pertence ao povo [...] a população inteira escolhe seus representantes, os quais, de maneira soberana, estabelecem as leis e governam o país durante um período de tempo decidido de antemão”<sup>27</sup>.

É comum que ao tratar de regime democrático a primeira referência corresponda ao modelo clássico, do qual é exemplo a assembleia de cidadãos na antiga Grécia. Ainda que útil como tentativa de simplificação, reduz a experiência democrática a uma única situação, peculiar a determinadas época, lugar e tipo de cultura. (outras experiências democráticas também já foram observadas na Idade Antiga, especialmente na Índia, como relata Sen<sup>28</sup>).

No Estado Moderno, a inclusão da ideia de democracia não foi resultado de uma aplicação isolada de uma construção teórica<sup>29</sup>, mas fruto

25 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*; uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 18.

26 *Ibid.*, p. 20.

27 TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução Joana Angélica D’Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 15-16.

28 SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Donidelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 356.

29 DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 342.

de um processo gradual de modificação de instituições já existentes, como o que ocorreu com a monarquia após o advento dos primeiros movimentos constitucionalistas (na Inglaterra, em 1215) e o surgimento do parlamento<sup>30</sup>.

Possível afirmar, no decorrer desse processo, que uma das condições para o surgimento da democracia foi o reconhecimento dos direitos naturais, pavimentando o caminho para a instituição de limites ao poder do soberano, sobretudo após a gradual inclusão desses direitos nos ordenamentos jurídicos. Passou-se a considerar o indivíduo e seus direitos naturais como anteriores ao Estado. Nesse sentido afirma Bobbio<sup>31</sup>:

Entre o Estado estamental e o Estado absoluto de uma parte, e o Estado representativo de outra, cujos sujeitos soberanos não são mais nem o príncipe investido por Deus, nem o povo como sujeito coletivo e indiferenciado, mera ficção jurídica que deriva dos juristas romanos e medievais, há a descoberta e a afirmação dos direitos naturais do indivíduo – direitos que cada indivíduo tem por natureza e por lei e que, precisamente porque originários e não adquiridos, cada indivíduo pode fazer valer contra o Estado inclusive recorrendo ao remédio extremo da desobediência civil e da resistência. O reconhecimento de direitos do homem e do cidadão, primeiro apenas doutrinário através dos jusnaturalistas, depois também prático e político através das primeiras Declarações de direitos, representa a verdadeira revolução copernicana na história da evolução das relações entre governantes e governados: o Estado considerado não mais *ex parte principis mas ex parte populi*.

Com o reconhecimento de direitos subjetivos, oponíveis ao Estado, decorre a situação de igualdade, pressuposto ético para a democracia representativa<sup>32</sup>. E para que ocorresse a igualdade política em Estados de grande escala, como os Estados Nacionais, era imperiosa a substituição da ideia de “democracia direta” ou “democracia de massas” pela de governo representativo<sup>33</sup>.

O surgimento da democracia nos Estados democráticos modernos exige condições especiais. Na percuente análise de Dahl, esses Estados foram apelidados de “poliarquias” e se distinguem dos sistemas não

30 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 107.

31 *Ibid.*, p. 117.

32 *Ibid.*, p. 117.

33 DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 343.

democráticos ou sistemas democráticos antigos pela presença de instituições políticas que permitem o exercício da democracia em grande escala, a saber:

1. Funcionários eleitos. Os funcionários eleitos são constitucionalmente investidos do controle político das decisões governamentais.
2. Eleições livres e justas. Os funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes, conduzidas de modo justo, nas quais a coerção é relativamente rara.
3. Sufrágio inclusivo. Praticamente todos os adultos têm o direito de votar na eleição dos funcionários do governo.
4. Direito de concorrer a cargos eletivos. Praticamente todos os adultos têm o direito de concorrer a cargos eletivos no governo, embora os limites de idade possam ser mais altos para ocupar o cargo do que para o sufrágio.
5. Liberdade de expressão. Os cidadãos têm o direito de se expressar, sem o perigo de punições severas, quanto aos assuntos políticos de uma forma geral, o que inclui a liberdade de criticar os funcionários do governo, o governo em si, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia dominante.
6. Informação alternativa. Os cidadãos têm o direito de buscar soluções alternativas de informação. Ademais, existem fontes de informação alternativa protegidas por lei.
7. Autonomia associativa. Para alcançar seus vários direitos, inclusive aqueles relacionados acima, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, inclusive partidos políticos independentes e grupos de interesse<sup>34</sup>.

O instituto da representação invoca debates relevantes relacionados à legitimidade do regime democrático moderno, pois não raro apresenta disfuncionalidades ou anomalias como, por exemplo: a) a “profissionalização da política” e o conseqüente surgimento de grupos especializados em promover e facilitar transações entre interessados e os agentes políticos (lobistas); b) a predominância de interesses particulares (ou dos grupos

---

34 DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 350-351.

de poder em disputa); c) a perda da capacidade dos cidadãos em identificar ideais comuns<sup>35</sup>.

O predomínio da democracia representativa no Estado Moderno não impede, entretanto, a aplicação de formas alternativas de participação popular em determinadas circunstâncias. Pelo contrário: a utilização de formas de participação direta<sup>36</sup> poderá ser compatibilizada como ferramenta de deliberação sobre questões sensíveis, contribuindo para a legitimidade na execução de políticas públicas.

O propósito dos mecanismos de controle ou participação popular na esfera política guarda relação com o aperfeiçoamento da democracia, mas também não oculta a pretensão de incentivo ao desenvolvimento de uma virtude cívica mediante o incremento da participação dos cidadãos na vida política. E é principalmente nessa característica que se identifica a emergência de um Estado republicano e de uma democracia republicana, ou ainda, de um “novo republicanismo”, nada obstante a contradição dos fatores da democracia liberal, para quem o jogo democrático se resume à disputa das elites pela preferência do eleitorado<sup>37</sup>.

É válido, entretanto, pontuar que o exercício de uma pretensa “virtude cívica” pressupõe o ideal de um “bem comum” a ser perseguido pelo Estado, conceito demasiado ambíguo e impreciso. Partindo dessa premissa – de que o bem comum já não pode ser delimitado por um pequeno grupo de esclarecidos, incumbidos da gestão pública – necessário concordar com Dahl quando afirma que

[...] para que as noções de virtude cívica e de bem comum tenham alguma pertinência no mundo moderno, temos de situá-las no contexto

---

35 GUÉHENNO, Jean Marie. *O fim da democracia*. Tradução de Howard Johnson e Amaury Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994. p. 31-45.

36 Aqui entende-se por formas de participação direta não a democracia direta, caracterizada pela possibilidade de exercício amplo/universal de debates, discussões e decisões políticas por parte de toda a população de um Estado – uma prática inviável nos Estados modernos, no entendimento de Dahl (DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 361) – mas a existência de órgãos ou instituições, situados na própria estrutura política formal, que contemplem procedimentos para o exercício da participação popular (consulta, deliberação), com acesso amplo, franqueado aos cidadãos.

37 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Democracia republicana e participativa*. *Novos Estudos*. Cebrap, 71, p. 77-91, mar. 2005. p. 79.

de sistemas democráticos de grandíssima escala, ou seja, no contexto da poliarquia e do pluralismo que a acompanha<sup>38</sup>.

A relação entre as condições da poliarquia e o controle popular é notória, especialmente se for considerada a liberdade de expressão, a informação alternativa e a autonomia associativa. Certamente que o espectro de abrangência da participação popular nesse contexto é ainda reduzido, restringindo-se às hipóteses de controle da atuação política dispostas previamente no âmbito normativo. Percebe-se que Dahl não chega a depositar esperanças na participação popular (considerada essa como forma de participação democrática direta) e reconhece a desigualdade entre os cidadãos na poliarquia<sup>39</sup>.

Além do necessário respeito à pluralidade, a influência da sociedade civil sobre as instâncias políticas, na forma de participação direta, possui condicionantes especiais em razão de sua natureza parcialmente derogatória da representação. Pode-se dizer que a previsão de participação popular sobre limites circunstanciais (dado que não é possível sua utilização permanente) pressupõe organização, o que exige estatuto próprio, considerando que a própria representação política possui fundamento normativo legítimo.

Sobretudo na função administrativa do Estado – incumbida da execução de políticas e cuja atuação esteja limitada ao âmbito legal – a criação de instituições (assembleias, corpos deliberativos, procedimentos) está diretamente dependente do prévio reconhecimento de sua importância pela esfera política tradicional, situação que desemboca na necessidade de sua criação (e conseqüente legitimação) pela via normativa<sup>40</sup>.

Desponta nesse contexto uma alternativa que não vincula a participação democrática às instâncias formais. Consistiria na promoção de discussões racionais e na compreensão de questões de relevância pública pela própria sociedade civil organizada, que atuaria em conjunto com a esfera política. É a proposta de democracia deliberativa de Jürgen Habermas.

38 DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 459.

39 *Ibid.*, p. 430.

40 Cabe citar como exemplo, no caso do Brasil, a existência de inúmeros dispositivos normativos (constitucionais e de estatuto inferior) que preveem a participação direta popular, a saber: 1) artigo 5º, LXIII; 29; 194, VII; 204, II; 2) artigo 48 da Lei nº 101, de 04/05/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); 3) artigo 113, §1º da Lei nº 8.666/93 (Lei de licitações); 4) artigos 4º, II e 44, da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da cidade); 5) artigo 3º, V e artigo 9º, II, todos da Lei nº 12.527/2011 (Lei de acesso à informação); 6)

Habermas adota uma posição relativamente neutra à medida que não se compromete com os ideais democráticos liberais a ponto de aceitar a legitimidade do poder político com suporte exclusivo no resultado da disputa de interesses privados que integram a classe política. Tampouco acolhe o modelo civil-republicano, que pressupõe o exercício da capacidade de participação ativa e um elevado grau de politização dos cidadãos. Contenta-se, em suma, com condições procedimentais que viabilizem um debate racional e a consequente deliberação dos temas identificados pela sociedade<sup>41</sup>.

Partindo da ideia de descentralização da sociedade (ou seja, não aceitando sua compreensão com base na suposição da sociedade centralizada na soberania cidadã ou na constituição) o pensamento de Habermas rejeita a dicotomia “liberalismo x republicanismo” e constrói uma “teoria do discurso” na qual as estruturas comunicativas da esfera pública, conquanto não exerçam domínio sobre o poder administrativo, certamente podem influenciá-lo<sup>42</sup>.

A concepção de soberania na ótica de Habermas é por ele explicada nas seguintes linhas:

[...] a soberania não precisa concentrar-se no povo, nem ser banida para o anonimato das competências jurídico-constitucionais. A identidade da comunidade jurídica que se organiza a si mesma é absorvida pelas formas de comunicação destituídas de sujeito, as quais regulam de tal modo a corrente da formação discursiva da opinião e da vontade que seus resultados falíveis têm a seu favor a suposição da racionalidade. Com isso não se desmente a intuição que se encontra na base da idéia (sic) da soberania popular: ela simplesmente passa a ser interpretada de modo intersubjetivista. A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valor como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia<sup>43</sup>.

41 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 213.

42 *Ibid.*, p. 23-24.

43 *Ibid.*, p. 24.

O que se afigura de excepcional relevância nos processos democráticos acima expostos é a possibilidade de que estruturas dispersas no âmbito da sociedade, com características plurais, porquanto compostas pela associação de diversos indivíduos com concepções de “vida boa” diversas, possam contribuir para a descoberta e debate de novos temas afetos ao interesse público.

E essa “facticidade social”, ou seja, a complexidade social decorrente da pluralidade de interesses e de anseios, não raro é incompreendida ou insuficientemente assimilada pelo modelo de organização do Estado Moderno, que se serve do direito como meio próprio para a redução da complexidade, com a pretensão de suprir lacunas (atividade de coordenação), resultado de um agir político que falha em promover a integração. Nesse contexto a normatização e a institucionalização adquirem, na lição de Habermas:

[...] sentido reflexivo de contramedidas, ou seja, que se dirigem contra uma complexidade social que solapa os pressupostos normativos de uma prática do Estado de direito. Esse tipo de contramovimento que mantém a complexidade está em ação no próprio jogo que envolve a opinião pública informal e a formação institucionalizada da opinião e da vontade, regulada através de processos. Os fluxos comunicacionais da esfera pública política estão especialmente expostos à pressão seletiva da inércia social; todavia, a influência gerada por este caminho só pode transformar-se em poder político quando passar através das comportas do processo democrático e do sistema político em geral, instaurado na forma de Estado de direito [...]. Então se coloca a questão de saber até que ponto esse ‘contramovimento’, inerente às instituições do Estado de direito, é capaz de compensar as limitações comunicativas, cognitivas e motivacionais das quais depende uma política deliberativa e a transformação do poder comunicativo em administrativo. Coloca-se a questão de saber até que ponto a facticidade social desses inevitáveis momentos de inércia constitui um ponto de cristalização para complexos de poder ilegítimos, independentes do processo democrático, mesmo quando a facticidade social já foi considerada na estrutura formal e organizacional de instituições e constituições do Estado de direito<sup>44</sup>.

A democracia vista sob a ótica liberal moderna, embora contemple institutos e procedimentos aptos a viabilizar a participação do cidadão

44 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 56.

na esfera política, sobretudo a garantia de direitos individuais (em especial liberdade de informação e associação), ainda carece de instâncias deliberativas que proporcionem maior permeabilidade de assuntos eleitos pela sociedade civil para compor temas de interesse público, bem como o exercício de controle sobre as condições presentes durante o embate político e o processo de formação da decisão.

E nesse ponto é relevante destacar que o déficit de legitimidade não se apresenta única e exclusivamente em relação à atuação legislativa formal, realizada pelas instituições competentes (parlamento), sobretudo em razão de que a percepção dos efeitos dos atos legislativos somente ocorre na prática.

A concretude dos diplomas legais não raro é dada pela atividade administrativa, burocrática, na forma de instruções e regulamentações, refletindo o posicionamento do Estado e instruindo a máquina administrativa na realização de atos administrativos concretos, com a irradiação de efeitos diretos sobre os direitos individuais.

#### **4 ATIVIDADE BUROCRÁTICA E REGULAMENTAÇÃO. TENSÃO ENTRE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE**

No exercício das competências delimitadas pelo ordenamento jurídico os agentes públicos podem elaborar atos normativos de hierarquia inferior, visando conferir à lei melhor aplicabilidade. Justamente em razão das atribuições pré-ordenadas (competências) é que esses atos normativos ou regulatórios serão praticados por categorias diversas de agentes públicos.

O desempenho das atividades dos agentes políticos e técnico-políticos ocorre nos órgãos diretamente vinculados à função executiva do Estado, incumbidos das escolhas políticas, ou seja, do próprio planejamento (projeto e coordenação da execução de políticas públicas eleitas em consonância com o plano de governo do grupo que se sagrou vencedor na disputa política).

Compõem o que popularmente é apelidado de ‘primeiro escalão’, e exercem assessoria direta ao chefe do Poder Executivo (ministérios, secretarias). São nomeados precipuamente com base em vínculos de confiança e compromisso político, sem prejuízo de uma aferição de sua competência técnica.

Aos agentes técnicos operacionais incumbe uma variada gama de atos, todos necessários ao funcionamento da máquina estatal. O âmbito do

exercício de seu poder de mando é, todavia, o mais limitado no contexto da estrutura hierárquica e das competências fixas<sup>45</sup>. Essa categoria de agentes públicos é chamada a dar concretude aos textos normativos, atividade que não raro demanda a elaboração de procedimentos e construção de interpretações.

O exercício do poder regulamentar é inerente à administração burocrática especializada, porquanto tem por objeto conferir maior concretude aos imperativos decorrentes da lei formal, traduzindo os preceitos abstratos contidos naquelas espécies de diplomas legislativos (cujo conteúdo foi indiretamente submetido ao escrutínio popular) em um conjunto de normas e procedimentos que, nada obstante dirigidos exclusivamente ao uso interno das repartições burocráticas, pautam a conduta dos agentes públicos e, conseqüentemente, o modo como serão exigidas dos administrados determinadas ações<sup>46</sup>.

A regulamentação segue a lógica hierárquica em conformidade com o grau de relevância da norma, de modo que aos agentes políticos e técnico-políticos<sup>47</sup> corresponderão normas de maior envergadura (abstração e generalidade). Aos agentes técnicos incumbe reduzidíssima capacidade de elaboração normativa, não raro sem a irradiação de efeitos para terceiros.

No primeiro caso (agentes políticos), alguns de seus atos podem vir a ser precedidos de uma moderada participação da sociedade na forma de conselhos consultivos e deliberativos. Por outro lado, em decorrência de sua natureza específica, a viabilidade de participação popular na seara administrativa, relacionada às atividades desenvolvidas pelos agentes técnicos, usualmente não ocorre supostamente em razão da crença de que não praticam atos com características normativas (abstração e generalidade) a ponto de irradiar reflexos na seara individual.

---

45 WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Universidade de Brasília: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 198.

46 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 322.

47 Adota-se aqui o conceito de agentes técnicos, técnico-políticos e políticos desenvolvido por Weber. Àqueles primeiros corresponde o conceito atual de servidor e empregado público (agentes administrativos), desenvolvendo nos seus misteres, como regra, atos concretos relacionados às suas atribuições e os atos ordinatórios. Esses últimos se destinam a “disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes” (MEIRELLES, 2001, p. 175). Os atos regulamentares compreendem as resoluções, instruções, circulares, avisos, portarias e ordens de serviço.

Só ocorrer que dentro das atribuições que lhe foram confiadas pelo contexto estatutário o agente técnico logre instituir procedimentos, obrigações e encargos não previstos na lei formal<sup>48</sup>. E em tais casos o remédio para o abuso está previsto no próprio sistema jurídico, pela via do controle jurisdicional.

Há ainda outros casos para os quais esse “agir normativo” dos agentes públicos não viola o conteúdo da lei formal<sup>49</sup>, mas logra atribuir aos administrados ônus e procedimentos que lhe acarretam considerável sacrifício<sup>50</sup>. Tais atos diferem substancialmente da lei pela ausência de instâncias de deliberação comuns aos procedimentos legislativos. Nesse sentido destaca Mello:

O próprio processo de elaboração das leis, em contraste com o dos regulamentos, confere às primeiras um grau de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa muitas vezes superior ao dos segundos, ensejando, pois, aos administrados um teor de garantia e proteção incomparavelmente maiores. É que as leis se submetem a um trâmite graças ao qual é possível o conhecimento público das disposições que estejam em caminho de ser implantadas. Com isto, evidentemente, há uma fiscalização social, seja por meio da imprensa, de órgãos de classe, ou de quaisquer setores interessados, o que, sem dúvida, dificulta ou embaraça eventuais direcionamentos incompatíveis com o interesse público em geral, ensejando a irrupção de tempestivas alterações e emendas para obstar, corrigir ou minimizar tanto decisões precipitadas quanto propósitos de favorecimento ou, reversamente, tratamento discriminatório, gravoso a grupos ou segmentos sociais, econômicos ou políticos<sup>51</sup>.

Não soa estranho a viabilidade de controle da legalidade dos atos administrativos, considerando que essa é a via preferencial para o resguardo

48 É na legalidade que se encontram os limites da atuação burocrática. Nesse sentido Mello afirma que “[...] vige, na esfera do Direito Público, um cânone basilar – oposto ao da autonomia da vontade – segundo o qual: o que por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, ipso facto, proibido[...].” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 308).

49 Vide a hipótese de norma tendente a regulamentar, dentro do âmbito administrativo, a relação entre o Fisco e os contribuintes, ressalvadas as matérias resguardadas pelo artigo 97 do Código Tributário Nacional.

50 A título exemplificativo cite-se, no caso brasileiro, as instruções normativas e as Portarias Conjuntas do Ministério da Fazenda e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

51 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 330.

da ordem na perspectiva do Estado Democrático de Direito. Nessa ótica qualquer pretensa violação ao estatuto deve ser sindicada pela função estatal incumbida do préstimo da jurisdição, de sorte a eliminar incompatibilidades com o ordenamento jurídico<sup>52</sup>.

A questão, entretanto, reveste-se de maior complexidade quando se reconhece o status de norma jurídica aos princípios (explícitos e implícitos) na carta constitucional. Nesse contexto, ampliam-se substancialmente as margens do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, conferindo ao Poder Judiciário o papel de exercer o controle da legitimidade.

Inegável, diante da própria estrutura dos princípios jurídicos (dotados de elevado grau de abstração) que seu efetivo “conteúdo” corra o risco de ser apurado de forma casuística no cotidiano das tribunas, dando ensejo ao surgimento de decisões com soluções diversas (quanto ao teor e alcance dos princípios constitucionais) e, conseqüentemente, violando a aplicação uniforme do regulamento.

Para além do prejuízo resultante da aplicação anti-isonômica, a interpretação dos princípios (que podem adquirir significados múltiplos, quando não contraditórios) dá azo a que, pela lógica argumentativa, possam ser travestidos de conteúdo normativo/principiológico (jurídico) outras pretensões de legitimação relacionadas à concepção de “vida boa”, originárias de uma parcela restrita da população (dotada de recursos financeiros que lhes possibilitem demandar, com grande probabilidade de êxito, percorrendo todas as instâncias jurisdicionais), ou seja, com substituição do debate político pelo jurídico.

Conquanto inegável a relevância do controle judicial sobre os atos administrativos (a despeito da extensão que se lhe pretenda atribuir<sup>53</sup>), percebe-se que não viabiliza a ampla deliberação dos atos sindicados por todos os seus destinatários, posto que limita a racionalidade discursiva às partes do processo judicial.

Essa tensão aumenta à medida que a produção de atos com conteúdo normativo escapa à individualidade e sujeita todos os administrados às mesmas exigências e obrigações. Daí a necessidade de se aperfeiçoarem

52 STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 163.

53 Nesse sentido chega-se a defender a inexistência de ato exclusivamente político (FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade administrativa e o direito à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 32).

meios alternativos para o exercício da participação popular como forma complementar de controle da legitimidade na seara administrativa e também para que se dê oportunidade a um juízo preliminar de legitimidade, na expectativa de correção de eventuais equívocos que possam acarretar a multiplicação de casos de litígio na via jurisdicional.

## 5 O USO DA TECNOLOGIA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA SEARA ADMINISTRATIVA

O crescimento exponencial da tecnologia nas últimas décadas possibilitou que os tradicionais meios de comunicação de massas (televisão, rádio, mídias impressas) passassem a perder a hegemonia da influência no processo de formação de opinião. Nesse contexto a rede mundial de computadores (*internet*) propiciou o surgimento de tecnologias de informação e conhecimento (TIC's) que foram responsáveis por uma grande mudança no sentido de propagação da informação, pois ao usuário, outrora destinatário da informação previamente selecionada pelos centros emissores, passou-se a reconhecer a capacidade de produção e circulação de informação e conhecimento<sup>54</sup>.

As tecnologias de informação e conhecimento (TIC's) são assim definidas por Toomey<sup>55</sup>:

[...] geralmente se refere a essas tecnologias que são usadas para acessar, reunir, manipular e apresentar ou comunicar informações. As tecnologias podem incluir hardware (por exemplo, computadores e outros dispositivos); aplicativos de software; e conectividade (por exemplo, acesso à Internet, infra-estrutura de rede local, videoconferência). O que é mais significativo sobre as TIC é a maior convergência de multimídia e comunicação, tecnologias baseadas em computador e da rápida taxa de mudança que caracteriza as tecnologias e seu uso<sup>56</sup>.

54 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 26.

55 Apud LLOYD, Margaret. Towards a definition of the integration of ICT in the classroom. In AARE 2005, AARE, Eds. Proceedings AARE '05 Education Research - Creative Dissent: Constructive Solutions, Parramatta, New South Wales. Disponível em: <<http://www.dest.gov.au/schools/publications/2001/digest/technology.htm>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

56 “[...] generally relates to those technologies that are used for accessing, gathering, manipulating and presenting or communicating information. The technologies could include hardware (e.g. computers and other devices); software applications; and connectivity (e.g. access to the Internet, local networking infrastructure, videoconferencing). What is most significant about ICT is the increasing convergence

Ao par do ganho substancial de liberdade de expressão, os processos de comunicação entabulados pelos meios eletrônicos se utilizam de dados privados de seus usuários, relacionados à sua privacidade e intimidade, situação esta que tem ocasionado discussões referentes aos limites do uso desses dados, o que levou os países integrantes da União Europeia a reconhecer o direito do usuário à “autodeterminação informativa”<sup>57</sup>.

Por outro lado, a crescente disponibilização de informações pelos usuários das TIC’s atinge não exclusivamente o indivíduo, mas também o aparato administrativo do Estado, dado que o poder público legitimamente se utiliza de tecnologias de informação para a obtenção de dados de seus súditos<sup>58</sup> e, portanto, também se submete ao controle popular<sup>59</sup>.

A participação popular enquanto exercício da democracia deliberativa está condicionada à existência de um fluxo de informações originário do Estado e de todo o seu aparato. É a riqueza de elementos cognitivos e o respeito aos direitos individuais que tornarão possível o exercício de um controle social de qualidade. Nesse sentido a percuciente observação de Pereira:

Na verdade, a descentralização e a responsabilização social dependem da existência de direitos do cidadão, começando pelo direito à total divulgação de informações sobre os órgãos públicos. Em outras palavras, dependem da existência do Estado de Direito e, mais amplamente, do avanço da democracia. A democracia não é um substituto para a descentralização e a responsabilização social, mas estas são resultados do processo de democratização e ao mesmo tempo fatores que contribuem para uma melhor governança democrática. O avanço da democratização – com a transição do primeiro estágio de democracia, quando já existem eleições livres mas as elites continuam a exercer quase todo o poder, para formas mais avançadas de democracia depende essencialmente do aumento do debate público e de várias

---

of computer-based, multimedia and communications technologies and the rapid rate of change that characterises both the technologies and their use.”

57 GALINDO, Fernando. *Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*. Navarra: Aranzadi. 2006. p. 329.

58 Vide, no Brasil, a gama de atos normativos que se propõem a regulamentar instrumentos de “obrigações tributárias acessórias” os quais determinam o préstimo de informações fiscais pelos contribuintes e responsáveis (Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física – DIRPF; Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – DIPJ; GFIP, DCTF, LALUR, DIMOB, DISO, DOI, entre outros).

59 Nesse sentido as exigências de transparência e a disponibilização de dados públicos na rede mundial de computadores (LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34. 1999, p. 65).

formas de responsabilização social que brotam em âmbito local e são alimentadas pela transmissão de poder<sup>60</sup>.

No tocante ao regime democrático, a utilização das tecnologias de informação oportuniza a obtenção de informações abundantes, fidedignas e qualificadas. Tais condições desencadeiam, a princípio, o incremento da compreensão dos eleitores e o melhor exercício do seu direito de voto, habilitando-os a escolher os candidatos mais capazes<sup>61</sup>.

Ainda que não se concretize a promessa de uma democracia direta virtual, ou uma “ciberdemocracia planetária”, como propõe Lévy<sup>62</sup>, as TIC’s constituem interessantes instrumentos para a criação de espaços virtuais de deliberação (ágoras virtuais) nos quais, além da troca de informações e opiniões, abre-se oportunidade para a obtenção de consenso ou, nas hipóteses mais realistas, uma posição majoritária sobre determinados temas de relevância pública.

O uso das TIC’s pode e deve ser implementado pelos governos dos Estados democráticos modernos, pois dá margem à melhora nas relações entre os cidadãos e o aparato burocrático, conferindo maior celeridade na apreciação de demandas e ganho de transparência. Nesse sentido, as iniciativas de “governo aberto” ou “governo eletrônico” devem proporcionar formas de participação que superem os esquemas tradicionais voltados ao atendimento individualizado. Mais do que um procedimento administrativo situado em base digital, a criação de fóruns de discussão e de instâncias procedimentais de debates proporcionam maior amplitude para o debate e crítica.

No universo dos atos administrativos normativos, a criação de foros virtuais que possibilitassem o prévio e amplo acesso dos cidadãos ao teor dos futuros regulamentos e a oportunidade de deliberação e votação dos dispositivos com maior probabilidade de controvérsia (aqueles que possam instituir procedimentos e deveres instrumentais onerosos ou, de alguma forma, ferir direitos e garantias individuais) contribuiria para o processo democrático, pois supriria a atual ausência de instâncias deliberativas, conferindo maior status de legitimidade ao processo legislativo e ao poder

---

60 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Democracia republicana e participativa*. Novos Estudos Cebrap, 71, mar. 2005. 77-91.

61 GALINDO, Fernando. *Gobierno, derecho y tecnologia*: las actividades de los poderes públicos. Navarra: Aranzadi. 2006. p. 125.

62 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 35.

regulamentar, sem prejuízo do saneamento prévio dos atos e a redução substancial do litígio<sup>63</sup>.

## 6 CONCLUSÃO

Superada a ideia clássica de cidade-estado, a mudança do estado feudal para o Estado Moderno decorreu de uma progressiva racionalização dos fundamentos do poder, sobretudo com o rompimento das concepções metafísicas que lhe serviam de lastro (teleológica e jusnaturalista), substituindo-as pela ideia do pacto e contrato social.

O Estado de Direito passa a encontrar na norma jurídica sua legitimidade, assim como suas finalidades. O reforço à ideia de legitimidade encontra, por sua vez, suporte no exercício da soberania popular, decorrente da participação dos cidadãos na elaboração de todo o conjunto de normas tendentes a reger a atuação estatal. Nesse aspecto o próprio exercício da soberania popular, mediante a representação democrática, tem origem no reconhecimento dos direitos do indivíduo, sobretudo o de igualdade.

Enquanto regime de governo, a democracia, em uma visão procedimental, constitui um conjunto de regras que instituem critérios para a realização de escolhas que tenham por objeto temas de interesse coletivo. Desses processos deverá participar o povo, que poderá ou não se fazer representar por indivíduos eleitos.

No contexto de uma democracia representativa surgem concepções diversas quanto à legitimidade do poder político: de um lado, o republicanismo, que avoca para o corpo social uma ideia de bem comum a ser perseguido pelos seus membros, que deverão buscar ou ser dotados de uma virtude cívica, pressupondo uma compreensão política clássica; de outro, a democracia liberal, convicta de que a legitimidade dos representantes decorre do embate entre facções políticas pela disputa da preferência dos eleitores.

Corolário do Estado de Direito, a necessidade de um conjunto de estruturas compostas de órgãos e procedimentos – voltados à concretização dos comandos normativos funcionais básicos para o exercício do poder – torna imperiosa a criação de categorias de agentes públicos especializados,

---

63 Identificados pontos de grande controvérsia poderá ser realizada análise pelo órgão jurídico competente e a consequente proposição de alternativas, evitando o desnecessário embate judicial, garantindo uma solução uniforme (isonômica) e reduzindo custos para o Estado e cidadãos.

com atribuições funcionais específicas e limitadas, exercendo dentro desses limites o poder de mando sobre os cidadãos, na compreensão weberiana.

Há entretanto, uma dicotomia entre a democracia e a burocracia quando a exigência de igualdade e a garantia de objetividade no tratamento dispensado pelo Estado impõe ao indivíduo a sujeição à dominação burocrática. É possível que em alguns casos que a atuação da burocracia estatal esteja viciada pela influência do grupo dominante que se sagrou vencedor na disputa democrática, que tenciona fazer prevalecer sua própria leitura do teor dos preceitos originários do diploma legal resultante do processo legislativo.

A influência ou condução da máquina estatal sob interesses ideológicos ou privados é passível de controle jurisdicional, tendo como parâmetro o ordenamento jurídico. Ocorre que o controle jurisdicional, conquanto relevante, apresenta importantes deficiências: 1) é realizado individualmente, caso a caso; 2) não viabiliza solução homogênea e apresenta, não raras vezes, soluções contraditórias; 3) dá ensejo a que pretensões desprovidas de conteúdo jurídico, relacionadas exclusivamente à concepção de “bem comum” pelo indivíduo sejam, por força de argumentação (abertura semântica) ou por deficiência de critério metodológico, arbitrariamente alçadas à categoria de violação de princípios jurídicos.

Percebe-se que o controle jurisdicional, exercido sob o critério legal (amplo) mostra-se, no tocante aos efeitos práticos, anti-isonômico, considerando que as dificuldades de amplo acesso pelos cidadãos a todas as instâncias jurisdicionais e à efetiva garantia de um patrocínio de qualidade, apto a garantir solução consentânea com o ordenamento jurídico.

Para além da situação apontada subsiste o problema decorrente dos atos administrativos regulamentares que, embora não viciados sob o prisma legal, irradiam efeitos para um número indeterminado de indivíduos (caráter genérico) e se prestam a disciplinar, na forma de ato normativo, várias hipóteses que, se concretizadas, terão força para interferir na esfera patrimonial dos administrados.

Conquanto tais atos decorram de competências estabelecidas pelo ordenamento jurídico e sejam destinados à organização interna dos trâmites burocráticos, logram criar procedimentos, não raro instituindo obrigações onerosas aos administrados. Nesses casos os atos regulamentares, embora válidos, possuem um déficit de legitimidade, considerando que,

diferentemente da lei, seu trâmite não admite a possibilidade de deliberação pela sociedade.

A noção de participação social na gestão pública guarda relação com uma atividade de controle dos atos praticados pela administração. Esse controle não abrange o aspecto formal, relacionado à validade do ato sob a perspectiva jurídica/estatutária, mas pauta-se pela pretensão de conferir-lhes legitimidade democrática, pressupondo sejam proporcionadas instâncias de debate e deliberação em caráter prévio, com a possibilidade de manifestação dos cidadãos interessados, a fim de que suas razões sejam consideradas e apreciadas, dentro dos limites finalísticos propostos<sup>64</sup> e, dessa forma, sejam minorados os efeitos nocivos, incompreensões e consequente acréscimo de litigiosidade.

O desafio está em construir canais de comunicação efetivos entre os administrados e a estrutura burocrática, disponibilizando meios para que o conteúdo dos pretensos atos normativos (naturalmente abrangentes, pois destinados a regular, no contexto de matérias específicas, vários aspectos da relação de sujeição dos administrados ao poder estatal) sejam previamente postos à apreciação e à deliberação popular, como forma de dirimir (mediante esclarecimentos ou aperfeiçoamento de seu conteúdo ou forma) possíveis conflitos decorrentes de sua interpretação.

A criação de instâncias deliberativas é, contudo, possível, desde que a previsão de sua utilização venha a ser formalmente incorporada ao ordenamento jurídico e sejam utilizadas as ferramentas de tecnologia da informação e conhecimento (TIC's). Essas ferramentas, atuando na qualidade de instrumentos disponíveis ao Estado para o incremento das relações entre burocracia e sociedade, garantirão o exercício da democracia ao proporcionarem extensa gama de informações e viabilizarem aos cidadãos elementos para escolhas racionais.

O uso das TIC's no escopo de desenvolvimento de um "governo eletrônico" pode avançar pela instituição de fóruns virtuais, que poderão disponibilizar a prévia ciência dos cidadãos sobre o conteúdo de atos administrativos regulamentares e o estabelecimento de um canal de diálogo eficiente para a prevenção conflitos. Garantir-se-ia com esse procedimento uma instância legitimadora eficaz, suprimindo desnecessários litígios e

---

64 Aqui compreendidas as noções de eficácia (fazer o que constitucionalmente deve fazer) e o de eficiência (melhor emprego dos recursos disponíveis) na lição de Freitas (2009, p. 24).

garantindo aos cidadãos maior espectro de participação na execução das atividades do Estado.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_.Norberto. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

\_\_\_\_\_.Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

\_\_\_\_\_.Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Universidade de Brasília, 11. ed, 1998.

BOFF, S. O.; CALEGARI, C. . E-Governos: Da Utopia à Distopia. *Revista Da Faculdade De Direito Da Uerj*, v. 29, p. 49-54, 2016.

BOFF, Saete Oro; KAUFMANN, P. T. F. . Cloud Computing como Instrumento de Fomento da Democracia. In: *Direito, Estado e Sociedade* (Impresso), v. 1, p. 247-266, 2016.

BOFF, S. O.; BALBE, P. V. S. . O Papel do Estado e sua Política Fiscal em um Modelo de Desenvolvimento Sustentável Fundado nas Garantias e Liberdades Individuais. In: *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 10, p. 2050-2078, 2015.

CELLA, José Renato Graziero. A crítica de Habermas à ideia de legitimidade em Weber e Kelsen. In: *XXII Congresso Mundial de Filosofia del Derecho y Filosofia Social*. Granada-Espanha, 24-29 maio 2005. Disponível em: <<http://www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf>>.

COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao Direito*. São Paulo: Manole, 2004.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- GALINDO, Fernando. *Gobierno, derecho y tecnologia: las actividades de los poderes públicos*. Navarra: Aranzadi, 2006.
- GOUVÊA, Gilda Portugal. *Burocracia e elites burocráticas no Brasil*. São Paulo: Paulicéia, 1994.
- GUÉHENNO, Jean Marie. *O fim da democracia*. Tradução de Howard Johnson e Amaury Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 22. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora. 34, 1999.
- LLOYD, Margaret. Towards a definition of the integration of ICT in the classroom. In: AARE 2005, AARE, Eds. Proceedings AARE '05 Education Research - Creative Dissent: Constructive Solutions, Parramatta, New South Wales. Disponível em: <<http://www.dest.gov.au/schools/publications/2001/digest/technology.htm>>. Acesso em: 09 jul. 2014.
- MACHIAVELLI, Nicoló di Bernardo dei. *O príncipe*. Porto Alegre: LPM, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- NASSIF, Luís. *Os cabeças-de-planilha*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Democracia republicana e participativa. *Novos Estudos Cebrap*, n. 71, p. 77-91, mar. 2005.
- PIRES, Cecília. A soberania possível no artifício estatal de Thomas Hobbes. In: *Perspectiva Filosófica*. v. 1, n. 25, p. 13-26, jan.-jun. 2006.
- ROSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1980.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Donidelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução de Joana Angélica D'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Universidade de Brasília: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. Max. *Ciência e política, duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

RECEBIDO EM: 08/04/2017

APROVADO EM: 19/06/2017

# TRANSNACIONALISMO: UMA NOVA DINÂMICA ESTATAL

*TRANSNATIONALISM: A NEW STATE DYNAMICS*

*Regiane Nistler*

*Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional  
- IMED, campus de Passo Fundo, RS. Especialista em Direito e Processo do  
Trabalho. Professora dos cursos de Direito e Administração da Unidavi. Advogada.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Construção do Estado: pré-compreensões; 1.1 As Formas de Estado; 1.1.1 O Estado Absolutista; 1.1.2 O Estado Liberal; 1.1.3 O Estado Social-Democrático ou de Bem-Estar; 1.1.4 O Estado Neoliberal; 1.2 O Desenvolvimento do “Novo” Estado: o fenômeno da globalização; 1.2.1 Primeiras Compreensões: “padrões líquidos”, distâncias relativizadas e soberania em crise; 1.2.2 O Mundo sob os Signos da Globalização: uma visão positiva de um projeto em construção; 1.3 As Consequências da

Nova Dinâmica Global: o transnacionalismo; 1.3.1 O Conceito de Transnacionalismo; 1.3.2 Características do Transnacionalismo; 2 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O estudo em apreço tem como objetivo analisar as transformações do Estado desde o seu modelo absolutista até os dias atuais, pois supõe-se que ante às transformações da sociedade em razão da globalização, um novo modelo estatal pode estar se formando, ainda que [por enquanto] não reconhecido num plano formal, sendo ele o transnacional. Para isso, o artigo inicia com o estudo das formas estatais, desde a absolutista, passando pela liberal, de bem-estar social e neoliberal, fechando com o estudo do transnacionalismo e as mudanças [desmantelamento] que ele tem causado nas instituições basilares estatais até então reconhecidas formalmente, a citar, em especial, o “território” e a “soberania”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transnacionalismo. Estado. Formas de Estado.

**ABSTRACT:** The purpose of this study is to analyze the transformations of the state from its absolutist model to the present day, since it is assumed that before the transformations of socialization due to globalization, a new state model may be forming, although [While] not recognized on a formal level, being the transnational one. For this, the article begins with the study of state forms, from absolutist to liberal, social and neoliberal welfare, closing with the study of transnationalism and the changes [dismantling] that it has caused in state institutions until Then formally recognized, to cite, in particular, the “territory” and “sovereignty”.

**KEYWORDS:** Transnationalism. State. Forms of State.

## INTRODUÇÃO

A abordagem em tela problematiza a possibilidade de ter o Estado sofrido diversas mudanças em suas bases, e por isso hoje dispõe, ou no mínimo está a caminho, de estar inserido em uma nova dinâmica estatal intitulada transnacionalismo, ainda que isso não esteja reconhecido formalmente.

Para tanto, tem-se como objetivo estudar as mudanças nas características do Estado, em especial o que diz respeito às suas características básicas como o território [delimitado] e a soberania [plena].

O estudo inicia, além da demonstração das primeiras compreensões do ente estatal, com a abordagem do modelo absolutista estatal que carrega como principal característica a centralização do poder em uma única pessoa. Em seguida são abordadas considerações relevantes acerca do modelo de Estado liberal, que entre outros traços traz a separação dos poderes como marco distintivo. Adiante, o Estado de bem-estar social é analisado e fica demonstrado o excesso de serviços sociais disponibilizados nesse modelo. E, para finalizar, o modelo neoliberal é abordado como um exemplo de sacralidade de mercado e uma forma estatal que como as que lhe antecederam, beira a crise.

Ao arremate, é estudado o instituto do transnacionalismo, sem prejuízo das considerações elementares acerca da globalização que lhe deu causa, sendo realizadas tentativas de definições, considerando que é um fenômeno em construção, seguidas de análise de suas características e, em especial as transformações que tem trazido para a sociedade e conseqüentemente para o modelo clássico estatal, no que tange à soberania e à delimitação de território.

Ademais, quanto à metodologia utilizada, o método<sup>1</sup> é o dedutivo<sup>2</sup> e a técnica<sup>3</sup> é a bibliográfica.<sup>4</sup>

---

1 “[...] é a base lógica da dinâmica da pesquisa científica, ou seja, método é a forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados.” PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 90.

2 “Estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral: este é o denominado Método Dedutivo.” PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 91.

3 “Técnica é um conjunto diferenciado de informações, reunidas e acionadas em forma instrumental, para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas investigatórias.” PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 110.

4 Técnica de pesquisa aplicada com a utilização (predominância) de livros, repertórios jurisprudenciais e em coletâneas legais, por exemplo. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 108.

## 1 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO: PRÉ-COMPREENSÕES

Considerando os gregos, para quem os Estados não venciam os limites da cidade, a denominação era intitulada de *pólis*, cidade. Corolário desse significado, inclusive, ensejou a política, esta no sentido de arte ou ciência de governar a cidade. Os romanos, por sua vez, com a mesma orientação, preferiram as expressões *civitas* e *res pública*.<sup>5</sup>

No entanto, antes de assumir o sentido pleno, por muito tempo teve seu significado restrito, para se referir a *status*, como sinônimo de “condição”, “posição” ou “ordem”.<sup>6</sup> Essa caracterização continuou a ser evidenciada durante o medievo e mesmo na era moderna, quando o termo ainda é empregado para designar classes do reino – o clero, a nobreza e o povo – os quais, na França, chamavam-se “Estados Gerais”, na Inglaterra, “Parlamento”, na Alemanha, “Dieta” e na Espanha e Portugal, “Corte do Reino”.<sup>7</sup>

Ainda, na linguagem política e em documentos de natureza pública, recorde-se que a categoria *status* serviu para diferenciar as três grandes castas que formavam a população/classes do reino dos países europeus: os nobres, o clero e o povo eram designados como Estados.<sup>8</sup>

Adiante, é somente no século XVI, com Maquiavel<sup>9</sup>, que a expressão começa a ser empregada pela literatura científica na acepção universal e generalizada que se conhece hodiernamente.<sup>10</sup>

Assim, aos poucos, as poliarquias que até então se caracterizavam pela imprecisão territorial e por um poder frouxo e de certa forma intermitente, transformaram-se em unidades de poder contínuas e fortemente organizadas em uma única estrutura hierárquica de

5 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. revisada, ampliada e atualizada São Paulo: Globo, 2008. p. 23.

6 SANTI, Romano. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 59-60.

7 MENEZES, Anderson de. *Teoria geral do Estado*. 5. ed. verificada e atualizada Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 42-43.

8 AZAMBUJA, op. cit., p. 23.

9 É assente na doutrina que a inclusão da expressão “Estado”, na literatura política, coube a Nicolau Maquiavel, por meio da obra “O Príncipe”, publicada em 1531, em cujo início se lê: “Todos os Estados, todos os domínios, que têm autoridades sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados”. MACHIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 3.

10 SANTI, op. cit., p. 60.

funcionários e numa ordem jurídica unitária que submete todos os súditos do território a um único poder.<sup>11</sup>

No entanto, desde que Maquiavel utilizou o termo “Estado” pela primeira vez, diversas correntes doutrinárias vêm tentando conceituá-lo, embora, ensina Dallari, “encontrar um conceito de Estado que satisfaça a todas as correntes doutrinárias é absolutamente impossível [...]”.<sup>12</sup>

Para Cicco e Gonzaga o Estado é:

Uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção.<sup>13</sup>

Enquanto isso, para Hermann Heller, o Estado é uma unidade de ação humana organizada, de natureza especial, formado de acordo com uma lei básica. A sua unidade é real e forma uma estrutura ativa cuja existência, como cooperação humana, torna-se possível graças à ação de órgãos especiais conscientemente dirigidas para a formação eficaz de unidade.<sup>14</sup>

Nessa linha, Pasold disserta que a condição instrumental do Estado deve ser consequência de dupla causa: (1) ele nasce da sociedade; e (2) deve existir para atender as demandas que, permanente ou conjunturalmente, esta mesma sociedade deseja que sejam atendidas. O desconhecimento ou o desrespeito a esta dupla motivação é causa de um “*Leviatã*” que, muitas vezes, se presta a oprimir os indivíduos sócio-economicamente mais fracos em favor de indivíduos privilegiados. Se a condição instrumental do Estado advém do fato dele ser criação da sociedade, ela se consolidará somente na serventia aos anseios sociais e justificar-se-á por uma

11 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 162.

12 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 96.

13 CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria Geral do Estado e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 43.

14 HELLER, op. cit., p. 274.

conformação jurídica, dinâmica e conveniente na sua origem e coerente com sua utilidade para a sociedade.<sup>15</sup>

Coligadas as definições trazidas e registrando que este artigo não tem o objetivo de esgotar o assunto e por isso deixa de trazer outros tantos aportes teóricos acerca do tema, passa-se a tratar das concepções sobre a origem do Estado.

## 1.1 AS FORMAS DE ESTADO

No intuito de demonstrar que não é de hoje que o Estado passa por profundas mudanças em sua formação e até mesmo crises, importante tratar de algumas formas estatais desde o absolutismo.

### 1.1.1 O ESTADO ABSOLUTISTA

A caracterização absoluta do Estado remonta os primórdios existenciais do próprio Estado, nos idos da segunda metade do século XIV. Nessa linha, torna-se indissociável a relação Estado-nação, ou seja, a progressiva concentração dos poderes do Rei sobre seu território em suserania, seguindo alguns precedentes estamentais (feudais).<sup>16</sup>

Ficou a cargo de Jean Bodin, e, posteriormente a Thomas Hobbes, criar as bases de cunho teórico do absolutismo por meio da soberania, como poder absoluto, perpétuo e indivisível, de titularidade do monarca, cuja legitimidade decorre de concessões divinas, bem como da hereditariedade. Afinal, como frisou Luís XIV, está em Deus toda a fonte do poder e somente para Ele deve-se prestar justificativas.<sup>17</sup>

Com o livro “Os Seis Livros da República”<sup>18</sup> de 1576, Jean Bodin apresentou a primeira obra por onde houveram inclinações sobre o conceito de Soberania, sendo certo também que foram os seus moldes que serviram de alicerce para a construção do Estado nas bases contemporâneas.

15 PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 4. ed. revista e ampliada. Itajaí/SC: UNIVALI, 2013.

16 STAFFEN, Márcio Ricardo. *Estado, Constituição e Juizados especiais Federais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 55-56.

17 MENEZES, Anderson de. *Teoria geral do estado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 79.

18 BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Madrid: Aguillar, 1973. Tradução de Pedro Bravo.

Adiante, quase um século mais tarde, Hobbes através da obra intitulada “*Leviatã*”, publicada no ano de 1651 definiu a ideologia absolutista. Defendeu a ideia de um Estado poderoso e dominante como necessidade para se manter a ordem do governo e este que o fizesse no âmbito social. Para ele o ser humano só poderia viver em paz se concordasse em se submeter a um poder absoluto e centralizado.<sup>19</sup> Isso inclusive, serviria de prevenção às guerras, disputas, peleias.<sup>20</sup>

Assim, o Estado em sua forma absoluta e investido no Rei, centralizou todas as prerrogativas e funções antes dispostas em múltiplos eixos, embora auxiliado em sua formação pela burguesia, não tardou em encobri-la.<sup>21</sup>

Em meio a toda essa crise foi que acabaram lançadas as bases do surgimento do Estado liberal<sup>22</sup>, que será tratado a seguir.

### 1.1.2 O ESTADO LIBERAL

O surgimento de formas liberais de Estado moderno conquistaram espaço a partir do nítido e acentuado declínio do modelo absoluto. Isso porque instalou-se grave crise financeira, excessivos custos da burocracia administrativa e das forças militares, a revolução produtiva instalada via industrialização capitaneada pela burguesia hegemônica e pela influência desta nos espaços deliberativos. Pela economia torna-se valoroso a máxima da competitividade; do deixar fazer, deixar passar.<sup>23</sup>

19 Ou seja, a essência do Estado absolutista em Hobbes significava: [...] designar um homem ou uma assembleia de homens para representá-los, considerando e reconhecendo cada um como autor de todos os atos que aquele representa sua pessoa praticar, em tudo o que se refere à paz e segurança comuns, submetendo, assim, suas vontades à vontade do representante, e seus julgamentos a seu julgamento. [...] Em virtude da autoridade que cada indivíduo dá ao Estado, de usar todo o poder de força, pelo termo que inspira é capaz de conformar todas as vontades, a fim de garantir a paz e seu próprio país, e promover a ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. Título original: *Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. p. 16.

20 HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. Título original: *Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. p. 16.

21 POGGI, Gianfranco. *As origens do Estado moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 76 -79.

22 RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Discurso jurídico e prática política: Contribuição à análise do Direito a partir de uma perspectiva interdisciplinar*. Florianópolis: Obra jurídica, 1997. p. 63.

23 STAFFEN, Márcio Ricardo. *Estado, Constituição e Juizados especiais Federais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 55-56.

Nos ensinamentos de Mauro Volpi, no cerne da forma liberal de Estado torna-se possível perceber uma característica institucional essencial: a distinção clara entre esfera pública e esfera de cunho privado<sup>24</sup>, além do seu signo característico que é a separação de poderes.

Ainda, o modelo liberal de Estado desloca o eixo de concentração da soberania. Se, no absolutismo a soberania se encontrava no metal da coroa e do cetro, agora, no liberalismo estatal passou a ser vista na nação, instituição unitária, indivisível e além dos anseios individuais, tal como prevê a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 3º. Dessa forma, a representação política, através de eleições regulares, ainda que por afortunados, constituiu-se no elo formal entre o povo, a nação e o Estado.<sup>25</sup>

Adiante, é preciso anotar que o liberalismo se consolida como um protetor das liberdades individuais ante o poder do Estado, bem como nos limites impostos pelas regras que começaram a nortear as relações de natureza social.

A propósito, no âmbito econômico, esse novo cenário ficou evidente com a defesa pela não intervenção estatal. Existia uma advocacia no sentido de que as relações econômicas eram auto-suficientes.

Contudo, lembra Azambuja:

O chamado Estado liberal, exatamente por ser um regime popular, em que a vontade do povo ditava a lei, absorveu o indivíduo e o povo. Porque o indivíduo e o povo, diante dos novos problemas e das novas necessidades que iam surgindo, incapazes de resolver aqueles e de suprir a estas, mesmo de compreender uns e outras, imploravam e exigiam do Estado a solução e o remédio para todas as suas dificuldades e males. Assim, o Estado se hipertrofiou exatamente para atender os reclamos dos que mais tenazmente pretendiam defender os direitos do indivíduo contra o poder do Estado. A cada necessidade, um novo serviço público; para cada problema, uma lei ou um código; cada inovação e cada progresso da técnica determinam uma regulamentação. E como as necessidades, os problemas, as invenções e o progresso material crescem num ritmo incessante, os serviços, as leis e as regulamentações se multiplicam.<sup>26</sup>

24 VOLPI, Mauro. *Libertà e autorità*. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo. 4. ed. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 35. Tradução livre.

25 STAFFEN, Márcio Ricardo. *Estado, Constituição e Juizados especiais Federais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 59.

26 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Globo, 2008. p. 71.

Há, na modalidade liberal do Estado, uma inquestionável ascendência do reconhecimento de ordem jurídica do direito de liberdade como pressuposto de sua constituição, verdadeira alçada de liberdade de arbítrio.<sup>27</sup>

Inclusive, referida identificação com o ramo do direito civil, como direito da pessoa considerada em sua individualidade e como liberdade negativa deriva no reconhecimento de qualquer cidadão como corpo de uma esfera privada que não passa pela gerência do poder público.<sup>28</sup>

Ou seja, foi se criando um espaço de preferência da legislação civil em detrimento do direito público<sup>29</sup> e a liberdade se tornou sinônimo de obediência à legislação, como um dia lecionou Kant<sup>30</sup>, com a clareza que é inerente de seus escritos.

### 1.1.3 O ESTADO SOCIAL-DEMOCRÁTICO OU DE BEM-ESTAR

As características do modelo liberal, muitas vezes desmedidas em sua aplicação, causaram grande expansão do capitalismo, que em determinada proporção se tornou descompromissado em relação às obrigações sociais.

O Estado de bem-estar social surgiu para servir de garantidor dos tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão não como caridade, mas como direito político. Ou seja, por meio dele há uma garantia cidadã ao bem-estar, diante da ação positiva do Estado como afiançador da qualidade de vida do ser humano.<sup>31</sup>

Assim, a visão tradicional dos direitos-liberdades, consagrados face ao poder, vem superpor-se à ideia de direitos-créditos reconhecidos aos indivíduos, e que se traduzem por um poder de exigibilidade em relação ao Estado. Logo, enquanto as liberdades clássicas estabeleciam limitações para

27 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998. p. 149. Tradução de Manuel Jiménez Redondo.

28 VOLPI, Mauro. *Libertà e autorità*. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo. 4. ed. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 39. Tradução livre.

29 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Para uma teoria geral política. 12. ed. São Paulo: Paz e terra, 2005. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. Título original: Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica.

30 Ver: KANT, Emanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993; KANT, Emanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003.

31 BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 142.

as ações do Estado, esses novos direitos pressupõem, de forma contrária, para a sua realização, a mediação estatal; e seu caráter indefinidamente extensível justifica a ampliação ilimitada do Estado na vida social.<sup>32</sup>

Ainda, com o advento das constituições mexicana de 1917<sup>33</sup> e a de Weimar de 1919<sup>34</sup>, um novo modelo tinha características que se destacaram, como por exemplo, a intervenção do Estado na economia, a aplicação do princípio da igualdade e a realização de justiça social.

Dessa forma, imprescindível trazer os ensinamentos de Paulo Bonavides acerca do Estado social:

[...] quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou forma deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que antes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual. Nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.<sup>35</sup>

Assim, a forma social-democrática pauta-se no valor da pessoa humana. Fica superada a tradicional vinculação de vida e liberdade,

32 ARNAUD, André-Jean et al. *Dicionário enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Tradução de Patrice Charles. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3320.

33 A Constituição Mexicana, em relação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidente de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para construção do moderno Estado Social de Direito. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 181.

34 A Constituição de Weimar foi o ponto de maior influxo no contexto do constitucionalismo ocidental contemporâneo: uma espécie de marco inicial do próprio constitucionalismo social. Tratava-se da primeira tentativa feita por uma nação de construir uma social-democracia, procurando conciliar princípios liberais e princípios socialistas, e almejando fugir, ao mesmo tempo, do exemplo da revolução soviética e dos excessos do capitalismo e do liberalismo. WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989, p. 19-20.

35 BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 186.

inclusive, tão presentes nos hinos internos dos países após os processos que foram revolucionadores no que diz respeito à independência. Os novos fundamentos encontram amparo na afirmação e na tutela da dignidade da pessoa humana.<sup>36</sup>

Dessa forma, muito mais passou a ser exigido dos governantes em benefício dos governados, afinal, restava incontroverso que cada indivíduo que vivia na sociedade necessitava de auxílio para viver, em especial, claro, os menos favorecidos economicamente.

Contudo, no fim da década de 1960 o modelo começa a apresentar sinais de crise, pois o Estado já não estava suportando oferecer tudo que lhe era exigido e diante de demandas infinitas, grupos sociais reivindicadores e recursos escassos, o sistema foi à bancarrota.

Em suma, a crise pode em questão ser assim definida: (1) as receitas do Estado não deram conta para custear os serviços sociais exigidos pela sociedade; (2) o aumento da produtividade junto com o crescimento da proteção dos trabalhadores dificultou os investimentos e, por consequência, gerou uma crise de acumulação; (3) a crise de acumulação atingiu o Estado social, que ficou prejudicado na arrecadação; (4) a alta produtividade gera desemprego, queda salarial e reflete na própria legitimidade do modelo Estatal.<sup>37</sup>

Contudo, os paradigmas necessitaram ser repensados, notoriamente no fim da década de 1980. Aqui o neoliberalismo acaba por avançar por meio do capitalismo e a nova economia de mercado se afirma no recente sistema e o com o colapso surge um novo modelo de Estado, o intitulado neoliberal.

#### 1.1.4 O ESTADO NEOLIBERAL

Um dos primeiros a contrapor as ideias da política intervencionista do Estado de bem-estar social, foi o austríaco e economista Friedrich Von Hayek. Suas razões ficaram marcadas pela publicação da obra “O

---

36 HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). In: *Dimensões da dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

37 LAURELL, Asa Cristina (org). *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002. Título original: Estado y políticas sociales em el neoliberalismo, p. 76-77.

Caminho da Servidão”<sup>38</sup>, recebida na história como uma manifestação do liberalismo.

Por outro lado, criticando a política do *New Deal*, do keynesianismo, praticada por Roosevelt e conduzida de modo intervencionista e favorável aos sindicatos<sup>39</sup>, a reação foi marcada pela obra “Capitalismo e Liberdade”<sup>40</sup>, de Milton Friedman, lançada no ano de 1962, argumentando que a liberdade econômica era uma condição essencial para a liberdade das sociedades e dos indivíduos.

O doutrinador Paulo Neto define o neoliberalismo como:

[...] uma argumentação teórica que restaura o mercado como instância mediadora societal elementar e insuperável e uma proposição política que repõe o Estado mínimo como única alternativa e forma para a democracia. A liberdade econômica só é possível sobre o mercado livre (isto é, sem mecanismos extra-econômicos de regulação), que funda a liberdade civil e política.<sup>41</sup>

Ou seja, o mercado fica livre e produz mais riquezas. Contudo, se o Estado de bem-estar social, tratado anteriormente não conseguiu apresentar solução para todos os problemas de cunho econômico, pelo menos ostentava como característica nítida preocupação social em suas posturas, o que não se pode dizer do Estado neoliberal.

Isso porque seus ditames trazem regras de negação quanto à conquistas de natureza social e apontam para um futuro considerado assustador, diz Cony, que não por acaso anota que após a exploração do homem pelo homem motivada pelo capital, o neoliberalismo e seu instrumento operacional, que é a globalização, criaram, mantém e ampliam, em nome da sacralidade do mercado, a exclusão de grande parte do gênero humano. O próximo passo será a eliminação? Caminhamos para um holocausto universal, quando a economia modernizada terá repugnância em custear a sobrevivência de quatro quintos da população

38 HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Título original: *The road to serfdom*.

39 PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003. p. 255.

40 FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

41 PAULO NETO, José. *Crise do Socialismo e ofensiva neoliberal*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995. p. 77.

mundial? Depois de explorados e excluídos, bilhões de seres humanos, considerados supérfluos, devem ser exterminados? O raciocínio é bem mais do que uma alternativa. É um desdobramento lógico do horror econômico fabricado no laboratório dos economistas neste final de século. Horror – este sim – globalizado pelos governos que buscam resultados numéricos e condenam a ação social como jurássica. A massa de excluídos em todo o mundo constituirá um formidável dinossauro que a economia modernizada eliminará como inviável no Estado neoliberal. Não se trata de um apocalipse, mas de um novo eixo da história. Só os melhores, os economicamente arianos, deverão sobreviver. Os não arianos formarão o gueto – e como a manutenção de um gueto é um paradoxo econômico (para que produzir para quem não pode produzir?), a solução a médio ou em longo prazo será o extermínio em massa. Menos custo e mais benefício para os balanços de governos e empresas<sup>42, 43</sup>.

Assim, parece que mais esse modelo de Estado também beira a crise e como anota Bolzan de Moraes “estamos diante de um “ponto de não retorno”, pois não há como imaginar uma volta às bases de um Estado mínimo incompatível com as demandas e necessidades de uma sociedade que se expande quantitativa e qualitativamente e que necessita dar conta de riscos que estão ligados à própria possibilidade de desconstituição dos laços sociais e da infra-estrutura do planeta”.<sup>44</sup>

Logo, é preciso avançar e talvez a nova dinâmica de Estado em construção, intitulada “transnacional”, ainda que inexistente num plano formal, apresente propostas que evidenciem o tratamento ideal das novas demandas, como será visto adiante em seção específica.

## 1.2 O DESENVOLVIMENTO DO “NOVO” ESTADO: O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO

Embora o fenômeno da globalização tenha iniciado com as grandes navegações e descobertas marítimas, mais precisamente entre os séculos XV e XVI, como ensina Danilo Zolo, a expressão “globalização” foi difundida em uma fase de aceleração dos acontecimentos de integração de cunho econômico-social, que de acordo com alguns historiadores, já

42 Ver o caso de falência do americano Lehman Brothers, quarto maior banco de investimento de Wall Street, nos EUA.

43 CONY, Carlos Heitor. Apresentação da obra. In: FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 56. Título original: *L'horreur économique*. Tradução de Álvaro Lorencini.

44 BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 40.

estava presente no ocidente, quando da revolução industrial no século XVIII e XIX<sup>45</sup>

Ainda, o papel dos Estados Unidos no desenvolvimento das potências globais aconteceu a partir do pós-guerra, onde o marco inicial da era global são os acordos de *Bretton Woods*. Destaca-se a formação de uma economia global que procura com as forças econômicas externas proteger economias nacionais. Os acordos de *Bretton Woods* (1944)<sup>46</sup> se constituem como uma última fase de um processo iniciado pelos EUA e Grã-Bretanha para fins de fixar regras e regimes monetários do pós-guerra, assim como a participação de outros países na administração e controle de fluxos de capital internacional.<sup>47</sup>

Inclusive, dessa reconstrução e conferência surgiu o Fundo Monetário Internacional – FMI e o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento – BIRD, comumente chamado de Banco Mundial (*World Bank*).<sup>48</sup>

Contudo, na década de 70 e início dos anos de 1980 (fase inicial das novas tecnologias), o governo americano passa a sofrer determinada debilidade econômica e militar que possibilitou o crescimento de diferentes atores internacionais, principalmente das instituições

45 ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 15. Tradução Anderson Vichinkeski Teixeira.

46 “O sistema liberal econômico assentava-se sobre acordos bilaterais; não havia organismos internacionais que cuidassem especificamente de aspectos econômicos e comerciais. No entre guerras, o sistema liberal entrou em crise, mormente pela desconfiança mútua dos governos, o fortalecimento de sistemas como o fascista e o comunista, e pela grave crise econômica em países centrais europeus. Assim, no final da Segunda Guerra, os EUA e o Reino Unido reuniram-se com outros países, em julho de 1944, na cidade americana de Bretton Woods e desenharam uma nova ordem econômica baseada no sistema internacional de livre-comércio.” In: CAMPOS, Diego Araújo; TÁVORA, Fabiano. *Direito Internacional Público, Privado e Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141-142.

47 “Después de la Segunda Guerra Mundial, dicha escala igresa en una etapa totalmente novedosa, lo que se manifiesta sobre todo en las labores intensas y extendidas para implementar las resoluciones de Bretton Woods, elaboradas con el objeto de crear un sistema supranacional de regulación e las operaciones transfronterizas. Numerosos autores consideran que ese período es una fase prolongada de la formación del sistema global actual.” SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Buenos Aires: katzeditores, 2010, p. 218. Tradução livre.

48 Nos ensinamentos de Frieden, o sistema de Bretton Woods governou as relações econômicas internacionais dos paises capitalistas avançados da Segunda Guerra Mundial ao início da década de 1970. As nações industrializadas se afastariam do nacionalismo econômico e dos conflitos, mas não retornaram ao *laissez-faire* de antes da Primeira Guerra Mundial, com base no pressuposto de que as exigências para o sucesso internacional alimentavam os problemas do desemprego e dos produtores agrícolas. In: FRIEDEN, Jeffrey A. *Capitalismo Global: história econômica e política do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zabar, 2008. p. 322.

financeiras que reorientam o internacionalismo americano, constituído por *Bretton Woods*. Na mesma década de 70, ocorreu uma migração do capital estrangeiro das economias em crise para territórios econômicos que estavam mais sólidos e com benefícios que permitiam maior rentabilidade financeira, este fenômeno também é conhecido e em certa medida comum nos dias de hoje<sup>49</sup>.

No que tange aos desenvolvimentos mais recentes da globalização, entende-se que estes ganharam uma particular consistência nas últimas três décadas do século XX. Nessa linha mais específica, com o termo “globalização” se busca denotar o processo social – fortemente influenciado pelo desenvolvimento tecnológico, pela crescente velocidade dos transportes e pela “revolução informática” – que deu vida a uma verdadeira e própria rede mundial de conexões espaciais e de interdependências funcionais. Esta “rede” colocada em virtude das distâncias geográficas ou de barreiras cognitivas e sociais de vários tipos. Dessa forma, fala-se em “contração” da dimensão espacial e da temporal como uma das consequências da globalização subjetivamente mais percebidas.<sup>50</sup>

### 1.2.1 PRIMEIRAS COMPREENSÕES: “PADRÕES LÍQUIDOS”, DISTÂNCIAS RELATIVIZADAS E SOBERANIA EM CRISE

Viver neste universo demanda um enorme esforço, alerta Baumann. Pois, muito embora possua uma aparência familiar o cotidiano não poupa surpresas, negando hoje o que até ontem se acreditava ser verdade. São raras as garantias de que aquilo que se considera verdadeiro ao entardecer de hoje não será literalmente refutado amanhã. Uma empreitada assustadora e permanente, para sempre inacabada. É assim que o autor descreve como a sociedade encara as transformações mundanas. Para o recém falecido filósofo polonês, os homens vivem todos os dias tentando assimilar os significados apreendidos no passado para compreender o novo que se apresenta de forma tão repentina e intensa. De forma desesperada, intenta organizar as experiências para permitir a compreensão lógica do advento do “novo”.<sup>51</sup>

49 SASSEN, Saskia. Territorio, autoridade y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: katzeditores, 2010. p. 219–228. Tradução livre.

50 ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira: Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 16.

51 BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011. p. 07-08.

Para Baumann a globalização é um cabaré, no qual o ente estatal passa por um *strip-tease* e no final do espetáculo é deixado apenas com as necessidades básicas: seu poder de repressão. Com sua base material derruída, sua soberania e independência apagadas, sua classe política anulada, ou seja, o Estado torna-se um mero serviço de segurança para as grandes empresas.<sup>52</sup>

Assim, nos ensinamentos de Baumann “o significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo”.<sup>53</sup>

Enquanto isso, nas lições de Milton Santos, o fenômeno da globalização ostenta a existência de ao menos “três mundos em um só.”<sup>54</sup>

O primeiro deles se trata do mundo como nos fazem vê-lo, o que ele intitula de globalização como fábula. Isso porque tentam nos dizer que o mundo está ao alcance de todos, o que na visão do autor não é verdade, uma vez que a globalização evidencia um mercado avassalador e muita desigualdade entre as comunidades. O mundo está na verdade, menos unido e para ele estamos muito distantes de uma cidadania verdadeiramente universal. Além disso, o culto ao consumo é demasiadamente estimulado e diferente do que dizem acerca da morte do Estado, este último, em razão da globalização, está mais fortalecido para atender aos interesses financeiros, tanto nacionais quanto internacionais, em detrimento da atenção dada a população que vê sua vida ficar cada vez mais difícil.<sup>55</sup>

Enquanto o segundo seria o mundo como ele realmente é, logo, a globalização como perversidade, pois ela gera desemprego, contribui para a pobreza, a fome e o desabrigo aumentam significativamente; surgem novas enfermidades, como por exemplo a aids, e velhas doenças, a princípio extintas, retornam de modo triunfal. Ademais, nesta classificação, o autor destaca os males espirituais e morais da

---

52 BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 64.

53 Ibidem, 1999.

54 SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 2001. p. 18.

55 Ibidem, p. 18-19.

humanidade em razão da globalização, que marca a busca incessante por lucro e justifica as consequências maléficas acima mencionadas: egoísmo, cinismo, corrupção e competição exacerbada.<sup>56</sup>

E, por fim, o terceiro, que representa o mundo como ele pode ser, o que Santos chama de “outra globalização”. Aqui o autor defende “uma globalização mais humana” e destaca que as mesmas bases utilizadas para a globalização perversa podem e devem ser utilizadas para este terceiro mundo. A título de exemplo convém citar a mistura de povos (exemplo disso é a própria face da globalização representada pela imigração), culturas, raças, gostos em todos os continentes e o próprio aglomerado de pessoas em áreas cada vez menores, que contribui para um dinamismo da mistura dessas etnias e consequentemente por uma sociedade mais tolerante nas suas diversidades.<sup>57</sup>

O ponto é que a globalização chegou a tal nível que já não tem mais volta. Finalmente o auto interesse e os princípios éticos de respeito e atenção mútuos de todos os seres humanos apontam na mesma direção e exigem a mesma estratégia. A globalização, vista como uma maldição, pode virar uma bênção, mas é uma questão que está em aberto e a resposta só depende dos seres humanos.<sup>58</sup>

Ao arremate desta seção anote-se que no entendimento de Ulrich Beck<sup>59</sup>, faz-se necessário uma transição do Estado-nacional – baseado nas ideias do neoliberalismo – para a era transnacional que está fundada em: a) uma na nova configuração do sistema político, e, b) na substituição da estrutura monocêntrica de poder dos Estados - nacionais por uma distribuição policêntrica de poder na qual uma grande diversidade de atores transnacionais e nacionais cooperam e concorrem entre si.

### 1.2.2 O MUNDO SOB OS SIGNOS DA GLOBALIZAÇÃO: UMA VISÃO POSITIVA DE UM PROJETO EM CONSTRUÇÃO

Nos ensinamentos de Saskia Sassen:

Estamos atrevesando una transformaci3n que marcar3 una 3poca, que a3n es incipiente pero ya est3 mostrando gran fuerza. Con el

56 SANTOS, op. cit., p. 19-20.

57 Ibidem, p. 20-21.

58 BAUMANN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005. p. 95.

59 BECK, Ulrich. *Respostas à Globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 27.

tiempo, la hemos demonimado “globalización”. Últimamente, se le presta gran atención al aparato emergente de las instituciones y las dinámicas globales, pero, si bien se trata de un cambio transcendental, esta transformación todavía no ha incorporado del todo la arquitectura del Estado-nación<sup>60, 61</sup>

Nesse caminho Held e McGrew explicam que:

[...] o conceito de globalização denota muito mais do que a ampliação de relações e atividades sociais atravessando regiões e fronteiras. É que ele sugere uma magnitude ou intensidade crescente de fluxos globais, de tal monta que os Estados e sociedades ficam cada vez mais enredados em sistemas mundiais e redes de interação. Em consequência disso, ocorrências e fenômenos distantes podem passar a ter sérios impactos internos, enquanto os acontecimentos locais podem gerar repercussões globais de peso. Em outras palavras, a globalização representa uma mudança significativa no alcance espacial da ação e da organização sociais, que passa para uma escala inter-regional ou intercontinental.<sup>62</sup>

Enquanto isso, para Cassese a globalização consiste em desenvolvimento de redes de produção internacionais, dispersão de unidades produtivas em diferentes países, fragmentação e flexibilidade do processo de produção, interpenetração de mercados, instantaneidade dos fluxos financeiros e informativos, modificação dos tipos de riqueza e trabalho e padronização universal dos meios de negociação.<sup>63</sup>

60 Manuel Castells define o surgimento de um novo tipo de Estado, que não é o Estado-nação, mas que não o elimina e sim o redefine. O Estado, por ele denominado, é chamado de Estado-rede que se caracteriza por compartilhar a autoridade (ou seja, a capacidade institucional de impor uma decisão) através de uma série de instituições. Uma rede, por definição, não tem centro e sim nós, de diferentes dimensões e com relações intermodais que são frequentemente assimétricas. Mas, enfim, todos os nós são necessários para a existência da rede. Assim, o Estado-nação se articula cotidianamente na tomada de decisões com instituições supranacionais de distintos tipos e em distintos âmbitos. Nesta rede funcional instituições regionais e locais inclusive que contam com a participação de organizações não governamentais. CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 1999. p. 164.

61 SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Buenos Aires: katzeditores, 2010. p. 19. Tradução livre.

62 HELD, David; MCGREW, Anthony. *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*. Cambridge: Polity, 2002. p. 12. Tradução livre.

63 CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. p. 25.

Nesse sentido também é a doutrina de Ian Clark, para quem a globalização designa modificações relativas seja à intensidade, seja à dimensão espacial das relações internacionais. Para o primeiro aspecto a noção de globalização inclui conceitos como integração, interdependência, multilateralismo, abertura e interpenetração funcional. Para o segundo aspecto a noção de globalização remete à difusão geográfica das tendências acima indicadas e incorpora conceitos como compreensão espacial, universalização e homogeneidade.<sup>64</sup>

Ou seja, para Clark, assim como para Paul Hirst<sup>65</sup>, para Andrew Hurrell<sup>66</sup> e para Saskia Sassen<sup>67</sup>, os Estados e os governos – de modo todo particular os governos das grandes potências – não são testemunhas passivas da globalização: eles são, pelo contrário, quem a promove e a difunde, recorrendo quando é necessário, também ao uso da força. Contra a tese sustentada por Ulrich Beck, da irreversível passagem à “segunda modernidade – em âmbito civil, econômico, técnico-comunicativo, ecológico – a globalização é pensada por esses autores como um processo histórico, descontínuo, conflitual e reversível, a par de qualquer outro processo histórico.<sup>68</sup>

Ademais, o Estado perdeu sua habilitação de único senhor da ordem<sup>69</sup> e aqui cabe lembrar o que diz Raposo:

Queste connessioni, combinandosi con imponenti flussi migratori, determinano un progressivo superamento dei confini statali che, affrancando le Costituzioni dal territorio (Zagrebelsky), cioe deterritorializzando la sovranita, genera la consapevolezza che ciascuno Stato non dispone piu degli strumenti normativi per soddisfare da solo i bisogni dei suoi cittadini, il loro benessere e la

---

64 CLARK, Ian. *Globalization and fragmentation*. Oxford: Oxford University Press, 1997, trad. it. Bologna: il Mulino, 2001. p. 10. Tradução livre.

65 Ver HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalization in Question*. Cambridge: Polity Press, 1996.

66 Ver HURRELL, Andrew; WOODS, Ngaire. *Globalisation and Inequality, in Millennium*, v. 24, 1995.

67 Ver SASSEN, Saskia. *Globalization and its Discontents*. New York: New Press, 1998, trad. it. Globalizzati e scontenti. Milano: il Saggiatore, 2002.

68 ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Tradução Anderson Vichinkeski Teixeira: Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 17–18.

69 ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras: Entre globalização e pós-globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 03.

loro salute minacciata dai cibi transgenici, dai virus e dalle radiazioni che vengono da lontano.<sup>70</sup>

Assim, Francis Snyder está correto ao dizer que a globalização é governada pela totalidade de conjunções estrategicamente determinadas, contextualmente específicas e frequentemente episódicas, irradiadas de diversos lugares pelo mundo, com elementos institucionais, normativos e processuais específicos, mas não necessariamente exclusivos. Procedese, nestes termos, a uma forma global de pluralismo jurídico<sup>71</sup>, e, esse diagnóstico, indubitavelmente, demonstra exatamente o exaurimento da figura do Estado e das próprias instituições internacionais de natureza monista-dualista, ou seja, no seu modelo clássico e no que se propôs inicialmente, como exposto na introdução deste estudo com a breve análise das formas de Estado.

### 1.3 AS CONSEQUÊNCIAS DA NOVA DINÂMICA GLOBAL: O TRANSNACIONALISMO

É o “mundo novo”, que precisa ser explorado no espaço limítrofe entre o Estado e as sociedades nacionais<sup>72</sup>, sendo que são desafios de um mundo globalizado que nos ensinamentos de Oliviero e Cruz:

[...] pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios. Esse novo projeto de civilização provavelmente passará pela reabilitação do político, do jurídico, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica. Isso implica uma redefinição ou, mais exatamente, um redescobrimento do bem comum, de um saber existir juntos e de um novo sentido para a aventura de viver.<sup>73</sup>

70 RAPOSO, Antonio. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico*. PEFORARO, lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. *Diritto costituzionale e pubblico*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli. p. 26. Tradução livre.

71 SNYDER, Francis. *Governing economic globalization: global legal pluralism and European law*. *European Law Journal*, 5/4, 1999. p. 334. Tradução livre.

72 BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do Globalismo*: Respostas à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 190.

73 OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. *Revista Eletrônica. Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 1. Itajaí, SC. jan./abr. 2012. p. 18-28.

Assim, a globalização se trata de um fenômeno que nas lições de Habermas<sup>74</sup> “é um processo e não um estado final” está reestruturando o modo como vivemos e, de maneira bastante indelével, está causando impacto nas tradicionais estruturas que até então estavam postas na sociedade. Consequentemente, os reflexos de toda essa miscelânea acabam servindo como base de sustentação para o surgimento de outros fenômenos, influenciando a vida cotidiana tanto quanto eventos que ocorrem numa escala em nível global.<sup>75</sup>

E um desses acontecimentos é o da transnacionalidade que, além de nascer do contexto contemporâneo, segundo Stelzer, insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal, enquanto globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; transnacionalização está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio<sup>76</sup>.

[...] representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado – especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.<sup>77</sup>

Ou seja, é desse “mundo novo” que nasce a ideia de transnacionalismo, que tem sido objeto de inúmeros escritos e debates jurídicos, em especial, por ser um fenômeno em construção, o que será tratado minuciosamente a seguir.

### 1.3.1 O CONCEITO DE TRANSNACIONALISMO

O prefixo “*trans*” trata da capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais,

74 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. Título original: *The consequences of modernity*. p.15.

75 HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: *Die postnationale konstellation: politische essays*, p. 84.

76 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). *Direito e transnacionalidade*. 1. ed., reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011. p. 21.

77 *Ibidem*, p. 16.

objetivando a produção de respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos. Dessa forma, a expressão latina “*trans*” significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados.<sup>78</sup>

Ainda, Philip Jessup, há muito, mais precisamente em 1956, abordou o tema, ao trazer a expressão “direito transnacional”<sup>79</sup> referindo-se ao emaranhado de regras de cunho jurídico aplicáveis às relações sociais que comportam um elemento de “estranheidade”.<sup>80</sup>

Outrossim, adverte Philip Jessup que o termo “internacional” para se referir aos Estados e suas relações é bastante enganador, pois, não obstante passar a ideia de entrelaçamento entre Estados sugere, por outro lado, a preocupação apenas com as relações que se dão entre uma nação (ou Estado) com outras nações (ou Estados)<sup>81</sup>, sendo que se tem necessidade de uma reflexão para além das fronteiras, logo, uma dimensão transnacional.

O francês Jean Robert, em seus ensinamentos citados por Arnaud<sup>82</sup>, definiu o fenômeno do transnacionalismo da seguinte forma:

Toda operação de natureza jurídica internacional (a maioria das vezes contratual, sob todas as formas concebíveis) que seus participantes desejam ver regida por uma regra de direito à sua escolha, isto é pela via direta, de preferência a um modo conflituoso. E é nisso essencialmente que o transnacionalismo parece opor-se ao internacionalismo (que) leva em consideração a diferença entre os direitos nacionais e faz dessa diferença o objeto de sua intervenção (enquanto que) o ‘transnacional’ tende, pelo contrário, a eliminar a mesma diferença. E concluindo “O transnacionalismo nada mais é do que a simples expressão de um

78 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.) *Direito e transnacionalidade*. p. 55-71.

79 JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Lisboa: Fundo de cultura, 1965. Título original: Transnational Law.

80 ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras entre globalização e pós-globalização*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 31.

81 JESSUP, op. cit., p. 11.

82 ARNAUD, op. cit., p. 31.

desejo das partes no sentido de que uma operação internacional seja plenamente regida pela autonomia da vontade”.<sup>83</sup>

Adiante, as situações de natureza transnacional, podem envolver, portanto, indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estado, ou outros grupos, permitindo, com isso, vislumbrar uma variedade quase infinita de situações Transnacionais que podem surgir.<sup>84</sup>

Ou seja, em suma, o transnacionalismo valoriza peculiares características da globalização, gerada no âmbito desse processo, especialmente ligada ao transpasse de fronteiras nacionais. Enquanto a internacionalidade é clara no que diz respeito à relação inter-nações ou, melhor dito, inter-Estados, a transnacionalidade desconhece fronteiras, resultado direto do processo em escala global. Enquanto a soberania é a marca indelével no direito internacional, a fragilidade soberana (no âmbito público) ou seu desconhecimento (no âmbito privado) viabiliza um cenário denominado transnacional.<sup>85</sup>

### 1.3.2 CARACTERÍSTICAS DO TRANSNACIONALISMO

Inicialmente e para inaugurar as características do transnacionalismo, sem dúvida, é preciso citar a desterritorialização, pois ela é uma das primeiras características do cenário transnacional.

O território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado. Com isso, por ser fugidia, borda também não é, pois fronteira delimita e a permeabilidade traz consigo apenas o imaginário, o limite virtual. Aquilo que é transpassável não contém, está lá e cá.<sup>86</sup>

Ou seja, a característica da desterritorialidade sinaliza que o “território transnacional” que ela cria não se confunde com o espaço estatal, também não pode ser confundido com o espaço que liga dois ou mais espaços estatais (como nas relações internacionais e supranacionais),

---

83 ROBERT, Jean. *Le phénomène transnational*. LGDJ/Ed. da Association Française d'Arbitrage: Paris, 1988, p. 7-59. Tradução livre.

84 JESSUP, op. cit., p. 13.

85 STELZER, op. cit., p. 22.

86 *Ibidem*, p. 25-27.

“não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado”, destaca Stelzer.<sup>87</sup>

Logo, é possível dizer que desterritorialização representa um nível superior de integração onde as fronteiras desaparecem. Momento em que se supera o conceito fronteiro de Estado-nação. Assim, ao tratar de relações transnacionais, se está a relacionar com o que é do Estado, com o que se relaciona entre os Estados e o que está além do Estado. Desta forma, questões ou problemáticas que antes eram tratadas em nível singular (estatal), passam a ser tratadas de forma plural.<sup>88</sup>

Adiante, outra característica relevante é o enfraquecimento do Estado soberano, motivo pelo qual Cruz afirma que a soberania, um dos paradigmas do Estado Constitucional Moderno que convertia o poder estatal num poder supremo, exclusivo, irresistível e substantivo, único senhor criador de normas e detentor do monopólio do poder de coerção física legítima dentro de seu território, ao tempo que único interlocutor autorizado a falar com o exterior, está se desmanchando, o que faz afundar os alicerces sobre os quais se sustentava a teoria clássica do Estado Constitucional Moderno.<sup>89</sup>

Assim, embora existam manifestações contrárias de que as consequências da globalização implicaram no enfraquecimento da soberania<sup>90</sup>, este artigo adere a ideia de que o Estado soberano, nesse novo cenário vê o desmantelamento de suas bases.

Ademais, anote-se que é neste contexto mundial de relações transnacionalizadas que emergem novos poderes e atores transnacionais<sup>91</sup>

---

87 Ibidem, p. 25.

88 DEMARCHI, Clovis. *Direito e Educação: a regulação da educação superior no contexto transnacional*. 2012. 302 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2012. p. 114-115.

89 CRUZ, Paulo Márcio. *Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI*. 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2011. p. 97.

90 [...] o Estado não perdeu o poder de constranger as grandes corporações capitalistas, até porque elas continuam dependentes da infra-estrutura estatal para fazer valer seus interesses [...]. O resultado disso é a consolidação de infra-estrutura institucionais que ajustam a ação dos atores internacionais e potencializam seus ganhos. Assim, a tese da globalização segundo o qual no atual sistema político internacional, formado por Estado-nação ocorre um processo irreversível de decomposição do poder desterritorializado em função de agentes extraterritoriais, não encontra sustentação na prática de fato, dá-se, no presente, o inverso, ou seja, a expansão do sistema político internacional e das funções dos Estados-nação. SANTOS JÚNIOR, Raimundo Batista dos. *A Globalização ou o Mito do Fim do Estado*. Ijuí: Unijuí, 2007. p. 91.

91 A título de exemplo podemos citar as empresas transnacionais, as organizações –não-governamentais (ONG's) e as Organizações Intergovernamentais (OII's).

até então desconhecidos, fazendo nascer o fenômeno da transnacionalidade, sobre o qual se vislumbra a oportunidade reflexiva e limitadora de fatores hegemônicos e funestos provocados pela globalização<sup>92</sup>, institutos e temas que renderiam outro longo e interessante ensaio.

Ao arremate, verifica-se que o transnacionalismo tem alterado significativamente as características bases do Estado, dando a ele novo formato e, portanto, novo modelo em suas concepções, a citar, em especial, a soberania<sup>93</sup>, antes definida, e o território<sup>94</sup>, antes delimitado.

## 2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existem diversas organizações de natureza privada que circulam pelo globo sem qualquer dependência, autorização ou controle de qualquer ente estatal. É o caso, de exemplos como a Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA) e da Câmara internacional de Comércio (ICC), que criam e aplicam suas próprias normas de modo autônomo com o intuito central de promover o comércio e investimentos internacionais, servindo, aliás, de instituição parceira para diversos organismos, tanto nacionais, quanto internacionais, conforme se verifica com a ONU (Organização das Nações Unidas) e com a OMC (Organização Mundial do Comércio).<sup>95</sup>

Ou seja, fatos como esses por si só, demonstram alteração significativa no que tange às relações da sociedade e a própria formação e atuação do Estado, que já não se mostra como o único Senhor da ordem, menos ainda no formato que um dia se propôs com as suas mais diversas formas, aqui estudadas.

---

92 TOMAZ, Roberto Epifanio. Transnacionalidade: uma proposta a globalização hegemônica. In: GRADOS, Guido C. A.; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio R. (orgs.). *Constitucionalismo em mutação – reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica*. Blumenau: Nova Letra, 2013. p. 211-228.

93 “A soberania do Estado significa, pois, a soberania da organização estatal como poder de ordenação territorial supremo e exclusivo. O Estado, como organização territorial soberana, é criador supremo das normas e tem o monopólio do poder de coação física e legítima, a última ratio de todo poder.” HELLER. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre. p. 291–292.

94 Um dos pressupostos de existência do Estado, especificado pela dimensão concreta, demarcada de forma geográfica, o território, nada mais é do que a parte física e sua descrição como um elemento imprescindível do Estado e que só apareceu com o Estado moderno embora não signifique dizer que os Estados anteriores não tivessem território. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 73.

95 CASSESE, Antônio. *Chi governa il mondo? Bolonga: Il Mulino*, 2013. p. 19.

Sendo assim, finalizando o presente artigo, pontuam-se como relevantes as seguintes considerações: (a) o Estado sofre transformações significativas desde sempre, não sendo o atual cenário um caso único de inovação e intensas mudanças; (b) embora o Estado tenha passado por diversas transformações desde o seu modelo absolutista que centralizava o poder em uma única pessoa até o formato da representação popular e o nascimento de novos atores particulares que tem roubado cena quanto a atuação destacada na nova dinâmica global, o ente estatal sempre preservou de forma incontestada duas de suas principais características (também chamadas de elementos), a citar: a [plena] soberania e o [delimitado] território; (c) contudo, especialmente nesses dois aspectos, o Estado parece ter perdido a sua força, pois os limites fronteiriços parecem ter desaparecido num plano prático, assim como a soberania pode ter migrado para novos atores ante a conjuntura transnacional, desencadeada pela globalização; (d) dessa forma, o sistema pode estar denunciando uma nova dinâmica de Estado, ainda que informalmente, mas que tem na figura do deste último, um ente em declínio ou no mínimo permeável.

## REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry & outros. A trama do neoliberalismo: mercado, crise e exclusão. In: SADER, E.; GENTILI, P. (orgs). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

ARNAUD, André-Jean et al. *Dicionário enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Tradução de Patrice Charles. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras*. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Globo, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Para uma teoria geral política. 12. ed. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 2005. Título original: Strato, governo, società. Per una teoria generale della política.

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?*. Tradução de, Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BAUMANN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Tradução de Pedro Bravo. Madrid: Aguillar, 1973.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAMPOS, Diego Araújo; TÁVORA, Fabiano. *Direito Internacional Público, Privado e Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale.

CASSESE, Antônio. *Chi governa il mondo? Bologna: II Mulino, 2013*.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 1999.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria Geral do Estado e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CONY, Carlos Heitor. Apresentação da obra. In: FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 56. Título original: L'horreur économique.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CLARK, Ian. *Globalization and fragmentation*. Oxford: Oxford University Press, 1997, trad. it. Bologna: il Mulino, 2001. p. 10. Tradução livre.

CRUZ, Paulo Márcio. *Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI*. 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.) *Direito e transnacionalidade*.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DEMARCHI, Clovis. *Direito e Educação: a regulação da educação superior no contexto transnacional*. 2012. 302 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2012.

FRIEDEN, Jeffrey A. *Capitalismo Global: história econômica e política do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zabar, 2008.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. Título original: *The consequences of modernity*.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: *Die postnationale konstellation: politische essays*.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. Título original; The road to serfdom.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*. Cambridge: Polity, 2002. p. 12. Tradução livre.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. Título original: Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil.

JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Lisboa: Fundo de cultura, 1965. p. 11. Título original: Transnational Law.

KANT, Emanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993; KANT, Emanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003.

LAURELL, Asa Cristina (org). *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002. Título original: Estado y políticas sociales em el neoliberalismo.

MACHIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MENEZES, Anderson de. *Teoria geral do Estado*. 5. ed. verificada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. *Novos Estudos Jurídicos. Revista Eletrônica*, v. 17. n. 1. Itajaí, SC. jan./abr. 2012. p. 18-28. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

PAULO NETO, José. *Crise do Socialismo e ofensiva neoliberal*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Florianópolis: Conceito, 2015. 13. ed.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 4. ed. revisada e ampliada. Itajaí/SC: UNIVALI, 2013.

POGGI, Gianfranco. *As origens do estado moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Discurso jurídico e prática política: Contribuição à análise do Direito a partir de uma perspectiva interdisciplinar*. Florianópolis: Obra jurídica, 1997.

RAPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. PEFORARO, lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. *Diritto costituzionale e pubblico*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli. Tradução livre.

ROBERT, Jean. *Le phénomène transnational*. LGDJ/Ed. da Association Française d'Arbitrage: Paris, 1988. Tradução livre.

SANTI, Romano. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SANTOS JÚNIOR, Raimundo Batista dos. *A Globalização ou o Mito do Fim do Estado*. Ijuí: Unijuí, 2007.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Record. 6. ed. 2001.

SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Buenos Aires: katzeditores, 2010. Tradução livre.

SNYDER, Francis. *Governing economic globalization: global legal pluralism and European law*. European Law Journal, 5/4, 1999. p. 334. Tradução livre.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). *Direito e transnacionalidade*. 1 ed. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

STAFFEN, Márcio Ricardo. *Estado, Constituição e Juizados especiais Federais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

TOMAZ, Roberto Epifanio. Transnacionalidade: uma proposta a globalização hegemônica. In: GRADOS, Guido C. A.; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio R. (orgs.). *Constitucionalismo em mutação – reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica*. Blumenau: Nova Letra, 2013.

VOLPI, Mauro. *Libertà e autorità*. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo. 4. ed. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 35. Tradução livre.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Tradução Anderson Vichinkeski Teixeira: Florianópolis. Conceito Editorial, 2010.



RECEBIDO EM: 13/03/2017

APROVADO EM: 17/07/2017

# AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*CUSTODY HEARING: AS ENABLER OF DUE PROCESS AND HUMAN DIGNITY*

*Tanise Zago Thomasi*

*Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul  
Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Advogada - Ordem dos Advogados do Brasil/RS e professora adjunta na Universidade Federal de Sergipe e Universidade Tiradentes. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade Tiradentes.*

*Débora de Jesus Oliveira Santos*

*Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes - Unit*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O Estado democrático de direito e o devido processo legal nas audiências de custódia; a) Suárez Rosero Vs. Equador; b) Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador; c) Bayarri Vs. Argentina e d) Barreto Leiva Vs. Venezuela; 2 A audiência de custódia e o princípio da dignidade da pessoa humana; 3 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** Para que se faça possível um Estado democrático de direito tal como pretendido pela Constituição Federal de 1988, é necessário um ordenamento jurídico harmônico com os princípios basilares de um Estado destinado ao resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana consubstanciada no respeito à liberdade frente ao arbítrio estatal. Dessa maneira, busca-se verificar como a apresentação imediata do preso sob custódia, consolida a democratização de direitos, à medida que cumpre o devido processo legal. Antes mesmo de explicar a audiência de custódia, alvo do presente trabalho acadêmico, é imprescindível compreender o que representa o devido processo legal num Estado democrático de direito. Igualmente, compreender como os tratados internacionais sobre direitos humanos são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, e a responsabilidade que tem o Estado signatário. Feitas essas considerações, poder-se-á analisar de maneira mais crítica como os tribunais no Brasil estão decidindo acerca da audiência de custódia, pois o CNJ vem incentivando a realização da mesma através da Resolução nº 213/2015.

**PALAVRAS-CHAVE:** Audiência. Custódia. Processo. Dignidade. Pessoa. Humana.

**ABSTRACT:** For a democratic rule of law make possible, as intended by the Constitution of 1988 requires a harmonic law with the fundamental principles of the rule intended to guard and promote human dignity embodied in the respect for freedom against the State agency. In this way, we try to see how the immediate presentation of the prisoner in custody, consolidating the democratization of rights, as it meets due process. Even before explaining the custody hearing, target of this academic work, it is essential to understand what is the due process of law in a democratic state of law. Also, understanding how international human rights treaties are incorporated into the Brazilian legal system, and the responsibility that is signatory State. Given these considerations, it may will examine more critically how the courts in Brazil are deciding about the custody hearing the CNJ has encouraged the holding of the same by Resolution 213/2015.

**KEYWORDS:** Custody. Hearing. Process. Dignit. Human. Person.

## INTRODUÇÃO

A audiência de custódia é a apresentação do preso a presença do juiz, imediatamente a sua prisão, e está prevista no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, também conhecida como Pacto São José da Costa Rica) e no art. 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ambos ratificados pelo Brasil no ano de 1992.

A revisão da literatura sobre a destinação e as potencialidades da audiência de custódia como instrumento viabilizador do devido processo legal e das garantias fundamentais do preso, justifica-se diante da necessidade de (re)afirmação do Estado democrático de direito que, aos moldes do que preconizou o constituinte originário, implica o dever do Estado em respeitar os direitos individuais, enfaticamente naquilo que diz respeito ao direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Mostra-se ainda mais pertinente tal iniciativa quando se presencia nos dias atuais a ocorrência de flagrante desrespeito aos direitos dos encarcerados, em especial, àqueles presos preventivamente por meio de um flagrante delito, quando não se tem o devido acompanhamento e baliza do judiciário no sentido de conferir e garantir o respeito a sua integridade física e moral. Este desrespeito se estende as decisões desiguais por parte dos Tribunais do País.

Então, para a consecução deste propósito, ou seja, para instruir sobre a utilidade da audiência de custódia na garantia dos direitos humanos dos presos, utilizar-se-ão os princípios constitucionais do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, institutos estes conferidores de viabilidade a presente pretensão de pesquisa desse artigo.

Considerando a audiência de custódia indispensável ao devido processo legal na busca por medidas cautelares alternativas à prisão e a prevenção de maus-tratos, a sua ausência, afeta, por conseguinte, as garantias constitucionais da presunção de inocência e da duração razoável processo daquele que for preso em flagrante delito, em afronta direta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A metodologia empregada parte da análise de casos judiciais representativos para identificar a atual compreensão da audiência de custódia, proporcionando sua visão geral, sem esgotar o tema, e sua relação direta com o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana.

Caracteriza-se ainda, pelo cunho exploratório<sup>1</sup>, demonstrando a existência de critérios mínimos, objetivos e formais na aplicação do presente instituto jurídico (a audiência) a partir desses julgados, visando o controle de convencionalidade na prática.

O trabalho estrutura-se em dois capítulos, o primeiro apresenta a importância na releitura processual que tenha como centro o homem e as garantias conferidas a ele através de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil no que se refere à audiência de custódia, bem como demonstrar a responsabilidade internacional dos países signatários da CADH que não apresentam o preso ao juiz. No segundo capítulo é abordada, de forma breve, a ineficácia das prisões no Brasil e como atualmente a audiência de custódia tem evitado prisões desnecessárias, garantindo um processo justo e digno. Apontando a sua importância no âmbito interno por meio de projetos lei, a fim de igualar as decisões judiciais.

## 1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

O devido processo legal é o norte utilizado na atuação do Estado-juiz, de forma a realizar o necessário filtro democrático que respeite as garantias fundamentais da pessoa humana. Trata-se de um juízo que garante o respeito e a transparência do Estado para com seus cidadãos, muito próximo do Estado de direito, sem sê-lo<sup>2</sup>, pois o “processo deve se ligar ao vetor axiológico trazido pela Constituição Federal e aqui já explanado como uma releitura processual, uma inserção do processo como um direito fundamental a efetivar os direitos da dignidade humana<sup>3</sup>”.

É “preciso ter em vista, sempre, o condicionamento do processo como procedimento em contraditório nos ditames do Estado Democrático de Direito e sua vinculação com a Constituição e normas infraconstitucionais, na seara do ordenamento jurídico<sup>4</sup>”. Nesse sentido constitui o “principal alicerce do processo constitucional ou modelo constitucional do processo”, sendo a “principiologia metodológica de garantia”, entendido como um

1 GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

2 FARHAT, Said. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 1996. p. 267.

3 COELHO NETO, Ubirajara. *Temas de direito constitucional: estudos em homenagem ao Professor Osório de Araújo Ramos Filho / Ubirajara Coelho Neto*. Aracaju: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2012. p. 61.

4 STAFFEN, Márcio Ricardo. *Estado, constituição e julgados especiais federais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 193.

bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias infestáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando “deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais: a) direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável<sup>5</sup>”.

Esta releitura processual portada de valor axiológico precisa render-se as garantias constitucionalmente conferidas ao preso.

A audiência de custódia, embora apontada internacionalmente como uma das principais formas que instrumentalizam o princípio do devido processo legal em casos de restrição da liberdade do indivíduo preso em flagrante delito, passados vinte e quatro anos desde a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento jurídico pátrio (Pacto de São José da Costa Rica) e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, retomou a atenção na pauta jurídica nacional, após a edição da Resolução nº 213 em 15 de dezembro de 2015 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, porquanto este instituto ainda causa resistência a muitos aplicadores do direito.

É de causar estranheza este rechaço, pois num Estado que busca a democracia de direitos é fundamental o respeito ao devido processo legal que está a serviço da própria dignidade humana, compreendido como:

Um dos pilares do Estado democrático de direito e é uma das principais garantias do cidadão previstas na Constituição da República. O princípio do devido processo legal assegura tanto o acesso com a normatividade aplicável, bem como a proporcionalidade dos atos das Agências Estatais e outras garantias processuais e substanciais. É também conhecido como princípio do processo justo<sup>6</sup>.

A audiência de custódia constitui meio legítimo de formalidade processual penal, necessária ao enalço da busca pela verdade dos fatos, ainda, que seja um mito, como preconizado por Salah<sup>7</sup>.

5 FIORATTO, Débora Carvalho. *Teoria das nulidades processuais*: interpretação conforme a constituição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

6 MELCHIOR, Antônio Pedro; CASARA, Rubens Roberto Rabello. *Teoria do processo penal brasileiro*: dogmática e crítica, v. 1: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 317.

7 Nesse sentido, ler a obra de Salah H. Khaled Jr. *A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial*. São Paulo. Atlas S. A. 2013.

O professor de Direito Penal e Processo Penal Hassemer, apresenta a tese que: “somente é efetiva uma persecução penal, a qual se atenha, no processo penal, ao conceito de formalização”, na qual entende-se somente ser alcançada por meio do devido processo. Para isso, o processo deve ser justo e coberto de garantias formais, que serve tanto ao criminoso em potencial como ao cidadão comum<sup>8</sup>.

A relutância de alguns atores que compõem a audiência de custódia, reside na falta de lei que a efetive, sob o argumento de que a sua ausência não embaraça os princípios processuais. Este pensamento é acompanhado pelo autor Oliveira e outros<sup>9</sup> ao acreditar que uma vez observadas as garantias fundamentais das partes e, particularmente, do apresentado, não haverá qualquer afronta ao princípio do devido processo legal.

Este argumento é um contra-censo, pois não bastasse a previsão internacional ratificada pelo Brasil, deve-se ter em mente que todo e qualquer instrumento que viabilize as garantias conferidas ao preso, deve ser respeitado. A dignidade da pessoa, como já visto, se confunde com o próprio Estado democrático de direito, no qual, sem forma, não há garantias e não há igualdade de direitos. Não se pode escolher quais direitos respeitar.

Os tratados internacionais são em seu âmago verdadeiros pactos entre nações na busca por um ideal de igualdade, pois “são fontes importantes do Direito Internacional, eis que são convenções estabelecidas pelos estados e que, por esses, devem ser cumpridas para estabelecer a ordem internacional<sup>10</sup>”.

O homem é o centro das transformações sociais, de maneira que viver com dignidade tornou-se o objetivo da humanidade, e os tratados internacionais de direitos humanos são o reflexo deste princípio, diante da construção de um Estado democrático de direito, que “incorpore os direitos humanos, é trabalho árduo e contínuo que pressupõe uma democratização econômica do povo brasileiro e um redimensionamento político do aparelho ideológico estatal<sup>11</sup>”.

8 HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertatório*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 119.

9 OLIVEIRA, Gisele Souza de; SOUZA, Sérgio Ricardo de; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; SILVA, Willian. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

10 BELNOSKI, Alessandra Marilac. *Direito Internacional*. Curitiba: IESDE Brasil S. A., 2012. p. 12.

11 BARROS, Renata Furtado de; TECLES LARA, Paula Maria; FERREIRA, Juliana Maria Matos. *Direito e justiça: estudos jurídicos contemporâneos*. Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2013. p. 122.

No Brasil os tratados internacionais de direitos humanos são recepcionados de duas formas: se aprovados pelo Congresso Nacional com quórum qualificado do art. 5º, §3º da CF/88, terão status de norma constitucional, mas se recepcionados com quórum não qualificado terão status de norma infraconstitucional, diante do dualismo, devendo ser transformados em “norma interna (artigo 49, I da CF/88)”. Contudo, o voto sobre o reconhecimento do caráter supralegal, ficou muito aquém do esperado, demonstrando-se inconsistente em outras decisões semelhantes, recomendando por sua vez, a mesma recepção, independente do procedimento preconizado<sup>12</sup>.

O STF entende que os tratados de direitos humanos possuem força infraconstitucional, pois o caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira - porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal - foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante n.º 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, “ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação<sup>13</sup>”.

Basicamente, significa dizer, que especificamente os tratados internacionais de direitos humanos estão logo abaixo da Constituição Federal e acima das leis, tornando os mesmos, um filtro de convencionalidade daquelas.

Considerando o caráter infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, a norma interna além de sofrer controle de constitucionalidade, também passa pelo crivo de convencionalidade, sendo ele o “ajuste das leis internas aos tratados internacionais”. Tal teoria manifestou-se no Brasil, após duas decisões do Supremo Tribunal Federal de 2008: o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.346 de

12 BARROS; TECLÉS LARA; FERREIRA, op. cit., p. 127, 130-131.

13 ADI 5240, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 20 ago. 2015. DJe de 1.2.2016.

São Paulo e Habeas Corpus n.º 87.585 do Tocantins, nos quais discutiu a respectiva hierarquia brasileira<sup>14</sup>.

O afastamento da possibilidade de prisão do depositário infiel pelo Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. As disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas à luz da CADH<sup>15</sup>.

Assim, toda norma infraconstitucional, primeiro deve analisar a compatibilidade constitucional e, em segundo lugar, a sua compatibilização com os tratados de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, recepcionados com ou sem quórum qualificado<sup>16</sup>.

Apesar do entendimento do STF, parte da doutrina brasileira entende que a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – PIDCP, têm o mesmo nível hierárquico da Constituição Federal<sup>17</sup>, pois, na prática, qualquer norma infraconstitucional que conflite com uma garantia assegurada pela CADH e no PIDCP, anterior ou posterior à promulgação de tais tratados, não pode prevalecer.

Independente de fonte normativa interna, as garantias previstas nestes tratados, especificamente a audiência de custódia, há muito vem sendo negligenciada, mesmo tendo sua eficácia normativa imediata, tanto que o “Conselho de Direitos Humanos da ONU encoraja a todos os Estados a promover e respeitar esse direito” e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas “considera que o preso precisa comparecer diante de uma autoridade judicial em poucos dias, mesmo em casos de estado de emergência ou calamidade pública<sup>18</sup>”. Assim, “não há como o Estado brasileiro vincular-se internacionalmente sem ter tomado todas as providências internas

14 Ibidem, p. 124.

15 MAUÉS, Antônio Moreira. *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 28.

16 BARROS, Renata Furtado de; TECLES LARA, Paula Maria; FERREIRA, Juliana Maria Matos. *Direito e justiça: estudos jurídicos contemporâneos*. Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2013.

17 OLIVEIRA, Gisele Souza de; SOUZA, Sérgio Ricardo de; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; SILVA, Willian. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

18 FILHO BOTTINI, Luciano. *Direito internacional prevê compensação a preso sem audiência de custódia*. Disponível em <https://jota.info/justica/direito-internacional-preve-compensacao-a-preso-sem-audiencia-de-custodia-12022016>. Acesso em: 12 mar. 2016.

para que esse tratado, simultaneamente, vincule-o internamente<sup>19</sup>, não havendo mais entraves para sua aplicação. Contudo, há hipóteses em que o próprio tratado internacional apresenta limitações a sua eficácia: por vezes, prevê o texto do tratado um “mínimo de ratificações para que ele possa produzir efeitos, ou ainda pode o tratado prever um lapso temporal após a sua assinatura para que ele possa produzir efeitos, entre outras. As possibilidades são inúmeras<sup>20</sup>”.

Não obstante, o art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, estabelece aos Estados-partes o dever de adotar disposições de direito interno necessárias a efetivar os direitos e liberdades ali compostos.

Com razão, seria um engano querer que os direitos garantidos nos tratados internacionais fossem cumpridos imediatamente. Faz-se necessário um período razoável de adaptação, todavia, entretanto, não supere os limites da negligência por vez do Estado-parte, sob pena de “ineficácia e enfraquecimento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, condicionados à correspondência normativa no Direito interno de cada país”. Por este motivo entende-se que o Brasil encontre-se na fase de responsabilidade internacional por omissão legislativa no que diz respeito a audiência de custódia a similitude da condenação do Peru na Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ter violado a Convenção Regional ao ter “deixado de apresentar um preso à Justiça em menos de 24 horas<sup>21</sup>”.

O Poder Judiciário tem a obrigação de superar a omissão legislativa e aplicar diretamente a CADH através do denominado controle de convencionalidade<sup>22</sup>.

Em 15 de dezembro de 2015 o CNJ editou a Resolução nº 213<sup>23</sup>, que dispõe sobre a realização da audiência de custódia. Desde sua promulgação, a Resolução 213/2015 do CNJ sofre duras críticas quanto

19 MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 137.

20 *Ibidem*, p. 136.

21 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 1. ed. Florianópolis: Empório do direito, 2015. p. 37.

22 *Ibidem*, 2015. p. 37.

23 O art. 1º prevê que: “toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão”.

ao seu poder de regulamentar as audiências de apresentação e aos seus limites constitucionais.

Este questionamento foi levantado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, impetrada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL – BRASIL. A referida ADI foi julgada improcedente, sendo ainda oportunidade para indicar a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMEGES, também se insurgiu contra a resolução, na ADI 5.448. O ministro Dias Toffoli, negou prosseguimento à ação direta de inconstitucionalidade, em face da ausência de legitimidade ativa da entidade requerente. E em 09 de setembro de 2015 o STF determinou através da ADPF 347 a realização de audiências de custódia e de descontingenciamento do Fundo Penitenciário.

Não obstante a discussão sobre o excesso de competência do CNJ, é indiscutível que a publicidade da resolução promove a aplicabilidade da audiência de custódia no Brasil.

No âmbito internacional, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou países sob sua jurisdição, por violação ao artigo 7.5 da Convenção Americana. Destacam-se nessa situação os seguintes casos:

a) *Suárez Rosero Vs. Equador*<sup>24</sup>: entendeu que o Estado não contradisse a asseveração da Comissão de que o senhor *Suárez Rosero* nunca compareceu perante uma autoridade judicial durante o processo. Assim, a Corte considera provada essa alegação e declara a omissão por parte do Estado, configurando a violação do artigo 7.5 da Convenção Americana;

b) *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*<sup>25</sup>: Corte não aceitou o argumento estatal de que se cumpriu o artigo 7.5, uma vez que a juíza da causa esteve presente no momento das detenções e exerceu um controle judicial direto, dando a entender que não havia necessidade de levar as vítimas novamente à sua presença. Embora se pudesse qualificar a presença da juíza como uma garantia adicional, não é suficiente por si mesma para

24 Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, v. 5. *Direito a liberdade pessoal*, p. 19, parágrafo 56. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/5-direito-a-liberdade-pessoal>>. Acesso em: 15 out. 2016.

25 Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, v. 5. *Direito a liberdade pessoal*, p. 247, parágrafo 85. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/5-direito-a-liberdade-pessoal>>. Acesso em: 15 out. 2016.

satisfazer a exigência do artigo 7.5 de “ser levado” perante um juiz. A autoridade judicial deve ouvir pessoalmente o detido e avaliar todas as explicações que este lhe apresente, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação de liberdade. No presente caso não existe evidência de que isto tenha ocorrido”;

c) *Bayarri Vs. Argentina*<sup>26</sup>: consta dos autos no presente caso que, em 19 de novembro de 1991, o chefe do departamento de Fraudes e Golpes da Polícia Federal Argentina colocou o senhor *Bayarri* à disposição do Juízo de Instrução n.º 25, e que o secretário desse juízo ordenou que se mantivesse sua detenção. O senhor *Bayarri* não foi levado pessoalmente ao Juízo nesse momento, razão pela qual não se cumpriu a obrigação disposta no artigo 7.5 da Convenção de ser levado perante um “juiz ou outra autoridade competente pela lei a exercer funções judiciais”. A Corte reiterou que o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e avaliar todas as explicações que este lhe apresente para decidir se cabe a liberação ou a manutenção da privação de liberdade. O contrário equivaleria a destituir de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5 da Convenção;

d) *Barreto Leiva Vs. Venezuela*<sup>27</sup>: a Comissão manifestou que a prisão preventiva a que esteve submetido o senhor Barreto Leiva superou em 16 dias a pena finalmente imposta. Afirmou que a aplicação da detenção preventiva desconheceu o prazo razoável e a garantia de presunção de inocência, consagrados nos artigos 7.5 e 8.2 da Convenção Americana, “já que esta detenção se converteu em um meio punitivo e não cautelar”. O Estado não apresentou argumentos que contradissem estas afirmações.

As jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos perfaz a aplicação dos direitos e garantias dentro dos Estados-Partes sem espaços para interpretações inócuas quanto à aplicação da audiência de custódia e a duração razoável do processo. Numa leitura mais aprofundada das decisões, verifica-se a responsabilização dos Estados-Partes por não apresentarem o preso sem demora ao juiz.

A publicização no Brasil das sentenças da Corte Interamericana visa melhorar o acesso a todos os operadores do direito, para que utilize

26 Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, v. 5. *Direito a liberdade pessoal*, p. 298, parágrafo 65. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencias-da-corte-interamericana/pdf/5-direito-a-liberdade-pessoal>>. Acesso em: 15 out. 2016.

27 Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, v. 5. *Direito a liberdade pessoal*, p. 343, parágrafo 117. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencias-da-corte-interamericana/pdf/5-direito-a-liberdade-pessoal>>. Acesso em: 15 out. 2016.

em suas decisões judiciais, a jurisprudência internacional, adequando a legislação interna a CADH.

O imenso hiato que se tornou a audiência de custódia no Brasil fere o direito à liberdade pessoal de forma a se presumir a culpa, ao invés da inocência.

Por fim, considerando o devido processo legal como sustentáculo do Estado democrático de direito, e a audiência de custódia uma ferramenta indispensável a um processo justo, que resguarde os direitos e garantias do custodiado numa importância internacional, conclui-se que o Brasil possui alta responsabilidade pelas omissões legislativas, pelas decisões que desrespeitam o artigo 7.5 da CADH e o artigo 9.3 do PIDCP, e consequentemente pelo fracasso do sistema carcerário.

## **2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O código de processo penal brasileiro prevê que após a prisão de qualquer pessoa, será encaminhado ao juiz o auto de prisão em flagrante, num prazo de 24 horas, ou seja, dentro desse prazo o juiz competente verificará a necessidade da prisão, podendo decidir pela manutenção da medida restritiva de liberdade ou a aplicar as medidas cautelares do artigo 319 do CPP.

A audiência de custódia é a apresentação do acusado preso em flagrante ao juiz, sendo-lhe oportunizado o contraditório, no que tange a legalidade da sua prisão ou a sua necessidade, bem como verificar se houve incidente de tortura e maus-tratos.

É um instrumento de natureza pré-processual. Definido como um ato destinado a concretizar o direito reconhecido a todo indivíduo preso, a ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro, a de incidência, ou não, de foro por prerrogativa). Objetiva que a prisão em flagrante seja analisada, quanto a sua legalidade e necessidade e seja cessada a constrição, se ilegal, ou mesmo ratificada e fortalecida através da decretação da prisão preventiva, ou ainda, substituída por outra medida cautelar alternativa, se cabível<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Gisele Souza de; SOUZA, Sérgio Ricardo de; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; SILVA, Willian. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 106.

Nessa mesma ocasião ainda é possível exercer o controle judicial sobre prática nefasta e ainda vigente, consistente em submeter o custodiado a atos de maus tratos ou de tortura. A audiência de custódia é também chamada de audiência de apresentação ou audiência de garantias<sup>29</sup>.

O termo “audiência de custódia” é mais utilizado em razão de sua ampla acolhida pela imprensa brasileira e pelos instrumentos (judiciais e legislativos) que visam a sua implementação no Brasil<sup>30</sup>, além de sua previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (Pacto São José da Costa Rica) no qual prevê em seu art. 7.5, que:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) reescreve quase as mesmas palavras no art. 9.3, quando diz:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos também assegura a audiência de custódia na sua determinação afirmando que qualquer pessoa presa ou detida deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e além do direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo (art. 5º, 3º). A colocação em liberdade pode estar

---

29 OLIVEIRA; SOUZA; BRASIL JUNIOR; SILVA, op. cit., p. 106.

30 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do direito, 2015.

condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo<sup>31</sup>.

A audiência de custódia atua no desempenho do novo modelo de cautelares penais pessoais dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal, quando condicional a liberdade do detido e assegura seu comparecimento aos atos processuais, além de oportunizar o primado da presunção de inocência, num controle imediato logo após a prisão, “não é a mera apresentação, somente se justificando na possibilidade de servir-se como um instrumento de controle judicial imediato de prisão<sup>32</sup>”.

Ela faz ressurgir a esperança de garantir efetividade aos direitos fundamentais da pessoa presa em flagrante delito, particularmente no que toca a sua integridade física e mental, bem como o respeito ao postulado da presunção de inocência<sup>33</sup>.

Nesse sentido, a implementação da audiência de custódia previne a tortura e os maus-tratos, ajusta o processo penal brasileiro aos Tratados internacionais de direitos humanos, e evita prisões ilegais desnecessárias.

A fonte geradora do processo de positivação desses direitos não foi o conhecimento da “verdade” sobre a dignidade da pessoa humana, ou muito menos a “inspiração de unir os povos em torno de ideias comuns”, mas sim a violenta e execrável experiência do limite entre a dignidade e a indignidade<sup>34</sup>.

Os direitos humanos são o resultado de grandes batalhas travadas pela sociedade na busca por igualdade e dignidade. A gradativa e dolorosa evolução da proteção dos direitos humanos coíbe a escolha de qualquer critério excludente de direitos de determinadas civilizações<sup>35</sup>.

---

31 Na Europa, a Convenção Europeia de Direitos Humanos também assegura a audiência de custódia, em seu art. 5º. 3. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

32 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do direito, 2015. p. 33-34.

33 OLIVEIRA, Gisele Souza de; SOUZA, Sérgio Ricardo de; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; SILVA, Willian. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

34 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social*. São Paulo: Manole, 2004. p. 117.

35 BARROS, Renata Furtado de; TECLES LARA, Paula Maria; FERREIRA, Juliana Maria Matos. *Direito e justiça: estudos jurídicos contemporâneos*. Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2013.

Todo o contexto de criação de garantias de direitos humanos mina em uma única fonte: a dignidade da pessoa humana. Ela (a dignidade) que define a dinâmica da orientação da aplicabilidade do Direito na maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos. O simbolismo de que está carregada a respectiva expressão, no contexto constitucional (nacional), bem como no âmbito dos tratados e textos internacionais de declarações (contexto internacional) torna-a força motriz conceitual de elevação das exigências de proteção dos direitos humanos como um todo. Em verdade, é essa expressão a lógica hermenêutica a partir da qual devem ser interpretados os casos, as situações as normas a eles aplicáveis, quando se trata de discutir e proteger os direitos humanos (individuais, sociais, civis, políticos ou econômicos<sup>36</sup>).

A ineficácia das prisões no Brasil é de conhecimento de todos e a falência carcerária coloca a sociedade refém de mais violência. Tal cenário é ainda a mais grave questão dos direitos humanos no Brasil. Mesmo conhecendo seus inconvenientes, perigo e inutilidade: “ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão<sup>37</sup>”.

Nessa perspectiva, a audiência de custódia surge como uma forma de conter o poder punitivo e negligente do Estado, e proteger os direitos humanos daquele preso em flagrante delito. A audiência de custódia se “projeta como um paradigma internacionalmente aceito de processo penal justo<sup>38</sup>”.

Trata, portanto, de procurar no Direito Internacional dos Direitos Humanos algo que “contribua para a limitação do poder punitivo, de abrir as ciências penais à irrupção dos direitos humanos”. Tal objetivo somente “será atingido se superarmos – de vez – o enclausuramento normativo interno ainda incentivado por grandes setores da doutrina e da jurisprudência nacionais<sup>39</sup>”.

Muitos padecem em celas abarrotadas, sendo inocentes, pela ausência de uma simples apresentação ao juiz numa audiência de custódia. Importante, lembrar a prisão do ator Vinícius Romão de Souza, preso por 16 anos, por engano de uma vítima de assalto, em 2014.<sup>40</sup>

36 BARROS; TECLÉS LARA; FERREIRA, op. cit., 2013.

37 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do direito, 2015. p. 19.

38 Idem, p. 30.

39 Ibidem, p. 30.

40 O ator Vinícius Romão de Souza foi preso por 16 dias por engano de uma vítima de assalto, em 2014. <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 09 jul. 2016.

O CNJ ao falar do seu projeto “Cidadania nos Presídios”, uma proposta de atualização dos processos de reconhecimento e valoração dos direitos em sentido amplo informa que: “atualmente, os mais de 700.000 presos que se encontram cumprindo penas no país em regime de encarceramento mais ou menos rígido fazem do Brasil o país com a terceira maior população prisional, em termos absolutos<sup>41</sup>”.

Em junho de 2014, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do CNJ, fez um levantamento inédito ao incluir nesta estatística as pessoas em prisão domiciliar. Os dados apresentados revelam que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos. Ao mesmo tempo há um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário. Se se considerarem os mandados de prisão em aberto – 373.991 – a população carcerária saltaria para mais 1 milhão de pessoas<sup>42</sup>.

Relatório divulgado pela Anistia Internacional em fevereiro de 2015 coloca o Brasil no topo dos países mais violentos do mundo. São pelo menos 130 homicídios por dia. O relatório aponta que a sensação de impunidade é um incentivador, já que 85% dos homicídios não são solucionados no Brasil, e cita como os principais fatores para a crise no Brasil a violência policial, registros de tortura e a falência do sistema prisional. A reincidência e as condições desumanas das unidades prisionais são também fatores preocupantes. Segundo a Anistia, sete em cada 10 presos voltam a praticar crimes<sup>43</sup>.

A Agência Senado publicou matéria informando que no “primeiro ano do início da aplicação das audiências de custódia em todo o país, completado em fevereiro deste ano, o CNJ contabilizou mais de 48 mil audiências feitas e 25 mil prisões desnecessárias evitadas<sup>44</sup>”.

Os limites de atuação na audiência de custódia devem estar bem definidos, para que não haja desvirtuação dos objetivos deste instrumento,

41 Conselho Nacional de Justiça. Cidadania nos Presídios. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 22 out. 2016.

42 Idem. Acesso em: 22 out. 2016.

43 Anistia Internacional. Anistia Internacional. Informe 2016/17: O Estado dos direitos humanos no mundo. Disponível em: <<https://anistia.org.br/direitos-humanos/informes-anuais/relatorio-anual-o-estado-dos-direitos-humanos-mundo-20162017/>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

44 Senado Federal. *Já em uso no país, audiências de custódia podem virar lei*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/05/ja-em-uso-no-pais-audiencias-de-custodia-podem- virar-lei>>. Acesso em: 11 set. 2016.

devendo o juiz ouvir o relato do preso sobre o momento do flagrante, a defesa e o Ministério Público para que decida sobre a necessidade ou não da prisão processual, garantindo-se o contraditório a ampla defesa e evitando a auto-incriminação, produção antecipada de prova, e julgamento imediato do preso.

O magistrado, que presidir a audiência de custódia, terá plenas condições de exercitar um juízo cautelar muito mais complexo e fidedigno do que aquele que decorre da intermediação de uma agente policial, que, por conta da crueza e aridez do serviço que desempenha, termina por não mais possuir, na prática e em todos os casos que lhe são apresentados, a real isenção que devia ter no trato daqueles a quem se imputa a prática de um crime<sup>45</sup>.

A controvérsia é consequência dos escassos julgamentos nacionais a respeito da temática. Ora entende que a sua ausência é razão para o relaxamento da prisão, ora desconsidera a audiência de custódia como requisito de legalidade.

Por exemplo: o habeas corpus nº 0064910-46.2014.8.19.0000 da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, compreendeu por maioria e nos termos do voto do relator, concedendo ordem para relaxar a prisão do paciente, uma vez que, em dissonância com o disposto no art. 7º, 5, do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678/92, não foi determinada em primeira instância a apresentação do paciente, imediatamente após a sua prisão, ao magistrado de primeiro grau para fins de audiência de custódia, ficando assim ratificada a liminar deferida pelo relator<sup>46</sup>.

Em sentido contrário, o Habeas Corpus do Tribunal de Justiça do Paraná de nº 12142028 PR 1214202-8 (Acórdão)<sup>47</sup>: baseado na alegação de

45 OLIVEIRA, Gisele Souza de; SOUZA, Sérgio Ricardo de; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; SILVA, Willian. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 123.

46 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (6ª Câmara Criminal). Habeas Corpus nº 0064910-46.2014.8.19.0000. Impetrante: Dr. Eduardo Januário Newton (defensor). Paciente: Ueslei Herculano Azevedo. Autoridade Coatora: Juízo de direito da 3ª Vara Criminal de São Gonçalo. Relator: Des. Luiz Noronha Dantas. Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2015. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373550966/habeas-corpus-hc-649104620148190000-rio-de-janeiro-sao-goncalo-3-vara-criminal/inteiro-teor-373550975?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

47 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – *Processo: 12142028 PR 1214202-8* (Acórdão), Relator: Rogério Coelho, Julgamento: 10/07/2014, Órgão Julgador: 3ª Câmara Criminal, Publicação: DJ: 1376 22/07/2014.

ilegalidade fundada na violação ao Pacto de São José da Costa Rica pela não realização da “audiência de custódia” após a prisão em flagrante do paciente, se mostra inconsistente porque tanto a prisão, quanto a posterior conversão em preventiva, foram realizados de acordo com o que estabelece o Código de Processo Penal, respeitando-se todos os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal, cuja primazia está ínsita em seus inequívocos preceitos. Não há constrangimento ilegal quando, presentes a materialidade e indícios da autoria, a decisão que decreta a prisão preventiva está devidamente fundamentada em fatos concretos dos autos a evidenciar a necessidade da manutenção da custódia cautelar. Ordem denegada<sup>48</sup>.

Nesse contexto, “a não realização da audiência de custódia torna a prisão ilegal, ensejando, conseqüentemente, o seu relaxamento, nos termos do art. 5º, LXV, da CF. Trata-se de uma etapa procedimental de observância obrigatória para a legalidade da prisão<sup>49</sup>”.

Considerando a importância vital da aplicabilidade da audiência de custódia no Brasil, pelos inúmeros motivos apresentados, constatamos fortes indícios de disparidade nas suas razões jurídicas.

A ausência não torna automaticamente imprestável o modelo de apreciação do flagrante hoje aplicado, pois embora sem a presença física do preso, a legalidade da medida é objeto de análise fundamentada por uma autoridade judiciária, que é obrigada a verificar, inclusive, se a hipótese contempla relaxamento da prisão pré-cautelar, a conversão em prisão preventiva ou a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão (CPP, arts. 306 a 310). Nesse momento, provocados por uma atuação importante e contundente, em especial das defensorias públicas, os Tribunais relutam em reconhecer a nulidade dos decretos prisionais aplicados sem realização de audiência de custódia, mas nunca se teve no Brasil uma discussão tão ampla e profunda sobre a aplicação do controle de convencionalidade<sup>50</sup>”.

48 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – *Processo: 12142028 PR 1214202-8* (Acórdão), Relator: Rogério Coelho, Julgamento: 10/07/2014, Órgão Julgador: 3ª Câmara Criminal, Publicação: DJ: 1376 22/07/2014.

49 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do direito, 2015. p. 89.

50 OLIVEIRA, Gisele Souza de; SOUZA, Sérgio Ricardo de; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; SILVA, Willian. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 112.

Em sentido contrário, o STJ se manifestou no sentido de que a falta de audiência de custódia não resulta na soltura do preso em flagrante.

Por fim, é nesse cenário de entendimentos variados que a audiência de custódia vem sendo discricionariamente aplicada, fazendo com que os presos em flagrante delito permaneçam ao livre arbítrio de seus julgadores.

Visando homogeneizar as decisões, o poder legislativo brasileiro vem debatendo amplamente a necessidade na audiência de custódia, através de projetos de lei, como os que tramitam no Senado:

a) PL nº 156/2009: projeto do Senador José Sarney, que reforma o Código de Processo Penal; já sofre críticas ao prever que o “juiz das garantias”, pode ou não autorizar a condução do preso a sua presença. Também não acomoda as audiências de custódia, mantendo o sistema cartorial antigo;

b) PL nº 554/2011: o Senado Federal aprovou no dia 13 de julho o texto-base do PLS nº 554/2011, que autoriza as audiências de custódia no Código de Processo Penal.

Nesse mesmo intuito, porém na Câmara dos Deputados, os seguintes:

a) PL 470/2015: projeto do Deputado Federal Laerte Rodrigues de Bessa – PR/DF, cuja proposta é alterar os arts. 304, 306, 310 e 322 do Código de Processo Penal para estabelecer a audiência de custódia;

b) PL nº 7.871/2014: do Deputado Jorginho Mello – PR/SC em 06/08/2014 altera o art. 310 do Código do Processo Penal;

c) PL nº 586/2015: do Deputado Laudívio Carvalho – PMDB/MG, “busca conferir mais efetividade e segurança para a investigação e para o processo penal nos casos em que o investigado ou acusado estiver em liberdade” e

d) PL de nº 4.381/2016: de autoria de Eduardo Bolsonaro visa alterar dispositivos do Código de Processo Penal, para tornar obrigatória a conversão da prisão em flagrante em preventiva, nos casos que específica, extinguindo as audiências de custódia;

Estes projetos têm em comum a incorporação da audiência de custódia, mas somente o PL nº 4.381/2016, caminha na contramão da

progressão desta garantia processual. Em sua justificativa o Deputado rechaça veementemente a Resolução nº 213/2015 do CNJ, por sua inconstitucionalidade e agravamento da sensação de “impunidade que estimula os criminosos e apavora os cidadãos, além de acarretar aos policiais um sentimento de impotência, e de retrabalho diário”<sup>51</sup>.

Entendimentos como do Deputado Bolsonaro são superficiais e cheios de teorias vingativas, que já mostraram sua ineficiência ao longo da história das prisões no Brasil e no mundo.

A integração de garantias de direitos e liberdades que ajustem o homem a sua visão de dignidade, ainda passa por um longo caminho de efetividade. Pois, enquanto os cidadãos se colocarem numa posição axiológica predominantemente egoísta no círculo em que vive, sem buscar soluções para as necessidades e problemas que circundam outras comunidades, a luta por garantias de um processo justo e sem preconceito, até então gerará muitas discussões e adiamentos, como acontece no Brasil. Pois, mesmo após duas décadas de ratificação dos tratados internacionais, o Poder Legislativo e Judiciário, não chegam a um consenso quanto à obrigatoriedade da audiência de custódia.

A audiência de custódia trabalha em benefício de toda a sociedade, que ora pode não estar encarcerada, podendo sentir-se injustiçada pelo livramento acelerado do preso em flagrante delito, todavia, a abstratividade dos direitos e garantias fundamentais do preso perfaz o Estado democrático de direito como o conhecemos.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A audiência de custódia tem como finalidade apresentar, sem demora, a pessoa detida em flagrante ao juiz para que este decida sobre a necessidade ou não da prisão processual, trabalhando numa solução para o problema do encarceramento.

É um direito previsto na CADH e PIDCP, e ratificado pelo Brasil desde 1992. Apesar do lapso temporal, este instrumento processual para muitos parece ser inédito, diante da celeuma instaurada.

---

51 BOLSONARO, Eduardo. *Projeto de Decreto Legislativo de n.º 317 de 2016 (Do Sr. Eduardo Bolsonaro)*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=77E4D68C547C87C0F28DB0FEC80A2C4B.proposicoesWeb?codteor=1433265&filename=PDC+317/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=77E4D68C547C87C0F28DB0FEC80A2C4B.proposicoesWeb?codteor=1433265&filename=PDC+317/2016)>. Acesso em: 19 abr. 2017.

O Brasil é signatário dos respectivos acordos internacionais e, portanto, a audiência de custódia deve ser implementada nos exatos moldes daqueles.

Entretantes, o Estado que realmente se compromete a obedecer a um tratado internacional, o faz dentro da esfera interna e externa das relações jurídicas, ou seja, nas relações internacionais e nacionais. Esta omissão gerou no País uma série de decisões desiguais, entre aqueles que entendem ser passado o momento de adequação das normas internas aos tratados internacionais de direitos humanos e daqueles que entendem que a audiência de custódia esbarra na ausência de lei que a formalize.

O impasse foi agravado, quando, apesar da previsão constitucional, a Corte Superior expressou-se pelo caráter supralegal dos Tratados internacionais de direitos humanos, não ratificados com quórum qualificado, colocando a CADH e PIDCP à margem das leis e da Constituição.

Neste enfoque, a supralegalidade gera um controle de convencionalidade pouco aplicado no Brasil. Consequentemente, por não estar prevista diretamente na Constituição e em lei processuais, a audiência de custódia não é vista como hipótese de legalidade da prisão.

Este entendimento beira o absurdo, pois não bastasse a internalização dos ditos tratados, o Brasil também reconhece a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A referida Corte possui jurisprudências consolidadas, dando conta da violação de direitos pessoais como à falta de apresentação do preso no âmbito internacional, responsabilizando países como Equador, Argentina e Venezuela a pagar indenizações às vítimas, assim como a adotar disposições internas que garantam o exercício dos direitos e liberdades previstos na Convenção Americana.

Destarte, a audiência de custódia é uma imprescindível ferramenta dentro do nosso ordenamento jurídico, que trabalha no sentido de resolver a superlotação no sistema prisional brasileiro, diminuir os estereótipos, garantir a presunção de inocência e a integridade física e moral do preso e possibilita o contraditório. Por essas razões, a simples apresentação do custodiado ao juiz, junto ao Ministério Público, e a defesa, viabiliza o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, quando oportuniza a aplicabilidade das medidas cautelares

alternativas à prisão, exercem controle de legalidade e a duração razoável do processo.

Aprisionar, alguém inocente ou não, sem prestar as formalidades legais, é o mesmo que desconstruir a conquista dos direitos humanos num ideal de igualdade internacional.

A audiência de custódia não deve ser vista como um instrumento facilitador da impunidade. Mas, como uma adaptação dos direitos constitucionalmente garantidos tendo o princípio da prevalência dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana o primeiro de todos os direitos.

Carece que os aplicadores do direito não sejam meros robôs legalistas, e que se reconheça a pessoa humana como um sujeito de Direito Internacional.

Para tanto, o Brasil como subscritor dos tratados, não pode mais olhar a audiência de custódia como uma promessa. Deve sim, efetivá-la, sob pena de igualmente ser responsabilizado na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Marcos Pinto. *Acesso à justiça nos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Anistia Internacional. Anistia Internacional. Informe 2016/17: *O Estado dos direitos humanos no mundo*. Disponível em: <<https://anistia.org.br/direitos-humanos/informes-anuais/relatorio-anual-o-estado-dos-direitos-humanos-mundo-20162017/>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

BARROS, Renata Furtado de; TECLES LARA, Paula Maria; FERREIRA, Juliana Maria Matos. *Direito e justiça: estudos jurídicos contemporâneos*. Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2013.

BELNOSKI, Alessandra Marilac. *Direito Internacional*. Curitiba: IESDE Brasil S. A., 2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social*. São Paulo: Manole, 2004.

BOLSONARO, Eduardo. *Projeto de Decreto Legislativo de n.º 317 de 2016 (Do Sr. Eduardo Bolsonaro)*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=77E4D68C547C87C0F28DB0FEC80A2C4B.proposicoesWeb1?codteor=1433265&filename=PDC+317/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=77E4D68C547C87C0F28DB0FEC80A2C4B.proposicoesWeb1?codteor=1433265&filename=PDC+317/2016)>. Acesso em: 19 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – Processo: 12142028 PR 1214202-8 (Acórdão), Relator: Rogério Coelho, Julgamento: 10/07/2014, Órgão Julgador: 3ª Câmara Criminal, Publicação: DJ: 1376 22/07/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (6ª Câmara Criminal). *Habeas Corpus n.º 0064910-46.2014.8.19.0000*. Impetrante: Dr. Eduardo Januário Newton (defensor). Paciente: Ueslei Herculano Azevedo. Autoridade Coatora: Juízo de direito da 3ª Vara Criminal de São Gonçalo. Relator: Des. Luiz Noronha Dantas. Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2015. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373550966/habeas-corpus-hc-649104620148190000-rio-de-janeiro-sao-goncalo-3-vara-criminal/inteiro-teor-373550975?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

COELHO NETO, Ubirajara. *Temas de direito constitucional: estudos em homenagem ao Prof.º Osório de Araújo Ramos Filho / Ubirajara Coelho Neto*. Aracaju: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2012.

Conselho Nacional de Justiça. *Cidadania nos Presídios*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 22 out. 2016.

FARHAT, Said. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 1996.

FILHO BOTTINI, Luciano. *Direito internacional prevê compensação a preso sem audiência de custódia*. Disponível em: <<https://jota.info/justica/direito-internacional-preve-compensacao-a-preso-sem-audiencia-de-custodia-12022016>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

FIORATTO, Débora Carvalho. *Teoria das nulidades processuais: interpretação conforme a constituição*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertatório*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MAUÉS, Antônio Moreira. *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MELCHIOR, Antônio Pedro; CASARA, Rubens Roberto Rabello. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica*, v. 1: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Gisele Souza de; SOUZA, Sérgio Ricardo de; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; SILVA, Willian. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do direito, 2015.

RODOVALHO, Maria Fernanda de Toledo. *A reforma do Poder judiciário: análise do papel do STF e do CNJ*. São Paulo: Atlas, 2014.

Senado Federal. *Já em uso no país, audiências de custódia podem virar lei*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/05/ja-em-uso-no-pais-audiencias-de-custodia-podem- virar-lei>>. Acesso em: 11 set. 2016.

STAFFEN, Márcio Ricardo. *Estado, constituição e juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RECEBIDO EM: 03/04/2017

APROVADO EM: 18/05/2017

# LICITAÇÕES NO ÂMBITO DO MERCOSUL

## *BIDDING PROCESS IN THE MERCOSUR*

*Thiago Werner Ramasco*

*Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUC-PR. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Advogado*

*Luis Alexandre Carta Winter*

*Doutor em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM Paraná. Mestre em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná na graduação, na pós lato sensu onde coordena a especialização em Direito, logística e negócios internacionais, e no strito sensu, no mestrado e doutorado, e da Unicuritiba, no Curso de Relações Internacionais, na graduação e na pós.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As Compras Governamentais e sua Importância para o Processo de Integração Regional no Mercosul; 2 A Discussão de uma Norma Comum sobre Licitações no Mercosul; 3 Diretrizes Comuns sobre

Procedimentos Licitatórios entre os Estados-Partes; 4 Licitações com Recursos do FOCEM. Análise de Casos; 4.1 Projeto “Saneamento Urbano Integrado Aceguá/Brasil e Aceguá/Uruguai”; 4.2 Intervenções Integradas nos Edifícios de Ensino Obrigatório nos Departamentos General Obligado, Vera, 9 De Julio, Garay e San Javier; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo trata sobre as licitações públicas e as normas aplicáveis a este instituto no âmbito do Mercado Comum do Sul, principalmente a existência e a aplicabilidade de um regulamento comum por todos os países-membros do bloco. Ademais, serão feitos dois estudos de caso de contratações realizadas no Mercosul, verificando quais as normas utilizadas. O método de abordagem utilizado será o dedutivo, partindo de uma premissa geral, para tão somente identificar um fenômeno particular, individualizado, e a partir daí uma conclusão. A técnica de pesquisa será a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica de fontes secundárias, como publicações, revistas e livros e monografias. A relevância do tema decorre da necessidade de estabelecer normas comuns de licitações que fortaleçam a integração entre os Estados-Partes e o livre mercado, evitando o favorecimento de empresas nacionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Compras Governamentais. Mercosul. Direito Administrativo. Licitação. Normas.

**ABSTRACT:** This study aims the bidding process and the rules applicable to this institute within the Mercosur, mainly the existence and applicability of a common regulation by all member countries of the block. In addition, two case studies on contracts carried out in Mercosur will be made, verifying which standards are used. The method of approach will be deductive, starting from a general premise, to only identify a particular phenomenon, individualized, and from there a conclusion. The research technique will be indirect documentation, through bibliographic research of secondary sources such as publications, magazines and books and monographs. The relevance of the theme stems from the need to establish common bidding rules that strengthen integration between the States Parties and the free market, to prevent the preference to national companies.

**KEYWORDS:** Government Procurement. MERCOSUR. Administrative Law. Bidding. Standards Administrative Law. Bidding Process. Regulation.

## INTRODUÇÃO

O Mercosul – Mercado Comum do Sul é um bloco de integração regional que visa, entre outros objetivos, ao estabelecimento da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países membros; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais; e ao compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração. Dentro desse panorama, as compras governamentais e, por consequência, o procedimento licitatório que deve precedê-las adquire fundamental importância.

Sem embargo, a edição de uma norma comum sobre licitações que concretize aqueles objetivos do bloco de integração regional está longe de ser um consenso entre os países envolvidos. Em que pese a existência de um Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, aprovado pela Decisão N° 23, de 2006, do Conselho do Mercado Comum do Mercosul, a pendência do regulamento que estabeleça as diretrizes dessa norma, bem como a possibilidade que os países membros do bloco têm de excepcionar sua aplicação tornam praticamente inócua a sua aprovação.

Assim, o presente artigo busca, a partir de uma análise dos objetivos do Mercosul, da importância das compras estatais para o processo de integração e das discussões em torno da edição de normas comuns sobre a matéria no Mercosul, investigar quais são as normas que definem procedimentos sobre licitações no bloco, sua aplicabilidade e a interpretação que lhes vem sendo dada pelos países membros. Ademais, são elencadas as normativas do FOCEM - Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul que, a par de regular a concessão de financiamentos, estabelece algumas contrapartidas quanto à publicidade do certame para contratação das obras e serviços e o tratamento às empresas licitantes. Por fim, serão vistos dois casos práticos de licitações realizadas no âmbito do FOCEM.

O método de abordagem utilizado será o dedutivo, partindo de premissas gerais, para tão somente identificar um fenômeno particular, individualizado, e a partir daí uma conclusão. A técnica de pesquisa será a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica de fontes secundárias, como publicações, revistas e livros e monografias de alguns autores que trataram do tema das licitações no Mercosul.

## 1 AS COMPRAS GOVERNAMENTAIS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL NO MERCOSUL

Em geral, os órgãos e instituições de um processo de integração regional são mais conhecidos e estudados do que as políticas geradas por eles. No entanto, são essas últimas que configuram o aspecto material da integração, conferindo concretude aos projetos nos Estados-Partes.

Desde a segunda metade da década de 1990, novos Grupos de Trabalho, Reuniões Especializadas, Reuniões de Altas Autoridades e outras instâncias de debate vêm sendo criadas no Mercosul, tendo como foco diversos temas, como, por exemplo, saúde, educação, segurança, agricultura familiar, dentre outros. Essas instituições compõem a chamada “agenda social” do bloco. Trata-se de temas que não estavam inicialmente contemplados no Tratado de Assunção, marco jurídico fundamental do processo de integração, posto que a principal preocupação do acordo era a constituição de uma união alfandegária.

Ocorre que, a partir dos anos 2000, o panorama político-ideológico no continente sofreu importantes transformações. Novos governos, oriundos de partidos progressistas e de centro-esquerda, diminuíram a ênfase nas políticas de liberalização comercial em prol da promoção da intervenção estatal em áreas estratégicas para o desenvolvimento das capacidades econômicas internas, dando ensejo a uma espécie de “neodesenvolvimentismo”<sup>1</sup>.

Assim, a partir dessas mudanças, o Mercosul passa a se constituir como uma importante plataforma para a disseminação de políticas públicas entre os países-membros. Em áreas como saúde, educação e agricultura, o Mercosul vem sendo responsável não apenas pela construção de novas políticas de forma transnacional, mas também pela difusão, entre os países do bloco, de experiências bem-sucedidas ou inovadoras em termos de política pública.

No Mercosul, não há uma autoridade transnacional que formule e ordene a implementação de políticas, mas sim uma lógica de negociação entre os países envolvidos, condicionada por regras abrangentes estabelecidas nos tratados internacionais que constituem o marco legal do bloco e pela forma de organização institucional adotada pelos membros. As políticas acordadas são produtos da acomodação dos interesses dos estados-membros, sendo transferidas a nível supranacional para posterior internalização por cada país.

1 SARAIVA, Miriam Gomes; BRICENO RUIZ, José. Argentina, Brasil e Venezuela: as diferentes percepções sobre a construção do Mercosul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 52, n. 1, jun. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292009000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292009000100008)>. Acesso em: 17 nov. 2016.

Assim, como já referido, há diversos Grupos de Trabalho, Reuniões Especializadas e Reuniões de Altas Autoridades, além de Grupos Ad Hoc e Grupos de Alto Nível que debatem temas relacionados a políticas públicas. Cada uma das instâncias supracitadas deve reportar-se a um órgão decisório. Os subgrupos de Trabalho, Reuniões Especializadas e Grupos Ad Hoc respondem ao GMC – Grupo Mercado Comum, enquanto que as Reuniões de Altas Autoridades e Grupos de Alto Nível relacionam-se diretamente ao CMC – Conselho do Mercado Comum. É papel desses grupos apresentar propostas de resoluções para diretrizes comuns de política, que serão então debatidas e deliberadas pelo GMC e CMC.

Nessa dinâmica, as compras governamentais causam grande impacto, responsáveis que são por grande parte do produto interno dos países. Com o objetivo de reduzir as barreiras que limitam o intercâmbio, promovendo a união das economias entre os países, os mercados governamentais, até aqui de certa forma fechados, tendem a ampliar-se no sentido de não impor restrições à participação de estrangeiros nas licitações públicas ocorridas entre os países-membros do Mercosul.

No cenário traçado, o direcionamento do poder de compra estatal por meio das contratações públicas e, via de consequência, seu antecedente, o procedimento licitatório, exsurge como importante instrumento necessário à realização do mercado interior único, que é o objetivo final do Mercosul.

Maria Dolores Pohlmann Velasquez salienta que:

O alto benefício que o movimento das compras públicas traz para o processo de integração, bem como para as empresas fornecedoras de bens e/ou serviços, faz com que os países integrantes do bloco comecem a pensar em novas sistemáticas e modelos com vistas a agilizar esse campo da integração até o momento pouco explorado.<sup>2</sup>

A questão assume feições ainda mais relevantes se, a título de comparação, entendermos que a União Européia, atualmente o modelo de integração mais intenso no cenário mundial, foi idealizada a partir da necessidade de harmonizar processos de compras estatais. Saliente-se que este fenômeno já esteve presente na Primeira Grande Guerra, em que as compras de suprimentos e artefatos bélicos, de forma isolada e descoordenada pelos Países aliados, faziam com que o preço desses insumos crescesse

<sup>2</sup> VELASQUEZ, Maria Dolores Pohlmann. Licitações no Mercosul: uma análise comparativa entre Brasil e Uruguai. *Revista Eletrônica de Contabilidade*, Santa Maria, v. 1, n. 1, set. - nov. 2004, p. 191-208, 2004. p. 193-194.

demasiadamente. A partir de tal constatação, Jean Monnet, economista político francês e diplomata, considerado um dos mentores da União Européia, idealizou a coordenação das compras realizadas pelas intendências francesa e inglesa, fato que se repetiria com sucesso durante a Segunda Grande Guerra.<sup>3</sup> Desta forma, entidades estatais com objetivo comum passaram a realizar contratações, sobretudo de fornecimento, em conjunto, resultando em vantagens para todas as partes envolvidas. A experiência foi repetida durante a reconstrução da Europa, ao término do conflito.<sup>4</sup>

Trata-se, portanto, no caso, de direcionar o poder de compra dos países componentes do Mercado, a ser efetivado mediante procedimentos transparentes e eficazes que assegurem o primado da concorrência. Nesse diapasão a correta conclusão de Jorge Salomoni:

[...] Isto significa a necessidade de estabelecer um sistema de “compras comunitárias”. Em outras palavras, estou me referindo a um sistema de preferências e promoção das indústrias locais – as nacionais de cada país membro - considerando-as como comunitárias, nas suas disposições de qualquer um dos Estados-Membros.<sup>5</sup> (Tradução nossa).

Nesse passo, convém sublinhar que o Tratado de Assunção, a base de sustentação do Mercosul, estabeleceu em seu art. 1º as implicações do Mercado Comum:

Livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países;  
estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados;  
coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais; e

3 Cf. MOTTA, Fabrício M. A Harmonização das Normas Sobre Licitação nos Estados Partes do Mercosul. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, p. 9. jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-FABRICIO-MOTTA.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

4 RAÚL GONZÁLEZ, Diego. Las contrataciones estatales en un sistema de integración económica; Vigencia y aplicación del Tratado de Asunción. *Anuario de Derecho* – Universidad Austral, Buenos Aires, v.5, 1999. p. 212.

5 SALOMONI, J. Reforma del Estado y Mercosur. In: CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes (Coord.). *Temas de Integração com enfoques no Mercosul*. v. 1. São Paulo: LTr, 1997. p. 228.

compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.<sup>6</sup>

Vê-se, portanto, que mais que um instrumento para a promoção da integração regional, as compras governamentais representam a realização dos fins do bloco econômico, de acordo com o Tratado de Assunção.

## 2 A DISCUSSÃO DE UMA NORMA COMUM SOBRE LICITAÇÕES NO MERCOSUL

Dada a importância do tema, o Conselho do Mercado Comum instituiu, por meio da Decisão nº 20/94, um Comitê Técnico encarregado de tratar do tema “Políticas Públicas que Distorcem a Competitividade”<sup>7</sup>. Referido Comitê deveria identificar as medidas no âmbito de políticas públicas, vigentes em cada Estado-Parte, que pudessem distorcer as condições de concorrência, de modo a beneficiar os agentes econômicos localizados no país que as praticasse, incluída a seara das compras governamentais.

Em 1997, o Grupo Mercado Comum (GMC), por sua vez, criou, mediante a Resolução GMC Nº 79/97, o Grupo Ad Hoc ‘Compras Governamentais’ com o fim de elaborar um regime de compras governamentais de bens e serviços no Mercosul. O objetivo era elaborar dispositivos a respeito da cobertura, tratamento nacional, disciplinas e procedimentos com vistas à transparência e eficácia das referidas contratações<sup>8</sup> (tradução nossa).

Em 1998, o Grupo Mercado Comum emite nova Resolução, a GMC Nº 34/98, no sentido de estabelecer linhamentos mais concretos no que se refere principalmente a prazos, para a elaboração do pretendido regime de compras governamentais de bens e serviços no Mercosul. A Resolução nº 34/98 determina que deve ser elaborada uma normativa que assegure efetiva

6 BRASIL. Presidência da República. *Decreto Nº 350, de 21 de novembro de 1991*. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai e dá outras providências. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0350.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0350.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2017.

7 MERCADO COMUM DO SUL. Conselho do Mercado Comum. *Decisão Nº 20, de 1994*. Políticas públicas que distorcem a competitividade. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/Portal%20Intermediario/Normas/normas\\_web/Decisiones/PT/CMC\\_DEC\\_1994-020\\_PT\\_Politicas%20Distorcem%20Competitividade.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/Portal%20Intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/CMC_DEC_1994-020_PT_Politicas%20Distorcem%20Competitividade.PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

8 Id. Grupo Mercado Comum. *Resolução Nº 79, de 1997*. Criação do Grupo Ad Hoc “Compras Governamentais”. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Resoluciones/ES/Res\\_079\\_097\\_.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Resoluciones/ES/Res_079_097_.PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017. Posteriormente, a Decisão nº 35/04 GMC aprovou a transformação do Grupo Ad Hoc de Compras Governamentais, criado pela Resolução GMC nº 79/97, em “Grupo de Contratações Públicas do MERCOSUL”.

participação das empresas sediadas nos Estados-Partes nos procedimentos de compras governamentais, de forma progressiva, por meio de sucessivas rodadas de negociação<sup>9</sup>. Essa normativa do Mercado deveria consagrar os seguintes critérios:

a) Tratamento nacional – deverá ser dispensado tratamento não menos favorável aos bens, serviços e fornecedores de qualquer dos Estados, tendo como parâmetro o tratamento outorgado aos nacionais;

b) Abrangência – serão definidos os entes da Administração, as empresas, bens e serviços alcançados pelo regime a ser instituído (listas positivas ou negativas de produtos e serviços, níveis de governo, empresas estatais);

c) Transparência – os procedimentos de transparência deverão visar a efetividade e o cumprimento dos objetivos do regime de compras governamentais, por meio do acesso amplo à informação e ao exercício dos direitos dos interessados. Poderão ser estabelecidos, dentre outros, critérios básicos sobre:

- cadastro e habilitação de fornecedores, bem como o acesso aos mesmos;

- especificações técnicas, impedimentos à participação, requisitos básicos para redação das convocações, critérios de adjudicação e abertura das propostas;

- publicação das convocações e editais no Estado-membro onde ocorra a licitação, no boletim oficial do Mercosul e em jornal de grande circulação;

- informações estatísticas, podendo conter um anexo implementando sistema de informações eletrônicas.<sup>10</sup>

Na verdade, o Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul somente foi aprovado na XXV Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum, em dezembro de 2003, mediante a Decisão do CMC N° 40/03.<sup>11</sup> O

9 Id. *Resolução N° 34, de 1998*. Linhamentos para a elaboração de um regime de compras governamentais de bens e serviços no Mercosul. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Resoluciones/PT/Res\\_034\\_098\\_Linh%20Elab%20Reg%20Compras%20Governamentais\\_At%202\\_98.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/Res_034_098_Linh%20Elab%20Reg%20Compras%20Governamentais_At%202_98.PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

10 Ibid.

11 Ibid. Conselho do Mercado Comum. Decisão N° 40, de 2003. *Protocolo de contratações públicas do Mercosul*. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Decisiones/PT/Dec\\_040\\_003\\_Protoc.Contrat.Publicas%20Merc\\_At%202002\\_03.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_040_003_Protoc.Contrat.Publicas%20Merc_At%202002_03.PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

referido Protocolo é composto por 32 artigos, o último dos quais condiciona a sua vigência à entrada em vigor de nova Decisão do mencionado Conselho mediante a qual se aprovem as disposições regulamentares.

Interessante destacar no documento aprovado que se aplicam de forma clara os princípios de tratamento de nação mais favorecida e tratamento nacional dentro de uma lógica de valoração dos contratos. No entanto, o disposto no artigo 2, I, no que tange ao âmbito de aplicação, restringe sua aplicação às entidades descritas por cada Estado-Membro no anexo I e aos bens, serviços e obras públicas descritas nos anexos II, III e IV. Ainda, no artigo 13, permite quaisquer modificações e retificações de listas de entidades, mediante notificação à Comissão de Comércio do Mercosul na reunião seguinte. No artigo 14 prevê-se o compromisso dos Estados no sentido de desenvolver negociações futuras através de sucessivas rodadas com o fim de completar a liberalização do mercado de contratações públicas no Mercosul.<sup>12</sup>

Dessa forma, fica claro que os Estados Membros colocaram obstáculos iniciais para semelhante regime num clima claramente receoso dos resultados. Cuida-se de comportamento que lamentavelmente se verifica no âmbito das negociações do bloco e que emperra o processo de integração regional.

O fato é que, no prazo de apenas um ano, em 2004, a Decisão CMC N° 40/03 seria derrogada pela nova Decisão CMC N° 27/04, em que se aprovou novo Protocolo de Contratações Públicas e se condicionou a sua efetiva aplicação à aprovação do seu Regulamento por Decisão do Conselho do Mercado Comum. Rememore-se também que ainda se faz necessária a posterior incorporação aos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-Partes, nos termos da referida Decisão.<sup>13</sup>

Alguns dias depois, o Conselho do Mercado Comum emite nova Decisão, CMC N° 55/04, com o objetivo de apenas aprovar parte da Regulamentação, principalmente no que diz respeito à descrição de lista negativa de bens e serviços do anexo II.<sup>14</sup>

12 Conselho do Mercado Comum. Decisão N° 40, de 2003. *Protocolo de contratações públicas do Mercosul*. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Decisiones/PT/Dec\\_040\\_003\\_Protoc.Contrat.Publicas%20Merc\\_At%2002\\_03.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_040_003_Protoc.Contrat.Publicas%20Merc_At%2002_03.PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017..

13 Id. Conselho do Mercado Comum. Decisão N° 27, de 2004. *Protocolo de contratações públicas do Mercosul*. Disponível em: <[http://www.confea.org.br/media/legisl11\\_Protocolo\\_contratacoespublicas.pdf](http://www.confea.org.br/media/legisl11_Protocolo_contratacoespublicas.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

14 Id. Conselho do Mercado Comum. Decisão N° 55, de 2004. *Regulamentação do protocolo de contratações públicas do Mercosul*. Disponível em: <[http://www.confea.org.br/media/legisl15\\_regulamentacao\\_contratacoespublicas.pdf](http://www.confea.org.br/media/legisl15_regulamentacao_contratacoespublicas.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

Finalmente, em 20 de julho de 2006, os presidentes dos Estados Parte assinam o Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, conferindo-lhe o status de tratado internacional e não mais mera regulamentação interna da entidade. No entanto, no seu artigo 32, 2 se estabelece que a sua vigência fica condicionada à entrada em vigor da Decisão do Conselho do Mercado Comum, mediante a qual se aprovelem as disposições regulamentares.<sup>15</sup>

Não se olvida que a elaboração de uma norma como um protocolo integrado de contratações públicas tem sérios reflexos para a economia e o desenvolvimento social dos países envolvidos. É natural que os Estados Parte desejem efetuar ressalvas, com o propósito de proteger alguns setores de suas economias que serão diretamente afetados. Sobre a matéria em particular, Marco Antônio Miranda Guimarães, observa:

O mercado que se criou com o Mercosul tem a intenção de se transformar em Mercado Comum nos próximos anos. Para alcançar-se o resultado final de Mercado Comum, é preciso passar por fases de adaptação. Algumas dessas fases provocam distorções e anomalias, e alguns aproveitadores, tentando estribar-se em pseudofalhas da lei, violam os seus princípios e objetivos sociais com intenção egoística, cujo comportamento coloca em risco o futuro de todo o sistema integrativo dos mercados existentes.

Como a lei é um conjunto de princípios e regras abstratas, toda e qualquer situação deve ser analisada sob a interpretação harmônica e sistemática das normas existentes em cada ordenamento jurídico.<sup>16</sup>

Contudo, da forma como restou aprovado, o Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, dada a possibilidade ampla de ser excepcionado tanto no que diz respeito aos bens e produtos quanto às entidades que eventualmente o utilizariam, acaba por não ser aplicado, eis que sua utilização é a exceção e não a regra. Em outras palavras, nada foi decidido sobre esse relevante tema até o momento.

---

15 Id. Conselho do Mercado Comum. Decisão Nº 23, de 2006. *Protocolo de contratações públicas do Mercosul*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-de-contratacoes-publicas-do-mercosul-dec-no-23-06/>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

16 GUIMARÃES, Marco Antônio Miranda. *Concorrências e licitações no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 24.

### 3 DIRETRIZES COMUNS SOBRE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS ENTRE OS ESTADOS-PARTES

Caracterizada a necessidade de harmonização dos procedimentos licitatórios prévios às compras governamentais dos países componentes do Mercosul e apesar da dificuldade de se estabelecer um Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul que seja válido e efetivo, quando se verifica a normativa principiológica das legislações dos países do bloco relativas às contratações públicas, constata-se que comungam dos mesmos valores. Conforme a lição de Roberto Dromi:

[...]la normativa comunitaria busca atenuar los efectos que, sobre el mercado común, pueden producir las regulaciones de los Estados miembros en tanto contengan restricciones en favor de los contratistas nacionales. [...] Ello así teniendo en cuenta que el objetivo general comunitario es la liberalización de los mercados para lograr la libre concurrencia.<sup>17</sup>

É possível identificar os princípios explícitos na legislação a respeito de licitação de cada um dos países. Iniciando-se pelo Uruguai, vê-se que a matéria vem tratada no art. 149 do Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera – TOCAF, editado por meio do Decreto n° 150/012:

#### Artículo 149

Los principios generales de actuación y contralor en materia de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera del Estado serán los siguientes:

- A) Flexibilidad.
- B) Publicidad, igualdad de los oferentes y concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas.
- C) Razonabilidad.
- D) Delegación.
- E) Ausencia de ritualismo.

17 DROMI, Roberto. *Licitacion publica*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 536.

- F) Materialidad frente al formalismo.
- G) Veracidad salvo prueba en contrario.
- H) Transparencia.
- I) Buena fe.

Los principios antes mencionados servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes.<sup>18</sup>

Já no Paraguai, os princípios aplicáveis aos procedimentos licitatórios estão insculpidos na Ley 2051/03:

#### Artículo 4º.- PRINCIPIOS GENERALES

La actividad de contratación pública se regirá por los siguientes principios:

a) Economía y Eficiencia: Garantizarán que los organismos, entidades y municipalidades se obliguen a planificar y programar sus requerimientos de contratación, de modo que las necesidades públicas se satisfagan con la oportunidad, la calidad y el costo que aseguren al Estado Paraguayo las mejores condiciones, sujetándose a disposiciones de racionalidad, austeridad y disciplina presupuestaria.

b) Igualdad y Libre Competencia: Permitirán que todo potencial proveedor o contratista que tenga la solvencia técnica, económica y legal necesaria y que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley, en su reglamento, en las bases o pliegos de requisitos y en las demás disposiciones administrativas, esté en posibilidad de participar sin restricción y en igualdad de oportunidades en los procedimientos de contratación pública.

c) Transparencia y Publicidad: Asegurarán irrestrictamente el acceso a los proveedores y contratistas, efectivos o potenciales, y a la sociedad civil en general, a toda la información relacionada con la actividad de contratación pública, específicamente sobre los programas anuales de

18 URUGUAY. *Decreto N° 150/012*. Aprobacion del texto ordenado de la contabilidad y administracion financiera del estado (TOCAF). Sustitucion del texto ordenado de contabilidad y administracion financiera y normas concordantes y complementarias (tocaf 1996). Disponible em: <<https://www.impo.com.uy/bases/tocaf2012/150-2012>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

contratación, sobre los trámites y requisitos que deban satisfacerse, las convocatorias y bases concursales, las diversas etapas de los procesos de adjudicación y firma de contratos; estadísticas de precios; listas de proveedores y contratistas; y de los reclamos recibidos.

d) Simplificación y Modernización Administrativa: Facilitarán que el acceso a los procedimientos y trámites derivados de las contrataciones públicas sea sencillo y transparente, bajo reglas generales, objetivas, claras e imparciales, a fin de hacer más eficiente el uso del Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP).

e) Desconcentración de Funciones: Promoverán que todas las operaciones de contratación pública que realicen los organismos, entidades y municipalidades se resuelvan en los lugares en los que se originan, fortaleciendo la actividad regional y una adecuada delegación de facultades, basados en el principio de centralización normativa y descentralización operativa.<sup>19</sup>

No Brasil, o art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93, Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, prevê no seu artigo 3º os seguintes princípios explícitos do procedimento licitatório:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.<sup>20</sup>

Por fim, na Argentina a principiologia aplicável às licitações vem albergada no artigo 3º do Regimen General de Contrataciones Públicas, instituído pelo Decreto nº 1023, de 13/08/2001. Confira-se:

19 PARAGUAY. *Ley N° 2051/03*. Ley que establece el Sistema de Contrataciones del Sector Público y tiene por objeto regular las acciones de planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control de las adquisiciones y locaciones de todo tipo de bien es, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas. Disponible em: <[http://www.anpp.gov.py/archivos/documentos/ley\\_2051\\_844pt3uj.pdf](http://www.anpp.gov.py/archivos/documentos/ley_2051_844pt3uj.pdf)>. Acesso em: 3 fev. 2017.

20 BRASIL. *Lei Federal N° 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Artículo 3º — PRINCIPIOS GENERALES. Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán:

- a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado.
- b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes.
- c) Transparencia en los procedimientos.
- d) Publicidad y difusión de las actuaciones.
- e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones.
- f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes

Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden.<sup>21</sup>

Percebe-se, portanto, a recorrência de valores como publicidade, razoabilidade, transparência, eficiência, igualdade de tratamento e livre concorrência, entre outros, valores esses que foram objetivados nas referidas legislações nacionais dos países do bloco. Por conseguinte, talvez a criação de uma norma sobre o assunto no âmbito do Mercosul possa começar por uma harmonização das legislações dos países-membros, inicialmente, por meio dos princípios comuns e, a partir daí, disciplinar a questão, estabelecendo regras comuns que concretizem esses princípios<sup>22</sup>, avanço ainda não observado.

21 ARGENTINA. Decreto N° 1023/01. Regimen General de Contrataciones Públicas. Disponível em: <<http://www.mecon.gov.ar/digesto/decretos/2001/decreto1023.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

22 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 267. O grau de abstração de cada uma das espécies normativas é o fator que distingue um princípio de uma regra jurídica. O princípio jurídico seria predominantemente indicativo de um gênero de condutas, que só virão a atingir concreção preceptiva através das leis que dele derivem; e indicaria um fim e/ou valor a ser alcançado pelas regras que derivam dele. Daí a afirmação de que os princípios dão coerência e unidade ao sistema.

#### 4 LICITAÇÕES COM RECURSOS DO FOCEM. ANÁLISE DE CASOS

O FOCEM é um fundo integrado por recursos doados pelos países que integram o MERCOSUL. Apesar de ter sido criado ainda em 2004, a atuação do FOCEM passou a ser mais efetiva a partir de 2010, quando seu Regulamento foi aprovado por meio da Decisão CMC/DEC 01/10. Com isso, os recursos do FOCEM poderão ser utilizados para uma série de contratações públicas, em princípio precedidas de licitação.<sup>23</sup>

As licitações realizadas com recursos do FOCEM deverão atender às disposições desse Regulamento. É o que prevê o artigo 2º da Decisão CMC/DEC 01/10, nos seguintes termos:

Aos projetos aprovados pelo CMC na data de hoje, e com posterioridade, será aplicado o Regulamento que consta como Anexo à presente Decisão a partir de sua entrada em vigor. Os Estados Partes aplicarão para todos estes projetos os compromissos de tratamento nacional, não discriminação e tratamento MERCOSUL incluídos no mencionado Regulamento.<sup>24</sup>

Reiterando o disposto nesse artigo, cabe destacar também que o artigo 67 do Regulamento, que dispõe sobre tratamento nacional e não-discriminação, determina que em todas as contratações realizadas no quadro de projetos financiados pelo FOCEM se aplicará o tratamento nacional e a não-discriminação às ofertas e ofertantes, pessoas físicas ou jurídicas de algum dos Estados Partes do MERCOSUL. Adiante, os artigos 68 e 69 estabelecem alguns critérios para a aplicação do tratamento MERCOSUL. Destarte, fica pactuado que esse tratamento MERCOSUL será aplicado a todas as contratações que sejam realizadas, sob qualquer modalidade contratual, no marco de um projeto financiado pelo FOCEM para a aquisição de bens e serviços, qualquer que seja a combinação, incluída a execução de obras públicas e serviços de consultoria por empresas ou consultores individuais.<sup>25</sup>

23 Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. Licitações no MERCOSUL realizadas com recursos do FOCEM. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 49, março 2011, disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=49&artigo=1073>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

24 MERCADO COMUM DO SUL. *Conselho do Mercado Comum*. Decisão N° 01, de 2010. Regulamento do fundo para a convergência estrutural do Mercosul. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/spi-1/publicacoes/focem/decisoes/dec\\_001-2010\\_pt\\_ferr\\_regulamento-focem.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/spi-1/publicacoes/focem/decisoes/dec_001-2010_pt_ferr_regulamento-focem.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2017.

25 Ibid.

Ainda, o artigo 66 do Regulamento dispõem que as contratações seguirão o disposto na Decisão CMC 05/08<sup>26</sup>. Essa última normativa, por sua vez, aprova o procedimento para a publicação de licitações que sejam realizadas no marco dos projetos financiados com recursos do FOCEM, estabelecendo diversos critérios para assegurar a transparência e a divulgação dos processos de contratação. Nesse sentido, os certames deverão ser divulgados pelo Estado-Parte beneficiário dos recursos, assegurando-se que os demais Estados-Partes do MERCOSUL tenham acesso à informação necessária para que os interessados possam participar do processo licitatório em igualdade de condições.

O artigo 4º do Procedimento para Publicação de Licitações com recursos do FOCEM determina que os avisos de licitação serão publicados na página do FOCEM na internet, na página “web” indicada pelo organismo nacional licitante, e em pelo menos um jornal de circulação nacional ou Imprensa Oficial do Estado-Parte licitante. Também deverão ser publicados em sites na internet a ser indicados pelo organismo nacional licitante os editais e condições de cada uma destas licitações. Ainda, no caso de licitação internacional, além dos veículos previstos para a licitação nacional, o aviso de licitação deverá ser publicado em página da internet a ser indicada por cada um dos outros três Estados-Partes. Esses avisos serão publicados pelo menos uma vez nos meios citados, para o caso dos meios físicos (jornais impressos), e deverão estar disponíveis durante todo o processo licitatório para o caso dos portais eletrônicos, devendo conter todos os elementos de informação necessários para permitir aos interessados avaliar sua disposição em participar do processo, como, por exemplo, organismo licitante; modalidade da licitação; tipo da licitação (nacional ou internacional); objeto; total de itens licitados; endereço completo do local para obtenção de cópia do edital e horário de funcionamento; data e hora de entrega das propostas etc.<sup>27</sup>

Logo, embora não se trate de uma normativa que estabeleça regras materiais sobre os procedimentos licitatórios, prevê diversas

---

26 MERCADO COMUM DO SUL. *Conselho do Mercado Comum*. Decisão N° 01, de 2010. Regulamento do fundo para a convergência estrutural do Mercosul. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/spi-1/publicacoes/focem/decisoes/dec\\_001-2010\\_pt\\_ferr\\_regulamento-focem.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/spi-1/publicacoes/focem/decisoes/dec_001-2010_pt_ferr_regulamento-focem.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2017.

27 Id. *Decisão N° 05/08*. Procedimento para a publicação de licitações internacionais. Disponível em: <<http://focem.mercosur.int/pt/norma/fundo-para-a-convergencia-estrutural-do-mercosul-procedimento-para-a-publicacao-de-licitacoes-internacionais/>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

normas procedimentais sobre prazos e publicidade das licitações, como observado nos dois casos a seguir.

#### 4.1 PROJETO “SANEAMENTO URBANO INTEGRADO ACEGUÁ/BRASIL E ACEGUÁ/URUGUAI”

Em 30/11/2012, foi proferida a Decisão nº 30/12, no âmbito do Conselho do Mercado Comum do Mercosul. Tal decisão, consoante disposto no seu artigo 1º, aprova o projeto “SANEAMENTO URBANO INTEGRADO ACEGUÁ/BRASIL E ACEGUÁ/URUGUAI”, apresentado por esses dois países com o objetivo de obter recursos do FOCEM para estabelecer um sistema sanitário no município de Aceguá, localizado na fronteira entre Brasil e Uruguai<sup>28</sup>. Na sequência, no âmbito desse projeto, foi firmado o Convênio de Financiamento do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul nº 04/13 entre a Secretaria do Mercosul, o Estado do Rio Grande do Sul e a República Oriental do Uruguai. Já no preâmbulo desse instrumento de convênio, fica evidenciado que a execução do projeto deveria respeitar as disposições do próprio convênio e particularmente as Decisões nº 05/08 e 01/10<sup>29</sup>, ou seja, o Procedimento para a Publicação de Licitações Internacionais e o Regulamento do FOCEM, referidos alhures.

Além da disposição preambular, a Cláusula Décima Sexta, relativa às Compras e Contratações, dispõe que as contratações serão feitas de acordo com a legislação dos beneficiários e com a Decisão nº 01/10 (Regulamento do FOCEM)<sup>30</sup>, “[...] respeitados os princípios de publicidade e transparência, igualdade de tratamento, concorrência entre ofertantes e eficiência”<sup>31</sup>. Por fim, a Cláusula Décima Sétima determina que o procedimento para a publicação das

28 Id. Decisão Nº 30/12. Projeto “saneamento urbano integrado Aceguá/Brasil e Aceguá/Uruguai”. Disponível em: <<http://focem.mercosur.int/pt/norma/fundo-para-a-convergencia-estrutural-do-mercosul-projeto-saneamento-urbano-integrado-acegua-brasil-e-acegua-uruguai/?orden=ficha>>. Acesso em: 1 fev. 2017.

29 MERCADO COMUM DO SUL. *Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul*. Convênio de Financiamento do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul nº 04/13. Disponível em: <<http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/COF%2004-13%20-%20Convênio%20PT-3.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

30 MERCADO COMUM DO SUL, op. cit.

31 Ibid.

licitações internacionais deverá respeitar o disposto na Decisão nº 05/08 (Procedimento para a Publicação de Licitações Internacionais).<sup>32</sup>

Assim, a CORSAN – Companhia Rio-grandense de Saneamento fez publicar aviso de licitação na modalidade de Pregão Eletrônico para adquirir tubos de PVC, peças pré-moldadas de concreto e tubos de ferro fundido para dar início às obras de implantação do projeto<sup>33</sup>. Tratou-se do EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 060/16 – SULIC/CORSAN. Contudo, tal ato convocatório não menciona as normas do FOCEM relacionadas à publicidade do certame. Com efeito, as únicas menções ao Fundo estão contidas no preâmbulo e na Cláusula Terceira da Minuta do Contrato que constitui o Anexo I do Edital:

O presente Contrato tem seu respectivo fundamento e finalidade na consecução do objeto contratado, descrito abaixo, constante do Edital de Pregão Eletrônico 060/16 - SULIC/CORSAN, regendo-se pelas Leis Federais nos 8.666/93 e 10.520/02, Decretos Federais nºs 3.555/00, 5.450/05 e 5.504/05, Lei Complementar Federal no 123/06, Decretos Estaduais nºs 42.020/02, 42.434/03, 45.744/08, Lei Ordinária no 11.389 de 25 de novembro de 1999 e legislação pertinente, assim como pelas condições constantes do Convênio de Financiamento do Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL No 04/13, pelos termos da proposta e pelas cláusulas a seguir expressas, definidoras dos direitos, obrigações e responsabilidades das partes.

#### CLÁUSULA TERCEIRA - DO RECURSO FINANCEIRO

As despesas decorrentes do presente contrato correrão à conta de recursos oriundos do Convênio de Financiamento do Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL No 04/13, em que são partes: SECRETARIA DO MERCOSUL e o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, através da COMPANHIA RIOGRANDENSE

<sup>32</sup> MERCADO COMUM DO SUL, op. cit.

<sup>33</sup> MUZA, Jaqueline. Corsan vai realizar licitação para obra de saneamento básico de Aceguá. *Jornal Minuano*, Bagé, 07 jun. 2016, Cidade. Disponível em: <<http://www.jornalminuano.com.br/VisualizarNoticia/29230/corsan-vai-realizar-licitacao-para-obra-de-saneamento-basico-de-acegua-.aspx>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

DE SANEAMENTO. Código de Controle 905014; Natureza 721 e Centro de Custo 277.<sup>34</sup>

Posteriormente, os lotes licitados foram suspensos, tendo em vista a sua falta de adequação às normas do FOCEM<sup>35</sup>, problemas recorrentes dentro de uma intergovernabilidade presente no Mercosul.

#### 4.2 INTERVENÇÕES INTEGRAIS NOS EDIFÍCIOS DE ENSINO OBRIGATÓRIO NOS DEPARTAMENTOS GENERAL OBLIGADO, VERA, 9 DE JULIO, GARAY E SAN JAVIER

A Decisão N° 08/10 aprovou o financiamento do FOCEM para o projeto “INTERVENÇÕES INTEGRAIS NOS EDIFÍCIOS DE ENSINO OBRIGATÓRIO NOS DEPARTAMENTOS GENERAL OBLIGADO, VERA, 9 DE JULIO, GARAY E SAN JAVIER”, apresentado pelo Governo de Santa Fé, na Argentina, cujo objeto é promover ampliações e adaptações de espaços educacionais integrais com problemas de construção; o projeto de um novo mecanismo de gestão e resolução para reparos e manutenção das escolas da província e a formação dos representantes da comunidade educativa para o gerenciamento de risco em escolas beneficiadas pelo projeto.<sup>36</sup>

Posteriormente, foi firmado o Convênio de Financiamento do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul n° 08/10 entre a Secretaria do Mercosul e a República Argentina. No preâmbulo desse instrumento de convênio, destaca-se que a execução do projeto deveria respeitar as disposições do próprio convênio e particularmente as

34 RIO GRANDE DO SUL. *Companhia Rio-grandense de Saneamento*. Edital de pregão eletrônico n° 060/16 – SULIC/CORSAN. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://www.pregaoonlinebanrisul.com.br/anexos/362376-e532f7dbe35d0f9868cff10a76d509e2a2bf58dea5c889834e26060b7e881026>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

35 Cf. *Banrisul pregão online*. Informações do edital. Disponível em: <[http://www.pregaoonlinebanrisul.com.br/editais/060\\_16/208191#documents](http://www.pregaoonlinebanrisul.com.br/editais/060_16/208191#documents)>. Acesso em: 04 fev. 2017. A Unidade Técnica Nacional FOCEM - UTNF solicita a suspensão do processo de abertura de ofertas do Pregão Eletrônico PE 060/2016, relativo às aquisições de materiais, a fim de cumprir com a normativa da NP N° 02/12 que exige a aprovação previa do Plano de Aquisições do projeto.

36 MERCADO COMUM DO SUL. Conselho do Mercado Comum. *Decisão N° 08/10*. Projeto “intervenções integrais nos edifícios de ensino obrigatório nos departamentos General Obligado, Vera, 9 de julio, Garay e San Javier”. Disponível em: <[http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/DEC\\_008-2010\\_PT\\_Intervenções%20Edifícios%20Ensino%20Obrigatório%20Santa%20Fé-6.pdf](http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/DEC_008-2010_PT_Intervenções%20Edifícios%20Ensino%20Obrigatório%20Santa%20Fé-6.pdf)>. Acesso em: 1 fev. 2017.

Decisões nº 05/08 e 01/10<sup>37</sup>, ou seja, o Procedimento para a Publicação de Licitações Internacionais e o Regulamento do FOCEM. Ademais, a Cláusula Décima Quinta, atinente às Compras e Contratações, dispõe que as contratações serão feitas de acordo com a legislação dos beneficiários, “[...] respeitados os princípios de publicidade e transparência, igualdade de tratamento, concorrência entre ofertantes e eficiência” (tradução nossa)<sup>38</sup>. Por fim, essa mesma cláusula determina que o procedimento para a publicação das licitações internacionais deverá respeitar o disposto na Decisão nº 05/08 (Procedimento para a Publicação de Licitações Internacionais)<sup>39</sup>.

Com efeito, nota-se que, ao contrário do que ocorreu no projeto analisado no item anterior, os editais licitatórios para aquisição de produtos para o projeto ora em comento destacam a sujeição às normas licitatórias do FOCEM.

Nesse sentido, vale mencionar o edital da Licitação Pública Nº 01/2015, que teve por objeto as obras em algumas das escolas incluídas no projeto “INTERVENÇÕES INTEGRAIS NOS EDIFÍCIOS DE ENSINO OBRIGATORIO NOS DEPARTAMENTOS GENERAL OBLIGADO, VERA, 9 DE JULIO, GARAY E SAN JAVIER”. Tal ato convocatório esclarece:

Licitación: La licitación se efectuará conforme a los procedimientos establecidos en la Ley de Obras Públicas de la Provincia de Santa Fe, y está abierta a todos los licitantes de países del MERCOSUR, según se definen en los Documentos de Licitación<sup>40</sup>.

Logo, conclui-se que, naqueles casos em que há a necessidade de obtenção de recursos financeiros do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul, ocorre a submissão dos países membros às normas do FOCEM para a realização de licitações e contratos administrativos, garantindo-se

37 Id. *Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul*. Convênio de Financiamento do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul nº 08/10. Disponível em: <[http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/FOCEM\\_2011\\_PROY%2008-10\\_ES\\_FOCEM-COF-7.pdf](http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/FOCEM_2011_PROY%2008-10_ES_FOCEM-COF-7.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2017.

38 Id. *Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul*. Convênio de Financiamento do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul nº 08/10. Disponível em: <[http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/FOCEM\\_2011\\_PROY%2008-10\\_ES\\_FOCEM-COF-7.pdf](http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/FOCEM_2011_PROY%2008-10_ES_FOCEM-COF-7.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2017.

39 Ibid.

40 GOBIERNO DE SANTA FE. *Unidad de Gestión FOCEM*. Pliego de licitación: licitación pública nº 01/2015. Disponível em: <[http://www.obrapublica.com/files/adjuntos/adj\\_132094.pdf](http://www.obrapublica.com/files/adjuntos/adj_132094.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

ampla publicidade e a possibilidade de participação de empresas pertencentes aos países do bloco, sob pena, inclusive, de suspensão do repasse dos valores conveniados.

## 5 CONCLUSÃO

O processo de integração regional do Mercosul, caracterizado por sucessivas negociações até a obtenção do consenso entre os países membros, ao longo dos mais de 25 anos desde a assinatura do Tratado de Assunção é marcado por avanços lentos e retrocessos, o que faz com que, até os dias atuais, a integração econômica não tenha sido atingida. Ele ainda é intergovernamental, excessivamente dependente da anuência de seus Estados-Partes.

Mas, apesar disso, a criação de normas comuns atinentes às licitações públicas marca uma interessante situação: Se de um lado, apesar de encerrarem importante parcela das aquisições feitas no âmbito do bloco econômico e de movimentarem parte relevante do PIB dos países, de outro, ainda não se chegou a um consenso sobre o tema, eis que, apesar de ter sido aprovado o Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, por meio da Decisão N° 23/2006, do Conselho do Mercado Comum. A pendência de um regulamento e a possibilidade de os Estados Partes oporem exceções à sua aplicação tanto no que diz respeito aos produtos e serviços quanto no consentâneo às entidades sujeitas à norma faz com que o Protocolo de Contratações Públicas seja inócuo.

Não obstante essa dificuldade de obtenção do acordo, a análise das legislações de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai demonstra que a principiologia jurídica do instituto da licitação nesses países tem diversos pontos em comum, como publicidade, razoabilidade, transparência, eficiência, igualdade de tratamento e livre concorrência, entre outros. A criação de uma norma sobre o assunto no âmbito do Mercosul pode partir de uma harmonização das legislações dos países-membros, inicialmente, por meio desses princípios comuns e, a partir daí, disciplinar a questão de maneira pormenorizada, estabelecendo regras comuns que concretizem aqueles princípios comuns.

Aliás, a existência desses valores comuns demonstra de forma cabal que a dificuldade para a implementação de normas comuns decorre mais de fatores políticos que jurídicos. Conquanto haja reflexos para os setores produtivos diretamente afetados, deve-se ter em mente que

o afluxo de mais empresas para os certames licitatórios implica em maior concorrência e, conseqüentemente, aquisições mais vantajosas para a Administração Pública licitante.

As licitações realizadas para a realização de obras financiadas com recursos do FOCEM – Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul – que demanda a observância de critérios de publicidade e participação de empresas dos países do bloco econômico – são um exemplo de que é possível implementar normas que sejam observadas por todos os Estados-Partes, ajudando a concretizar os objetivos de livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países; coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais; e a harmonização das legislações para lograr o fortalecimento do processo de integração, objetivos consagrados pelo Tratado de Assunção, resta, verdadeiramente, a vontade política, traduzindo-se em um maior comprometimento dos Estados-Partes à implantação, no todo, do projeto mercosulino.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Decreto N° 1023/01. *Regimen General de Contrataciones Públicas*. Disponível em: <<http://www.mecon.gov.ar/digesto/decretos/2001/decreto1023.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

Banrisul pregão online. *Informações do edital*. Disponível em: <[http://www.pregaoonlinebanrisul.com.br/editais/060\\_16/208191#documents](http://www.pregaoonlinebanrisul.com.br/editais/060_16/208191#documents)>. Acesso em: 4 fev. 2017.

BRASIL. *Lei Federal N° 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. *Decreto N° 350, de 21 de novembro de 1991*. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai e dá outras providências. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0350.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0350.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2017.

DROMI, Roberto. *Licitacion publica*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

GOBIERNO DE SANTA FE. Unidad de Gestión FOCEM. *Pliego de licitación*: licitación pública nº 01/2015. Disponível em: <[http://www.obrapublica.com/files/adjuntos/adj\\_132094.pdf](http://www.obrapublica.com/files/adjuntos/adj_132094.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2017.

GUIMARÃES, Marco Antônio Miranda. *Concorrências e licitações no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MERCADO COMUM DO SUL. Conselho do Mercado Comum. Decisão Nº 20, de 1994. *Políticas públicas que distorcem a competitividade*. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/Portal%20Intermediario/Normas/normas\\_web/Decisiones/PT/CMC\\_DEC\\_1994-020\\_PT\\_Politicass%20Distorcem%20Competitividade.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/Portal%20Intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/CMC_DEC_1994-020_PT_Politicass%20Distorcem%20Competitividade.PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decisão Nº 40, de 2003. *Protocolo de contratações públicas do Mercosul*. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Decisiones/PT/Dec\\_040\\_003\\_Protoc.Contrat.Publicas%20Merc\\_Atta%2002\\_03.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_040_003_Protoc.Contrat.Publicas%20Merc_Atta%2002_03.PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decisão Nº 27, de 2004. *Protocolo de contratações públicas do Mercosul*. Disponível em: <[http://www.confea.org.br/media/legisl11\\_Protocolo\\_contratacoespublicas.pdf](http://www.confea.org.br/media/legisl11_Protocolo_contratacoespublicas.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decisão Nº 55, de 2004. *Regulamentação do protocolo de contratações públicas do Mercosul*. Disponível em: <[http://www.confea.org.br/media/legisl15\\_regulamentacao\\_contratacoespublicas.pdf](http://www.confea.org.br/media/legisl15_regulamentacao_contratacoespublicas.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decisão Nº 23, de 2006. *Protocolo de contratações públicas do Mercosul*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-de-contratacoes-publicas-do-mercosul-dec-no-23-06/>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decisão Nº 05/08. *Procedimento para a publicação de licitações internacionais*. Disponível em: <<http://focem.mercosur.int/pt/norma/fundo-para-a-convergencia-estrutural-do-mercosul-procedimento-para-a-publicacao-de-licitacoes-internacionais/>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decisão Nº 01, de 2010. *Regulamento do fundo para a convergência estrutural do Mercosul*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/>>

secretarias/upload/arquivo/spi-1/publicacoes/focem/decisoes/dec\_001-2010\_pt\_ferr\_regulamento-focem.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Decisão N° 08/10*. Projeto “intervenções integrais nos edifícios de ensino obrigatório nos departamentos General Obligado, Vera, 9 de julio, Garay e San Javier”. Disponível em: <[http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/DEC\\_008-2010\\_PT\\_Intervenções%20Edifícios%20Ensino%20Obrigatório%20Santa%20Fé-6.pdf](http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/DEC_008-2010_PT_Intervenções%20Edifícios%20Ensino%20Obrigatório%20Santa%20Fé-6.pdf)>. Acesso em: 1 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Decisão N° 30/12*. Projeto “saneamento urbano integrado Aceguá/Brasil e Aceguá/Uruguai”. Disponível em: <<http://focem.mercosur.int/pt/norma/fundo-para-a-convergencia-estrutural-do-mercosul-projeto-saneamento-urbano-integrado-acegua-brasil-e-acegua-uruguai/?orden=fecha>>. Acesso em: 1 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul. *Convênio de Financiamento do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul n° 04/13*. Disponível em: <<http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/COF%2004-13%20-%20Convenio%20PT-3.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Convênio de Financiamento do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul n° 08/10*. Disponível em: <[http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/FOCEM\\_2011\\_PROY%2008-10\\_ES\\_FOCEM-COF-7.pdf](http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/FOCEM_2011_PROY%2008-10_ES_FOCEM-COF-7.pdf)>. Acesso em: 3 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Grupo Mercado Comum. *Resolução N° 79, de 1997*. Criação do Grupo Ad Hoc “Compras Governamentais”. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Resoluciones/ES/Res\\_079\\_097\\_.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Resoluciones/ES/Res_079_097_.PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Resolução N° 34, de 1998*. Linhamentos para a elaboração de um regime de compras governamentais de bens e serviços no Mercosul. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Resoluciones/PT/Res\\_034\\_098\\_Linh%20Elab%20Reg%20Compras%20Governamentais\\_At%202\\_98.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/Res_034_098_Linh%20Elab%20Reg%20Compras%20Governamentais_At%202_98.PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

MOTTA, Fabrício M. A Harmonização das Normas Sobre Licitação nos Estados Partes do Mercosul. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, jan./mar.

2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-FABRICIO-MOTTA.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

MUZA, Jaqueline. Corsan vai realizar licitação para obra de saneamento básico de Aceguá. *Jornal Minuano*, Bagé, 07 jun. 2016, Cidade. Disponível em: <<http://www.jornalminuano.com.br/VisualizarNoticia/29230/corsan-vai-realizar-licitacao-para-obra-de-saneamento-basico-de-acegua.aspx>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

PARAGUAY. *Ley N° 2051/03*. Ley que establece el Sistema de Contrataciones del Sector Público y tiene por objeto regular las acciones de planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control de las adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas. Disponível em: <[http://www.annp.gov.py/archivos/documentos/ley\\_2051\\_844pt3uj.pdf](http://www.annp.gov.py/archivos/documentos/ley_2051_844pt3uj.pdf)>. Acesso em: 3 fev. 2017.

RAÚL GONZÁLEZ, Diego. Las contrataciones estatales en un sistema de integración económica; Vigencia y aplicación del Tratado de Asunción. *Anuario de Derecho*. Universidad Austral, Buenos Aires, v.5, p. 197-242, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Companhia Rio-grandense de Saneamento. *Edital de pregão eletrônico nº 060/16 – SULIC/CORSAN*. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://www.pregaoonlinebanrisul.com.br/anexos/362376-e532f7dbe35d0f9868cff10a76d509e2a2bf58dea5c889834e26060b7e881026>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

SALOMONI, J. Reforma del Estado y Mercosur. In: CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes (Coord.). *Temas de Integração com enfoques no Mercosul*. v. 1. São Paulo: LTr, 1997.

SARAIVA, Miriam Gomes; BRICENO RUIZ, José. Argentina, Brasil e Venezuela: as diferentes percepções sobre a construção do Mercosul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 52, n. 1. jun. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292009000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292009000100008)>. Acesso em: 17 nov. 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Licitações no MERCOSUL realizadas com recursos do FOCEM. *Informativo Justen*, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 49, março 2011, disponível em <<http://www.justen.com.br//>

informativo.php?l=pt&informativo=49&artigo=1073>. Acesso em 17 nov. 2016.

URUGUAY. Decreto N° 150/012. Aprobacion del texto ordenado de la contabilidad y administracion financiera del estado (TOCAF). Sustitucion del texto ordenado de contabilidad y administracion financiera y normas concordantes y complementarias (tocaf 1996). Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/tocaf2012/150-2012>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Velasquez, Maria Dolores Pohlmann. Licitações no Mercosul: uma análise comparativa entre Brasil e Uruguai. *Revista Eletrônica de Contabilidade*, Santa Maria, v. 1, n. 1, p. 191-208, set./nov. 2004.

RECEBIDO EM: 28/02/2017  
APROVADO EM: 14/08/2017

# HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E O DIREITO INTERTEMPORAL

*ATTORNEYS' FEES AND THE INTERTEMPORAL LAW  
ENFORCEMENT*

*Túlio Picanço Taketomi*

*Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica junto ao Comando da Aeronáutica.  
Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Projeção. Curso de Atualização em  
Temáticas Jurídicas Relevantes. Aprovado com Mérito no Entry Level Certificate  
in English (ESOL) - Entry 2 da University of Cambridge. Aprovado no Entry Level  
Certificate in English (ESOL) - Entry 3 da University of Cambridge.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Natureza Jurídica dos Honorários Advocatícios; 2 Honorários Advocatícios e o Direito Intertemporal; 3 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é estudar os honorários advocatícios e o direito intertemporal. Assim, a problemática diz respeito à aplicação da lei ao caso concreto. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe regramento totalmente novo sobre os honorários advocatícios, de forma a revogar completamente a sistemática anterior. A princípio, fácil a conclusão de que o novo regramento se aplicaria de forma imediata a todos os processos em curso (em qualquer grau de jurisdição), tendo em vista a aplicação imediata das normas de direito processual. Contudo, a natureza jurídica dos honorários advocatícios pode influenciar decisivamente na definição da norma aplicável ao caso concreto. O papel da doutrina e da jurisprudência será decisivo, pois o Código de Processo Civil em vigor não trouxe nenhuma regra de transição. No que diz respeito à metodologia empregada, trata-se de uma pesquisa básica com abordagem qualitativa, objetivo exploratório, delineamento bibliográfico e documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Civil. Honorários Advocatícios. Aplicação do Direito Intertemporal.

**ABSTRACT:** The present article aims at studying the attorneys' fees and the intertemporal law enforcement. So, the problematic brought up concerns at the application of the rule into the case. At first, easy the conclusion that the new rules apply immediately to all pending proceedings (in any degree of jurisdiction), in view of the immediate enforcement of procedural law. However, the legal nature of the attorneys' fees can influence decisively on the definition of the applicable rule to the case. The role of doctrine and jurisprudence will be decisive, since the Civil Procedure Code ruling did not bring any transition rule. With respect to the methodology used, this is a basic research with qualitative approach and exploratory objective, bibliographic and documentary design.

**KEYWORDS:** Civil Procedural Law. Attorneys' Fees. Intertemporal Law Enforcement.

## INTRODUÇÃO

A nova sistemática processual civil inaugurada pela Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) apresentou um novo e exaustivo regramento sobre honorários advocatícios.

A alteração mais sensível diz respeito aos honorários sucumbenciais fixados nas causas em que for vencida a fazenda pública.

Isso porque, no Código de Processo Civil de 1973, os honorários eram fixados por apreciação equitativa do magistrado, independentemente do valor da causa ou do proveito econômico obtido e sem ser necessário observar os parâmetros percentuais fixados em lei.

Na vigência do regime anterior, a jurisprudência se consolidou no sentido de que seria possível a fixação de verba honorária em valor fixo, o qual poderia, perfeitamente, ficar bem abaixo do limite percentual mínimo previsto no artigo 20, §3º, do CPC/73.

Ocorre que o Código de Processo Civil de 2015 previu rígidas balizas percentuais a orientar a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais quando for parte a Fazenda Pública.

Nota-se que a primeira mudança diz respeito à aplicação do novo regramento tanto na hipótese de o ente público ser vencido como de ele se sagrar vencedor na demanda, enquanto que o código anterior apenas falava em fixação equitativa de honorários quando vencido.

A base de cálculo também sofreu uma mudança discreta, mas de impacto considerável. Na sistemática anterior, os honorários eram fixados, predominantemente, sobre o valor atribuído à causa. O novo diploma adjetivo prevê que a base de cálculo será o valor da condenação ou o proveito econômico obtido, sendo este último o parâmetro preferencial. O valor da causa passou a ser critério residual.

O impacto dessa mudança é sensível. Basta imaginar uma execução fiscal. O valor da causa é atribuído no momento de propositura da demanda, mas não há congelamento do saldo devedor, o qual, além da atualização monetariamente, continua a sofrer a incidência dos juros de mora.

Quando o magistrado acolhe uma exceção de pré-executividade não há valor da condenação, mas é possível aferir o proveito econômico

obtido: é o valor do tributo que deixou de ser exigido do executado no momento da extinção do processo (atualizado e com a incidência dos juros de mora). A base de cálculo será consideravelmente maior que o simples valor atualizado da causa.

Por fim, modificação bastante relevante diz respeito à majoração de honorários advocatícios em sede recursal. Trata-se de inovação legislativa que influenciará decisivamente na quantidade de recursos interpostos pela Fazenda Pública.

Nesse cenário, importantíssimo o estudo do direito intertemporal para se definir o marco temporal que orientará o regime de honorários advocatícios sucumbenciais. Não serão objeto do estudo as sistemáticas de cada *codex*, sob pena de se alongar demasiadamente a discussão.

Serão tecidas considerações sobre a natureza jurídica dos honorários advocatícios, visto que se trata de fator decisivo na aplicação da lei no tempo. Por fim, serão apresentadas as correntes doutrinárias existentes e o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça.

## 1 NATUREZA JURÍDICA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A temática da natureza jurídica dos honorários advocatícios sempre foi objeto de estudos avançados pelos juristas. Por bastante tempo perdurou certa celeuma quanto à natureza processual, material ou híbrida das normas relativas aos honorários advocatícios.

Ocorre que, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal começou a se posicionar pela natureza híbrida da verba honorária. Primeiramente, a Corte Suprema decidiu que os honorários advocatícios têm natureza alimentar, razão pela qual poderiam ser destacados do precatório da listagem ordinária de pagamento e incluídos na listagem prioritária, ou, até mesmo, serem pagos mediante Requisição de Pequeno Valor. Ademais, consignou que a verba honorária configura direito autônomo do advogado.

Conclui-se pelo caráter exemplificativo do § 1º da referida norma e pela prevalência da regra básica do seu caput, por considerar que os honorários dos advogados têm natureza alimentícia, pois visam prover a subsistência destes e de suas respectivas famílias. Salientou-se que, consoante o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei 8.906/94, os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença

nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido a seu favor<sup>1</sup>.

Anos mais tarde, o Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante no mesmo sentido:

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar, cuja satisfação ocorrerá com expedição de precatório ou Requisição de Pequeno Valor, observada ordem especial restrita aos créditos desta natureza<sup>2</sup>.

Quanto à natureza jurídica dos honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, manifestou-se nos seguintes termos:

No que tange à fixação de honorários advocatícios sucumbenciais, ressalte-se que o novo Código de Processo Civil previu regras específicas quanto ao instituto, situação que pode ocasionar, eventualmente, dúvida acerca da incidência das normas hodiernas nas relações jurídicas cristalizadas no âmbito do vetusto código.

[...]

Frise-se que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito do tema, ao cristalizar a tese de que o arbitramento dos honorários não configura questão meramente processual, máxime ante os reflexos imediatos no direito substantivo da parte e do advogado.

[...]

Observa-se, portanto, que, não obstante a taxionomia atinente aos honorários advocatícios estar prevista em norma de direito processual, o instituto enverga verdadeira natureza híbrida, notadamente ante os reflexos materiais que o permeiam.

Com efeito, a doutrina reconhece que os honorários advocatícios são instituto de direito processual material, pois, apesar da previsão em

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 470407/DF*, rel. Min. Marco Aurélio, 9.5.2006. (RE-470407). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo426.htm#>>. Honorários Advocatícios e Natureza Jurídica. Acesso em: 29 out. 16.

2 Id., *Súmula Vinculante 47*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

diploma processual, confere direito subjetivo de crédito ao advogado em face da parte que deu causa à instauração do processo<sup>3</sup>.

Dessa forma, os honorários advocatícios ostentam natureza jurídica híbrida, eis que, a par de previstos em lei processual, refletem no direito substantivo da parte e do advogado, conferindo verdadeiro direito subjetivo de crédito ao patrono em face da parte sucumbente.

Superada a definição da natureza jurídica brifronte da verba honorária, passa-se ao ponto central da discussão: a aplicação do direito intertemporal na fixação dos honorários sucumbenciais.

## 2 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E O DIREITO INTERTEMPORAL

Estabelecidas as premissas anteriores, impõe-se tecer considerações sobre a aplicação do direito intertemporal na fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Tendo em vista a natureza jurídica híbrida do instituto, deve-se afastar, de plano, a noção simplista de aplicação imediata da norma processual com base na teoria do isolamento dos atos processuais.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>4</sup> (2009) propõe uma disciplina de direito intertemporal específica quando se está diante de normas jurídicas bifrontes:

O exagero que às vezes conduz a radicalizar a aplicação imediata da lei processual civil é, ao menos em parte, reflexo de uma outra postura igualmente exacerbada e consistente na obsessão em extrair todas as consequências imagináveis do correto postulado da autonomia da relação processual, da ação e do próprio direito processual como um todo. Não é lícito pôr em dúvida essa autonomia em face do direito substancial e de seus institutos, neste estágio avançadíssimo da cultura processualística – mas a moderna ciência processual tem também a consciência da relativização do binômio direito-processo e da relação de instrumentalidade do processo em face do direito substancial, responsáveis pela aproximação desses dois planos do ordenamento

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1465535/SP*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21 jun. 2016, DJe 22 ago. 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59225523&num\\_registro=201102936413&data=20160822&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59225523&num_registro=201102936413&data=20160822&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2016.

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 6. ed. revisada e atualizada São Paulo: Malheiros, 2009. p. 103-104.

jurídico e pela consciência das recíprocas influências trocadas entre eles. Os institutos bifrontes, que se situam nas faixas de estrangulamento existentes entre os dois planos do ordenamento jurídico e compõem o direito processual material, comportam um tratamento diferenciado em relação à disciplina intertemporal dos fenômenos de conotação puramente processual-formal (ou mesmo procedimental).

Essa premissa metodológica deve conduzir ao repúdio de critérios que, com fundamento no dogma da autonomia do direito processual e seus institutos em relação à ordem jurídico-substancial, deixem de levar em conta a existência de categorias jurídicas que não pertencem exclusivamente àquele mas compartilham de uma natureza dúplice [...]. A aplicação da lei nova que elimine ou restrinja insuportavelmente a efetividade de situações criadas por essas normas bifrontes transgrediria as garantias de preservação contidas na Constituição e na lei, porque seria capaz de comprometer fatalmente o direito de acesso à justiça em casos concretos – e, conseqüentemente, de cancelar direitos propriamente substanciais dos litigantes. Seria ilegítimo transgredir situações pré-processuais ou mesmo extraprocessuais [...], as quais configuram verdadeiros direitos adquiridos e, como tais, estão imunizadas à eficácia da lei nova por força da garantia constitucional da irretroatividade das leis.

No mesmo sentido a lição de GONÇALVES<sup>5</sup> (2016):

Isso quer dizer, portanto, que a aplicação do direito intertemporal não pode ocorrer de acordo com uma simplista lógica bi-modal: à norma prevista em um diploma processual, aplica-se a teoria do isolamento dos atos processuais aos processos pendentes; à norma encampada em um arcabouço substancial aplica-se a lei vigente ao tempo da consumação do ato jurídico. Conforme aduz a doutrina do maior processualista peninsular do século XX: “La natura di una norma si desume dall’oggetto non dalla ubicazione”. [4] Ou seja, é nodal distinguir normas heterotópicas de normas puras a partir de seu objeto, e, não, de acordo com um critério topográfico.

Nesse sentir, deve-se definir o marco processual que definirá a aplicação do regime normativo relativo aos honorários advocatícios.

---

5 GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Honorários advocatícios e Direito Intertemporal*. 4 mar. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/honorarios-advocaticios-e-direito-intertemporal>>.

A primeira das correntes define a data da propositura da demanda como o divisor de águas entre a aplicação do Código de Processo Civil de 1973 e o de 2015.

Para tanto, apoiam seu entendimento na aplicação da regra do *tempus regit actum*. Essa corrente entende que a verba sucumbencial é um prêmio/ônus decorrente do risco da propositura da demanda. Assim, o princípio da segurança jurídica e o postulado da vedação às decisões surpresas (artigo 10 do CPC/15) impõem a aplicação da lei processual vigente à época da propositura da demanda, eis que se trata de um dado prévio à propositura da demanda, de forma que o jurisdicionado não pode ser surpreendido com uma condenação sucumbencial que não podia antever quando calculou o custo envolvido.

Marcelo Barbi Gonçalves<sup>6</sup> (2016) assim leciona:

o prêmio de risco de um litígio judicial deve, em um sistema constitucional que abraça o princípio da segurança jurídica, assim como em um modelo processual que resguarda as partes de decisões-surpresa, ser um dado prévio à propositura da ação, de modo que o jurisdicionado não seja surpreendido com uma despesa-surpresa que não podia antever quando calculou o custo envolvido.

Por outro lado, há doutrina que defende que a sentença é o ato processual definidor do regime de honorários que será aplicável. Essa corrente afirma que o direito à verba honorária somente é definido quando da prolação da sentença, eis que, até então, há mera expectativa de direito.

Assim, “A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015”<sup>7</sup>.

Esse entendimento é corroborado pelo Enunciado de Direito Intertemporal publicado no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:

6 GONÇALVES, op. cit.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1465535/SP*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21 jun. 2016, DJe 22 ago. 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59225523&num\\_registro=201102936413&data=20160822&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59225523&num_registro=201102936413&data=20160822&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2016.

(art. 85) As normas relativas aos honorários advocatícios devem ser aplicadas imediatamente aos processos pendentes de julgamento em primeiro grau de jurisdição. (Grupo: Direito intertemporal)<sup>8</sup>.

No mesmo sentido lição de André Vasconcelos Roque<sup>9</sup> (2016), Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ:

Pergunta 15: As novas regras de honorários de sucumbência recursais (art. 85, § 11, CPC-2015) e nas ações contra a Fazenda Pública (art. 85, § 3º, CPC-2015) se aplicam desde quando? Inicialmente, pensávamos que deveria ser observada a lei vigente ao tempo da interposição do recurso no primeiro caso e do ajuizamento da ação no segundo, tendo em vista a surpresa que as novas regras poderiam trazer para as partes, as quais orientaram sua conduta de acordo com as antigas regras do CPC-1973.

Melhor examinando o assunto, porém, revimos nosso entendimento. A não-surpresa não consiste em premissa do direito intertemporal – tanto que não nos sensibilizamos por esse argumento por ocasião da Pergunta 11, relativa à suspensão dos prazos processuais e à aplicação da lei anterior ao lapso de tempo remanescente. Ademais, se a lei nova fosse de direito material, influenciando decisivamente sobre o mérito da controvérsia e podendo também surpreender as partes, não se duvidaria de sua aplicabilidade imediata (salvo, evidentemente, o respeito a alguma situação jurídica consolidada), até mesmo de ofício pelo juiz, como autoriza o art. 493 do CPC-2015.

O isolamento dos atos processuais, sim, consiste na mais básica das premissas. No caso, um ato processual foi a interposição do recurso ou o ajuizamento da ação. Outro, bem distinto, é o julgamento. E não há aqui relação de íntima conexão que justifique a ultra-atividade da lei revogada (terceira premissa), nada impedindo, sob o aspecto lógico, que a interposição do recurso/ajuizamento da ação contra a Fazenda Pública se regulem por lei distinta da vigente ao tempo do julgamento.

Em síntese, portanto, as novas regras relativas aos honorários sucumbenciais recursais e contra a Fazenda Pública se aplicam de

8 *Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2016.

9 ROQUE, André Vasconcelos. *Novo CPC e direito intertemporal: nem foi tempo perdido – parte I*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/novo-cpc-e-direito-intertemporal-nem-foi-tempo-perdido-parte-ii>>. Acesso em: 19 set. 2016.

forma imediata, desde que o julgamento não tenha sido concluído ainda ao tempo do CPC-1973 – caso em que, aí sim, consistirá em situação jurídica consolidada, que deverá ser respeitada pela lei nova.

Pode-se afirmar que o Superior Tribunal de Justiça é defensor desta última corrente. Primeiramente, esse mesmo entendimento pode ser extraído do Enunciado Administrativo n. 7 da Corte Superior:

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC<sup>10</sup>.

Recentemente, inclusive, manifestou-se novamente pela prolação da sentença como marco temporal para a aplicação do regime de honorários advocatícios previsto no CPC/15.

Recurso especial. Processo civil. Arbitragem. Execução. Título executivo extrajudicial. Contrato de locação. Cláusula compromissória. Embargos do devedor. Mérito. Competência do juízo arbitral. Questões formais, atinentes a atos executivos ou de direitos patrimoniais indisponíveis. Competência do juízo estatal. Honorários advocatícios. Natureza jurídica. Lei nova. Marco temporal para a aplicação do cpc/2015. Prolação da sentença.

[...]

6. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.

7. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado Administrativo n. 7*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Enunciados-administrativos](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos)>. Acesso em: 02 fev.2017.

## 8. Recurso especial provido.

(REsp 1465535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016).

Interessante destacar a fundamentação do voto do Relator:

A hermenêutica ora propugnada pretende cristalizar a seguinte ideia: se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi publicado em consonância com o CPC/73, serão aplicadas as regras do vetusto diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel CPC cingirão a situação concreta.

[...]

Dessa forma, as partes litigantes possuem a prerrogativa legal de verem subsumir-se à hipótese vertente a norma que amparava o instituto dos honorários advocatícios na data da sentença, com o fim de salvaguardar o direito adquirido. Não se pode olvidar que tal princípio está umbilicalmente ligado, no caso em epígrafe, ao princípio da não surpresa, positivado no art. 10 do novo Código de Processo Civil [...]<sup>11</sup>.

Pode-se afirmar, ainda, a existência de uma terceira linha de pensamento, a qual critica o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, por considerar que o princípio da sucumbência não é o único que deve ser levado em consideração para se definir o direito aos honorários advocatícios. Nesse sentido, NÓBREGA<sup>12</sup> assim leciona:

Ocorre que, segundo pensamos, não é a sentença, sempre, o marco processual adequado para identificação da norma incidente. Isso porque: (I) a sucumbência não é fundamento único dos honorários,

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1465535/SP*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21 jun. 2016, DJe 22/08/2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59225523&num\\_registro=201102936413&data=20160822&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59225523&num_registro=201102936413&data=20160822&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2016.

12 NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *O STJ decidiu: a sentença é o marco temporal-processual para identificação das normas a regular os honorários. E aí?*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI241493,31047-O+STJ+decidiu+a+sentenca+e+o+marco+temporalprocessual+para>>. Acesso em: 29 out. 2016.

preponderando em sua fixação, também, a causalidade; e (II) os honorários possuem natureza, também, de sanção.

Quanto ao princípio da causalidade, aquele que deu causa ao ajuizamento da demanda deve suportar os ônus de sucumbência, seja por ter demandado sem ter direito, seja por resistir sem ter razão, devendo este fato também ser levado em consideração quando da fixação dos honorários.

Na esteira do escólio supra, a inevitabilidade da demanda, a impor ônus àquele que dá causa indevida ao seu ajuizamento, deve conviver com a sucumbência como critério a pautar a fixação dos honorários. Uma vez mais, é de Cahali a lição: [...] a raiz da responsabilidade está na relação causal entre o dano e a atividade de uma pessoa. Esta relação causal é denunciada segundo alguns indícios, o primeiro dos quais é a sucumbência; não há, aqui, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e a regra da sucumbência como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo: se o sucumbente as deve suportar, isto acontece porque a sucumbência demonstra que o processo teve nele a sua causa<sup>13</sup>.

Essa terceira linha de pensamento defende que a decisão que condena em honorários advocatícios não é constitutiva, mas declaratório-condenatória.

Assim, a análise dos riscos e ônus oriundos do ajuizamento da ação ou da interposição do recurso é realizada no momento da prática daquele ato processual. Por essa lógica, as demandas ajuizadas e os recursos interpostos sob a égide do CPC/73 deveriam ter os honorários advocatícios fixados nos termos do regramento anterior, ainda que a decisão seja prolatada quando já vigente a nova sistemática processual.

Por outro lado, os recursos interpostos já sob a sistemática do CPC/2015 devem sofrer a incidência das novas regras relativas aos honorários advocatícios, inclusive quanto à possibilidade de majoração de honorários em sede recursal.

Dada a natureza de sanção compensatória dos honorários, não haveria espaço para que as regras do novo Código retroagissem. Em outras palavras, a análise sobre os riscos e ônus decorrentes do ajuizamento da ação, da oferta da contestação ou da interposição do recurso é feita,

<sup>13</sup> NÓBREGA, op. cit.

precisamente, quando do ajuizamento da ação, da oferta da contestação ou da interposição do recurso (!). Não haveria falar, por conseguinte, em que a natural demora do processo autorizasse, diante da superveniente entrada em vigor do novo Código, que regras eventualmente mais gravosas para a parte alterassem aqueles elementos considerados por ela considerados quando da escolha pelo ajuizamento da ação, pela resistência ou pela interposição do recurso.

É dizer, a ponderação custo vs. benefício que pauta a escolha da parte quanto à conduta a ser adotada no processo não pode sofrer posterior alteração que poderia influenciar aquela escolha pelo simples fato de que a escolha já foi exercida.

Entendemos, assim, que há argumento que merece ser considerado frente ao entendimento firmado pelo STJ: as normas insertas no artigo 85 do CPC/15 não poderiam sancionar causalidade nascida sob a vigência do CPC/73; na mesma linha de raciocínio, haveriam de ser fixados honorários sucumbenciais recursais quanto aos apelos interpostos contra decisões publicadas já sob a égide do novo Código<sup>14</sup>.

O Supremo Tribunal Federal ainda não tem uma posição definida sobre a matéria. Em recente decisão, contudo, entendeu por aplicável a regra que determina a majoração dos honorários advocatícios em sede recursal (dispositivo inexistente na sistemática anterior), mesmo sendo a sentença prolatada ainda sob a égide do Código anterior.

A relatora do Agravo no Recurso Extraordinário 966.497/PR, Ministra Rosa Weber, não se pronunciou especificamente sobre a temática, contudo, entendeu aplicável a nova regra aos processos em curso, tendo como marco a data da interposição do recurso, independentemente da data da prolação da sentença.

Direito tributário. Execução fiscal. Iptu. Imóvel da rffsa transferido para o patrimônio da união. Imunidade recíproca. Inaplicabilidade. Consonância da decisão recorrida com a jurisprudência cristalizada do supremo tribunal federal. Recurso extraordinário que não merece trânsito. *Recurso manejado sob a vigência do CPC/2015.* [...] 4. Considerado o trabalho adicional realizado em grau recursal, *majoro em 10% (dez por cento) os honorários* anteriormente fixados, obedecidos os limites previstos no art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015. 5. Agravo regimental

14 NÓBREGA. op. cit.

conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (AgRE 966.497/PR, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA). (grifo nosso)<sup>15</sup>.

Não se pode, ainda, extrair um entendimento unificado do Supremo Tribunal Federal, contudo, parece despontar a adesão ao isolamento dos atos processuais e consideração do momento da interposição do recurso como marco definidor do regime de honorários advocatícios que será aplicável.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, constata-se a existência de três correntes doutrinárias quanto à aplicação do direito intertemporal às normas de honorários advocatícios: a primeira defende que o ajuizamento da demanda é o marco definidor da sistemática processual aplicável, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e da vedação à decisão surpresa; a segunda entende que a sentença, como ato processual constitutivo do direito à verba sucumbencial, deve ser considerada como marco definidor do regime processual; a terceira advoga pelo isolamento dos atos processuais e consideração do princípio da causalidade na fixação dos honorários, de forma que o momento da propositura da demanda ou da interposição do recurso é que deve definir as regras aplicáveis.

Todas elas levam em consideração a natureza jurídica híbrida ou bifronte dos honorários advocatícios para se definir um regramento diferenciado de aplicação no tempo das normas relativas a este instituto processual.

Constatou-se que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou pela adesão a segunda corrente, nos termos do enunciado administrativo n. 07 e da recente decisão proferida nos autos do Recurso Especial 1465535/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, ainda não tem posição consolidada sobre o assunto. Contudo, recente decisão prolatada nos autos do Agravo no Recurso Extraordinário 966.497/PR, Ministra Rosa Weber, entendeu por aplicável o novo regime de honorários sob o fundamento de que o recurso interposto quando já em vigor o CPC/15.

---

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *AgRE 966.497/PR*, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/api/peca/recuperarpdf/310406453>>.

Apesar de ser o Superior Tribunal de Justiça o guardião da legislação infraconstitucional, pede-se vênia para discordar da posição defendida pelo Egrégio Tribunal Superior.

A adesão a terceira corrente é mais adequada aos princípios norteadores dos honorários advocatícios, em especial o da sucumbência e da causalidade, sem se olvidar dos princípios da segurança jurídica e da vedação à decisão surpresa.

Isso porque é no momento da propositura da demanda ou da interposição do recurso que o jurisdicionado avalia a conveniência e oportunidade de apresentar o ato processual, ocasião em que o custo da demanda é um dos fatores avaliados.

A nova sistemática processual aumentou, sensivelmente, o custo processual, de forma a não incentivar a interposição de recursos meramente protelatórios e despidos de fundamentação legal, cujo único objetivo seja a postergação do trânsito em julgado do processo.

Assim, ao dar causa à instauração de uma demanda ou de uma nova fase recursal, o jurisdicionado levou (ou deveria ter levado) em consideração os ônus processuais envolvidos, razão pela qual não há que se falar em surpresa na condenação em honorários pela sistemática processual vigente no momento em que apresentados os atos processuais correspondentes (petição inicial, petição de interposição de recurso).

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1465535/SP*. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59225523&num\\_registro=201102936413&data=20160822&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59225523&num_registro=201102936413&data=20160822&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado Administrativo n. 07*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Enunciados-administrativos](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos)>. Acesso em: 02 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 470407/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio, 9.5.2006. (RE-470407). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo426.htm#>>. Honorários Advocatícios e Natureza Jurídica. Acesso em: 29 out. 16.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 47*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 6. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 103-104.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Honorários advocatícios e Direito Intertemporal*. 4 mar. 2016. Disponível: <<http://jota.uol.com.br/honorarios-advocaticios-e-direito-intertemporal>>.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *O STJ decidiu: a sentença é o marco temporal-processual para identificação das normas a regular os honorários. E aí?*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI241493,31047-O+STJ+decidiu+a+sentenca+e+o+marco+temporalprocessual+para>>. Acesso em: 29 out. 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. *Novo CPC e direito intertemporal: nem foi tempo perdido – parte I*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/novo-cpc-e-direito-intertemporal-nem-foi-tempo-perdido-parte-ii>>. Acesso em 19 set. 2016.