

REVISTA DA  
**AGU**

volume 19 nº 03 - Brasília-DF, jul./set. 2020

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

Revista da AGU	Brasília	v. 19	nº 03	p. 1-244	jul/set. 2020
----------------	----------	-------	-------	----------	---------------

# 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

### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

José Levi Mello do Amaral Júnior

### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Fabrcio da Soller

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fabrcio da Soller	Secretário-Geral de Consultoria
Vinfcius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Vládia Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

### ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor
Andrea Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral de Ensino

**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-).

A partir 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**

### **DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA**

Diretor da Escola da AGU, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.  
Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito.  
Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado da União.

## **VICE EDITOR**

### **HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO**

Responsável pelo Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União.  
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

## **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 - Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

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 GUIMARÃES DE SOUSA PINHEIRO** (UNIVERSIDADE DE LISBOA, PORTUGAL)

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências

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

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

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

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

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

## NACIONAIS

### REGIÃO NORTE

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

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/CE)

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  
(UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES  
GODOY (AGU/UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). 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). Membro da Advocacia-Geral da União.

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

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 Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

## REGIÃO SUDESTE

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

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutor 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). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor 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). Mestre e Doutora 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 Doutor 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 (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). Mestre e Doutora 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). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

## REGIÃO SUL

### **LÊNIO STRECK (UNISINOS/SC)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

### **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.

### **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). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

## PARECERISTAS

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

Doutoranda em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Especializanda em Direito Penal Econômico Aplicado pela Universidade de Caxias do Sul/Escola Superior da Magistratura Federal - ESMAFE. Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional/Escola Superior da Magistratura Federal/RS. Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região desde 2001.

### **AMAURI FERES SAAD - PUC/SP**

Doutor e mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Presidente da Associação Paulista de Direito Administrativo - APDA. Advogado e consultor jurídico.

### **ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI - FMU/SP**

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - SP. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (São Paulo). Professora do Mestrado em Direito da sociedade da informação da FMU. Professora nas áreas de direito civil, biodireito e Infância e Juventude.

### **BRUNO GARCIA REDONDO - PUC/SP**

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Pós-Graduado em Advocacia Pública pela UERJ (PGERJ/ESAP). Pós-Graduado em Direito Privado e em Direito Público pela UNESA (EMERJ/TJ RJ). Professor efetivo de Direito Processual Civil, Processo Tributário, Processo Coletivo e Prática Jurídica nas Graduações da PUC-Rio e da UFRJ e nas Pós-Graduações da PUC-Rio, da Escola da Magistratura (EMERJ), PUC-RS, PUC-Campinas, UFMT, CESUSC, ABDConst, Mackenzie, Curso FORUM e Rede LFG. Professor convidado nas Pós-Graduações das Escolas do Ministério Público (FEMPERJ), da Defensoria Pública (FESUDEPERJ), de Administração Judiciária (ESAJ), da Advocacia-Geral da União (EAGU) e da Advocacia (ESA); UERJ; IBMEC; UCAM; UNIFLU; UEL; UTP;

FBD; UCDB; CESUL; IMADEC; Pitágoras; CERS e Damásio. Procurador da UERJ. Assessor-Chefe de Articulação Institucional do Gabinete do Secretário (Secretaria de Estado de Saúde - SES/RJ). Procurador da OAB-RJ. Árbitro.

### **CAMILA KÜHL PINTARELLI - PGE/SP**

Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Procuradora do Estado de São Paulo (PGE/SP), atualmente como Subprocuradora Geral do Estado Adjunta do Contencioso Tributário Fiscal. Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP (TED I). Representante da PGE/SP no Conselho Gestor do Fundo de Interesses Difusos do Estado de São Paulo (FID).

### **CLARISSA BUENO WANDSCHEER - PPGD/PR**

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora doutora da Universidade Positivo com regime de 40 horas e integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social (CPJUS) com o projeto de Pesquisa Inovações tecnológicas, econômicas e jurídicas para a sustentabilidade

### **ELISA DE SOUSA RIBEIRO PINCHEMEL - UTF/PR**

Doutora e Mestre em Ciências Sociais pelo Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas (CEPPAC), da Universidade de Brasília. Advogada internacionalista. Líder do Grupo de Estudos do Mercosul do UniCEUB. Pesquisadora do Geo\$ mundo - Geografia Econômica Mundial da UTFPR. Membro da Comissão de Relações Internacionais e membro licenciada da Comissão de Assuntos Legislativos da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Distrito Federal.

### **FERNANDO RODRIGUES DA MOTTA BERTONCELLO - BRADESCO/SP**

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie Mestre com dupla titulação em Direito Internacional e também em Direito Americano e Transnacional pela University of Miami, Estados Unidos.

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito e Processo Civil também pela Universidade Cândido Mendes.

#### **FULVIA HELENA DE GIOIA - PUC/SP**

Doutora em Direito Político Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. M Mestre em Teoria do Estado, com concentração em Direito Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998) e graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) em 1982. Coordenadora Adjunta de Pesquisa e TCC na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Chefe do Núcleo Tributário e Professora de Direito Tributário nos cursos de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora líder do grupo de pesquisa certificado pelo CNPq Pacto Federativo, Tributação e Financiamentos dos Direitos Sociais. Professora convidada do curso de Direito Tributário e Processo Tributário da pós-graduação lato-sensu da Escola Paulista de Direito (EPD).

#### **GABRIEL WEBBER ZIERO**

##### **ECOFACT/SUIÇA**

Doutor em Direito Internacional pela Universidade Roma Tre e Mestre em Direito pelo Programa em Estudos Avançados (LL.M.) em Direito Internacional Público com ênfase em Justiça, Paz e Desenvolvimento pela Universidade de Leiden Professor (Lecturer) no programa de especialização (CAS) em Finanças Sustentáveis organizado pela Universidade de Zurique.

#### **GUSTAVO DA SILVA SANTANNA - UNISINOS/RS**

Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Procurador do Município de Alvorada/RS. Professor do Complexo de Ensino Superior Meridional - IMED. Professor convidado do curso de pós-graduação em Direito do Estado da UFRGS. Professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública FESDEP. Revisor técnico do Curso de Direito da SAGAH.

#### **ICARO DEMARCHI ARAUJO LEITE - USP**

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pela Faculdade de Direito da Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Direito Econômico, Direito Societário, Direito Comercial, Direito Internacional Público e Privado, Mercado de Capitais, Gestão de Recurso de Terceiros, Contencioso Cível e Direito Securitário.

#### **KAROL ARÁUJO DURÇO - UFMG**

Doutor em Direito Público pela PUC/MG. Mestre em Direito Processual pela UFES; Especialista em Direito Empresarial e Relações do Trabalho pela UFJF. Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora UFJF. Professor visitante do Instituto de Educação Continuada da PUC/Minas IEC Belo Horizonte-MG. Advogado.

#### **LAURO ERICKSEN - UNIFACEX/RN**

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

#### **MARCIA ANDREA BÜHRING - PUC/RS**

Pós-Doutoranda na FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal. (2018-2019). Doutora pela PUCRS. Mestre pela UFPR. Professora do PPGD UCS. Professora de Direito Constitucional e Ambiental na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).

#### **MONICA TERESA COSTA SOUSA - UF/MA**

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Associada na Universidade Federal do Maranhão. Professora visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Valencia (Espanha). Docente permanente do



curso de Mestrado Interdisciplinar em Cultura e Sociedade (PGCult), na linha de pesquisa Cultura, educação e tecnologia, e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir),

#### **PAULO ROBERTO AZEVEDO**

**MAYER RAMALHO - UNIVERSA/RN**  
Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá . Procurador Federal - Advocacia-Geral da União. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental e Regulação de Transportes Terrestres.

#### **RAFAEL LAMERA GIESTA CABRA - UFERSA/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.

#### **ROGÉRIO PICCINO BRAGA - UNOPAR/PR**

Pós-doutor no *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Constitucional - área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR).

#### **RUBENS BEÇAK - USP/SP**

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

#### **SILVIO MARQUES GARCIA - AGU/SP**

Doutorando em Direito (PUC/SP, 2017-Atual), Mestre em Direito pela Unesp. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Público (UnB/Escola da AGU, 2010), Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal (Unifran, 2003) e Bacharel em Direito (Unesp, 2001). Procurador Federal (2007-Atual). Professor de Direito Tributário e Direito Financeiro da Faculdade de Direito de Franca (FDF, 2015-Atual).

#### **TANISE ZAGO THOMASI - UNIT/SE**

Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Advogada - Ordem dos Advogados do Brasil/RS. Professora adjunta na Universidade Federal de Sergipe e Universidade Tiradentes. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade Tiradentes.

#### **WASSILA CALEIRO ABBUD - PUC/SP**

Doutoranda e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; Graduada em Direito pela UNESP, com habilitação em Direito, Estado e Sociedade. Membro efetiva da Comissão de Estudos de Combate à Corrupção e Improbidade Administrativa do Conselho Seccional da OAB/SP. Advogada na área de Direito Público.

## AUTORES

### **ANDRÉ PAULANI PASCHOA - PUC/SP**

Mestrando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado no escritório Dal Pozzo Advogados. APMG International World Bank Certified PPP Professional, CP<sup>9</sup>P-F.

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

Mestre em Direito - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pelo Centro Universitário de Bauru, São Paulo. Advogado.

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

Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina.

### **ÍCARO ROBERTO AZEVEDO PICOLLI - UNISUL-SC**

Doutorando em Administração - Universidade do Vale do Itajaí, UNISUL - PPGA - Programa de Pós-graduação em Administração. Mestre em Administração pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SC.

### **ILANA PATRÍCIA NUNES SEABRA DE OLIVEIRA - UFV**

Mestre em Direitos Humanos Interdisciplinar pela Universidade Federal de Goiás. Auditora do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Advogada. Especialista em direito público, gestão pública, previdenciário e auditoria do controle externo e gestão Pública.

### **INÊS QUERUBINA CENI REIS AGU - AGU/SC**

Mestre em Ciência Jurídica. Procuradora Federal atuante na Equipe Nacional de Cobrança (ENAC).

### **LEONARDO BAS GALUPE LAGOS - AGU/RS**

Mestrando em Direito - UFPEL. Especialista em Direito Público - UNIDERP. Professor de Direito Administrativo - UCPEL. Procurador Federal-AGU.

### **LÍGIA FERREIRA DE OLIVEIRA E SILVA - UFES**

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

### **MARGARETH VETIS ZAGANELLI**

Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

### **MARCUS DE FREITAS GOUVEA - MESTRE - AGU/PGFN**

Doutorando em Direito Empresarial pela UFMG. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da Fazenda Nacional - Procuradoria da Fazenda Nacional - PGFN/AGU.

### **MÁRCIO ANDERSON SILVEIRA CAPISTRANO INIFOR/CE**

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Pesquisador bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Advogado da União.

**MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO  
E MENDONÇA - UNIFOR/CE**

Pós-Doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora titular do curso de pós-graduação *strictu sensu* - mestrado e doutorado - em Direito Constitucional e do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE).

**PRISCILA APARECIDA BORGES  
CAMÕES - PUC/MG**

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada - IEC. Professora assistente II, na graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Campus Arcos/MG e professora na Pós-Graduação &quot;Lato Sensu&quot; das disciplinas de Direito Processual do Trabalho I e II da PUC Minas Virtual. Advogada militante.

**RAFAEL ALEM MELLO FERREIRA  
- PUC/MG**

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, sob a orientação do professor doutor Lênio Luiz Streck. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM. Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas: FDSM e Coordenador e professor do Curso de Direito da PUC-MG. Pós-Graduado em Ciências Penais pela universidade Federal de Juiz de Fora.

**RAFAEL BURLANI NEVES -  
UNIVALI - SC**

Pós-Doutorado Universidad de Alicante, UA, Espanha. Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor da Universidade do Vale do Itajaí .

**SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA  
- PUC/SP**

Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Doutor e Livre-Docente em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP.

**VICTOR EPITÁCIO CRAVO  
TEIXEIRA AGU/PE**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Especialista em Regulação das Telecomunicações pela Fundação Instituto Nacional de Telecomunicações - Inatel. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Procurador Federal (Advocacia-Geral da União).

**VIVIAN CRISTINA GARCIA DE  
FREITAS - ITE-SP**

Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Bauru/SP, mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Bauru - ITE. Advogada.

## SUMÁRIO

EDITORIAL.....05

### ARTIGOS

- Contrato de Seguro-Garantia e seus Efeitos na Execução de Obras Públicas – Notas sobre o Projeto de Lei de Licitações  
Performance Bond Agreement And its Legal Effects on Public Works – Notes on the Bidding Bill  
*André Paulani Paschoa*  
*Silvio Luís Ferreira da Rocha* ..... 19
- Direito e Construção Judicial: o precedente sob a doutrina de Oliver Wendel Holmes  
*Cristiano Aparecido Quinaia*  
*Vivian Cristina Garcia de Freitas*..... 41
- A Logística Reversa e a Responsabilidade Ambiental Frente a Política Nacional de Resíduos Sólidos  
*Environmental Responsibility of The Companies in Face of National Policy of Solid Waste*  
*Ícaro Roberto Azevedo Picolli*  
*Gabriela Almeida Marcon*  
*Rafael Burlani*..... 63
- Os Desafios para Governança Global em Direitos Humanos pelas incursões à Mineração Aeroespacial, Reflexões ao Tratado do Espaço Exterior  
*The Challenges for Global Governance in Human Rights for the incursions into Aerospace Mining, Reflections on the on Outer Space Treaty*  
*Ilana Patrícia Nunes Seabra de Oliveira*..... 85
- A Relação Entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem Pós-Tratado de Lisboa: Somando Ou Dividindo Esforços Na Proteção Dos Direitos Fundamentais?  
*The Relation between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights after the Treaty of Lisbon: the sum or share of efforts for protecting fundamental rights?*  
*Inês Querubina Ceni Reis*..... 109
- Estado de Coisas Inconstitucional: a solução para o problema penitenciário no Brasil?  
*State Of Things Unconstitutional: the solution for the penitentiary problem in Brazil?*  
*Leonardo Bas Galupe Lagos*..... 129

<p>Criônica: direito à disposição do próprio corpo e à manifestação de vontade post mortem  <i>Cryonics: right to dispose of one's body and to the manifestation of post mortem will</i>  <i>Lúgia Ferreira de Oliveira e Silva</i>  <i>Margareth Vetus Zaganelli</i> .....</p>	145
<p>Os Ilícitos e das Ações Privadas de Reparação de Dano no Mercado de Capitais  <i>The Violations of the Capital Market Rules and the Private Actions for Damages</i>  <i>Marcus de Freitas Gouvea</i> .....</p>	163
<p>Competência disciplinar da Administração Direta sobre servidores de autarquias e fundações públicas federais: reserva de lei formal  <i>Disciplinary competence of Central Power on public servants of federal autarchies and public foundations: reserve of legal statute</i>  <i>Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça</i>  <i>Márcio Anderson Silveira Capistrano</i> .....</p>	185
<p>A Racionalidade da Decisão Judicial na Teoria Geral do Processo Civil Brasileiro: de Habermas a Alexy  <i>The Rationality of the Judicial Decision Making within the General Legal Theory of Brazilian Civil Procedures: from Habermas to Alexy</i>  <i>Priscila Aparecida Borges Camões</i>  <i>Rafael Alem Mello Ferreira</i> .....</p>	213
<p>Uma Análise Histórica do Conceito de Relação de Sujeição Especial a partir da Obra de Celso Antônio Bandeira de Mello  <i>A Historical Analysis of the Concept of Special Supremacy Based on the work of Celso Antônio Bandeira de Mello</i>  <i>Victor Epietácio Cravo Teixeira</i> .....</p>	233



## EDITORIAL

Prezado leitor,

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal tem a satisfação de apresentar nova edição da Revista da AGU, referente ao 3º trimestre do ano de 2020. Este número é constituído por 11 (onze) artigos científicos que tratam de temáticas variadas, concernentes a aspectos controversos e de alta indagação das áreas de Direito Constitucional, Processual Civil, Administrativo, Ambiental, Internacional e Econômico, Bioética e Filosofia do Direito. Todos os trabalhos a seguir descritos foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de “avaliação cega por pares”, em conformidade com as normas editoriais adotadas pela Revista.

Em observância à ordem alfabética dos autores que contribuíram para este número da Revista, a sequência de artigos é inaugurada pelo estudo de André Paschoa e Silvio Rocha a respeito dos efeitos jurídicos do contrato de seguro-garantia e da possibilidade de sua utilização como mecanismo de prevenção à prática de atos de corrupção envolvendo grandes obras públicas no País. A investigação envolve a apresentação de panorama histórico acerca do instituto na legislação brasileira, além da abordagem de pontos específicos da legislação estadunidense e, em especial, do conteúdo de projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional sobre o assunto.

Adotando como referencial o pragmatismo de Oliver Wendell Holmes, Cristiano Quinaia e Vivian Freitas tecem críticas à atuação do Poder Judiciário brasileiro no contexto da separação de funções estatais e ao sistema de vinculação de decisões judiciais instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, que especifica os julgados a serem considerados como precedentes a partir de critério formal, sem levar em conta a força de sua argumentação ou sua capacidade de responder aos anseios sociais.

Ícaro Picoli, Gabriela Marcon e Rafael Burlani examinam a logística reversa como um dos meios de implementação da responsabilidade socioambiental em face da Política Nacional de Resíduos Sólidos. O estudo se vale de fontes bibliográficas e documentais para analisar a lei que instituiu referida política, descrever conceitos de responsabilidade socioambiental e apresentar o instituto da logística reversa, que se destina a viabilizar a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento ou outra destinação ambientalmente adequada.

Na sequência, dois artigos abordam temáticas relacionadas aos direitos humanos. Ilana Oliveira problematiza as atividades exploratórias da mineração em asteroides, confrontando o marco regulatório americano contido na Lei Pública nº 114-90, de 25 de novembro de 2015, com o chamado Tratado do Espaço Exterior, de 1967. Com o intento de harmonizar as diretrizes veiculadas por esses dois diplomas normativos, a jurista propõe a destinação de um percentual do ganho exploratório decorrente das atividades aeroespaciais minerais para programas da ONU de combate às desigualdades socioeconômicas e de fortalecimento da dignidade humana em todas as suas esferas.

Por sua vez, Inês Reis analisa a relação estabelecida entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem em torno da proteção dos direitos fundamentais, especialmente após o início da vigência do Tratado de Lisboa. Com respaldo em fontes bibliográficas e jurisprudenciais, a autora sugere que as Cortes mencionadas somem esforços no sentido da adesão efetiva da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como medida propícia ao fortalecimento da proteção dos direitos humanos.

Em busca de solução satisfatória para o estado de coisas inconstitucional observado no sistema penitenciário brasileiro, Leonardo Lagos defende a prolação, pelo Supremo Tribunal Federal, de sentença estruturante no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, de modo a alcançar todos os responsáveis pela omissão inconstitucional caracterizada pelo descumprimento dos direitos dos encarcerados.

Lígia Silva e Margareth Zaganelli abordam aspectos jurídicos da Criônica, conceituada como técnica do ramo da criogenia que visa à conservação de indivíduos afetados por alguma enfermidade em baixas temperaturas, para que possam ser curados no futuro. Não obstante reconheçam a existência de lacuna normativa acerca da matéria, as autoras concluem que a escolha de um indivíduo pela criopreservação encontra respaldo jurídico na proteção legal conferida à autonomia privada.

Após apresentar panorama acerca dos ilícitos e das ações privadas de reparação de danos verificados no mercado de capitais, Marcus Gouvea constata que o ordenamento brasileiro contempla institutos



jurídicos aptos a garantir o acesso adequado à justiça pelos particulares que sejam prejudicados por infrações dessa natureza.

Lançando mão de metodologia qualitativa, descritiva e exploratória, Maria Lírida Mendonça e Márcio Capistrano examinam a necessidade de previsão em lei formal para que o Ministério supervisor possa exercer competências disciplinares sobre servidores de autarquias e fundações públicas federais, bem como formulam proposições conclusivas a respeito da forma e dos limites aplicáveis ao desempenho de tais atribuições.

A partir de análise enfocada nos artigos 9º, 10 e 489 do Código de Processo Civil, Priscila Camões e Rafael Ferreira argumentam que o modelo de racionalidade decisória positivado nesse diploma processual se distanciou de suas matrizes filosóficas, buscadas em Habermas e Alexy, ao estimular a ponderação não somente de princípios, mas também de regras, o que permite aos juízes decidir segundo sua “livre escolha”.

Por fim, Victor Cravo empreende investigação a respeito da genealogia do conceito de supremacia especial para, na sequência, criticar a pretensão de Celso Antônio Bandeira de Mello de defender esse instituto por meio da conciliação de visões de mundo díspares: o estado de direito do constitucionalismo alemão de meados do século XIX e o estado democrático de direito pensado a partir da Constituição de 1988.

A Escola da AGU agradece a todos os envolvidos no processo editorial da Revista e parabeniza os autores pelos excelentes artigos ora publicados. Convidamos o leitor a apreciar os trabalhos científicos oferecidos, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: <http://seer.agu.gov.br><sup>1</sup>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio  
Responsável pelo Núcleo de Pós-Graduação e  
Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União

---

1 As menções deste editorial aos autores e leitores, no gênero masculino, constituem meras decorrências do uso da língua portuguesa em conformidade com a norma-padrão. Diante do tradicional predomínio masculino em espaços de poder e saber, é oportuno salientar, de tempos em tempos, a importância das contribuições prestadas à Revista da AGU pelas mulheres e o prestígio de tê-las como autoras e leitoras.



RECEBIDO EM: 16/08/2019

APROVADO EM: 17/04/2020

# **CONTRATO DE SEGURO-GARANTIA E SEUS EFEITOS NA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS – NOTAS SOBRE O PROJETO DE LEI DE LICITAÇÕES**

## ***PERFORMANCE BOND AGREEMENT AND ITS LEGAL EFFECTS ON PUBLIC WORKS – NOTES ON THE BIDDING BILL***

*André Paulani Paschoa*

*Mestrando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado no escritório Dal Pozzo Advogados. APMG International World Bank Certified PPP Professional, CP<sup>3</sup>P-F*

*Silvio Luís Ferreira da Rocha*

*Doutor e Livre-Docente em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP*

**SUMÁRIO:** Introdução e exposição do problema; 1 Panorama histórico do Seguro-Garantia na Legislação Brasileira; 2. Utilização do Seguro-Garantia nos Estados Unidos; 3 O Novo Projeto de Lei de Licitação e Contrato Administrativo; 3.1 Notas iniciais; 3.2 A cláusula de retomada e notas finais; 4 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** Sob a ótica da busca por novos instrumentos de redução da corrupção, o estudo pretende analisar os efeitos jurídicos do contrato de seguro-garantia como instrumento de garantir o desempenho dos contratados pela Administração Pública. Para tanto, analisar-se-á o panorama histórico da legislação brasileira e, também, alguns pontos da legislação estadunidense. Por fim, serão feitos apontamentos sobre as inovações legislativas do Projeto de Lei de licitações no que se refere ao contrato de seguro-garantia e, especialmente, a possibilidade de introdução no ordenamento jurídico brasileiro, para obras públicas de grandes vultos, da cláusula de retomada das obras pela seguradora em caso de inadimplência do contratado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Corrupção. Seguro-Garantia. Obras Ppúblicas. Nova Lei de Licitações. Cláusula de Retomada.

**ABSTRACT:** From the perspective of the search for new instruments to reduce corruption, the study intends to analyze the legal effects of the performance bond contract as an instrument to guarantee the performance of contractors by the State. To do so, we will analyze the history of the Brazilian legislation and, also, some points of the American legislation. Finally, notes will be made on the legislative innovations of the bidding Bill in relation to the performance bond agreement and, especially the possibility of introducing in the Brazilian legal system, for expensive public works, the step-in rights in case of default of the contractor.

**KEYWORDS:** Corruption. Performance Bond. Public Works. Bidding Bill. Step-in Rights.

## INTRODUÇÃO E EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA

O cenário jurídico, institucional, político brasileiro da última década deparou-se com discussões sobre meios para minimizar atos de corrupção. Parcela importante destes debates girou em torno da descoberta pelos órgãos de controle externo de atos de corrupção relacionados com contratos com a Administração, especialmente aqueles que envolvem obras públicas com valores pecuniários de alta monta.

Não se pretenderá neste estudo explorar as causas e consequências destes desvios, mas reforçar que, a despeito da comoção nacional dos últimos anos, o problema de corrupção em obras públicas no país é histórico. São inúmeros os estudos sobre corrupção no governo envolvendo obras públicas, desde a construção da capital até os governos da ditadura militar<sup>1</sup>.

Este problema se manteve durante todo o período da redemocratização até alcançar-se a situação atual. A CPI do orçamento, da primeira metade da década de 1990 já revelava ao país o escândalo da corrupção entre empreiteiras e políticos da época. Nessa linha de raciocínio, também sem entrar a fundo na temática que tem capacidade para sustentar dezenas de teses de doutorado das mais diversas áreas do conhecimento, é necessário esclarecer que este problema não é meramente brasileiro, latino-americano ou próprio de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Pensadores de variadas linhas ideológicas tratam a corrupção como, em síntese certamente redutora, tanto como intrínseca ao sistema capitalista e/ou à própria humanidade, quanto como problema social e/ou moral.<sup>2</sup>

---

1 Especificamente quanto ao período militar, o historiador Pedro Henrique Pedreira Campos publicou um profundo trabalho sobre o crescimento das empreiteiras brasileiras (CAMPOS, 2017).

2 Por todos, importa destacar o artigo *The Corruption of a State* do professor americano J. Patrick Dobel. Dobel opta por fazer um apanhado das diversas ideologias que, já à época, tratavam da temática para sugerir a sua própria, por meio da qual tenta unir as duas visões, razão pela qual vale aqui a menção ao seu raciocínio. O autor conclui o texto nestes termos: “*The corruption of states and the corruption of people proceed hand-in-hand. It has been the dream of diverse ideologies that one problem could be solved without the other—my analysis suggests otherwise. To take corruption seriously is to take civic virtue seriously; to take civic virtue seriously is to demand not just moral education but to demand substantive participation, and economic and political equality.*” [DOBEL, 1978, p. 972] – Em tradução livre: “A corrupção nos estados e a corrupção das pessoas convivem lado a lado. Tem sido o sonho de diversas ideologias que um problema possa ser solucionado sem tratar do outro – minha análise sugere outra abordagem. Levar corrupção a sério significa levar virtudes cívicas a sério; levar virtudes cívicas a sério demanda não só educação moral, demanda também substantiva participação e igualdade econômica e política.”

As premissas acima introduzidas servem para esclarecer que qualquer análise jurídica sobre os diversos institutos que pretendem evitar atos de corrupção deveria compreender o problema em sua integralidade.

Superada a referida introdução, as normas do ordenamento brasileiro serão exploradas para tratar do instituto jurídico do seguro-garantia. A utilização deste instrumento como meio para minimizar as possibilidades de corrupção em grandes contratos públicos será compreendida como a entrada de um novo ator interessado no processo de contratação e execução das obras públicas. Pontuar-se-á como a utilização deste tipo de garantia pode aumentar a transparência, potencialmente coagindo as partes envolvidas a não se desviar do interesse público almejado no processo licitatório.

Neste estudo, sempre se fará menção à redação final do substitutivo da câmara dos deputados ao Projeto de Lei nº 1.292-f de 1995 do Senado Federal (Pls nº 163/95 na Câmara) datado de 19 de setembro de 2019.<sup>3</sup>

Pretende-se compreender se o projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados, ao criar novas regulações para o contrato de seguro-garantia para obras públicas, tem potencial para minorar ambientes de corrupção. Para tanto, serão exploradas as menções ao seguro-garantia no projeto e especial atenção será dada à introdução no conjunto de normas brasileiras voltadas ao Direito Administrativo da cláusula de *step-in*, cláusula de retomada. Para tanto, utilizar-se-á bibliografia nacional e internacional para compreensão do instituto.

O *performance bond* ou a *garantia de desempenho* surgiu nos Estados Unidos da América em razão da inadimplência de construtores em obras públicas, o que levou o congresso americano a aprovar legislação que tornou obrigatório a oferta de garantias nos contratos firmados com os governos, que, em linhas gerais, melhor explicitadas ao longo do texto, exige que os empreiteiros contratados forneçam uma garantia de cumprimento das obrigações contraídas, em especial o pagamento dos fornecedores, para os contratos firmados com o poder público, cujo valor exceda a U\$ 100.000,00 (cem mil reais), evitando-se, com isso, que a falta de pagamento dos fornecedores de mão-de-obra e materiais de construção por parte do empreiteiro resulte na responsabilização do contratante Estado. A garantia destina-se, também, a assegurar o contratante dos prejuízos derivados

---

3 Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1819390&filenome=REDACAO+FINAL+-+PL+1292/1995](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1819390&filenome=REDACAO+FINAL+-+PL+1292/1995). Acesso em: 14 jan. 2020.

da paralisação da obra e servirá para reparar o custo do governo na substituição do contratado. A legislação prevê, assim, distintas garantias, como as *garantias de cumprimento da obra (performance bond)* e de pagamento de obrigações, como fornecedores e subempreiteiros (*labor and material bond*). A determinação da referida lei foi estendida a quase totalidade dos Estados que integram os Estados Unidos.

O *performance bond* embora signifique uma garantia exigida pelo Poder Público do contratado, caracteriza, no entanto, um seguro de desempenho firmado entre a seguradora, o contratado, tendo como beneficiários tanto o Poder Público, como os fornecedores do contratado, caracterizando, com isso, também, uma estipulação em favor de terceiro. Há, então, na formatação jurídica do instituto um contrato firmado pelo particular, na qualidade de contratado, com uma empresa especializada, a companhia de seguros, que se obriga perante o contratado a indenizar terceiros beneficiários (Administração Pública ou terceiros), mediante o pagamento de contraprestação pecuniária denominada prêmio, dos danos produzidos por certos eventos, denominados riscos, normalmente associados à mora ou inadimplemento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado com a Administração Pública e fornecedores. Cuida-se, em última análise, de transferir para a seguradora as consequências nocivas da mora ou inadimplemento do contratado no contrato de empreitada celebrado com a Administração Pública.

Algumas notas características do contrato de seguro estão presentes, embora certas alterações possam ocorrer.

*Capacidade especial.* O segurador, por dispositivos normativos, deve apresentar capacidade especial. Deve estar autorizado a explorar operações de seguros privados e ser empresa organizada sob a forma de sociedade anônima. Ocorre que no caso do chamado *performance bond* a especialização não é suficiente para assegurar o êxito da garantia porque o segurador não possui o conhecimento necessário e suficiente na área da construção civil para garantir a continuação da obra contratada.

*Risco.* O contrato de seguro pressupõe a existência do *risco*. O risco é o acontecimento incerto, que não depende exclusivamente da vontade das partes. É o fato de ser um indivíduo exposto à eventualidade de um dano pessoal ou patrimonial causado por um sinistro, isto é, pelo fato ou caso fortuito, por efeito do qual o risco de dano potencial se converte em dano efetivo.

O risco é pressuposto essencial do contrato de seguro. O conhecimento pelo segurador da inexistência de risco ao tempo da celebração do contrato impede-o de expedir a apólice e, caso o faça, sujeita-o a pagar em dobro o prêmio estipulado (artigo 773 do Código Civil). Entretanto, no contrato de *performance bond*, o contrato somente será celebrado se o contratado e sua capacidade operacional, após criteriosa avaliação, indicar a inexistência ou baixíssima probabilidade de ocorrência de mora ou inadimplemento na execução do contrato. Assim, a probabilidade de ocorrência de problemas na execução do contrato levará a recusa da seguradora em emitir a apólice de seguro de *performance bond*.

## 1 PANORAMA HISTÓRICO DO SEGURO-GARANTIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O seguro-garantia é um contrato que visa assegurar à parte contratante que o contratado honrará com as obrigações assumidas. É um dos meios de garantir o desempenho avençado entre as partes. Na hipótese de inadimplemento do contratado, cabe àquele que ofereceu o seguro-garantia honrar com os compromissos assumidos perante o contratante.

Especificamente quanto a contratações pelo Poder Público, a contratação de um seguro-garantia envolve estas três partes: o segurado, administração pública contratante que estará assegurada quanto a eventuais inadimplementos; o tomador do seguro, licitante vencedor que executará o contrato e que contrata o seguro em nome do segurado; e a seguradora, empresa que concede ao segurado a garantia de cobrir eventuais inadimplementos do tomador.

Na legislação brasileira, o artigo 135 do Decreto-Lei nº 200 de 1967 já previa a possibilidade de a Administração contratante utilizar o seguro-garantia como forma de o futuro licitante assegurar ao Poder Público que executaria o quanto avençado<sup>4</sup>. Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300 de 1986, restou mantida no artigo 46 a discricionariedade de a Administração Pública tratar da necessidade, conforme o caso, de os contratados apresentarem alguma modalidade de garantia de execução do contrato, dentre elas o seguro-garantia. A diferença ficou na escolha

---

4 Art. 135. Será facultativa, a critério da autoridade competente, a exigência de prestação de garantia por parte dos licitantes segundo as seguintes modalidades: I - Caução em dinheiro, em títulos da dívida pública ou fidejussória. II - Fiança bancária. III - Seguro-garantia.

§ 2º As garantias a que se referem os números 1 e 2 do parágrafo anterior, quando exigidas, não excederão de 5% do valor do contrato.

§ 3º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato.



sobre a modalidade a ser apresentada que passou a ser alocada no próprio contratado.<sup>5</sup>

A atual norma geral de licitações e contratos administrativos para a Administração Direta, autárquica e fundacional, Lei Federal nº 8.666/93, por sua vez, também manteve a estrutura do decreto de 1986, acrescentando a definição de seguro-garantia em seu artigo 6º, inciso VI: “o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos”.

Importa destacar que a alínea referente ao seguro-garantia, bem como a redação dos §§ 2º e 3º foram incluídas posteriormente, por meio da legislação de 1994. Isso porque a Lei Federal nº 8.666/93 foi publicada com o referido inciso II e com o § 3º vetados<sup>6</sup>. As razões de veto nº 335 partiram dos Ministérios da Justiça e dos Transportes expondo preocupações constitucionais sobre a eventual restrição à participação de empresas menores nos procedimentos licitatórios, o que supostamente violaria a intenção democrática e a lisura das licitações. As razões de veto também mencionam a ausência de critérios objetivos para orientar qual seria o valor de cobertura exigido.

A despeito do veto, o Congresso votou no ano seguinte à legislação que voltou a permitir a exigência de seguro-garantia nos contratos administrativos, limitando-o a 10% naqueles de obras e serviços de grande vulto e 5% nos demais casos (§§ 3º e 2º do artigo 56, respectivamente).

Percebe-se, no entanto, que a intenção originária do legislador em 1993, por meio dos dispositivos vetados, era a de introduzir a necessidade de contratação de seguro-garantia para as obras de grande vulto, mesmo que não houvesse definição legal sobre o seu significado.

---

5 Art 46. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades: 1. caução em dinheiro, em títulos da dívida pública da União ou fidejussória; 2. fiança bancária; 3. seguro-garantia.

6 A alteração da lei de 1994 sobre o § 2º deu-se apenas para incluir o seguro-garantia na limitação percentual do § 1º, veja-se: Art. 56. § 1º. II – seguro-garantia; [...] § 3º O seguro-garantia será exigido na contratação de obras e serviços de grande vulto, podendo ainda ser exigido na contratação de obra e serviço de médio e pequeno vulto, desde que a sua necessidade seja justificada em prévio parecer técnico constante do processo e, principalmente, não contemple custo ou valor de cobertura que impeça ou restrinja a participação de qualquer interessado e que atenda aos demais requisitos do instrumento convocatório.

Ademais, esta inovação era, de fato, requerida por estudiosos do projeto de lei de 1992. À época de sua discussão final no Congresso, o professor Arnaldo Wald já tinha se manifestado sobre o seguro-garantia, detalhando as características exigíveis do instrumento<sup>7</sup>.

No entanto, de fato foram poucas as alterações normativas desde a previsão do instituto no decreto-lei de 1967. Mesmo completando mais de 50 anos em vigor, este instrumento jurídico ainda não tem sido adequadamente utilizado nos contratos públicos. A relação da Administração Pública em grandes obras comumente limita-se àquela estabelecida com seus contratados, sendo que a utilização de seguro-garantia em outros países, como os Estados Unidos, permite uma fiscalização adicional à execução do contrato pela própria Seguradora, adicionando um ator a mais na relação contratual, o que tem potencial para aumentar a transparência do contrato, haja vista que a Seguradora também teria, supostamente, a intenção de que o contrato fosse executado sem nenhum percalço.

Em continuidade, mesmo com a utilização deficiente desta modalidade de garantia por parte do Poder Público, o seguro-garantia continuou figurando na legislação brasileira referente às contratações

---

7 108. Efetivamente, embora o Direito Brasileiro se refira ao seguro-garantia, há mais de um quarto de século, pois a ele já haja menção do Dec.-lei 200, de 25.02.1967, que, no seu art. 135, o concebe como forma facultativa de prestação de garantia, a critério da autoridade, o instituto ainda não mereceu o adequado desenvolvimento em nosso Direito e na prática dos contratos administrativos.

109. O fato se explica, em parte, pela discriminação existente, na legislação vigente, que, no seu art. 46, faz referência a três tipos de garantias sendo que em relação às duas primeiras (caução em dinheiro, em títulos da dívida pública, ou fidejussória e fiança bancária) estabelece um limite de 5% do valor do contrato, enquanto que em relação ao terceiro (seguro-garantia) não prevê teto do valor (art. 46, § 2º, do Dec.-lei 2.300).

110. Tanto no Projeto da Câmara (art. 57, § 1º), quanto no Substitutivo do Senado, é mantida a discriminação, embora neste último, se admita um valor de 5% para a caução e fiança bancária e de 15% para o seguro-garantia, reservado este, pelo texto do Substitutivo, às contratações de obras e serviços de grande vulto.

111. Na realidade, somente o seguro-garantia, que preferíamos chamar de instrumento de garantia de execução da obra, por motivos que em seguida exporemos, deveria ser generalizado para as obras de vulto, cobrindo no mínimo cerca de 25% do respectivo valor, podendo também ser utilizado no caso de licitação de preço-base ou referência, pelos licitantes que apresentarem valores inferiores aos previstos no edital de licitação, conforme aliás previu o Projeto da Câmara, que, no particular, foi muito feliz. [...]

121. O seguro-garantia deve, pois, ser generalizado nos contratos de vulto, não se entendendo a razão da discriminação quanto aos valores devidos nos casos das várias garantias, que sempre deveriam ser os mesmos.

122. A generalização do seguro-garantia significará, para a Administração, a possibilidade de obter os menores preços sem os riscos de inadimplemento, evitando a presença de aventureiros e prestigiando os construtores capazes, técnica e financeiramente, de cumprir os contratos mesmo que não tenham tradição específica em certo tipo de obras. [WALD, 1993, p. 11-12]

administrativas. As legislações sobre concessões, *lato sensu* (concessões comum, patrocinada e administrativa), estipularam a previsão de garantia para os casos de contratos de concessão precedidos de obra pública.<sup>8</sup>

O ordenamento jurídico tem optado por reforçar a necessidade de os contratados da Administração Pública oferecerem seguros para garantir a execução do quanto almejado pelos procedimentos licitatórios<sup>9</sup>. A novel legislação que regula o estatuto das empresas estatais também se limitou a mencionar a possibilidade discricionária de o administrador exigir o seguro-garantia, repetindo as previsões percentuais da norma geral de licitações<sup>10</sup>.

---

8 LEI N° 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995. Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e contrará, especialmente: [...] XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; [...]

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...]

arágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente: [...] II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

LEI N° 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Art. 5° As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3° e 5° do art. 56 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

9 Neste diapasão, mister destacar que a lei de parcerias público-privadas também faz referência em seu artigo 8° à possibilidade de utilização do seguro-garantia para garantir, aos particulares, o adimplemento da contraprestação do Poder Público. É dizer, é uma cláusula que inverte a garantia de performance. Neste caso, é o concessionário que requer uma garantia de performance do seu contratante. Veja-se: “Art. 8° As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: [...] III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;”

10 Art. 70. Poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.  
§ 1° Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro; II - seguro-garantia; III - fiança bancária.  
2° A garantia a que se refere o caput não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições nele estabelecidas, ressalvado o previsto no § 3° deste artigo.  
§ 3° Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, o limite de garantia previsto no § 2° poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.  
4° A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, devendo ser atualizada monetariamente na hipótese do inciso I do § 1° deste artigo.

A despeito das previsões normativas acima, o contrato de seguro-garantia, como aludido, tem potencial para ser mais do que simplesmente um resguardo de performance adicional ao Poder Público. Existe a possibilidade de esse instrumento tornar as Seguradoras não apenas meros atores passivos que podem ser acionados em caso de inadimplementos, mas efetivamente partícipes na fiscalização do contrato e, inclusive, na execução de sua retomada em casos de paralisação decorrente de inadimplementos.

## 2 UTILIZAÇÃO DO SEGURO-GARANTIA NOS ESTADOS UNIDOS

Preliminarmente, esclareça-se que a menção comparativa à situação jurídica dos contratos de seguro-garantia (*performance bond*) nos Estados Unidos foi escolhida pela enorme presença deste mecanismo na execução de obras públicas, comparativamente ao que se observa no mercado europeu. Analisando a legislação de cada estado, Fernando Galiza<sup>11</sup> conclui que, a despeito das naturais variações, as normas apresentam um padrão lógico que pode ser resumido na variação de percentual a depender do valor e da complexidade da obra e a possibilidade de a Administração Pública optar pela cobertura completa do empreendimento (100%) ou, no mínimo, 50%.

Em análise específica sobre a oferta de seguros para construções nos Estados Unidos, James D. Fullerton<sup>12</sup>, advogado no Estado da Virginia

11 Francisco Galiza publicou um estudo comparativo sobre o seguro-garantia em obras públicas por meio do qual destaca, justamente, a diferença mercadológica entre os Estados Unidos e a Europa, nestes termos: "A preferência pela comparação do Brasil com o mercado norte-americano, em vez da Europa, é pela menor importância relativa desse produto (seguro garantia) nesse continente. Segundo o texto de Rosenberg (2010), [...] 'Na Europa e outras partes do mundo, as Letras de Crédito têm sido usadas principalmente para satisfazer as garantias de contratos e outras obrigações. Nos EUA, o seguro garantia prevalece.' [...]"

Na Europa, essa restrição [para atuação dos bancos nesse segmento] seria menor e, como o seguro garantia não é tão relevante no perfil das operações bancárias (os bancos ganham dinheiro de outra forma), os valores cobrados nessas operações podem ser bem mais baratos, até para satisfazer o cliente tradicional do banco." [GALIZA, 2015, p. 23]

12 *Many states also have statutes requiring performance bonds. A performance bond guarantees the owner that the principal will complete the contract according to its terms, including price and time. The owner is the obligee of a performance bond and may sue the principal and the surety on the bond. If the principal defaults or is terminated for default by the owner, the owner may call upon the surety to complete the contract. Many performance bonds give the surety three choices: completing the contract itself through a completion contractor; selecting a new contractor to contract directly with the owner; or allowing the owner to complete the work with the surety paying the costs.* [FULLERTON, 2013, p.610] – Em tradução livre: "Muitos estados também têm regras que exigem seguro-garantia. O seguro-garantia garante ao contratante que o contratado concluirá o contrato de acordo com seus termos, incluindo preço e prazo. O contratante é o credor de um seguro-garantia e pode acionar o contratado e a seguradora. Se o contratado entrar em default ou o contrato for rescindido por inadimplência pelo contratante, o contratante poderá solicitar à seguradora para concluir o contrato. Muitos seguros-garantia oferecem três opções: finalizar o contrato por seus próprios meios

(EUA), tratou do tema. Já no Brasil, os professores Modesto Carvalhosa e Arnaldo Wald traçaram panoramas similares sobre a legislação americana. Referidos autores destacam três opções que a seguradora tem em casos de inadimplemento do contratado: 1) executar *cláusula de retomada do contrato*, executando-o por sua própria conta e contratando outra empresa; 2) selecionar novo contratado para assinar um contrato com o contratante; ou 3) pagar os custos do contratante com a finalização do contrato.<sup>13-14</sup>

---

através de um outro contratado; selecionar um novo contratado para contratar diretamente com o contratante; ou permitir que o contratante conclua o trabalho com a seguradora pagando os custos.”

- 13 LEGISLAÇÃO AMERICANA A RESPEITO, DESDE 1894. O Federal Miller Act Bonds nas versões vigentes de 1984 e de 2010 regulou no plano federal a absoluta obrigatoriedade de que todo o contrato de construção firmado entre ente público Federal e pessoa jurídica privada sejam, sem exceção, segurados pelo regime do Surety Bond, na espécie de Performance Bond.

Por essa lei, é o ente público que declara o montante que deve constar da apólice, incluindo o valor da obra, seus encargos, os impostos e taxas correspondentes, o valor dos licenciamentos, o valor das multas de mora e compensatórios etc.

Todos os Estados americanos, prefeituras e condados têm leis no mesmo sentido, todas nos termos do Federal Miller Act Bonds. São as chamadas Little Miller Act Bonds.

Essas leis, tanto as Federais como as Estaduais, municipais e distritais (condados), exigem a celebração da apólice de garantia mediante o performance bond, para todas as obras a partir do valor de dez mil dólares nos municípios e 100 mil dólares na esfera federal, abrangendo 100% do contrato, garantindo a sua execução em boa-fé, rigorosamente de acordo com o projeto, especificações, prazos e demais condições contratadas. [CARVALHOSA, 2016, p. 9]

- 14 114. Embora já existente em nosso Direito, há mais de vinte e cinco anos, o seguro-garantia até agora, não foi objeto de maiores estudos, nem na área do Direito Administrativo, nem no campo do Direito Comercial. Um dos poucos autores, que tratou da matéria, foi Hely Lopes Meirelles, que, todavia, não teve o ensejo de se atualizar com o desenvolvimento mais recente do instituto no direito estrangeiro.
115. Nos Estados Unidos, a prática ensejou a criação de dois títulos - o performance bond e o payment bond - que se complementam e que, em conjunto, constituem os chamados surety bonds, emitidos por empresas especializadas, geralmente vinculadas a grupos seguradores. O performance bond assegura a boa execução da obra em favor da Administração Pública, enquanto o payment bond garante o pagamento dos subempreiteiros, do material encomendado e de qualquer outro ônus que venha ou possa recair sobre a obra.
116. A matéria tem sido objeto de regulamentação, nos Estados Unidos, desde 1894, quando foi baixado o Heard Act, que pretendeu evitar que houvesse penhora dos bens públicos nos quais estava trabalhando o empresário insolvente. Inicialmente, havia um único contrato de garantia, o que ensejava o eventual conflito entre a Administração e os credores do empresário que realizava a obra. Para corrigir tais dificuldades, surgiu, em 1935, o Miller Act, desdobrando o surety bond unitário nos dois instrumentos aos quais nos referimos (performance e payment bond).
117. O performance bond cobre um certo percentual da obra, podendo chegar a 100% da mesma, tendo criado, nos Estados Unidos, um verdadeiro mercado - denominado Surety Industry - partilhado entre algumas dezenas de grandes empresas, que faturavam, em 1970, cerca de duzentos e cinquenta milhões de dólares de prêmios e que, em 1988, tiveram que enfrentar as obrigações decorrentes da insolvência de 7.000 (sete mil) contratados, empresários de obras, cobrindo inadimplementos que, nos setores público e privado, alcançaram o valor de dois bilhões de dólares, numa época em que os contratos administrativos cobertos pelos surety bonds alcançavam cerca de US\$ 80.000.000.000,00 (oitenta bilhões de dólares). [WALD, 1993, p. 12]

Das opções aludidas, a legislação brasileira obriga a seguradora a quitar até 10% do contrato em caso de inadimplemento do contratado. Assim, do ponto de vista da aproximação deste meio de garantir a execução do contrato com o que há hoje na legislação brasileira, percebem-se duas opções que não existem no ordenamento jurídico pátrio: a escolha de um novo contratado para assinar contrato com a contratante e a possibilidade de a seguradora acionar a cláusula de retomada, passando a executar a obra por sua conta e, evidentemente, assumindo o risco integral perante o contratante.

Sobre a primeira possibilidade, a escolha pela seguradora de outra empresa para finalizar a obra pública é contrária aos princípios que norteiam os atos do poder público previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, pois a escolha por particular de um contratado para assinar uma nova avença pública não seria permitida por alteração legislativa ordinária. Sobre a segunda possibilidade, o fato de a seguradora ter que arcar com a responsabilidade de executar o contrato por suas expensas, em caso de inadimplemento do contratado originário, certamente aumenta a sua fiscalização perante a execução do contrato pelo tomador do seguro, especialmente pela possibilidade de o contrato de seguro-garantia cobrir integralmente o empreendimento.

Todavia, sobre a possibilidade de exercício da cláusula de retomada, situação em que a própria seguradora passaria a figurar como contratada e respondendo diretamente à Administração pela continuidade do contrato, este formato, desde que previsto em lei, seria constitucional. As seguradoras integram os contratos de seguro-garantia firmados com o Poder Público e o licitante vencedor. É necessário, portanto, analisar como a cláusula de retomada está inserida no Projeto de Lei nº 1.292/95, bem como os efeitos jurídicos de sua utilização na hipótese de aprovação do novo ordenamento.

### **3 O NOVO PROJETO DE LEI DE LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO**

#### **3.1 NOTAS INICIAIS**

O Projeto de Lei nº 1.292/95 faz menção à expressão “seguro-garantia” em oito vezes. A definição, idêntica àquela da atual Lei Geral de Licitações, está no artigo 6º, inciso LVI<sup>15</sup>. Uma das previsões que foi

---

15 Art. 6º Para os fins desta Lei consideram-se: [...] LIV - seguro-garantia: seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado;

discutida na Câmara dos Deputados e rechaçada na última publicação era a do artigo 62, § 6º do Projeto de Lei nº 6.814/2017 que previa a seguinte possibilidade: “requisitos para a habilitação econômico-financeira poderão ser dispensados mediante apresentação de seguro-garantia, desde que previsto no edital”.

O artigo 95 do Projeto de Lei também repete as disposições da atual norma geral de licitações e contratos ao prever a discricionariedade de a Administração licitante optar pela necessidade de apresentação de garantia de cumprimento de contrato e, também, de a escolha sobre a modalidade ser do futuro contratado. O seguro-garantia é mencionado no inciso II de seu § 1º<sup>16</sup>. As novidades com relação aos enunciados normativos atualmente vigentes passam a figurar no projeto de lei a partir dos §§ 2º e 3º do mesmo artigo 95 e se estendem até o final do artigo 101, incluindo a definição dos objetivos do seguro-garantia no artigo 96.<sup>17</sup> Outros artigos, como os 120, 136 e 138, também fazem menção às garantias de desempenho do contratado e serão adiante comentados.

Os §§ 2º e 3º do artigo 95 demonstram a inovação pretendida pelo legislador. É neste momento da análise do projeto que resta clara a intenção

---

16 Art. 95. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, emitidos sob a forma escritural mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II – seguro-garantia; III – fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no país pelo Banco Central do Brasil.

17 Art. 95. [...] § 2º Na hipótese de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração, o contratado ficará desobrigado de renovar a garantia ou de endossar a apólice de seguro até a ordem de reinício da execução ou adimplemento pela Administração.

§ 3º O edital fixará prazo mínimo de 1 (um) mês para a prestação da garantia pelo contratado, contado da data da homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato, para a prestação da garantia pelo contratado quando optar pela modalidade prevista no inciso II do § 1º deste artigo.

Art. 96. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado junto à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei: I – o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora; II – o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou fornecimento continuado de bens e serviços, é permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data da renovação ou aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 95 desta Lei.

de ser criada no país uma regulação específica para o seguro-garantia a ser prestado pelo Contratado. O § 2º, com acerto, preocupa-se em garantir que, na hipótese de suspensão do contrato, não haverá necessidade de renovação da apólice. Subtende-se que a retomada do contrato dependeria também da renovação da apólice. Os meios para garantir a retomada do contrato passariam a depender, também, de ato do contratado. Já o § 3º, ao instituir a possibilidade de o contratado somente apresentar o seguro-garantia após um mês da assinatura do contrato, também pode ser replicado para as hipóteses de paralisação. Assim, suspenso o contrato, o contratado não terá a obrigação de manter a apólice, o que diminui os custos de paralisação das obras. Nesse sentido, decidindo a Administração pela retomada da execução contratual, ficaria o contratado também obrigado a apresentar a nova apólice do seguro-garantia em 30 dias, conforme leitura combinada dos §§ 2º e 3º do artigo 95 do projeto.

O *caput* do artigo 96 traz um combinado da definição do artigo 6º, LIV, acima aludido, com a possibilidade de o seguro-garantia ser utilizado para ressarcir a Administração Pública, incluindo as multas decorrentes de inadimplemento do contratado. Esta definição nada mais é do que a combinação do que prevê a legislação em vigor nos seus artigos 6º, inciso VI, e 80, inciso III.

A inovação pretendida pelos incisos I e II do *caput* do artigo 96, por sua vez, caminha no sentido previsto na primeira parte deste estudo, qual seja, de incorporar a seguradora como mais uma fiscal do contrato. Ao prever que as modificações do contrato devem ser acompanhadas pela apólice, conforme inciso I, obrigatoriamente a seguradora deverá estar próxima à execução do contrato para discutir com o contratado a eventual majoração do valor – não podendo se escusar, por força deste enunciado normativo, de cumprir com as suas obrigações de seguradora em caso de inadimplemento do tomador, contratado. Além disso, o inciso II também tenta evitar que as seguradoras aleguem que não cumprirão com suas obrigações contratuais porque o contratado deixou de pagar o prêmio nas datas avençadas. Ao se comprometer em ser seguradora de determinada obra pública, a empresa ficará estritamente vinculada ao desempenho do tomador, ao desempenho do contratado. É mais uma razão que forçaria a seguradora a participar, como fiscalizadora, da execução do contrato. Como já se apontou, a inclusão de uma terceira parte na fiscalização do contrato é um meio para tentar diminuir atos de corrupção.

A intenção do legislador com esses dois incisos foi uma só: evitar a qualquer custo que a seguradora alegue que um inadimplemento do



contratado com ela (não informou que o contrato administrativo foi alterado, não pagou o prêmio etc.) implicaria na impossibilidade de ela própria, seguradora, ter que arcar com as suas obrigações perante a Administração Pública. Com esta regulação, como aventou-se inicialmente, diminuem as chances de a seguradora querer proteger o contratado, aumentando a possibilidade de que ela o force a executá-lo com maior presteza. O parágrafo único do artigo 96 reforça a necessidade de que a apólice deve cobrir integralmente o prazo do contrato, permitindo a sua substituição anual, o que certamente pode diminuir os valores gastos nos contratos de execução ou fornecimento continuados.

Por sua vez, o artigo 97 cria categorias de valor de contrato e percentual de cobertura de desempenho muito similares aos existentes na atual legislação, similarmente ao artigo 99 que replica um conceito já existente. Já o artigo 98 inova ao possibilitar a majoração da cláusula de seguro-garantia em percentual equivalente a 30% do valor contratado, e exigindo, para tanto, a inserção da cláusula de retomada.<sup>18</sup>

### 3.2 A CLÁUSULA DE RETOMADA E NOTAS FINAIS

O referido artigo 98 concede discricionariedade ao administrador para escolher (nas obras de grande vulto, ou seja, com valores superiores a 200 milhões de reais<sup>19</sup>) se o licitante vencedor deverá contratar um seguro com cláusula de retomada, hipótese em que o seguro-garantia se faz obrigatório. Nessa situação, a liberdade concedida aos licitantes para escolherem o modo de garantia do contrato prevista no artigo 95, § 1º dá lugar à obrigatoriedade de contratação de um seguro-garantia que preveja a cláusula de retomada, respeitadas as disposições do artigo 101.

---

18 Art. 97. Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

Parágrafo único. Nas contratações de serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a 1 (um) ano, assim como nas subsequentes prorrogações, será utilizado o valor anual do contrato para definição e aplicação dos percentuais previstos no caput deste artigo.

Art. 98. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 101 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

Art. 99. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a fiel execução do contrato ou após a sua extinção por culpa exclusiva da Administração, e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

19 Art. 6º Para os desta Lei consideram-se: [...] XXII – obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado seja superior a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais);

Como aludido acima, a despeito da opção dos legisladores que promulgaram a lei de 1993 pela obrigatoriedade da contratação de um seguro-garantia, a presidência da república vetou a obrigatoriedade dessa modalidade para obras de grande vulto por potencialmente obstaculizar a participação de empresas menores. Nesse diapasão, a nova tentativa do legislador pela imposição do seguro-garantia às grandes obras tem o condão de auxiliar, como se propôs neste estudo, a um incremento dos métodos de fiscalização de execução dos empreendimentos de infraestrutura almejados pelo Poder Público.

O professor Carvalhosa entende a possibilidade de regulação de um sistema de *performance bond* como um dos meios para cortar a relação direta existente entre agentes públicos, empreiteiras e fornecedoras, o que ampliaria a possibilidade de fiscalização externa, minorando chances de ocorrer corrupção<sup>20</sup>.

A combinação dos artigo 98 e 101<sup>21</sup> permite ao administrador, discricionariamente, optar, para as obras superiores a 200 milhões de

20 O remédio fundamental para o combate efetivo à corrupção sistêmica no Brasil é o rompimento desse capitalismo de laços, ou seja, a quebra da interlocução direta e promíscua das empreiteiras e fornecedoras com os agentes políticos e administrativos. [...]

O Sistema de Surety Bond e Performance Bond

Objetivos do Regime de Performance Bond:

Impedir a interlocução entre o Poder Público e as empreiteiras e fornecedores;

- Quebrar a corrupção sistêmica;

- Garantir o preço, a qualidade e os prazos dos contratos; [...]

- Possibilidade de retorno do investimento público: prazos rigorosamente cumpridos;

- Exigência de projeto técnico pelo Poder Público de necessidade e da viabilidade da obra, definindo o preço, a qualidade e os prazos;

- Exigência de empenho da verba orçamentária para a obra;

- Exigência de licenciamento da obra nos planos federais, dos Estados e dos municípios abrangidos. [...]

O ente público deve estar rigorosamente cumprindo com suas obrigações junto ao contratado, nos estritos termos constantes da apólice de performance; deve notificar o contratado do inadimplemento e da consequente rescisão do contrato, ou seja, cessação do seu direito de continuar executando a obra; é obrigado a notificar a seguradora do inadimplemento e da rescisão do contrato com a contratada, dando assim, conforme a apólice, a faculdade da seguradora (i) selecionar outra construtora ou ela (ii) própria assumir a execução do restante do contrato; deve colocar à disposição da seguradora os recursos disponíveis para a continuidade e o término da obra, tudo conforme os termos da apólice; e, em continuação, obriga-se a pagar à seguradora o restante do valor do contrato inadimplido, diretamente ou a um novo contratante selecionado por ela. [CARVALHOSA, 2016, p.2-3]

21 Art. 101. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação da seguradora de, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que: I – a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente, e poderá: a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal; b) acompanhar a execução do contrato principal; c) ter acesso a auditoria técnica e contábil; d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra

reais, de alcunhadas de grade vulto, pela inclusão de cláusula que obrigue a seguradora a retomar e concluir o contrato (cláusula de *step-in*) em caso de inadimplemento do contratado vencedor da licitação. Veja-se que a menção do artigo 98 à expressão “até 30%” concede duas preocupantes discricionariedades ao administrador: a possibilidade de diminuição desse percentual e a possibilidade de escolha de o Administrador optar, ou não, pela cláusula de retomada.

De um lado, a permissão para redução do percentual pode prejudicar a intenção, reforçada no presente estudo, de incluir mais degraus de proteção a uma contratação de grande monta. Similarmente ao que ocorre nos Estados Unidos, não nos parece que qualquer cláusula de *step-in* funcionará se não puder abarcar uma parcela considerável de obra a ser executada em caso de inadimplemento do contratado – razão pela qual os 30% nos parecem, para uma primeira inovação legislativa, razoáveis. De outro, permite-se que, mesmo em obras de grande vulto, sejam publicados editais sem a previsão de cláusula de retomada. Há o risco de a pretendida inovação se tornar letra morta.

Assim, se aprovado pelo Congresso Nacional, a expressão “até 30%” pode inviabilizar a concretização de um percentual que já é 20% mais elevado do que o tradicional das licitações públicas. O que se questiona é se um percentual inferior não inviabilizaria a aplicação da cláusula de retomada. É certo que a previsão normativa alteraria o mercado securitário, razão pela qual vislumbra-se espaço para que o setor ser ainda mais ativo na execução do contrato com as previsões de cláusulas de retomada em contratos públicos, especialmente porque nas situações em que for exigida a retomada do contrato, o inciso III do *caput* do artigo 101 concedeu às seguradoras liberdade, similar às contratações entre privados, para contratar qualquer outra empresa do mercado.

De toda a sorte, a inclusão de mais um ator fiscalizando o processo de execução do empreendimento público aumenta a transparência da execução da obra pública e, conseqüentemente, em linha com o que ora se estuda: pode diminuir as chances de ocorrerem atos de corrupção.

---

ou pelo fornecimento; II – a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal; III – a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições: I – caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice; II – caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

Nesse diapasão, contudo, não há qualquer necessidade de a seguradora, como prevê o inciso I do *caput* do artigo 100, assinar o contrato como interveniente-anuente. Bastaria haver a menção na cláusula do contrato securitário tripartite de que a seguradora deverá retomar o contrato em caso de inadimplemento. Em verdade, o ideal seria que o referido inciso fosse reescrito para que suas alíneas se configurassem como direitos da seguradora, sem qualquer exigência de anuência, mantendo-se as obrigações integrais do contrato de seguro, mesmo se os direitos não forem exercidos. A possibilidade de inclusão de cláusula de *step-in* em obras de grande vulto é uma inovação legislativa que tem potencial para melhorar o percentual de conclusão de obras públicas no país, ajudando a diminuir as notícias que rotineiramente são apresentadas na imprensa nacional com dados alarmantes sobre a quantidade de obras paralisadas.

Com relação aos efeitos da licitação de um projeto de obra de grande vulto com cláusula de retomada, certo é que a Administração Pública e o licitante vencedor assinam contrato administrativo na acepção mais restrita do termo. Posteriormente, assina o contrato de seguro-garantia na posição de Segurado, em regime de direito privado<sup>22</sup>. De toda a sorte, como a Administração Pública figura em um dos polos, definem-se ambos como “contratos da Administração”<sup>23</sup>.

22 Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar “contratos”.

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

- a) contratos de Direito Privado da Administração;
- b) “contratos administrativos”.

Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública etc. Exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público.

Uns e outros estão *parificados* pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas *pelo Direito Administrativo*; do que resultam, caso violadas as normas pertinentes, vícios específicos a estas figuras; vale dizer: caracterizados de acordo com os princípios e normas do Direito Administrativo.

Ditos contratos *diferem* entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito - ressalvados os aspectos suprarreferidos -, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.” [MELLO, 2016, p. 636-637].

23 “Os contratos da Administração são todos os contratos celebrados pela Administração. O critério para enquadrar o negócio jurídico na classe “contratos da Administração” é exclusivamente subjetivo, isto é, basta que a Administração os celebre para denominá-los de contratos da Administração. Essa categoria compreende os contratos privados e os contratos administrativos. Temos como contratos privados a compra e venda, a doação, a locação, o comodato. Eles são regidos pelo Código Civil, mas há a incidência

Na hipótese de inadimplemento, haverá cessão do contrato administrativo por meio de termo aditivo, instrumento através do qual a seguradora assinará a sua obrigação pela retomada do contrato, nos termos dos artigos 101 e 138, inciso III, alínea “d”. Isto é, assumindo o contrato, a Seguradora o executará segundo o regime jurídico-administrativo, mantidas integralmente as prerrogativas da Administração, além todos os direitos da seguradora conforme artigo 101 em comento – especialmente a possibilidade de subcontratação integral.<sup>24</sup>

Finalmente, algumas notas sobre as últimas menções do Projeto de Lei que tratam da garantia de desempenho dos contratados. O artigo 120 do projeto de lei previa, até o final de 2018, à semelhança § 2º do referido artigo 71 da lei vigente, que o seguro-garantia apresentado pelo contratado cobrisse débitos de natureza trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais. Pela atual redação<sup>25</sup>, o referido artigo foi alterado

---

de normas de direito público, denominadas regras de sujeições, que funcionam como limites à atuação da Administração, relacionadas à forma, procedimentos prévios, como a licitação, competência e finalidade. Portanto, ainda que o contrato esteja submetido às regras de direito privado, há a incidência de normas de direito público que conformam o comportamento da Administração.” [ROCHA, 2013, p.439-440].

24 Sobre regime jurídico-administrativo, conferir [CAMMAROSANO, 2018].

25 Art. 120. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas: I – exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas; [...]

Art. 136. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deve ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:[...]

§ 4º Os emitentes das garantias previstas no art. 95 desta Lei deverão ser notificados pelo contratante quanto ao início de processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais. [...]

Art. 138. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências: I – assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração; II – ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários a sua continuidade; III – execução da garantia contratual, para: a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução; b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível; c) pagamento de

para que tal exigência ficasse restrita aos contratos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão-de-obra. Isto é, para as obras de grande vulto, ou para qualquer outra obra pública, os contratos de seguro-garantia não precisarão cobrir os aludidos débitos.

O § 4º do artigo 136 tem uma importância semelhante àquela do artigo 96 do projeto – criar mecanismos legais para evitar que a seguradora se exima de cumprir com suas obrigações decorrentes de inadimplência da contratada. O artigo exige, no entanto, que a contratante, diligentemente, informe a seguradora sobre os inícios de processos administrativos. Se isto reforça a cultura de obrigar que as obras tenham mais fiscalização, evidentemente que criará problemas para contratados que reiteradamente descumprem as regras da avença pública. Já o artigo 138, de seu turno, guarda similaridade com o que já dispõe o artigo 80 da Lei Federal nº 8.666/93, acrescida somente a previsão do inciso III, alínea “d” de a Administração acionar a cláusula de retomada.

#### 4 CONCLUSÕES

Afirmou-se, no início do presente estudo, que o problema da corrupção não será resolvido apenas com mecanismos legais. Contudo, a despeito da afirmação, é evidente que inovações legislativas têm sido debatidas na sociedade para minorar as chances de que tais atos ilegais continuem a ocorrer<sup>26</sup>, contrariando o interesse público em todos os seus

---

valores das multas devidas à Administração Pública; d) exigir a assunção da execução e conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível; IV – retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.

26 O Município de Pirassununga tentou em 2018 aprovar uma legislação que previa a incorporação do seguro-garantia (na lei municipal denominada de modo autoexplicativo de “Lei como Seguro AntiCorrupção – SAC”) para assegurar contratos de obras e serviços, obrigando, ainda, que a seguradora tivesse que anuir com qualquer aditivo. A lei foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por evidente afronta aos dispositivos constitucionais que restringem à União a competência para legislar sobre normas gerais de direito civil, administrativo etc. Todavia, mister notar que a intenção do município era, justamente, a mesma que se prega neste estudo. “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. Lei nº 5.277, de 19 de junho de 2018, do Município de Pirassununga que dispõe sobre a regulamentação no âmbito municipal da aplicação do artigo 55, inciso VI, e artigo 56, inciso II, ambos da Lei Federal nº 8.666/93, obrigando a utilização de seguro garantia de execução de contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou de serviços denominando essa modalidade e aplicação da Lei como Seguro Anti Corrupção SAC, e dá outras providências.

A norma municipal ora analisada, ao prever a obrigatoriedade de contratação de seguro garantia de execução em todos os contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou serviços cujo valor seja igual ou superior ao limite mínimo previsto no artigo 22, inciso II, da Lei 8.666/93 (artigo 1º e seguintes da lei municipal), bem como ao prever a dependência de anuência da seguradora nas

níveis. Aventou-se a possibilidade de que um dos meios para diminuir a ocorrência de corrupção envolvendo grandes obras públicas do país seja a previsão na legislação do instituto jurídico do seguro-garantia e da cláusula de retomada.

Para tanto, a história da legislação brasileira foi apresentada para compreender como o seguro-garantia foi utilizado a título de garantia de desempenho do contratado (*performance bond*). Descobriu-se que o instituto existe, mas tem parca regulação. Ademais, demonstrou-se que experiências internacionais, especialmente advindos da legislação estadunidense, trazem propostas mais interessantes sobre como o *performance bond* poderia ser utilizado para tornar obras públicas mais eficientes, aumentando a participação da Seguradora no processo de fiscalização e, também, tornando-a responsável por retomar o contrato em caso de inadimplemento do contratado originariamente pela Administração.

À luz do Projeto de Lei 1.292/95, debateu-se as previsões legislativas ampliavam esse instrumento. Descobriu-se que a legislação proposta verdadeiramente inova na regulação do seguro-garantia como instrumento de garantia de desempenho do contratado, especialmente para os casos de obras de grande vulto. Aventou-se, nesse sentido, que a regulação proposta no Brasil pode minorar eventos de corrupção porque a Seguradora será obrigada a fiscalizar toda a execução contratual, com evidente acréscimo de transparência.

Assim, a despeito de a redação proposta pelo Congresso estar sujeita a algumas críticas sobre sua efetiva aplicabilidade, a intenção demonstrada pelo legislador é a de estruturar, de fato, um instituto jurídico que, pelas características delineadas neste estudo, poderá auxiliar na diminuição da corrupção, especialmente pelas previsões legais que impulsionam a Seguradora a fiscalizar a execução da obra (destacam-se os artigos 96, 101, 136, dentre outros do Projeto de Lei analisado) e pela possibilidade de os contratos administrativos de obras de grande vulto da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional poderem contar com as cláusulas de retomada pela Seguradora.

---

hipóteses de alteração do contrato principal (artigo 17 e seguintes), seus poderes e competências (artigo 22 e seguintes), além de disciplinar sobre o sinistro e execução da apólice (artigo 24 e seguintes) invadiu a competência privativa da União, ao legislar sobre Direito Civil, seguros, e normas gerais de licitação e contratos.” [Publicado em 03/05/2019; disponibilizado em 02/05/2019. Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 2010319-32.2019.8.26.0000]

**REFERÊNCIAS**

CAMMAROSANO, Márcio. *Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo?* In: (Org.) MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. *Crise e reformas legislativas na agenda do direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. *Estranhas catedrais: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988*. Eduff: 2017.

CARVALHOSA, Modesto. A Corrupção Sistêmica Gerada pelo Capitalismo de Laços – O Instrumento do Performance Bond. *Revista dos Tribunais*; v. 967/2016; maio/16; DTR\2016\4638.

DOBEL, J. Patrick. The Corruption of a State. Universidade de Michigan. *The American Political Science Review*; v. 72/1978.

FULLERTON, James D. *Construction Law Survival Manual*. APPENDIX 44, 104. ed. 2013.

GALIZA, Fernando. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio Janeiro: ENS-CPES, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros: 2013.

WALD, Arnaldo. Algumas considerações sobre o novo Projeto de Lei de Licitações (PL 59/92). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*; v. 4/1993. jul. set. 1993; DTR\1993\398.



RECEBIDO EM: 27/03/2018

APROVADO EM: 03/06/2020

# DIREITO E CONSTRUÇÃO JUDICIAL: O PRECEDENTE SOB A DOCTRINA DE OLIVER WENDEL HOLMES

*LAW AND JUDICIAL CONSTRUCTION: THE PRECEDENT  
UNDER THE DOCTRINE OF OLIVER WENDEL HOLMES*

*Cristiano Aparecido Quinaia*

*Mestre em Direito - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro  
Universitário de Bauru, São Paulo. Advogado.*

*Vivian Cristina Garcia de Freitas*

*Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos do Programa de Pós-  
Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Bauru/SP, mantido  
pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Especialista em Direito Processual Civil  
pelo Centro de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Bauru - ITE. Advogada.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As implicações do Direito no cenário econômico; 2 Surgimento do ativismo judicial e a Corte de Earl Warren; 3 Common Law: O que Oliver Wendell Holmes representa?; 4 A urgência de um modelo pragmático para a justiça brasileira; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Surgiu nos Estados Unidos da América o chamado ativismo judicial como técnica de complemento do sistema jurídico pelo Poder Judiciário quando a ausência ou incompatibilidade das leis com a Constituição implicava no cerceamento ou impedimento do exercício aos direitos fundamentais, desenvolvido na Suprema Corte nos votos do *Chief Justice* Earl Warren. A técnica de julgamento expandiu-se pelo mundo e, no Brasil, ecoou de forma expansiva. A partir do advento da Constituição Federal de 1988, observa-se a atuação ativa do Supremo Tribunal Federal na efetivação de direitos não consagrados pela lei diante da emissão do Congresso Nacional. Tem-se visto também o Superior Tribunal de Justiça criando interpretações a partir do texto legal com o viés de melhor atender ao arranjo constitucional. Voltando à Suprema Corte Americana, encontra-se a figura do eminente juiz e jurista Oliver Wendell Holmes, que inaugura a conhecida Escola Pragmática do Direito com a qual defende a necessidade de Tribunais e juízes refletirem acerca do impacto de suas decisões no sistema econômico do País. A partir da obra *Common Law* o presente manuscrito apresenta os traços marcantes da teoria de Holmes e analisa criticamente a atuação do judiciário brasileiro no contexto da separação de funções, buscando apresentar um modelo de pragmatismo a ser observado hodiernamente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Suprema Corte. Holmes. Pragmatismo. Warren. Direito.

**ABSTRACT:** In the United States of America, the so-called judicial activism was used as a complement to the legal system by the Judiciary when the existence or incompatibility of the laws with the Constitution implied in the curtailment or impediment of the exercise of fundamental rights, developed in the Supreme Court in the Chief Justice Earl Warren. The technique of judgment has expanded throughout the world, and in Brazil has echoed in an expansive way. Since the advent of the Federal Constitution of 1988, the Federal Supreme Court has been active in enforcing rights not enshrined in the law before the issuance of the National Congress. We have also seen the Superior Court of Justice creating interpretations from the legal text with the bias to better meet the constitutional arrangement. Returning to the American Supreme Court is the figure of the eminent justice and jurist Oliver Wendell Holmes that inaugurates the well-known Pragmatic School of the Right with which defends the necessity of Courts and judges to reflect on the impact of its decisions in the economic system of the Country. From the book *Common Law* the present manuscript presents the outstanding features of Holmes 'theory and critically analyzes the Brazilian judiciary's

performance in the context of the separation of functions, seeking to present a model of pragmatism to be observed nowadays.

**KEYWORDS:** Supreme Court. Holmes. Pragmatism. Warren. Right.

## INTRODUÇÃO

O direito estadunidense como um todo possui diversos mecanismos e técnicas reproduzidos em outros ordenamentos, não sendo diferente no Brasil, cujo modelo de controle de constitucionalidade, por exemplo, desde a Constituição Brasileira de 1891 marcada pela influência teórica de Rui Barbosa, foi adotado e repetido nas constituições que lhe sucederam.

Nos séculos dezenove e vinte a Suprema Corte Estadunidense foi responsável por afixar balizas no tocante aos direitos da igualdade, travando batalhas em face do poder econômico dominante e a segregação, sobretudo, racial, que ainda se refletia nos estados-membros.

A presidência da Suprema Corte sempre marcou papel relevante no diálogo e, no debate, em torno a formação do entendimento dos demais membros do colegiado, de certa forma, tocando o ritmo da sinfonia da compreensão da matéria e seus contornos socioeconômicos.

Nessa senda, destaca-se o período conhecido como Corte Warren, durante a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, durante o qual se dirimiram questões fundamentais para a nação que se formava como a igualdade no acesso à escola dos brancos (*Brown vs. Board of Education*), transporte público (*Plessy vs. Ferguson*), distribuições de distritos eleitorais (*Baker vs. Carr*).

Para a evolução da prática jurisprudencial, o período de atuação de Earl Warren à frente da Suprema Corte recebeu a denominação de *ativismo judicial*, indicando, claramente, o papel pioneiro da jurisdição em consagração de direitos e garantias fundamentais de liberdade e igualdade contemplados pela Constituição Americana de 1787.

A prática do ativismo ganhou foros na atuação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal do Brasil no período que sucedeu a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, de certa forma, como repulsa de um poder que esteve emasculado durante três décadas de ditadura.

Há três anos foi aprovado no Brasil o (novo) Código de Processo Civil pela Lei n. 13.105/2015, portando, dentre outras, a finalidade de

trazer ao país a prática de precedentes oriundos do *common law*, como forma de estabelecer previsibilidade aos cidadãos, governo e empresários a respeito da interpretação conferida ao texto posto em lei.

Assim, a partir da Corte Warren e do surgimento da corrente jurisprudencial do ativismo, atualmente, o direito brasileiro necessita de compreensão a respeito da prática do *common law*, o que será apresentado sob a lupa de um dos seus mais expoentes juristas, que saltou da advocacia para a Suprema Corte: Oliver Wendell Holmes.

Holmes possuía um vasto conhecimento sobre a formação do direito estadunidense, somado à prática que acumulou com a postulação na advocacia e, mais tarde, como componente do tribunal de uma das mais importantes nações.

Conforme se verá, Holmes revela um pensamento de autocontenção do Poder Judiciário, de grande responsabilidade, de análise das consequências que uma decisão traria para o contexto econômico do estado-membro ou do próprio País e, com isso, fincando a necessidade de compreensão de que o Direito não é apenas interpretação, mas também aplicação.

É sob tal enfoque que se convida à leitura do presente manuscrito.

## 1 AS IMPLICAÇÕES DO DIREITO NO CENÁRIO ECONÔMICO

A sociedade é complexa. O estudo do fenômeno social não é possível de ser feito de forma isolada, de tal sorte que ao longo da civilização as ciências sociais evoluíram e foram especificando-se. “Cada fase histórica expôs o seu figurino de influência dominante” (BONAVIDES, 2010, p. 53).

A Sociologia encontrou seu ápice com Auguste Comte, tal qual a Economia com Adam Smith, inaugurada com sua épica obra acerca da Riqueza das Nações na qual expõe a relação entre o homem, a riqueza e o trabalho. No Direito, de Viena o jurista Hans Kelsen entregou à sociedade a Teoria Pura do Direito.

Esse caminhar nem sempre foi paralelo, mas em grande parte sobressaltado, é dizer, invariavelmente, um ponto evolutivo de uma ciência deu-se em virtude da descoberta em outro ramo e a migração do conhecimento entre as áreas.

Assim, a relação entre a Economia e o Direito, como se pode ver, é secular, senão milenar, para se definir onde começa um e acaba o outro,

ou, quais fatos e fenômenos da vida humana em sociedade interessam aos cuidados de um ou outro.

As decisões tomadas sob a ótica da causalidade jurídica podem prejudicar ou facilitar os comandos do sistema econômico e, neste, também abrangida a finança pública.

Adam Smith exprime como a força de trabalho determinou a forma como a relação entre as pessoas se regulava a partir do poder econômico de uma pessoa sobre a outra:

Enfim, compreenderemos mais facilmente os efeitos produzidos pela divisão do trabalho na economia geral da sociedade, se considerarmos de que maneira essa divisão do trabalho opera em algumas manufaturas específica (SMITH, 1996, p. 65).

A divisão da força de trabalho desde a antiga manufatura apresenta a característica de escalonamento, hierarquia, enfim, relação de poder entre o domínio pelo capital e o dominado que detém a força de trabalho e vai se sujeitar à sua venda em troca da percepção de uma remuneração:

No momento em que o patrimônio ou capital se acumulou nas mãos de pessoas particulares, algumas delas naturalmente empregarão esse capital para contratar pessoas laboriosas, fornecendo-lhes matérias-primas e subsistência a fim de auferir lucro com a venda do trabalho dessas pessoas ou com aquilo que este trabalho acrescenta ao valor desses materiais (SMITH, 1996, p. 102).

A relação entre quem produz o que produz e o resultado econômico que é por alguém percebido sempre foi regulada, de um lado, pelo interesse do capital aplicando-se o investimento no que dê lucratividade, do outro, do estabelecimento de regras acerca das condições em que o trabalho é desempenhado.

Dito de outro modo, o poder como imposição financeira de uns sobre os outros conduz a regulação do mercado e a forma como a riqueza circula no país; o Direito atua regulamentando esse conjunto de relações.

Economia, etimologicamente, deriva de *oikos* (casa) e *nomus* (hábito), expressando o costume de estabelecimento de regras das famílias no que diz respeito à aplicação de rendas em vendas, burgos, agropecuária, e outras atividades que angariavam o meio necessário para manutenção de suas necessidades.

A família sempre desempenhou o fundamental papel de célula da sociedade, como a primeira empresa no sentido de união de pessoas para a produção de riqueza, regulada, em um momento primário pela Igreja.

Mais tarde, aquela atividade expandiu-se com as empresas, união de pessoas de laços não sanguíneos ou familiares, que empregam outras pessoas para o exercício da atividade física ou intelectual visando ao incremento do lucro.

A Economia tem por objeto enfrentar a escassez de mão-de-obra, de lucro, de riqueza, distribuição, produção, encargos, direitos do trabalhador, enfim, por meio dessa ciência objetiva-se evitar a quebra do processo produtivo e de consumo.

Obviamente, sobretudo nos dias atuais, a Economia enfrenta o problema da escassez do consumo, dito de outro modo, para que o processo de produção não seja interrompido é preciso pensar no escoamento da produção diante da adoção do modelo capitalista.

Em todas essas etapas o Direito atua na regulamentação.

A atividade econômica envolve a iniciativa do sujeito no exercício da empresa, a disponibilidade da mão-de-obra, a eleição de uma atividade (como a manufatura têxtil, que deu início à Era Industrial).

A forma como o indivíduo pode iniciar a atividade empresarial, quem pode exercê-la, a contratação da mão-de-obra, quais os direitos e obrigações do trabalhador, como o Estado pode interferir na economia ditando regras para estimular e desestimular certos setores em busca de um equilíbrio: em todas as tarefas é a lei que cumpre sua função de ordenar a vida em coletividade.

Logo, se a Economia se ocupa da escassez, o Direito ocupa da regulamentação, evitando os abusos, disciplinando como pode ser exercida a livre iniciativa e quando, visando ao interesse coletivo, o Estado (por meio de diferentes órgãos e agentes) pode e deve ingerir na seara econômica.

Daí que um dos grandes desafios vividos pelo Direito é determinarem-se suas fronteiras como ciência do comportamento social determinado pelo sistema normativo ou ser influenciado pelas necessidades do mercado. Até que medida o Direito pode ser independente, positivo, subsuntivo, ignorando as mazelas do sistema capitalista, ou deve sair da inércia e da

omissão e dispor sobre a forma como os recursos devem ser utilizados e aplicados, parcial ou totalmente.

E, ainda, nos últimos séculos nos quais as constituições escritas surgiram e se busca a limitação do poder, a grande dificuldade se apresenta em definir quando e como deve a Suprema Corte interferir.

Significa dizer, a partir de que momento uma questão de natureza regulatória da economia, que reflete nos cofres dos estados-membros, ou na relação de trabalho, deve ser submetida a litígio judicial e contar com revisão pela Suprema Corte.

Enquanto ciência social aplicada, o Direito possui linguagem, conteúdo, princípios e regras próprios, e se manifesta por meio das leis, da Constituição, e outros veículos legislativos; sua metodologia foi emancipada em data recente em Viena, na Áustria, de lá surgindo a sua Teoria Pura, conforme elucidada pela eminente doutrina:

Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito (KELSEN, 2000, p.01).

Teoricamente, o modelo vienense do Direito procura atender aos reclamos científicos de estudá-lo a partir de sua finalidade que é a ordenação social, e não a perseguição de fins morais, econômicos e políticos no momento de sua aplicação.

Kelsen não ignorava os efeitos da política do Direito, é dizer, sabia o eminente jurista que as consequências do ingresso de uma lei em dada sociedade e época são sim refletidas no âmbito legislativo.

Mas, o que sua teoria procurava defender é que, concebido em lei, o Direito devesse ser compreendido a partir de técnicas próprias, ser aplicado com suficiência e sem recursos ao consequencialismo político ou capitalista.

Assim é que, de acordo com a Teoria Pura, uma lei é válida ou inválida, mas jamais justa ou injusta, moral ou imoral, ética ou antiética, porque tais valorações são singulares e não cabe ao intérprete (o juiz) decidir em qual sentido deve haver produção de efeito da lei, mas sim fazê-la aplicar.

É por isso que a grande tensão entre o Direito e a Economia surge do balanço do pêndulo em se buscar por meio da aplicação da lei o favorecimento de determinada classe econômica que, efetivamente, não foi favorecida pela votação do parlamento.

Sem dizer, é claro, dos efeitos do mercado mundial. A importação e exportação pesam sobremaneira nas decisões do empresário, fazendo com que a economia adquira outro patamar de necessidade de expansão e regulação para que o empresário sobreviva. Essa conjuntura é resumida pela doutrina:

Neste cenário altamente cambiante, o direito positivo – tal qual tem sido entendido convencionalmente, como o ordenamento jurídico do Estado-nação – passou a enfrentar o dilema cruel: se permanecer preocupado com sua integridade lógica e com sua racionalidade formal, diante de todas essas mudanças profundas e intensas, corre o risco de não acompanhar a dinâmica dos fatos, de ser funcionalmente ineficaz e, por fim, de acabar sendo socialmente desprezado, ignorado, e (numa situação-limite) até mesmo considerado descartável; caso se deixe seduzir pela tentativa de controlar e disciplinar diretamente todos os setores de uma vida social econômica e política cada vez mais tensa, instável, imprevisível, heterogênea e complexa, substituindo a preocupação com sua unidade dogmática pela ênfase a uma eficiência instrumental, diretiva e regulatória, corre o risco de ver comprometida sua identidade sistêmica e, como consequência, de terminar sendo desfigurado como referência normativa (FARIA, 2000, p. 09).

Importa dizer, a partir do momento no qual o Direito deixar de cuidar de regulamentar abstrata, genericamente, e positivamente a conduta em sociedade, e passar a ser compreendido e aplicado visando atingir um grau de eficiência econômica, colocar-se-á em risco sua estrutura operativa.

Se o Direito é o resultado que a lei deve propiciar na realidade da vida das pessoas, descabe manipulá-lo com a finalidade de criar situações hipotecas que favoreçam o capital, ou que o desfavoreçam em prol de alcançar um conceito singular de justiça no caso concreto.

Dessa forma, a linha que pioneiramente a Suprema Corte dos Estados Unidos seguiu foi a de atuar nos limites do texto positivado, para dar cumprimento à força das normativas das emendas.

Jamais se poderia chancelar a interferência de decisão judicial para demover as bases de previsibilidade e segurança que os cidadãos esperam com o controle econômico exercido por políticas.



A relação entre o Direito e a Economia, entre as forças sociais, por diversas vezes deu azo aos embates mais sofisticados no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo que para a história daquele tribunal que o trabalho agora se envereda.

Conforme as decisões que serão abordadas, Holmes defende a contenção do controle judicial sobre as decisões políticas, esclarecendo que não cabe ao Judiciário inovar onde não haja expressa violação de dispositivo constitucional, mas em ocasiões em que invalidar a lei significa criar outra regra então inexistente.

Nesse compasso, Holmes era pragmático, isto é, partia do exame crítico das consequências da decisão da Corte para a vida das pessoas, e não somente no plano da teoria jurídica.

## 2 SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL E A CORTE DE EARL WARREN

Earl Warren estudou em Berkeley na Califórnia, Estado no qual também viria a ser Governador, no qual antes atuou como procurador distrital, e, mais tarde, seria nomeado pelo Presidente Dwight para ocupar uma cadeira na Suprema Corte.

Sua proeminência na defesa de direitos sociais durante a atuação na procuradoria do condado refletiu no anseio que levou à ocupação de uma cadeira na corte naquele momento em que forças se enfrentavam no cenário econômico. Com efeito, “os dezesseis anos em que a Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) integram, de maneira indelével, o imaginário do constitucionalismo democrático contemporâneo” (BARROSO, 2009. p. 20).

A Suprema Corte decidiu questões relevantes envolvendo a igualdade de oportunidade perante o direito (*equal protection of law*), bem como as prerrogativas do devido processo legal.

Recorde-se que o sistema federativo de formação dos Estados Unidos é bastante preservador da autonomia e competências de seus membros razão pela qual não é incomum que em relação a uma mesma matéria haja coexistência de que leis antagônicas no território do país.

De tal sorte, chegou – e chegam – ao crivo da Suprema Corte a esgrima entre a autonomia legal conferida aos Estados membros e suas limitações em prol da Constituição Federal e a *bill of rights*, que

representam os direitos de liberdade e garantias fundamentais do cidadão americano.

No caso *Miranda v. Arizona*, a Suprema Corte declarou ser válida a confissão obtida do acusado, desde que ele tenha ciência e oportunidade de valer-se de seu direito à Quinta Emenda, que dispõe:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.<sup>1</sup>

Na votação, a Corte Warren reconheceu que a confissão obtida em interrogatório torna válida a condenação do acusado uma vez que observado o rito do devido processo legal, concluindo a suma do julgado que:

Sem salvaguardas adequadas o processo de interrogatório em custódia de pessoas suspeitas ou acusadas de crime contém pressões inerentemente atraentes que funcionam para minar a vontade do indivíduo de resistir e obrigá-lo a falar onde ele de outra forma faria tão livremente.<sup>2</sup>

No contexto da expansão da economia estadunidense, sobretudo no pós-guerra, a salvaguarda dos direitos de liberdade e do devido processo estabelecem limites à atuação executiva e criminal do Estado.

No caso *Reynolds v. Sims*, por meio da decisão 377 US 533, a Suprema Corte decidiu que o sistema representativo do Senado é diferente das Câmaras Estaduais, de tal forma que a divisão dos distritos deve ser proporcional à

---

1 Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 24 abril 2018.

2 Tradução livre de: Without proper safeguards the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would otherwise do so freely. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>. Acesso em: 24 maio 2018.

representatividade, assegurando igual acesso do pluripartidarismo. Sob a condução do voto do *justice* Earl Warren a Suprema Corte assentou que:

Em uma decisão de 8 a 1, a Corte confirmou o desafio ao sistema do Alabama, sustentando que a Cláusula de Proteção Igual exigia “não menos do que representação legislativa estatal para todos os cidadãos ...”. Observando que o direito de representação direta era “um alicerce de nosso sistema político”, a Corte considerou que as duas casas de legislaturas estaduais bicamerais deveriam ser repartidas em base populacional. Os Estados foram obrigados a empreender esforços “honestos e de boa fé” para construir distritos com uma população quase igual à praticável.<sup>3</sup>

Fica evidente que o domínio político buscava ascender a participação apenas de distritos com identidade ideológica, dificultando que minorias étnicas, religiosas e econômicas conseguissem eleger cadeiras na Assembleia.

Como dito por Earl Warren, a forma adotada no Alabama transformava a regra do *one man one vote* em falácia, pois na prática nem todos os cidadãos poderiam eleger livremente o seu representante.

No campo do direito fundamental à igualdade, um caso que chegou à Suprema Corte e de forma bastante expressiva, discutia a discriminação racial em escolas dos Estados Unidos: *Brown v. Board of Education* de 1954.

A realidade estadunidense era de Estados-membros que possuíam, até então, leis claras e explícitas no tocante ao tratamento separatista entre o convívio de alunos brancos com alunos negros.

O fundamento balizador para a subida da causa à Suprema Corte dos Estados Unidos foi a 14<sup>a</sup> Emenda à Constituição, aprovada em 9 de julho de 1868, dispondo que nenhum cidadão estadunidense poderia ser vítima de privilégio entre seus pares, determinando a Seção 1: “Nenhum Estado deve fazer ou fazer cumprir qualquer lei que abranja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem nenhum Estado privará

---

3 Tradução livre de: In an 8-to-1 decision, the Court upheld the challenge to the Alabama system, holding that Equal Protection Clause demanded ‘no less than substantially equal state legislative representation for all citizens...’ Noting that the right to direct representation was ‘a bedrock of our political system’, the Court held that both houses of bicameral state legislatures had to be apportioned on a population basis. States were required to ‘honest and good faith’ efforts to construct districts as nearly of equal population as practicable. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1963/23>. Acesso em: 24 maio 2018.

ninguém de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa em sua jurisdição a igual proteção das leis”.

Apelando à 14<sup>a</sup> Emenda, os casos de Delaware, Virginia, Carolina do Sul, e Kansas ascenderam à Suprema Corte, quando foram julgados sob a presidência de Earl Warren, cuja importância é destacada pela doutrina:

Brown v. Board of Education, julgado em 1954, representou, no plano jurídico, a superação da doutrina do “separados, mas iguais”, estabelecida em Plessy v. Ferguson, ao considerar inconstitucional a separação entre crianças brancas e negras nas escolas públicas e determinar a adoção de uma política de integração. Warren conseguiu liderar a Suprema Corte a uma decisão unânime, de apenas onze páginas, cuja ênfase recaía não em aspectos jurídicos – como o sentido e alcance da Emenda 14 ou a superação de Plessy –, mas no argumento da intrínseca desigualdade da discriminação em matéria de educação, pelo sentimento de inferioridade que ela produzia nas crianças negras, tal como demonstrado em estudos psicológicos expressamente levados em conta no acórdão. Os efeitos dessa decisão histórica se projetariam pelas décadas seguintes (BARROSO, 2009. p. 145).

Warren deixou a Suprema Corte em 1968, com legado que promoveu profunda transformação ideológica na sociedade, sem necessidade de modificação de lei, decreto ou qualquer medida legislativa. Modificou a noção que os norte-americanos tinham a respeito do conceito de igualdade, do direito de defesa e do devido processo legal.

Note-se, sobretudo, que as decisões proferidas pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren partiram do dever de observância das emendas à Constituição, com o intuito de manutenção de um forte vínculo federalista.

É dizer, os precedentes foram produzidos com base na força normativa da Constituição e suas emendas, e não por ideologia de seu julgador; o ativismo de Warren é concentrado no poder transformador da norma fundamental dos Estados Unidos, que é sua Constituição.

Não se trata de ativismo como hodiernamente se vincula à ideia de juízes decidirem com base em sua criatividade, criando regras para além de qualquer previsão constitucional, forçando sua moral contra o ordenamento jurídico.

Decidir que os Estados-membros pudessem manter a distinção entre alunos brancos e negros significaria, na prática, validar o desrespeito à 14ª Emenda. Esse resultado prático é fruto do pragmatismo como teoria adotada pelos *justice* da Suprema Corte desde os ensinamentos de Oliver Holmes, para os quais a pesquisa se debruça no item seguinte.

### 3 COMMON LAW: O QUE OLIVER WENDELL HOLMES REPRESENTA?

Oliver Wendell Holmes foi advogado, formado pela Universidade de Harvard, da qual seria professor e pesquisador; depois, ascendeu à Suprema Corte dos Estados Unidos, cargo que ocupou até sua morte aos 90 anos.

Holmes é conhecido pelo seu pragmatismo que pode se aproximar de ceticismo, é claro, em razão de suas marcantes ideias e posturas quando conduziu a Suprema Corte, incluindo a defesa de votos vencidos.

De sua épica obra, *Common Law*, Holmes dispõe ao mundo o pedestal de seu pensamento, alçando a experiência, a prática, o costume e a consequência como elementares do raciocínio jurídico:

A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão-somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. Deve-se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes.<sup>4</sup>

---

4 Tradução livre de: The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation (HOLMES, 1991, p. 01).

Holmes foi buscar na origem do sistema de precedente a forma de atuação do direito estadunidense, que não se baseia no que está posto em leis, mas no costume da sociedade que é moldado por determinada prática.

Há de se observar o que significa determinado costume na realidade americana, que não se resume ao que um ou outro texto legal dispunha, haja vista que os estadunidenses possuíam forte noção de federalismo e de poder popular concentrado na Constituição e emendas.

É dizer, acima de qualquer iniciativa legislativa que possa inovar no sistema legal e criar regras de conduta ao povo americano, se encontra a Constituição e, com ela, a independência que marca a autonomia financeira, administrativa e jurídica de cada um dos Estados-membros, o que faz que a noção de direito não saia da lei, mas seja levada para a lei.

Assim, de acordo com Holmes, a noção de direito é revelada pela lei constitucional e não pode ser criado por outras leis. Para conhecer a regra em determinada localidade deve-se aferir no plano dos negócios e da prática que é realizada por empresários, cidadãos e chefes do governo, e não apenas na letra da lei escrita. A continuidade faz do direito a fonte segura de regras.

O que Advogados e Juízes fazem – e para isso Holmes tinha toda a experiência de vida prática – é muito mais que desvendar o que dispõe a lei, mas sim prevenir as consequências das ações e condutas na vida das pessoas, governo e das empresas.

Por isso, trabalhando no sistema de *common law*, observar o precedente é uma questão de preservação do sistema econômico e administrativo de um país, muito mais que mera regra jurídica.

Portanto, os juízes e tribunais concentram grande poder de transformação e de ruína do povo, por isso, seu trabalho, junto com o dos Advogados, é prevenir e se preparar para as consequências, conforme exorta Holmes:

As pessoas querem saber sob quais circunstâncias e até onde elas correm riscos de se encontrarem em face do que é muito mais forte do que elas, e consequentemente isso se torna um negócio a resolver, quando tal perigo é fonte de temor. O objeto de nosso

estudo, então, é previsão, é a previsão da incidência da força pública como instrumento das cortes de justiça.<sup>5</sup>

Um sistema econômico forte exige a previsibilidade. Não há como fazer investimento, aportar valores em ações novas, celebrar contratos com a administração pública, sem que tenham certa segurança quanto a um futuro, ainda que próximo a curto ou médio prazo.

Conhecer o Direito é conhecer a identidade do povo, o sistema econômico em vigência, a necessidade da taxa de juros, de concessão de crédito rural, ao pequeno e médio empreendedor, ou, em outras ocasiões, o cabimento da majoração da alíquota de imposto de importação a fim de equilibrar a balança comercial.

O pronunciamento judicial sobre tais questões é complexo. De acordo com a noção de *common law* por Holmes, não se trata apenas de decidir se a lei se aplica ou não, se é certo ou errado, mas qual sua influência na prática e costume que está sendo utilizado no Estado-membro ou mesmo no País.

Por isso, em um de seus célebres votos vencidos, Oliver Holmes exprime que a interpretação judicial não pode pôr no chão a estabilidade do mercado, sob pena de a imprevisibilidade e insegurança afastar do direito aquilo para o qual ele serve, que é a segurança:

Eu sinto muito em não poder concordar com o julgamento que está sendo proferido no presente caso, e sinto que é minha obrigação de expressá-lo. Este caso está sendo julgado a partir de uma teoria econômica com a qual uma boa parcela da população deste país certamente não concorda. Se consistisse a questão meramente em se saber se eu concordo com essa teoria, eu deveria estudá-la muito mais a fundo antes de expressar minha opinião. Porém realmente sinto não ser essa a minha obrigação, porque acredito que minha concordância ou minha discordância em nada se relacionam com o direito que a maioria tem de expressar suas opiniões jurídicas.<sup>6</sup>

---

5 Tradução livre de: People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts (HOLMES, 2009, p. 03).

6 Tradução livre de: I regret sincerely that I am unable to agree with the judgment in this case, and that I think it my duty to express my dissent. This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because

Advogados e Juizes, portanto, têm fundamental papel no caminhar da sociedade e do Estado, uma vez que, incumbidos de dizer o direito nos conflitos, nos litígios societários, nas demandas tributárias e econômicas, atuam de forma relevante na manutenção da segurança e da experiência jurídica.

A prática não pode ser abandonada sem que para isso ocorra alguma mudança de ordem política, a necessidade de avanço em prestígio de alguma emenda constitucional ou cumprimento de tratados internacionais.

Quando se trata de *common law*, olhar o passado é obrigatório, desvendar as interpretações que anteriormente foram dadas pela corte em caso semelhante, e não atribuídas de forma aleatórias, sob pena de colocar em risco toda uma cadeia jurídica proposta por muito tempo, como assevera Holmes:

O número de nossas previsões quando generalizadas e reduzidas a um sistema não formam um todo tão grande ou de difícil manejo. Elas se apresentam como um corpo finito de dogmas que pode ser dominado dentro de um lapso razoável de tempo Trata-se de um grande engano quando nos assustamos com o crescimento do número de julgados e de precedentes judiciais. Os julgados de uma determinada jurisdição ao longo de uma geração levam em conta o conjunto do direito disponível, interpretando esse conjunto a partir dos pontos de vista da época na qual o direito é aplicado. Poderíamos reconstruir o conjunto deles se tudo o que aconteceu antes fosse queimado.<sup>7</sup>

A experiência do direito estadunidense a partir do *common law* espalhou-se pelo mundo para as nações que se valem do sistema legislativo (*civil law*), que atribui ao texto da lei a ênfase de inauguração da ordem jurídica.

No Brasil não foi diferente. Em 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, inseriu-se a Súmula Vinculante de competência do Supremo Tribunal

---

I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law (*Lochner v. New York*. 198 U.S. 45- 1905). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>. Acesso em: 24 maio 2018.

7 Tradução livre de: The number of our predictions when generalized and reduced to a system is not unmanageably large. They present themselves as a finite body of dogma which may be mastered within a reasonable time. It is a great mistake to be frightened by the ever-increasing number of reports. The reports of a given jurisdiction in the course of a generation take up pretty much the whole body of the law, and restate it from the present point of view. We could reconstruct the corpus from them if all that went before were burned (HOLMES, 2009, p. 05).



Federal como mecanismo de vinculação obrigatório das decisões proferidas pela Corte em controle de constitucionalidade.

Não bastou. Em 2015 o CNJ – Conselho Nacional de Justiça – registrou 99,7 milhões de processos, o que representa a ineficácia do sistema jurídico para lidar com a avalanche de processos e a complexidade da sociedade.

Após diversas reformas, no ano de 2015 é aprovado o (novo) Código de Processo Civil que prometeu trazer para o Brasil a adoção das práticas dos precedentes, cujo modelo agora se passa a expor.

#### **4 A URGÊNCIA DE UM MODELO PRAGMÁTICO PARA A JUSTIÇA BRASILEIRA**

O sistema judiciário brasileiro é alvo de críticas por haver criado, com a Lei n. 13.105/2015 – um sistema de vinculação de decisões judiciais, fazendo com que julgados sejam proferidos, com efeito, pré-vinculante.

Significa dizer, a partir do sistema estabelecido, tal decisão não é reconhecida como precedente em função de sua orientação interpretativa ou da força de sua argumentação, mas porque assim simplesmente o quis o legislador.

Dito de outro modo, o que determina a vinculação de determinada decisão não é a maturação de sua discussão, a força de convencimento de seus argumentos jurídicos, mas apenas a imposição do legislador, sem se aferir a extensão de seus efeitos jurídicos, econômicos e sociais.

Esse sistema de catapulta alça determinada decisão como força vinculante sem necessidade de prévio lapidar das ranhuras que pode causar no sistema jurídico em voga.

É dizer, afasta-se o poder inaugurador do Legislativo e passa o bastão para o Judiciário que, a partir de então, possa criar regras novidadeiras antes mesmo de que tenha surgido a repercussão social capaz de causar comoção e dar origem a um precedente nos modelos da tradição estadunidense.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 cria um sistema formal de estabelecimento prévio de decisões com carga vinculante para o futuro, como se pudessem nascer precedentes:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Daí a crítica contundente e fundamentada da doutrina, segundo a qual “no nosso sistema, o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar (*statute*)” (HART, 2007, p. 112).

Significa dizer, que no sistema judiciário brasileiro subordinou-se a tarefa do Judiciário à missão dada pelo Legislador infraconstitucional, reduzindo-lhe o espectro de atuação, emasculando a sua capacidade de impor autoridade e reconhecimento a suas decisões.

Observa-se que, desde o precedente estadunidense proferido no *Marbury v. Madison*, o Poder Judiciário se apresenta como um árbitro das barbáries praticadas pelo Legislativo e Executivo.

A Constituição é o fiel da balança que disciplina quando e como o Judiciário deve e pode atuar em prol da devesa dos direitos fundamentais protegendo a liberdade do cidadão contra abuso das autoridades.

O precedente do caso Madison, do caso *Board of Education, Plessy, Baker*, e tantos outros, produziram, ao longo de décadas, vinculação aos juízes e tribunais de todo o País em razão de sua argumentação.

Naqueles julgados, a Suprema Corte valeu-se da Constituição e de suas emendas para regular a atuação do Legislativo e dos Governadores, sendo que, no futuro, quando condutas similares chegaram ao Tribunal, já havia fonte onde se abeberar, daí a construção da força vinculante.

Daí que o precedente no sistema estadunidense não tem força vinculativa formalmente estatuída, mas sim adquirida e incrustada pela lógica de seus argumentos que não foi demovida com decorrer dos anos.

É a experiência que torna o precedente vinculante. A prática, a consequência do raciocínio empreendido pela Suprema Corte ao qual não se apresentam argumentos capazes de afastar sua sensatez, conforme assevera a doutrina:

O precedente não tem uma eficácia formalmente vinculante nem mesmo na Inglaterra e muito menos nos Estados Unidos. Com maior razão – e independentemente da eventualidade de se considerar a jurisprudência como fonte de direito – deve excluir-se que o precedente tenha eficácia vinculante nos sistemas de civil law. Qualquer tentativa de atribuir tal eficácia ao precedente está destituída de fundamento: se poderá falar só em força do precedente, entendendo-se que ela pode ser maior ou menor dependendo do caso.<sup>8</sup>

Com razão o jurista italiano: o precedente não pode ser formalmente concebido porque isso conspira contra sua função de prevenir o risco, de regular o mercado, de trazer à baila a consequência, a experiência, a prática, como ensina Holmes.

O sistema brasileiro, embora foque no caos que se tornou o Judiciário em razão dos milhões de processos surgidos, não apresenta solução segura, uma vez coloca em risco o consenso da decisão proferida pelos ditos ritos vinculantes.

É preciso expungir a ideia de que o Legislador possa ditar ao Judiciário quais suas decisões que possuem efeito vinculante e quais não, uma vez que este assunto é alheio a qualquer aspecto formal, exigindo a experimentação do argumento e o exame prático das consequências da decisão tomada.

Tal qual posto, o precedente engessa o funcionamento do sistema judiciário, impõe a ditadura pelas Cortes de Justiça em detrimento da experiência e da prática, sem dizer que os juízes de primeiro grau passaram a serem meros repetidores de verbetes.

---

8 Tradução livre de: El precedente no tene una eficacia formalmente vinculante ni siquiera en Inglaterra, y mucho menos en los Estados Unidos. Con *mayor razón* – e independentemente de la eventualidad de que se considere a la jurisprudencia como fuente de derecho – debe excluirse que el precedente tenga eficacia vinculante en los sistemas de civil law. Cualquier intento de atribuir tal eficacia al precedente está entonces destituido de fundamento: se podrá hablar solo de fuerza del precedente entendiendo que ella puede ser mayor o menor según los casos (TARUFFO, 2016, p. 108).

## 5 CONCLUSÃO

Há uma intersecção entre o Direito e os demais sistemas sociais. A política e a economia caminham paralelamente, recebem as consequências das mudanças de leis e de alterações de jurisprudência.

Assim, se a função primordial do direito é trazer segurança, não pode a Corte Suprema aplicá-lo em arrepio à realidade prática da população, sem considerar a situação econômica, a instabilidade política.

Além de se traduzir em irresponsabilidade democrática por colocar em risco o bom funcionamento da máquina estatal, as mudanças de posição enfraquecem a noção de Constituição como fonte suprema.

Por isso, observa-se que os julgados célebres de Suprema Corte dos Estados Unidos se pautam pelo respeito à proteção da igualdade, da segurança, da prática econômica observada pelo estado-membro, etc., antes de apenas buscar a mera aplicação inconsequente da lei.

Construção judicial do Direito nada tem a ver com vinculação formal do precedente a casos futuros. Essa vinculação se dá pelo valor argumentativo, pelo fechamento operativo da decisão judicial construída a partir da experiência e da prática.

As decisões da Corte Warren proferidas nas décadas de 50 e 60 enfrentaram temas polêmicos à luz da esgrima da Constituição dos Estados Unidos em face das Constituições e Leis Estaduais.

Julgados com décadas de experiência somadas à prática observada das consequências funestas dos governos locais, que vincularam casos futuros em razão de sua argumentação não ser demovida.

Holmes foi o proeminente estudioso do sistema judiciário estadunidense, além de ter atuado na advocacia, foi Governador e Presidente da Suprema Corte, acumulando experiência no exercício do poder pelas diversas esferas.

Com o pragmatismo, Holmes foi responsável por fortalecer a tarefa do Poder Judiciário frente ao mercado, em buscar soluções conscientes, mediante a experimentação prática das consequências das decisões.

Assim, Holmes revela que o precedente não é nunca poderá ser algo formal, porque o Direito vive da prática e da consequência, e não de mera subsunção.

É dever do julgador – sobretudo dos juízes de Cortes Supremas – atuarem na prevenção do risco que podem produzir na realidade social, prescrevendo as decisões de tal sorte em não comprometer a estabilidade.

Precedente, no contexto estadunidense, portanto, não pode ser imposto, mas deve ser reconhecido como resultado de decisão que reflita o limite de atuação da Corte até onde a Constituição autoriza sua intervenção prática.

No Brasil, na contramão, aprovou-se Lei n. 13.105/2015 que constitui o Código de Processo Civil, no qual se inseriu um sistema que vai à contramão da tradição do direito estadunidense, impondo que determinadas decisões judiciais já nasçam com eficácia vinculante.

Essa reforma realizada em 2015 impôs não apenas uma ditadura criativa pelas cortes superiores, senão também o controle do Judiciário pelo Legislativo, que passa a dispor como e quando as decisões judiciais podem vincular.

Significa dizer, as decisões são vinculantes não porque sua razão de decidir é abalizada pela prática social, é reflexo da Constituição Federal e responde aos anseios sociais, mas simplesmente porque está inserida em um rol taxativo da lei.

O sistema não se sustentará frente à tradição estadunidense da doutrina dos precedentes, razão pela qual emerge imperiosa uma reforma do sistema que foi criado, afastando a enumeração dos ritos que são formalmente vinculativos.

Faz-se de rigor a reforma do texto de modo a expungir da lei a vinculação das decisões à força vinculante, mas sim destacando a necessidade que, para discordar dos julgados da Corte Suprema, o juiz da causa seja obrigado em enfrentar a argumentação.

Prática se faz pela prática. Não é possível substituir a prática de argumentação pela prática de vinculação, pois nesta hipótese o risco é de, além de se ter um arquipélago de leis, ter-se ilhas formadas por decisões formalmente vinculantes que não observam a realidade dos sistemas sociais que lhe são cossecantes (economia e política, sobretudo).

**REFERÊNCIAS**

- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TARUFFO, Michelle. et al. *La mision de los tribunales supremos*. Madri: Marcial Pons, 2016.
- HART. Herbert. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover, 1991.
- \_\_\_\_\_. *The path of the law*. Auckland: 2009.
- \_\_\_\_\_. *The essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes: 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Coleção Os Economistas. Abril Cultural: São Paulo, 1983.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

RECEBIDO EM: 13/06/2018

APROVADO EM: 24/09/2018

# **A LOGÍSTICA REVERSA E A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL FRENTE A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS**

***ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY OF THE  
COMPANIES IN FACE OF NATIONAL POLICY OF SOLID  
WASTE***

*Ícaro Roberto Azevedo Picolli*

*Mestre em Administração pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Brasil(2017).*

*UNISUL - PPGA - Programa de Pós-graduação em Administração.*

*Professor do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SC, Brasil.*

*Gabriela Almeida Marcon*

*Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de*

*Santa Catarina, Brasil(2018).*

*UFSC - PPEGC - Programa de Pós-graduação em Engenharia e Gestão do*

*Conhecimento. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina,*

*Brasil.*

*Rafael Burlani*

*Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de*

*Santa Catarina, Brasil(2010). Professor da Universidade do Vale do Itajaí, Brasil.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Política Nacional de Resíduos Sólidos no Cenário da Sustentabilidade; 2 Responsabilidade Ambiental; 3 A Política Nacional de Resíduos Sólidos e os Rumos para a Sustentabilidade nos Contornos da Responsabilidade Compartilhada do Ciclo de Vida do Produto 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** A responsabilidade ambiental foi consolidada a partir da crise ambiental, tanto no espaço local, como global. Diferentes organizações assumiram desde então um propósito não só econômico, mas também social e ambiental. O presente artigo tem por proposta analisar a logística reversa como um dos meios de implementação da responsabilidade socioambiental em face da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). Para que este objetivo seja alcançado, são propostos os seguintes objetivos específicos: a) analisar a lei da PNRS; b) conhecer os conceitos de responsabilidade socioambiental e c) abordar a temática da logística reversa. Com o presente estudo, foi possível observar aspectos da responsabilidade socioambiental das organizações ante a PNRS. Elas voltaram sua atenção para o bem-estar da comunidade onde estão inseridas e passaram a compartilhar da responsabilidade pelo ciclo de vida dos bens de consumo que fornecem, sendo chamado esse processo de logística reversa. A metodologia utilizada é a dedutiva, tendo-se utilizado do método do referente a bibliografia e a pesquisa documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Política Nacional de Resíduos Sólidos. Responsabilidade Ambiental. Logística Reversa.

**ABSTRACT:** Environmental responsibility was consolidated from the environmental crisis, both locally and globally. Different organizations have assumed not just an economic, but also social and environmental purposes. The article aims to analyze logistics as means of implementing social and environmental responsibility regarding the National Solid Waste Policy (PNRS). For this, the specific objectives are proposed: a) to analyze the reverse logistics law; b) identify the concepts of socio-environmental responsibility and c) address reverse logistics. With the present study, it was possible to observe aspects of the socio-environmental responsibility of the organizations. They turned their attention to the well-being of the community where they are inserted. The methodological approach is deductive, using bibliographical references and documentary research.

**KEYWORDS:** Solid Waste Policy in Brazil. Corporate Social Responsibility. Reverse Logistics.



## **INTRODUÇÃO**

Especialmente, no que diz respeito ao lixo, a sociedade cada vez mais o produz em quantidade significativa. A coletividade não realiza o manejo e descarte adequados dos detritos. Consumidores e fornecedores são responsáveis pelos potenciais danos decorrentes deste comportamento.

A geração de Resíduos Sólidos Urbanos (RSU) cresce em diversos países da América Latina e Caribe (ALC). É um problema particularmente mais grave em países com menor oferta de serviços de limpeza pública.

O Brasil, neste contexto, avançou em termos de conscientização ambiental com a instituição da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) em 2010, pela Lei Federal n. 12.305. Trata-se de política pública que propõe a regulamentação, gestão e reponsabilidade dos produtores e fornecedores pelos bens postos no mercado para consumo.

A essência da PNRS, portanto, é a atribuição de responsabilidade aos fabricantes e agentes econômicos pelo pós-consumo, ou seja, pelo manejo e destinação correta dos resíduos sólidos. Isto porque o Estado não pode consentir que alguns fruam benefícios econômicos às custas do prejuízo a bem de titularidade difusa, qual seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O presente artigo visa ao estudo do direito ambiental, focado na Política Nacional de Resíduos Sólidos no Brasil. Essa temática é relevante e ganha atenção por parte da sociedade, Ministério Público e demais órgãos estatais.

O presente estudo tem por objetivo geral analisar a responsabilidade civil das empresas e fábricas em face da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Para que o objetivo geral seja alcançado, são propostos os seguintes objetivos específicos: a) analisar a lei da PNRS; b) conhecer os conceitos de responsabilidade socioambiental corporativa e c) abordar o tema logística reversa.

A importância desta pesquisa revela-se pela preocupação com as consequências do descarte inadequado dos resíduos sólidos e a premente necessidade de esclarecimento com relação às normas jurídicas aplicáveis. O artigo, ainda, oferece relevante contribuição teórica à comunidade científica, ao propor um estudo aprofundado da temática que poderá servir de diretriz para pesquisas futuras.

Assim, frente a sua importância, no contexto de uma política pública, esta investigação, utilizando-se do método dedutivo para acompanhar os fatos, o estudo está estruturado nas seguintes seções: Referencial teórico, que busca fundamentar e dar embasamento ao estudo. Análise e discussão, que consistem em explicitá-los e analisá-los de forma clara e objetiva.

## **1 A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS NO CENÁRIO DA SUSTENTABILIDADE**

A teoria econômica trabalha com custos e benefícios. Sustentabilidade é um dos temas mais debatidos dos últimos tempos. (ERTURGUT e SOYSEKERCI, 2009). No que tange aos custos socioambientais, sua internalização pelos geradores destas externalidades negativas através de algum mecanismo é bastante apoiada pela teoria econômica (HARRIS e ROACH, 2013).

O Brasil, por muitos anos, não realizou a gestão de resíduos sólidos pela falta de política pública ambiental a estabelecer diretrizes e instrumentos de ação adequados. (NETO, 2011).

A questão dos resíduos sólidos consiste em problema social e ambiental (VELÁZQUES; MARCON, 2017).

Não se sabe ao certo a quantidade de RSU produzida e não coletada, estimando-se que não são recolhidos 30% a 50% dos resíduos gerados nas cidades dos países em desenvolvimento. (RÊGO e KILLINGER, 2002). Conforme esclarecem Santos, Machado e Santos (2014, p.294), “resíduos sólidos são objetos ou bens descartados resultantes de atividades humanas, cuja destinação final ocorre nos estados sólido ou semissólido”. É uma forma de proteger a saúde pública, o bem-estar humano e o meio ambiente (SANTOS; MACHADO; SANTOS, 2014).

Segundo Dias (2013), os Resíduos Sólidos são componentes gerados após produção, utilização ou transformação de bens de consumo, a saber: computadores, automóveis, televisores, aparelhos celulares, eletrodomésticos, etc. Este conceito de Dias (2013) expõe a questão central da PNRS: O pós-consumo.

O ano de 2010 foi histórico para a gestão de resíduos sólidos no Brasil. Foi sancionada pelo Presidente da República a Lei que instituiu, pela primeira vez, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). Este diploma situou o alicerce político para a gestão de resíduos sólidos em

todo o território Nacional. Estão contemplados instrumentos como a logística reversa.

A lei fomenta, ademais, a participação dos catadores de materiais recicláveis nos sistemas de gestão de resíduos sólidos como forma de inclusão social e econômica dos mesmos. (NETO, 2011).

A PNRS dispõe sobre princípios, objetivos e instrumentos, bem como as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos. Conforme o Quadro 1, é observar a estrutura da PNRS:

**QUADRO 1 - A ESTRUTURA DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS DA LEI Nº 12.305, DE 2010**

<b>Título I Disposições Gerais</b>	<b>Título II Da Política Nacional de Resíduos Sólidos</b>	<b>Título III Das Diretrizes Aplicáveis aos Resíduos Sólidos</b>
Capítulos • Do objeto e campo de aplicação • Definições	Capítulos • Disposições gerais • Princípios e objetivos • Instrumentos	Capítulos • Disposições preliminares (classificação, origem e periculosidade) • Planos de resíduos sólidos (nacional, estadual, microrregional e municipal) • Plano de gerenciamento • Responsabilidades dos geradores e do poder público • Responsabilidade compartilhada • Da logística reversa • Resíduos perigosos • Instrumentos econômicos • Disposições gerais • Proibições

**Fonte:** Adaptado da Lei nº 12.305, de 2010.

A PNRS observa os princípios ambientais da prevenção e a precaução, que estão intimamente relacionados à publicidade de informações e participação popular. (ATTANASIO e ATTANASIO, 2008).

O Princípio da prevenção visa a antecipar os danos quando as consequências da realização de determinado ato são conhecidas, já o princípio da precaução é imperativo quando a falta de certeza científica absoluta persiste. Uma das consequências processuais da aplicação do princípio da precaução é a inversão do ônus da prova. Neste sentido:

O princípio da precaução impõe a responsabilização dos interessados na prática de atividade potencialmente danosa pelo monitoramento e controle das consequências. Inclusive, sua aplicação desloca a responsabilidade da produção de provas científicas para o interessado na atividade [...] A precaução guarda conexão com a solidariedade intergeracional exatamente porque se acautela o meio ambiente mesmo sem conhecer formalmente as consequências do suposto ato nocivo. (MARCON, 2012, p.16,17).

Além dos descritos acima, a PNRS adota os princípios do poluidor-pagador e o protetor-recebedor; a visão sistêmica na gestão dos resíduos sólidos; o desenvolvimento sustentável; a ecoeficiência; a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, mais segmentos da sociedade; a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social; o respeito às diversidades locais e regionais; o direito da sociedade à informação e ao controle social; e a razoabilidade e a proporcionalidade. (FIESP, 2012).

No que diz respeito à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, nas palavras de Velázquez e Marcon (2017, p. 204):

“este conceito é referente ao conjunto de deveres individualizados, encadeados e atribuídos a todos os agentes que participaram, direta ou indiretamente, de qualquer parte da vida do produto, conferindo a esse sistema legal uma finalidade precipuamente preventiva, com o escopo de efetivar a destinação adequada dos rejeitos e resíduos sólidos e, conseqüentemente, reduzir os impactos desse tipo de poluição e degradação sobre os ecossistemas e a vida em geral”.

No quadro abaixo podemos observar os instrumentos da PNRS, conforme demonstra a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo.

### QUADRO 2 - INSTRUMENTOS DA PNRS

Planos de resíduos sólidos	Coleta seletiva
Logística reversa	Acordos setoriais
Educação ambiental	Incentivos fiscais, financeiros e creditícios
Sistemas de informações ambientais	Licenciamento ambiental

**Fonte:** Adaptado de Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 2012.p. 13.

A seguir serão demonstrados de forma clara e resumida os objetivos prescritos na Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei nº 12.305, de 2010:

### QUADRO 3 - OBJETIVOS PNRS

Proteção da saúde pública e da qualidade ambiental.	Não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.
Estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços.	Adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais.
Redução do volume e da periculosidade dos resíduos perigosos.	Incentivo à indústria da reciclagem.
Gestão integrada de resíduos sólidos.	Articulação entre as diferentes esferas do poder público, e destas com o setor empresarial, com vistas às cooperações técnica e financeira para a gestão integrada de resíduos sólidos.
Capacitação técnica continuada na área de resíduos sólidos.	Regularidade, continuidade, funcionalidade e universalização da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos.
Prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, de produtos reciclados e recicláveis, e de bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.	Integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.
Estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto;	Incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão empresarial ambiental.

Fonte: Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 2012. p. 13 (Adaptado pelos autores, 2016).

Segundo a Norma Brasileira NBR 10004 de 1987, Resíduos Sólidos são: os resíduos sólidos e semissólidos, oriundos das atividades industriais, domésticas, hospitalares, comercial, agrícola e de serviços de varrição. Podem ser citados também, os líquidos, cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos.

A Lei da PNRS em seu artigo 2º, inciso XVI, define resíduo sólido como:

Material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível (BRASIL, 2010).

A geração, portanto, de resíduos sólidos é um fenômeno cotidiano, diário, inevitável, ocasionando danos ao meio ambiente. A preocupação com os resíduos não é uma questão regionalizada, é universal, globalizada e vem sendo discutida em âmbito local e global. Dessa forma, após 21 anos de tramitação do projeto, a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) foi, historicamente, aprovada pelo Governo Federal em 2 de agosto de 2010. Mais tarde, foi editado o decreto Regulamentador nº 7.404, que instituiu o Comitê Internacional da Políticas Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê para implementação dos Sistemas de Logística Reversa (MARTINS, 2013).

Na discussão da Lei de PNRS, em seu parágrafo primeiro do artigo 1º da Lei da PNRS, faz uma chamada para a responsabilidade em todas as esferas pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e as que desenvolvem ações relacionadas à gestão integrada e ao gerenciamento (GALLI, 2013). Nesse contexto estamos trabalhando com poder público, iniciativa privada e sociedade, cada qual com sua responsabilidade. O poder público, a partir da constituição de legislação eficiente; da iniciativa privada, com a oferta de pesquisas e desenvolvimento de tecnologias em sistemas para a eliminação e a correta destinação dos resíduos sólidos; e da sociedade, com ações ambientalmente corretas e cobrança de aplicação das leis (INSTITUTO ETHOS, 2014).

Outro ponto relevante na Política Nacional de Resíduos Sólidos é a educação ambiental, sendo um marco de segurança ambiental e responsabilidade pelo social. Dias (2013), relata que o consenso global de que a educação ambiental é o único caminho para a convivência pacífica do homem com a natureza, o programa de educação ambiental deve despertar nos membros da coletividade o desenvolvimento de sensibilidade a respeito dos problemas ambientais, e pensar não somente no seu momento, mas também no legado que deixarão para as gerações por vir.

A educação ambiental, necessária em todo o ensino formal, tem por objetivo viabilizar políticas públicas para o desenvolvimento sustentável (DIAS, 2013). Nesse contexto é importante a consciência para o destino adequado dos resíduos, e também para que as empresas possam cumprir o papel de responsabilidade ambiental de pós-consumo.

Quando o que se consome é objeto de logística reversa, a figura do gerador de resíduos sólidos permanece com o fabricante, sendo sua a responsabilidade pós-consumo. Neste sentido: “A mercadoria segue o seu curso natural, mas os agentes nunca irão se desprender de suas obrigações ambientais atinentes a esses produtos quando estiverem no final de sua vida útil (considerados já como resíduos)” (VELÁZQUES; MARCON, 2017, p. 206).

No art. 31 da PNRS, Siqueira (2013) relata que o ciclo de vida dos produtos é de responsabilidade das empresas, fabricantes, importadoras e comerciantes. Portanto é observado no art. 31 da PNRS:

Art. 31. Sem prejuízo das obrigações estabelecidas no plano de gerenciamento de resíduos sólidos e com vistas a fortalecer a responsabilidade compartilhada e seus objetivos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes têm responsabilidade que abrange:

I - investimento no desenvolvimento, na fabricação e na colocação no mercado de produtos:

- a) que sejam aptos, após o uso pelo consumidor, à reutilização, à reciclagem ou a outra forma de destinação ambientalmente adequada;
- b) cuja fabricação e uso gerem a menor quantidade de resíduos sólidos possível;

II - divulgação de informações relativas às formas de evitar, reciclar e eliminar os resíduos sólidos associados a seus respectivos produtos;

III - recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso, assim como sua subseqüente destinação final ambientalmente adequada, no caso de produtos objeto de sistema de logística reversa na forma do art. 33;

IV - compromisso de, quando firmados acordos ou termos de compromisso com o Município, participar das ações previstas no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, no caso de produtos ainda não inclusos no sistema de logística reversa.

Segundo o artigo 31 da PNRS, os destinatários da norma deverão realizar investimentos em seu desenvolvimento, na fabricação e na colocação no mercado de produtos que sejam aptos o uso do consumidor, à reutilização, à reciclagem ou a outra forma de destinação ambientalmente adequada, gerando a menor quantidade de resíduos sólidos (SIQUEIRA, 2013). Todo material colocado para consumo, devem ser tratados e gerenciados após o consumo.

A Logística reversa é um instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada (ABDI, 2013).

O objetivo da logística reversa é fazer que o fabricante, importador ou distribuidor de bens cujos resíduos sejam perigosos ao meio ambiente e à saúde, tenham a responsabilidade de dar uma destinação final adequada, podendo ser reciclagem ou disposição final em locais legais (BECHARA, 2013). Na Política Nacional de Resíduos Sólidos há a estruturação e implementação de sistema de logística reversa, como obrigação aos fabricantes importadores, distribuidores e comerciantes.

Segundo a Lei nº 12.305, de 2010:

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:



- I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas;
- II - pilhas e baterias;
- III - pneus;
- IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;
- V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;
- VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes

Outro fator relevante na logística reversa dá-se no referente as medidas adequadas no procedimento de compra de produtos ou embalagens usadas e também, a disponibilização de postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis. Conforme o art. 33, § 3º, inciso. I e II, da Política Nacional de Resíduos Sólidos. (BECHARA, 2013).

Cite-se ainda como significativo a responsabilidade em providenciar um sistema eficiente, nos estabelecimentos comerciais, para o recebimento dos resíduos descartados pelos consumidores e a necessidade de disponibilizar um sistema eficiente para o repasse dos resíduos coletados nesses estabelecimentos aos fabricantes e importadores, que darão a destinação final ambientalmente adequada. Dessa forma está prevista no artigo 33, parágrafos 4º, 5º e 6º da Política Nacional de Resíduos Sólidos (BECHARA, 2013).

A Logística Reversa está no âmbito de políticas públicas para a sustentabilidade, trazendo responsabilidades para os fabricantes, uma responsabilidade socioambiental, desde o início da comercialização até a destinação final do produto. Dantas, Christofoli e Souza (2013), relatam que todo o processo da logística reversa é destinada a todos que influenciaram o ciclo de vida do produto. Só assim haverá um processo correto da logística reversa. Somente com a contribuição de todos os que participam da cadeia produtiva – desde o designer de projeto ao consumidor e que teremos os resíduos disponibilizados em um efetivo processo de logística reversa.

Em 17 de fevereiro de 2011, foi instaurado o Comitê Orientador para Implementação de Sistemas de Logística Reversa. Seu objetivo é definir as regras para devolução dos resíduos (aquilo que tem valor econômico e

pode ser reciclado ou reutilizado) à indústria, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos. Esse sistema é composto pelos Ministérios do Meio Ambiente, da Saúde, da Fazenda, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. (BRASIL, 2014). Inclui-se entre estes produtos: descarte de medicamentos; embalagens em geral; embalagens de óleos lubrificantes e seus resíduos; lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista e eletroeletrônicos (BRASIL, 2014).

Em 2012, o Ministério do Meio Ambiente (MMA) e entidades representativas do setor de óleos lubrificantes firmaram um acordo setorial. Esse acordo consiste em um ato contratual firmado entre o poder público e fabricantes, importadores, distribuidoras e comerciantes, com objetivo de compartilharem responsabilidades pelo ciclo de vida do produto. Quando iniciados pelo poder público, serão precedidos de editais de chamamento, em que os editais são publicados na imprensa oficial. Repetido.

O principal objetivo deste acordo é atribuir ao setor produtivo a responsabilidade pela reciclagem das embalagens plásticas de óleos lubrificantes. Fato a destacar, de todos os setores de produtos envolvidos neste acordo setorial, apenas o setor de óleos e lubrificantes firmaram o acordo setorial de responsabilidade pelos seus resíduos sólidos. Repetido.

## **2 RESPONSABILIDADE AMBIENTAL**

Sustentabilidade é um dos temas mais debatidos dos últimos tempos e, na seara ambiental, pode ser conceituada como o estado das coisas que resulta do desenvolvimento sustentável (MARCON; SORIANO-SIERRA, 2017). Responsabilidade socioambiental – RSA, sustenta-se na suposição de que as empresas nasceram para oferecer à sociedade bens e serviços que visam a suprir as necessidades mais gerais (TORRES, 2004; BARBIERI, 2007, apud FARIAS FILHO; SILVA; SILVA, p 23, 2013). RSA é o compromisso da organização com a sociedade, evidenciado por meio de atos e atitudes positivas para com elas (Ashley 2002 apud FARIAS FILHO; SILVA; SILVA, p 23, 2013).

Atualmente as organizações vêm dedicando esforços no sentido de se consolidarem como socialmente responsáveis e buscam incluir a responsabilidade corporativa como um elemento presente em sua estratégia empresarial. Em muitas organizações já se observa a preocupação de alterar os processos internos em direção a práticas mais sustentáveis (MARCON; SORIANO-SIERRA, 2017).

É observada, portanto, a valorização do compromisso com as questões sociais alicerçadas no pressuposto de que as empresas nasceram com o propósito de oferecer à sociedade bens e serviços que viessem a suprir as necessidades de consumo desta, e fortalece a tese de que as organizações empresariais devam informar sobre seus atos à sociedade com a qual se interajam. Podemos conceituar empresas socialmente responsáveis àquelas que valorizam as questões éticas no cotidiano de suas ações e principalmente preocupam-se com o bem-estar da comunidade onde estão inseridas (FERREIRA, 2005).

Asbahr (2014, p. 4) faz uma consideração importante sobre a responsabilidade social corporativa com as dimensões ambientais:

A dimensão ambiental da RSC diz respeito aos impactos sobre os sistemas naturais e construídos, os quais incluem os ecossistemas, o solo, o ar e a água. Não só interessam os impactos ambientais de curto prazo, mas também os impactos de longo prazo cujos efeitos são mais dramáticos ao homem e à natureza. Uma empresa considerada socialmente responsável procura minimizar os impactos ambientais negativos e maximizar os efeitos positivos advindos de sua atividade produtiva.

Segundo *Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial* (2013) a Logística reversa é um instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada. O processo pode ser exemplificado através do modelo representativo abaixo:

Figura 1 - Fluxo da Logística Reversa



Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados da pesquisa (2016).

Gladia e Oliveira Júnior (2001, p. 12) conceituam logística reversa como um “circuito de etapas através dos quais os bens produzidos são comercializados até o momento em que são utilizados pelo consumidor final”.

A conciliação do desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente exige a adoção de políticas públicas elaboradas com o propósito de oferecer instrumentos e meios que invocam a adoção de padrões de vida sustentável, uma vez que o risco de condutas que violem direitos e deveres ambientais é presente, sendo necessários mecanismos de gestão e responsabilização eficientes.

A Lei 12.305/2010 foi atenciosa com a logística reversa, pois ofereceu três (03) instrumentos que permitem a sua aplicação, no caso, o regulamento, o acordo setorial e o termo de compromisso.

O Acordo Setorial (art. 3º, inciso I, da PNRS) é ato tipicamente de natureza contratual, a partir de vínculos instituídos entre o Poder Público e eventual agentes de determinado setores da economia que fabricam, importam, distribuem ou comercializam determinado produto, portador de riscos ao meio ambiente, no que seja identificada a necessidade da adoção de um sistema de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto.

Já o regulamento é o estabelecimento de regras, normas e diretrizes para regulamentar um determinado sistema de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto. Ele conterà os deveres e direitos dos atores envolvidos no procedimento de logística reversa indicados quais atividades e que situações devem ser assumidas por cada ator no sistema, no caso, o que implique na responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto.

E o termo de compromisso é a formalização de obrigações para que determinado ato em específico seja realizado e entregue. De preferência deve ter um prazo estabelecido. Em se tratando da logística reversa, o termo de compromisso pode ser firmado para definir um conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os

impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos.

Logo, a aplicação da logística reversa no contexto da responsabilidade socioambiental principia a adoção de uma ação de cautela para com a disposição final de um produto; a assunção de uma visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública; induz a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta; constitui um mecanismo de cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade; justifica a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; e destaca o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania; tudo com o representativo propósito sustentável de não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, além de provocar o estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável.

### **3 A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E OS RUMOS PARA A SUSTENTABILIDADE NOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA DO CICLO DE VIDA DO PRODUTO**

Analisando a Política Nacional de Resíduos Sólidos, vê-se que há ampla participação social. Envolvem-se o poder público, o setor privado e a sociedade, com metas e estratégias nacionais sobre o tema.

A questão não é somente local, e sim global. É observado também nesta pesquisa, que, a partir da promulgação da Lei da PNRS, restou claro o compromisso das empresas para com o Estado e sociedade, chamado de Acordo Setorial.

Esse acordo é visto como uma ferramenta importante para consolidar o engajamento dos fabricantes e fornecedores junto ao poder público, fomentando a mudança na produção e no pós-consumo a fim de melhorar a qualidade do meio ambiente. Sendo o mesmo responsável por todo produto colocado para consumo, volte para o produtor para reciclado.

Diante a Logística Reversa como foi abordado neste artigo, a proposta é otimizar o destino dos resíduos, visando uma mudança cultural na maneira de lidar com eles, de forma a incentivar a redução da sua geração e induzir a sua reutilização. A própria PNRS, traz em seu bojo em que as empresas assumam a responsabilidade de retorno de seus produtos descartados pela sociedade e cuidem da adequada destinação.

A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos é uma perspectiva nova e clara da referida norma, entretanto, é evidente, que o setor produtivo assume parcela maior da responsabilidade, até pelos ganhos econômicos e sociais que a ele se advém dos produtos comercializados.

Para ilustrar o narrado até aqui, segundo dados levantados pela Federação do Comércio de São Paulo, algumas empresas desenvolvem projetos para responsabilidade ambiental em seus resíduos sólidos, do processo de fabricação até a logística reversa. Podemos citar a montadora Ford que recebeu o certificado ISO 14001 (certifica empresas compromissadas com o meio ambiente) em todas suas fábricas, graças à redução de 34% de resíduos de seu processo. Os carpetes, a forração do teto, a manta acústica e a caixa de roda são produzidas a partir de PET reciclado. A Ambev, por exemplo, possui um criterioso sistema de gestão ambiental, com meta de reaproveitamento de 99% dos resíduos gerados até 2012, atualmente o reaproveitamento é de 98% (THIESEN, 2015).

Outro case de sucesso que se pode referir é o da empresa Termotécnica, que atua a 50 anos no mercado de EPS (isopor), atualmente desenvolve atividades de reciclagem com seus produtos que são colocados ao mercado para consumo. A empresa, criou um portal onde qualquer pessoa em todo o Brasil vai encontrar um ponto de coleta mais próximo ou a indicação de uma cooperativa ou da coleta seletiva da sua cidade para dar destinação adequada aos resíduos de EPS. Ela disponibiliza à comunidade uma rede de mais de 1.100 pontos de coleta e mais de 370 cooperativas recicladoras (THIESEN, 2015).

Também, importante frisar, que o citado Comitê Orientador na finalidade de elaborar propostas de modelagem da Logística Reversa e subsídios para o edital de chamamento para o Acordo Setorial é outro elemento inovador no cenário da Política Nacional de Resíduos Sólidos, pois, está concebido em uma clara proposta colaborativa entre os diversos setores interessados no correto tratamento dos resíduos. Sabe-se que ainda temos poucos acordos realizados, porém, a perspectiva para novos acordos

é real, o que demonstra o olhar das organizações para o tratamento dos resíduos oriundos dos seus processos produtivos.

Diante deste cenário, a responsabilidade socioambiental possui tendência no âmbito da sustentabilidade e na agregação de valor aos negócios organizacionais. Neste contexto, a PNRS, demonstra caminhos a serem adotados pelo setor produtivo, na busca de negócios sustentáveis. Assim, este posicionamento estratégico possui forte tendência em ser disseminado no meio produtivo, afim de gerar o compromisso – e ganhos – nas organizações consideradas sócio ambientalmente responsáveis.

De toda forma, forçoso reconhecer que, ainda que a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos tenha representado uma significativa inovação no procedimento de implementação da responsabilidade socioambiental, sabe-se que os desafios ainda são imenso, frente a uma ainda perversa lógica de mercado em que a grande missão de todos os envolvidos no sistema de produção e consumo é unicamente o proveito econômico.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito ambiental está alicerçado em princípios e normas jurídicas, com vistas à proteção do meio ambiente. O objetivo deste trabalho foi analisar a Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei nº 12.305, de 2010 e estabelecer um breve panorama da responsabilidade socioambiental das organizações.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, sendo bem de uso comum do povo, razão pela qual o dever de zelar pela sua qualidade é compartilhado pela sociedade.

Nesse contexto, destaca-se a PNRS, valoroso instrumento jurídico a instituir diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos. A PNRS dispõe sobre a responsabilidade compartilhada, consistente no envolvimento mútuo do Estado, setor produtivo e cidadãos.

Essa política demonstra a preocupação do Estado com o desenvolvimento sustentável, pois o descarte inadequado dos resíduos é prejudicial à saúde pública e danoso ao meio ambiente. Verifica-se, ainda, o compromisso em promover a internalização dos custos sociais decorrentes do processo produtivo, evitando que a coletividade, apenas, sofra as consequências dos danos ambientais.

Com o presente estudo, foi possível observar a responsabilidade ambiental das empresas diante a PNRS. Restou evidenciado o dever das empresas em oferecer à sociedade ações que promovam o bem-estar da comunidade onde estão inseridas. A PNRS estabelece a responsabilidade do setor produtivo pelo ciclo de vida dos bens postos para consumo, sendo chamado esse processo de logística reversa.

Para futuros estudos, recomenda-se a realização de estudo de caso em empresas com procedimento de logística reversa para verificar os avanços obtidos após a vigência da Lei instituidora da PNRS.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (Brasília) (Org.) *Logística Reversa de Equipamentos Eletroeletrônicos Análise de Viabilidade Técnica e Econômica*. Disponível em: [http://www.abdi.com.br/Estudo/Logistica%20reversa%20de%20residuos\\_.pdf](http://www.abdi.com.br/Estudo/Logistica%20reversa%20de%20residuos_.pdf). Acesso em: 08 dez. 2013. p 14.

ASBAHR, Péricles. A RESPONSABILIDADE SÓCIO-AMBIENTAL DA INDÚSTRIA QUÍMICA. 2014. Disponível em: <[http://www.unifae.br/publicacoes/pdf/IIseminario/pdf\\_reflexoes/reflexoes\\_21.pdf](http://www.unifae.br/publicacoes/pdf/IIseminario/pdf_reflexoes/reflexoes_21.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (Brasil) (Org.). ABNT NBR 10004. 2004. Disponível em: <[http://www.aslaa.com.br/legislacoes/NBRn\\_10004-2004.pdf](http://www.aslaa.com.br/legislacoes/NBRn_10004-2004.pdf)>. Acesso em: 26 dez. 2014.

ATTANASIO, Gabriela Muller Carioba; ATTANASIO JUNIOR, Mario Roberto. *Análise do Princípio da Precaução e suas implicações no Estudo de Impacto Ambiental*. Encontro Anual ANPPAS 2008.

BECHARA, Erika. A coleta seletiva na Política Nacional de Resíduos Sólidos. In: BECHARA, Erika (Org.). *Aspectos relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 92/105.

BRASIL. *Lei nº 12.305, de 2010*. INSTITUI A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS; ALTERA A LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Institui A Política Nacional de Resíduos Sólidos; Altera A Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e Dá



Outras Providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_at\\_02007-2010/2010/lei/112305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_at_02007-2010/2010/lei/112305.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. (Org.). *Logística Reversa*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/instrumentos-da-politica-de-residuos/comite-orientador-logistica-reversa>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

CARRIERI, A. P.; SILVA, A. R. L.; PIMENTEL, T. D. O tema da proteção ambiental incorporado nos discursos da responsabilidade social corporativa. *Revisada, adm. contemp.*, Curitiba, v. 13, n. 1, mar. 2009.

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

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO (Brasil) (Org.). *Acordo setorial para embalagens de óleos lubrificantes completa um ano. 2014*. Disponível em: <[file:///C:/Users/USUARIO/Documents/Artigos/Artigo%20CERJUPS/sinteseambiental\\_9.pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Documents/Artigos/Artigo%20CERJUPS/sinteseambiental_9.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2014.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade; SOUZA, Lucas Dantas Evaristo. Resíduos Sólidos: Análise da Política Nacional e Implicações da Responsabilidade compartilhada e da Logística Reversa no Setor Empresarial. In: NEVES, Rafael Burlani; WILLRICH, Fernando Amorim (Org.). *Direito Imobiliário e Ambiental*. Santa Catarina: Univali, 2013. p. 271-286.

DIAS, Marialice Antão de Oliveira. Educação Ambiental e Resíduos Sólidos: Um estudo de caso aplicado ao lixão da Vila Princesa em Porto Velho. In: BECHARA, Erika (Org.). *Aspectos relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 76-91.

ERTURGUT, R.; SOYSEKERCI, S. The problem of sustainability of organizational success in public educational institutions: a research on the education administrators in Turkey. World Conference on Educational Sciences 2009. *Procedia Social and Behavioral Sciences*, n.1, p. 2092-2102, 2009.

FARIAS FILHO, Milton Cordeiro; SILVA, Silmara Ferreira da; SILVA, Rafael Ferreira da. *Ações de responsabilidade socioambiental de agroindústrias de polpa de açaí*. Reuna, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p.21-36, dez. 2013.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (Org.). *POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS (PNRS)*. São Paulo: Departamento de Meio Ambiente, 2012. 30 p.

FERREIRA, F. S.; PUCCI, E. P.; LOPES, D. M.; ALBONETI, E. F. Responsabilidade social corporativa no processo estratégico das organizações: uma abordagem através do balanço social. In: *VIII Seminários em Administração*, 2005, São Paulo. Anais do VII SEMEAD, 2005.

GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini; DE OLIVEIRA JÚNIOR, Mário Ângelo. *A logística reversa como instrumento de ação na garantia da sustentabilidade ambiental: análise das inovações trazidas pela política nacional de resíduos sólidos*. Idea, v. 2, n. 2, 2011.

GALLI, Alessandra. A educação ambiental, seu papel transformador e a nova Política Nacional de Resíduos Sólidos. In: BECHARA, Erika (Org.). *Aspectos relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47-75.

HARRIS, Jonathan M.; ROACH, Brian. *Environmental and natural resource economics: A contemporary approach*. ME Sharpe, 2013.

INSTITUTO ETHOS (Brasil) (Org.). *Resíduos Sólidos*. Disponível em: <[http://www3.ethos.org.br/conteudo/construindo-uma-nova-economia/economia-verde/residuos-solidos/#.VKA-6UA\\_Y](http://www3.ethos.org.br/conteudo/construindo-uma-nova-economia/economia-verde/residuos-solidos/#.VKA-6UA_Y)>. Acesso em: 28 dez. 2014.

MARCON, G.A. A Precaução no Licenciamento Ambiental. In: PASOLD, C. (Org.) *Ensaios sobre meio ambiente e direito ambiental*. Florianópolis: Insular, 2012.

MARCON, G. A.; SORIANO-SIERRA, E. J. ETNOGRAFIA COMO ESTRATÉGIA INVESTIGATIVA DA CULTURA ORGANIZACIONAL PARA A SUSTENTABILIDADE. *Revista de Gestão Social e Ambiental*, [s.l.], v. 11, n. 1, p.38-55, 20 abr. 2017. RGSA- Revista de Gestao Social e Ambiental. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.24857/rgsa.v11i1.1234>.

MARTINS, Juliana Xavier Fernandes; MURARI, Gabriel Garcia. Os princípios ambientais na Política Nacional dos Resíduos Sólidos: A questão principiológica. In: BECHARA, Erika (Org.). *Aspectos relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-30.

NETO, Tiago José Pereira. A Política Nacional de Resíduos Sólidos: os reflexos nas cooperativas de catadores e a logística reversa. *Diálogo*, n. 18, p. 77-96, 2011.

REDE SOCIAL BRASILEIRA POR CIDADES JUSTAS E SUSTENTÁVEIS (São Paulo). *Guia para a implantação da Política Nacional de Resíduos Sólidos nos municípios brasileiros de forma efetiva e inclusiva*. 2013. Disponível em: <<http://www.cidadessustentaveis.org.br/residuos>>. Acesso em: 26 dez. 2014.

RÊGO, Rita de Cássia Franco; KILLINGER, Cristina Larrea; BARRETO, Maurício. O que é lixo afinal? Como pensam mulheres residentes na periferia de um grande centro urbano. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, p.1583-1592, out. 2002.

SANTOS, Cinthya Amaral; MACHADO, Humberto César; DOS SANTOS, Nivaldo. A nova política nacional dos resíduos sólidos e o descarte de embalagens como medida protetiva. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 4, n. 1, 2014.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton Siqueira. Responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. In: BECHARA, Erika (Org.). *Aspectos relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 142-159.

THIESEN, Fernanda. *Experiência da Termotécnica vira case de sustentabilidade*. 2015. Disponível em: <<http://www.termotecnica.ind.br/experiencia-da-termotecnica-vira-case-de-sustentabilidade/>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina; MARCON, Victor Trevilin Benatti. Aspectos relevantes da logística reversa na Política Nacional de Resíduos Sólidos. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 7, n. 3, p. 201-229, 2018.



RECEBIDO EM: 16/07/2018

APROVADO EM: 03/09/2018

**OS DESAFIOS PARA GOVERNANÇA  
GLOBAL EM DIREITOS HUMANOS  
PELAS INCURSÕES À MINERAÇÃO  
AEROESPACIAL, REFLEXÕES AO  
TRATADO DO ESPAÇO EXTERIOR**

***THE CHALLENGES FOR GLOBAL GOVERNANCE  
IN HUMAN RIGHTS FOR THE INCURSIONS INTO  
AEROSPACE MINING, REFLECTIONS ON THE ON OUTER  
SPACE TREATY***

*Ilana Patrícia Nunes Seabra de Oliveira*

*Mestre em Direitos Humanos Interdisciplinar pela Universidade Federal de Goiás.*

*Auditora do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás.*

*Advogada. Especialista em direito público, gestão pública, previdenciário e auditoria  
do controle externo e gestão Pública.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Descobrimientos de Novos Mundos: Paralelo entre os Tratados de Tordesilhas e do Espaço Exterior; Reflexo do Colonialismo Expansionista; 2 Incursões ao Marco Regulatório Americano da Exploração em Asteroide frente à Tratativa de Cooperação Internacional; 3 Incursões ao Marco Regulatório Americano da Exploração em Asteroide frente à Tratativa de Cooperação Internacional; 4 Harmonização Legislativa Aeroespacial e a Teorização da Observação para os Preceitos de Governança Global; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo trata da investigação jusfilosófica do marco regulatório americano contido na Lei Pública nº 114-90 de 25 de novembro de 2015 frente ao Tratado de Cooperação Internacional do Espaço Exterior e aos desafios de governança global em Direitos Humanos. Para tanto, explica o reflexo do colonialismo expansionista do descobrimento dos mundos novos, na lógica de dois tratados: Tordesilhas e Espaço Exterior. Seguidamente, promove incursões à exploração em asteroides frente à tratativa de cooperação internacional contrabalanceando as conformidades e as desconformidades interpretativas e integrativas ao sistema regulador. Ao final, constrói uma sugestão de harmonização à legislação aeroespacial para governança global em Direitos Humanos, revisitando o teor dos tratados, legislações e doutrinas em vigor para uma integração prospectiva ao engajamento dessa nova forma de mineração.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos e Internacional Público. Mineração em Asteroides. Marco Regulatório. Governança Global.

**ABSTRACT:** This article deals with the jusophilosophical investigation of the American regulatory framework contained in Public Law no. 114-90 of November 25, 2015 in the face of the Treaty of International Cooperation on Outer Space and the challenges of global governance in Human Rights. To do so, it explains the reflection of the expansionist colonialism of the discovery of the new worlds, in the logic of two treaties: Tordesillas and Outer Space. It then promotes incursions into asteroid exploration in the face of international cooperation, counterbalancing the interpretive and integrating conformity and nonconformities to the regulatory system. In the end, he builds a suggestion of harmonization to aerospace legislation for global governance in Human Rights, revisiting the treaties, legislations and doctrines in force for a prospective integration to the engagement of this new form of mining.

**KEYWORDS:** Human Rights and Public International. Mining in Asteroids. Regulation Mark. Global Governance.

## INTRODUÇÃO

Conhecer a externalidade terráquea expande os limites da humanidade, inclusive na conexão com sua própria identidade, cuja qual *Carl Edward Sagan* define como realidade circundante: “somos uma maneira do cosmo conhecer a si mesmo”<sup>1</sup> (SAGAN, 2015).

A sabedoria helênica traz relatos sobre a origem cósmica em bases mitológicas nas quais Urano, pelo aspecto caótico e indiferenciado, poderia se associar à cosmogênia<sup>2</sup>; Cronos (Saturno), como elemento regulador da criação do universo, no vértice da paralisação, simetria e identidade, seria a fase da esquizogenia; e Zeus (Júpiter) uma organização ordenada da autogenia, criação e evolução sequencial (BRANDÃO, 1986, p. 192).

Por milênios, estudiosos aprimoraram métodos científicos ampliativos da concepção universal, dentre eles, o modelo geocêntrico<sup>3</sup> de Pitágoras e Aristóteles; a centralidade da Terra com Ptolomeu e Tomás de Aquino; e o modelo heliocêntrico<sup>4</sup> por Copérnico e Galileu Galilei.

Na transição do iluminismo à modernidade elevam as teorias da órbita elíptica de Kepler; a lei da gravitação universal de Newton<sup>5</sup>; a relatividade<sup>6</sup> de Albert Einstein; a teoria do universo em expansão<sup>7</sup> de Friedmann; e a lei de Hubble<sup>8</sup> de Edwin Hubble.

Na filosofia, o espaço é percebido subjetivamente por Immanuel Kant, na obra *Teoria do Céu* (KANT, 1755), com referência aos conceitos articulados, vis-à-vis à dimensão infinita do firmamento perpetrada por mundo sem fim e disposto em uma hierarquia de sistemas mediante evolução permanente, prenúncio da concepção cosmológica na qual “o espaço como objeto da intuição externa é um ou outro. Como não ser de

---

1 SAGAN, Carl. *Fundação Carl Sagan*. Disponível em: <<https://fundacaocarlsagan.wordpress.com/>>. Acesso em: 10 maio 2017.

2 Cosmogonia tem origem grega *Kosmo* e indica parte da astronomia que estuda a ciência sobre a origem e o desenvolvimento de corpos celestes e seus sistemas.

3 O modelo Geocêntrico considera a Terra o centro de universo e sua existente nele gira em seu turno.

4 O modelo Heliocêntrico transfere a centralidade do universo para o sol.

5 A lei segundo a qual os objetos sobre a Terra são atraídos em seu sentido.

6 A teoria da relatividade compreende a ideia de espaço e tempo como uma entidade geométrica unificada.

7 A teoria do *Big Bang* enquanto universo finito, com constante expansão desde o início do tempo.

8 A teoria relaciona as distâncias e suas velocidades de afastamento.

um objeto de percepção não pode ser percebido, o espaço vazio não é um objeto de experiência possível”<sup>9</sup> (KANT, 1986, p. 71).

De modo que a admiração do olhar da humanidade foi descrita por *Norman Cousins* ao referenciar que “o mais significativo na viagem à Lua não foi o homem ter pisado no solo lunar, mas ter posto os olhos na Terra”<sup>10</sup> (COUSINS, 2009). Ao transpor o campo gravitacional, o homem e a consciência cósmica se (re)conhecem.

Percebe o simbolismo humanitário quando a missão da Apollo 11 crava os seguintes dizeres “os homens do planeta Terra pisaram na lua pela primeira vez em julho de 1969 d.C. Viemos em paz, em nome de toda a humanidade”<sup>11</sup>.

Por essa ótica, a condição humana é uma realidade observável dentro da complexa diversidade do sistema de uma galáxia, ao emprestar à existência uma visão fidedigna dos limites apresentados por Hannah Arendt (2001):

Somente quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas, numa variedade de aspectos, sem mudar identidade, de sorte que os que estão a sua volta, sabem que veem o mesmo na mais completa diversidade, pode a realidade do mundo manifestar-se de maneira real e fidedigna.

A imaginação teorizada fictivamente assume o contorno de realidade provável e, a partir dela, o espaço é sideral, o que traduz John Lennon em “a realidade deixa muito espaço à imaginação” (MACHADO DE AVILLEZ, 2009, p. 5). Assim, o imaginário humano cria uma estrutura espacial hábil a observar o nosso universo.

Desdobram as tecnologias essenciais e ágeis a céu aberto e a era da satelização<sup>12</sup> desloca a comunicação para a órbita terrestre, na qual o fluxo planetário fomenta informações qualificadas em todas as esferas. Dessa forma, “o Raimundo do vasto mundo” de Carlos Drummond de

9 KANT. *Opus postumum*, AK XXI, 552; tr. fr. F. Marty, Paris, PUF, 1986.

10 AGÊNCIA ESPACIAL BRASILEIRA. *A Lei da Lua*. Disponível em: <<http://www.aeb.gov.br/category/artigos/page/4/>>. Acesso em: 10 maio 2017.

11 Disponível em: <[www.nasa.com.br](http://www.nasa.com.br)>. Acesso em: 11 maio 2017.

12 Satelização é a ação de pôr em órbita um artefato criado especificamente para este fim, no conceito astronômico.



Andrade<sup>13</sup> (1978) é uma rima alcançável em navios, aviões e regiões isoladas do planeta pela rede tecnológica de comunicação via satélite.

No referencial da pós-modernidade, *Gilles Deleuze* introduz o conceito da sociedade de controle submetida aos dispositivos de vigilância, rastreabilidade, monitorização e satelização (ROLLEMBERG, 2010), na configuração de poder permeável à política orbito-planetária e ao futuro humano, consoante *Deleuze* (1992, p. 3) “o homem do controle antes ondulatório, funciona em órbita, como em um feixe contínuo”.

Na era do expansionismo sideral do século XXI, o presidente estadunidense *Barack Obama* apresenta um marco regulatório contido na Lei Pública nº 114-90 de 25 de novembro de 2015, no que versa ao início das atividades exploratórias da mineração em asteroides, objeto de problematização do presente trabalho, frente aos critérios regulatórios de propriedade do Tratado do Espaço de 1967, definido como Carta Magna Espacial<sup>14</sup>.

Em pleno século XXI, as atividades espaciais se tornaram indispensáveis a todos os países e povos, o avanço tecnológico é vertiginoso, as atividades espaciais se ampliam e diversificam, o número de atores espaciais segue aumentado<sup>15</sup> (FILHO MONSERRAT, José, 2013).

A abordagem desse artigo enfrenta o paralelo entre os Tratados de Tordesilhas e do Espaço Exterior, enquanto reflexo de um colonialismo expansionista; promove as incursões ao marco regulatório americano da exploração em asteroide frente à cooperação internacional; e oferece uma harmonização interpretativa aeroespacial à luz da teoria de *Niklas Luhmann*, na particularidade do observador de segunda ordem, para os preceitos de uma governança global.

O método de análise será a revisão bibliográfica ou a revisitação aos tratados mencionados, doutrinas e normas correlatas a fim de construir uma solução integrativa para a eficácia do marco regulatório.

---

13 Poeta mineiro escritor do Poema de Sete Faces: “Mundo vasto mundo, se eu me chamasse Raimundo seria uma rima, não seria uma solução. Mundo mundo vasto mundo, mais vasto é o meu coração”.

14 Disponível em: <[www.oglobo.globo.com/sociedade](http://www.oglobo.globo.com/sociedade)>. Acesso em: 31 maio 2017.

15 Disponível em: <[www.aeb.gov.br/S](http://www.aeb.gov.br/S)>. Acesso em: 11 maio 2017.

## 1 DESCOBRIMENTOS DE NOVOS MUNDOS: PARALELO ENTRE OS TRATADOS DE Tordesilhas E DO ESPAÇO EXTERIOR, REFLEXO DO COLONIALISMO EXPANSIONISTA

A estratégia marítima de Sagres (PINTO, 2004) trouxe à Portugal a titulação de país descobridor de uma imensidão territorial inimaginável à percepção eurocêntrica até então vivenciada. A partilha em dois hemisférios pelas coroas portuguesa e espanhola opera mediante laços diplomáticos de cooperação e competição do denominado tratado de Tordesilhas.

Justifica-se a assinatura do Tratado de Tordesilhas<sup>16</sup> (MELLO, 2004) na ideia de divisão do mundo em duas partes, nas quais a Espanha cederia o Atlântico e ganharia o outro lado, repleto de riquezas comprovadas (GOES FILHO, 2015).

Essa riqueza sugestionada confere visão do paraíso (HOLANDA, 1998) aos dicotômicos modelos entre as colonizações portuguesa e castelhana, a confirmar a grandeza exploratória do homem pelo enfrentamento de fronteiras marítimas, geográficas e espaciais.

Pelo viés interpretativo sistêmico, o tratado de Tordesilhas (GARCIA, 1994) traz importância ao direito internacional a demonstrar a legitimidade da partilha das novas terras à soberania dos povos descobridores pelos limites acobertados no texto de 7 de junho de 1494:

[...] que tudo o que até aqui é achado e descoberto, e daqui adiante se achar e descobrir por dito senhor rei de Portugal e por seus navios, assim ilhas como terra firme, des a dita raia e linha dada na forma suso dita [...] assim ilhas como terra firmes achadas e por achar, descobertas e por descobrir, que são ou forem achadas pelo dito senhor rei de Portugal e seus sucessores para sempre jamais (GARCIA, 1994, p. 62-76).

Sequencialmente, o aumento da complexidade das relações internacionais e a necessidade de segurança jurídica propulsionam a mudança com novas qualificações em tratados codificados, como prediz o soneto de Luiz de Camões (CAMOES, 1998) quanto aos ventos da transição “mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se

---

16 O tratado de Tordesilhas é o ato inaugural da diplomacia moderna, pois foi o primeiro acordo entre Estados sem a interferência papal. Ele obteve a sanção do Papa em 1506. (MELLO, 2004, p. 1245).

a confiança, todo o mundo é composto de mudanças, tomando sempre novas qualidades”.

Por essas características, codifica-se o instituto do tratado de forma expressiva na Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, em 1969, (MAZZUOLI, 2013), cujos elementos essenciais permeiam a formalidade dos acordos entre os sujeitos de direito internacional público e a vinculação à produção de seus efeitos jurídicos, nos moldes dos Tratados de Tordesilhas e do Espaço Exterior.

Em 27 de janeiro de 1976 entra em vigor o Tratado sobre os Princípios que Regem as Atividades dos Estados na Exploração e Utilização do Espaço Exterior, incluindo a Lua e outros Corpos Celestes<sup>17</sup>, considerado um documento regulador, constituído de um preâmbulo e 17 (dezesete) artigos e um marco para as atividades aeroespaciais.

No preâmbulo, o citado tratado reconhece o interesse que apresenta a toda a humanidade, enquanto programa de exploração e uso do espaço cósmico para fins pacífico, e enfatiza o desejo dos Estados-Partes em contribuir para o desenvolvimento de ampla cooperação internacional no que concerne aos aspectos científicos e econômico da exploração e do uso do espaço cósmico para a pacificação<sup>18</sup> (SENADO FEDERAL, 1969).

O documento estrutura-se na legislação internacional, a regular o comportamento dos Estados no domínio espacial, especialmente o artigo II, quanto à impossibilidade de apropriação nacional ou reivindicação de soberania da Lua e dos demais corpos celestes por parte de qualquer Estado-Nação.

À diferença do Tratado de Tordesilhas com o do Espaço Exterior refere-se precipuamente às questões limítrofes, na medida em que o primeiro estabelece parâmetros à divisão entre as nações e, o segundo, acolhe a indefinição dos limites do espaço exterior.

Quanto à delimitação do espaço exterior, pondera Shaw que “só pode ser clara no aspecto negativo, isto é, dizendo-se o que não é espaço exterior” (SHAW, 2010, p. 1.324). Parte-se do pressuposto de que o espaço

---

17 Disponível:<[//legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=118828](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=118828)>. Acesso em: 25 maio 2017.

18 Texto incorporado ao Decreto Federal nº 64.362, de 17 de abril de 1969. Disponível em: <[legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=118828](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=118828)>. Acesso em: 31 maio 2017.

aéreo é aplicável à baliza denominada linha de Karman<sup>19</sup> a uma altitude de 100 (cem) quilômetros da fronteira entre a atmosfera terrestre e o espaço exterior<sup>20</sup>, em vista disso, o que transcende a atmosfera é tido como sideral, na subdivisão de interplanetário, interestelar e intergaláctico.

Influi-se positivamente a abertura textual do Tratado do Espaço Exterior<sup>21</sup> à liberalidade do princípio “do seu livre uso” na categoria de exploração, estudo e pesquisa, a demonstrar o compartilhamento da ciência cósmica enquanto patrimônio comum da humanidade<sup>22</sup>.

Sobreleva o marco regulatório americano da Lei Pública nº 114-90 de 25 de novembro de 2015 (U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act H.R. 2262), pelo desdobramento do Tratado do Espaço Exterior, ao regulamentar a mineração em asteroides para empresas privadas habilitadas à exploração.

A investigação dessa hipótese prescreve um panorama geopolítico espacial inserido na hegemonia de uma visão neoliberal pela “análise das características geográficas dos fenômenos políticos” (LACOSTE, *apud* LASSERRE, GONON, 2008, p. 12), todavia com resquícios do colonialismo existente no anterior Tratado de Tordesilhas, na lógica de quem descobrir será dito o seu senhor.

Isso posto, o descobrimento territorial hábil a garantir à propriedade portuguesa não refuga à lei estadunidense enquanto ao exame interpretativo de usufruto à nação, com viabilidade exploratória espacial, munido das lentes do neocolonialismo<sup>23</sup> expansionista.

---

19 Linha de *Karman* mediante padrões internacionais, definição pela Fédération Aéronautique Internationale (FAI), The Karman Separation Line: Scientific Significance, disponível em: <<https://www.fai.org/page/icare-boundary>>. Acesso em: 15 maio 2017.

20 Organização dos Trabalhadores Científicos. Disponível em: <[www.otc.pt](http://www.otc.pt)>. Acesso em: 15 maio 2017.

21 “Hoje, o espaço é livre. Não tem cicatrizes de conflitos. Nenhuma nação detém uma concessão lá. Essa situação deve permanecer como está. Nós, dos Estados Unidos, não reconhecemos a existência de proprietários do espaço exterior, que se julguem competentes para negociar com as nações da Terra sobre o preço do acesso a este domínio”. Lyndon Johnson, Presidente do Estados Unidos, sobre o Tratado do Espaço, em 1967.

22 Considerada cláusula do bem comum do Tratado do Espaço Exterior no artigo 1º por José de Monserrat Filho, no artigo publicado em 27 de outubro de 2016, A política espacial e o Tratado do Espaço.

23 Neocolonialismo é um processo de denominação política e econômica estabelecido pelas potências capitalistas.

Percebe que a soberania americana assemelha seu comportamento a de muitos Estados-Nação no viés da compatibilização do seu plano internacional ao interno, capaz de articular a regulação aeroespacial aos interesses financeiros, predominantemente, utilizando de subterfúgios legais como uma “desculpa para não cumprir normas e tratados internacionais” (BAMBIRRA, 2017, p. 161-197).

## 2 INCURSÕES AO MARCO REGULATÓRIO AMERICANO DA EXPLORAÇÃO EM ASTEROIDE FRENTE À TRATATIVA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Entende-se como exploração celestial o empenho humano ao exame do espaço e seus corpos celestes, tais como os asteroides, classificados como recursos pequenos e densos no sistema solar. A natureza de corpos primitivos apresenta importância ao estudo científico pela possibilidade de conter informações a respeito das fases iniciais do sistema solar, relativamente ao disco proto-planetário (LAURETTA, 2006) e ao registro da evolução geológica interplanetária.

O marco regulatório americano em asteroide explorável identifica sua abundância em recursos minerais, particularmente, piroxênio, olivina, ferro, ouro, feldspatos, níquel, cobalto, platina, minerais rochosos com predominância de água e carbono.

Trata-se de *savoir-faire* da tecnologia espacial associada aos conhecimentos de novas fronteiras à serviço de uma qualidade de vida pertencente à humanidade, cuja fase inicial de prospecção<sup>24</sup> encontra-se em curso de futuras missões por meio da *Prospector X*<sup>25</sup>, uma pequena nave espacial robótica que orbitará a Terra, conforme o governo de Luxemburgo.

A segunda fase do projeto é marcada pelo envio do veículo espacial *Prospector 1* para asteroides, com foco na coleta de dados espectrais<sup>26</sup> de alta qualidade e estudos aprofundados. A terceira fase é o encaixe do objeto espacial exploratório à superfície dos asteroides para possível extração mineral.

24 Termo da geologia referente ao conjunto de técnicas relativas à pesquisa enquanto localização precisa e estudo preliminar de uma jazida mineral ou petrolífera.

25 Disponível em: <[www.deepspaceindustries.com/prospector-x/](http://www.deepspaceindustries.com/prospector-x/)>. Acesso em: 18 maio 2017.

26 Dados espectrais especificam as características de refletância ou transmitância de luz de um objeto. Em âmbito espacial utilizado para sensoriamento remoto. Disponível em: <[www.inpe.br/unidades/cep/atividadescep/educasere/apostila.htm](http://www.inpe.br/unidades/cep/atividadescep/educasere/apostila.htm)>. Acesso em: 31 maio 2017.

A National Aeronautics and Space Administration – NASA – com a missão americana da OSIRIS-Rex<sup>27</sup> já apresenta o resultado de teste de instrumentos em asteroides<sup>28</sup> com imagens produzidas em alta resolução.

A US Commercial Space Launch Competitiveness Act (Lançamento do Espaço Comercial dos EUA à Lei de Competitividade)<sup>29</sup> garante às empresas americanas a propriedade legal do produto da mineração ao país exploratório, conforme o parágrafo 51303 do mencionado documento<sup>30</sup>, em versão original:

Tradução livre do parágrafo 51303. Direitos a Recursos do Espaço e a Recursos de Asteroides. Sob este Capítulo, aos cidadãos dos Estados Unidos engajados na recuperação de recursos de asteroides ou do espaço será outorgado o direito sobre quaisquer recursos obtidos de asteroides ou do espaço, em conformidade com a lei aplicável, inclusive as obrigações internacionais dos Estados Unidos. (CONGRESS GOV, 2015).

Cataloga-se pela interpretação desse dispositivo legal que a posse, o transporte, o usufruto e a venda do recurso do asteroide, em uma unidade de processamento de mineração, fazem parte dos desdobramentos afetos ao direito à propriedade, inobstante prelecionar a última seção legislativa a isenção de soberania extraterritorial<sup>31</sup>, conforme versão original<sup>32</sup>.

Tradução livre da Seção 403. Isenção de Soberania Extraterritorial. É o sentido do Congresso que pela promulgação desta Lei, os Estados Unidos não afirmam a soberania ou como soberano ou os direitos

---

27 Disponível em: <[www.nasa.gov/feature/goddard/2017/osiris-rex-asteroid-search-tests-instruments-science-team](http://www.nasa.gov/feature/goddard/2017/osiris-rex-asteroid-search-tests-instruments-science-team)>. Acesso em: 18 maio 2017.

28 Disponível em: <[www.nasa.gov/osiris-rex](http://www.nasa.gov/osiris-rex)>. Acesso em: 18 maio 2017.

29 Disponível em: <[www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/text](http://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/text)>. Acesso em: 18 maio 2017.

30 § 51303. Asteroid resource and space resource rights. "A United States citizen engaged in commercial recovery of an asteroid resource or a space resource or space resource obtained, including to possess own, transport, use, and sell the asteroid resource or space resource or space resource obtained in accordance with applicable law, including the international obligations of the United States". (CONGRESS GOV, 2015).

31 Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/text>>. Acesso em: 18 maio 2017.

32 Sec. 403. Disclaimer of Extraterritorial Sovereignty. It is the sense of Congress that by the enactment of this. Act, the United States does not thereby assert sovereignty or sovereign our exclusive rights or jurisdiction over, or the ownership of, and celestial body (CONGRESS GOV., 2015).

exclusivos de jurisdição ou a propriedade de nenhum corpo celestial (CONGRESS GOV., 2015).

Com efeito, verificam as contradições valorativas nas citadas regras em situação antinômica ao Tratado do Espaço Exterior a forçar uma hipótese interpretativa integrativa do texto pelo sistema internacional vigente, na qual se infere que “todo interprete precisa assumir a condição permanente vivificada do sistema e de superador de antinomias axiológicas” (FREITAS, 2002, p. 47).

As incursões aos regramentos citados, recaem sobre o sujeito incidente do ato jurídico internacional com a prerrogativa de legitimidade por parte Estado-Nação, hábil a assumir direitos e contrair obrigações no âmbito externo, e as organizações internacionais, nos limites da Convenção de Viena.

1. Para os fins da presente Convenção: a) tratado significa um acordo internacional regido pelo direito internacional e celebrado por escrito (i) entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais ou (ii) entre organizações internacionais; quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica (MAZZUOLI, 2012, p 79)

Na esteira desse entendimento, o parágrafo 51303 da Lei Pública nº 114-90 de 25 de novembro de 2015, no viés delegatório individual-cívico (na figura do cidadão), não contemplaria a legitimidade ativa dos Estados-Nação do Tratado do Espaço Exterior e as delimitações presentes na Convenção de Viena de 1969, por essa lógica, tanto os indivíduos, quanto às empresas privadas, poderiam reivindicar o território celeste por não serem países.

De maneira paradoxal, o marco regulatório americano autoriza a exploração e o uso ao cidadão na medida em que reforça isenção de soberania extraterritorial ao Estado-Nação de acordo com teor da seção 403.

Importante esclarecer que os asteroides e demais corpos celestes disputam os internacionalistas em duas correntes opostas, com relação à natureza: a *res nullius* (coisa de ninguém) por Schwarzenberger, Jaccobini, sujeitando-se a primeira ocupação; e *res communis* (coisa comum) por Pépin, Fenwick e Korovine, quanto à impossibilidade de ocupação (Mello, 2004). Consagrando a prevalência da teoria da propriedade comum enquanto fim da sociedade internacional no respectivo tratado.

Ao aparente conflito antinômico, Juarez Freitas (2002, p. 114) apresenta com sugestão de resolução um metacritério mediante prevalência de um princípio axiologicamente superior, a resguardar a unidade sintética dos múltiplos comandos. Sob apuração, o metacritério de interpretação legislativa ao Tratado do Espaço Exterior seria a teoria geral dos tratados internacionais presente na Convenção de Viena de 1969.

Destaca-se na Convenção de Viena, um princípio de interpretação sistêmica constante do parágrafo primeiro do artigo 31, à regra tratativa do *pacta sunt servanda* ao dispor que o pacto internacional interpretar-se-á pela boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos seus termos, em contexto e à luz de seu objetivo e finalidade (MAZZUOLI, 2013.p. 67).

Por conseguinte, o Estado-Nação legiferante da conduta inversa às normas de direito internacional público enfrenta uma desconformidade (*nonconformity*) à Teoria do Ato Próprio, expressa na máxima *venire contra factum proprium non valet*<sup>33</sup> (MAZZUOLI, 2012, p. 95), que quer dizer que nem mesmo o Estado pode atuar contra seus próprios atos anteriores, sob pena da incidência do artigo 26 da Convenção de Viena de 1969, relativamente à má-fé internacional na qual “todo tratado em vigor obriga as partes e por boa-fé deve ser cumprido”<sup>34</sup> (BRASIL, 2009).

Por outro lado, remanesce a tensão entre a lei estadunidense e o controle ao Tratado do Espaço Exterior em aparente conflito ao fenômeno jurídico de usufruto de propriedade de recurso obtido na exploração em asteroide, de tal forma que, contornada a legitimidade pela estratégia linguística, subjugam-se que a outorga de direitos aos recursos obtidos no espaço terá a finalidade do bem comum, em detrimento da iniciativa privada.

Curiosamente, a apropriação do espaço exterior por qualquer legislação nacional a emprestar a validade ao interesse privado fragiliza-se em face da impossibilidade de promessa expropriatória de propriedade sem o concernente domínio, supostamente considerado patrimônio comum da humanidade, resguardado pelo direito cosmopolita nas citações de Kant, por Celso Lafer (2006, p. 34), “o direito cosmopolita diz respeito aos seres humanos e aos Estados em suas relações exteriores e sua interdependência como cidadãos de um Estado aos Estados em suas relações exteriores e sua interdependência como cidadãos de um Estado universal da humanidade”.

33 A expressão *venire contra factum proprium* significa a vedação do comportamento contraditório.

34 Artigo 26 do Decreto Presidencial nº 7030 de 14 de dezembro de 2009: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 24 maio 2017.



Quanto à proposta humana, a hipótese interpretativa segue na concepção de Robert Alexy (2008) à proteção global e à diminuição de desigualdades entre Nações, nas quais a afirmação de superioridade tecnológica exploratória poderia se sobrepor.

Em um alto nível de generalidade, essa completude e essa hermeticidade são relativamente fáceis de serem alcançadas. Assim, com poucos conceitos, com “dignidade”, “liberdade”, “igualdade”, “proteção” e “bem estar da comunidade” é possível abarcar quase tudo aquilo que tem que ser levado em consideração em um sopesamento de direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 159).

Por conseguinte, a coordenação do peso valorativo referenciado por Robert Alexy se traduz no sopesamento do valor humano concebido como bem-estar da comunidade à imprescindibilidade da cooperação internacional para sua garantia, constante dos itens 3 e 4 do artigo 1 do Decreto Federal nº 19.841 de 22 de outubro de 1945<sup>35</sup>:

#### Capítulo I. Propósitos e Princípios.

Artigo 1. Os propósitos das Nações Unidas são: (*omissis*)

1. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião e
2. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para consecução desses objetivos comuns (BRASIL, 1945).

A harmonização em prol do desenvolvimento entre as nações favorece a governança global, entendida como o conjunto de instituições, mecanismos, relacionamentos e processos, formais e informais<sup>36</sup>, entre Estado, mercado, cidadãos e organizações, internas e externas ao setor público, através dos quais os interesses coletivos são articulados, direitos e

---

35 Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 31 maio 2017. Previsto no item 3 do artigo 1 do Capítulo 1 do Decreto Federal nº 19.841 de 22 de outubro de 1945, referente à promulgação das Cartas das Nações Unidas, cujo anexo faz parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, USA, em 1945.

36 Os processos informais são considerados soft law ou droit moi.

deveres são estabelecidos e diferenças são mediadas (WEISS; THAUKUR, *apud*, BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2014).

Ao manto dessa governança macroespacial, Eric Andeson, Co-Fundador e Co-Presidente da Planetary Resource Inc.<sup>37</sup> aponta que o marco regulatório estadunidense é o único e maior reconhecimento dos direitos da propriedade na história: “a legislação estabelece o mesmo quadro de apoio que criou as grandes economias da história e vai encorajar o desenvolvimento sustentável no espaço” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2016).

Na esteira desse entendimento, a Agenda para o Desenvolvimento Sustentável 2030 e Metas de Desenvolvimento Sustentável<sup>38</sup> da Nações Unidas reporta a governança espacial global como apta a tangenciar o mapeamento do futuro da humanidade e contribuir em quatro pilares de resultados: economia, sociedade acessibilidade e diplomacia, todos espaciais, consoante o plano de trabalho aprovado na UNISPACE+50<sup>39</sup> (UNOOSA) considerado uma *soft law*<sup>40</sup> à fronteira entre a lei e a ética no desenvolvimento do espaço.

#### 4 HARMONIZAÇÃO LEGISLATIVA AEROESPACIAL E A TEORIZAÇÃO DA OBSERVAÇÃO PARA OS PRECEITOS DE GOVERNANÇA GLOBAL

A proposta de mineração aeroespacial em asteroide instiga a averiguação dos observadores, no qual o primeiro observador se reveste do eu-humanitário, presente no Tratado do Espaço Exterior. Na ótica homem-humanidade, irradia-se o conteúdo do ser-humano enquanto valor de tutela jurídica ao plano de expansão espacial, cujos cenários novos reconstroem discussões e, conseqüentemente, ordenamentos normativos condizentes e alinhados.

A concepção aeroespacial e o manejo dialógico da sociedade mundial pressupõem a acessibilidade à interlocução e à ampliação de sistemas

37 Disponível em: <[www1.folha.uol.com.br/ciencia/2016/02/1744018-lei-permite-mineracao-de-asteroides-e-da-inicio-a-nova-era-da-exploracao-espacial.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2016/02/1744018-lei-permite-mineracao-de-asteroides-e-da-inicio-a-nova-era-da-exploracao-espacial.shtml)>. Acesso em: 29 maio 2017.

38 Disponível em: <[nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030](http://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030)>. Acesso em: 19 maio 2017.

39 A Comissão sobre Uso Pacífico do Espaço Espacial (COPUOS) celebrará o cinquentenário em 2018, a meta da UNISPACE + 50 é contribuir para as atividades espaciais a consecução dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e a exploração pacífica e uso dos espaços, considerando a sustentabilidade a longo prazo de suas atividades. Disponível em: <[www.unoosa.org](http://www.unoosa.org)>. Acesso em: 19 maio 2017.

40 A *soft law* é o manejo de documentos e fontes não específicas do direito internacional para o substrato avaliatório de aplicação ou de afastamento postural a salvaguardar bens jurídicos importantes à humanidade e ao planeta.

funcionais diferenciados, os quais estão correlatos às comunicações, inclusive, na interdependência da satelitização orbito-planetária, portanto, abertos às inovações tecnológicas e fechados sistematicamente pela parca legislação existente.

No horizonte dessa compreensão, o Tratado do Espaço Exterior é a espaçonave e o piloto é homem condutor na representação da Lei Pública nº 114-90/2015, enquanto segunda investigação. Dessa forma, cabe perquirir: como averiguar esse piloto que conduz essa nave?

A análise traz o simbolismo do homem-piloto ao crivo dos valores capitalistas, dentre eles: produtor de bens, financiador de interesses econômicos, mantenedor de finalidade lucrativa e executor de esgotamento dos recursos naturais terrestres, relativamente à situação descrita por *Luhmann* como irritações sistêmicas:

Os ruídos de ambientes, portanto, são – e apenas podem ser – internamente processados. Diante da irritação, o sistema pode ignorar ou reagir, mas sobre isso o ambiente não tem controle, depende apenas do sistema a opção por adaptação (FERREIRA, 2015, p.42).

O fato é que o financiamento público americano apresenta sinais de desgaste para essas ações e, portanto, a irritação sistêmica proposta por *Luhmann* predispõe a uma transformação. Assim, a reação sobre o ambiente financeiramente comprometido gera a adaptação junto à iniciativa privada para garantir o prosseguimento e a manutenção das pesquisas aeroespaciais, no que *Luhmann* (1997) define como informações novas processadas:

O entorno pode prejudicar, irritar ou, como diz Maturana, perturbar as operações quando (e somente quando) os efeitos do ambiente aparecerem no sistema como informações e podem ser processadas como tal (LUHUMANN, 1997, p.42).

Esse novo sistema envolve não somente as relações internacionais políticas estadunidenses, mas outros *stakeholders*<sup>41</sup> que se comunicam com às relações econômicas, ambientais, legais e os *shareholders*<sup>42</sup> das grandes corporações privadas, além da “dinâmica do mundo atual, decorrente da evolução tecnológica, econômica e social a exigir que as entidades públicas

41 *Stakeholder* é o público estratégico do processo de comunicação.

42 *Shareholder* significa acionista.

e privadas possuam instrumentos que viabilizem a perenidade” (NERDES, João Augusto Ribeiro. ALTOUNIAN, Claudio Sarian. VIEIRA, Luís Afonso Gomes, 2014, p. 229).

A inovação da mineração em corpos celestes é uma ponte de construção propulsora do crescimento, a qual necessita de uma harmonização legislativa para que sua eficácia no contexto internacional não seja mitigada pelas tratativas de *standart* superior. Para tanto, toma-se emprestado a “ideia recuperada de Marcelo Neves através da metáfora do ponto cego, o ponto que não vemos, mas o outro pode ver” (SILVEIRA, 2015, p. 61).

Como emprestar o olhar ao evolucionismo da humanidade, acomodar interesses tecnológicos (com bases em financiamentos privados), garantir a conformidade no ordenamento vigente e retirar a suposta cegueira?

Examina que a lógica aplicada ao marco regulatório americano segue o mesmo disciplinamento da Convenção das Nações Unidas sobre o Alto Mar, celebrada em Genebra, em 1958, considerando o alto-mar, analogicamente, como espaço sideral, e a jurisdição do Estado cuja bandeira arvoram os navios, como o aparato exploratório mineratório hábil a extração cósmica.

A doutrina que mais tem encontrado seguidores é a da *res communis*, mas entendida no sentido que possuía D. Romano: de coisa destinada ao uso público. Todos têm nele os mesmos direito e ele escapa à apropriação. Este parece ser o sentido do artigo 2º da Convenção de Genebra sobre o Alto Mar: “o alto mar estando aberto a todas as nações, nenhum Estado pode legitimamente pretender submeter qualquer parte dele à sua soberania” (MELLO, 2004, 1326).

Dessa feita, a inclusão de um regramento casado a oferecer um percentual do ganho exploratório das atividades aeroespaciais minerais em corpos celestes para fundos de desenvolvimento global humano atenderia a finalidade proposta no Tratado do Espaço de bem comum para toda humanidade e agregaria o valor humanitário ao vasto coração de “Raimundo” de Carlos Drummond de Andrade<sup>43</sup> (1978) cujo espírito de fraternidade ecoa por Carmén Lúcia Antunes Rocha (2004):

---

43 Poeta mineiro escritor do Poema de Sete Faces: “Mundo vasto mundo, se eu me chamasse Raimundo seria uma rima, não seria uma solução. Mundo mundo vasto mundo, mais vasto é o meu coração”.

Homem é ser que não renuncia a si. A sua dignidade impõe que continue, mesmo quando parece cessada toda esperança. Esta também teima em persistir, em nome da humanidade, em nome do amor que virá, em nome do anseio a se libertar. É esse anseio que acorda a cada dia, ainda que apenas para deixar claro que a noite já se foi e para lembrar que ela voltará ao final de cada entardecer. Homem não tarda: faz-se seu tempo. E todo tempo é de liberdade e esperança (ROCHA, 2004, p. 14).

Sob esses cuidados, “o que se partilha na humanidade” (ROCHA, 2004, p.14) resolve o problema de antinomia da lei estadunidense no macro ordenamento, minimiza as desigualdades socioeconômicas das quais o empoderamento das nações exploratórias poderia agravar, além de clarificar a visão do homem para manutenção da paz perpétua.

A harmonização normativa aeroespacial se realizaria pela criação do Percentual de Ganho Exploratório Espacial vinculado aos programas da Organização das Nações Unidas, o que permitiria a comunicação entre essas fontes de forma convergente à Teoria do Monismo Internacionalista Dialógico, defendida por Mazzuolli (2012, p. 85): “no que tange às relações entre os tratados de direitos humanos e as normas domésticas de determinado Estado” advoga-se no sentido de interação de “diálogo entre essas mesmas fontes”.

Conclui, ainda, que a investigação pelo observador se resolveria em favor da alínea “b” do artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, ao teor de que a autorização de diálogo dos tratados de direitos humanos prezarão sempre pela aplicação da norma mais favorável ao ser humano”, compreendendo como mais favorável aquela que atrela fator humano ao desenvolvimento espacial enquanto direcionamento finalístico.

Porquanto, Benjamin Zymler explica a importância do direcionamento à pessoa humana enquanto a “capacidade de definir o caminho a seguir, colocando a embarcação na rota pretendida pela sociedade”, sob o alerta de que as “escolhas equivocadas podem comprometer o futuro” (ZYMLER, *apud Nardes*, 2014, p. 239).

## 5 CONCLUSÃO

Por considerações finais orienta à noção utilizada por *Michel Foucault* (1981) para o qual o acontecimento é um “meio de se interrogar a atualidade, uma maneira de analisá-la enquanto uma problematização, algo que permite apontar o que é relevante para pensar o presente”, enquanto futuro.

A mineração aeroespacial em asteroides induz nossa consciência humana ao desenvolvimento conjunto ao universo, contudo não afasta a ganância do ser o “homem lobo do homem” por Thomas Hobbes (2003), maximizada pela lucratividade da atividade econômica exploratória.

Talvez a maior riqueza do Tratado do Espaço Exterior seja a singularidade da natureza humana observadora. Somos eternos observadores do que nos cerca e de nossas condutas, enquanto líderes de gerações presentes e futuras, em prol de uma expansão evolutiva sustentável e pacífica entre as nações.

Somos segmentados, no momento em que nos percebemos como Estados-Nação, mas globalmente interligados, na proporção em que nos (re) conhecemos como terráqueos, ao passo que o pacto entre as gerações em prol da sustentabilidade global implica em responsabilidades e ações direcionadas a realizá-la no fluxo da era espacial, inclusive.

Os principais projetos traçados dizem respeito à exploração econômica da Lua, por meio de refinarias de gás Hélio-3, geração de energia e instalação de sistemas de comunicação em áreas permanentes voltadas para a Terra e a extração de minerais preciosos e raros em asteroides.

Relativamente à última citação, o projeto prevê o lançamento de telescópios espaciais como missão de prospecção, extração auxiliada pela robótica e condução-retorno à Terra, cuja atividade injetará bilhões de dólares no PIB mundial.

Amplia o monitoramento para o nível órbita-planetário, inclusive pelo manejo de estruturas que garantam o controle a sociedade ou a sociedade de controle de Deleuzes (1992), em face de possíveis invasões terroristas ou mesmo de ameaça extraterrestre, no qual o findar do século XXI marcará a busca de energia limpa e acessível frente aos problemas ambientais sinalizados.

Os Estados Unidos da América, Luxemburgo e, de forma incipiente, o Reino Unido manuseiam a legislação nacional a garantir que operadoras privadas assegurem direitos aos recursos extraídos no espaço profundo, especialmente, pela viabilidade financeira agora apresentada à mineração aeroespacial.

A plataforma legislativa e regulatória é uma estratégia global aos recursos próximos à Terra, tais, como os asteroides<sup>44</sup>, conforme a explanação do vice-primeiro-ministro Etienne Schneider de Luxemburgo<sup>45</sup>:

O quadro jurídico que estabelecemos está perfeitamente alinhado com o Tratado do Espaço Exterior. Nossa lei não sugere, nem estabelece ou implica, de modo algum, a soberania sobre um território ou sobre um corpo celeste. Somente a apropriação de recursos espaciais é enfocada no quadro jurídico. A nova legislação espacial de Luxemburgo confirma o forte compromisso do país em se tornar um polo europeu para a exploração e utilização dos recursos espaciais (ETIENNE, *apud* Revista Exame, 2016).

Cabe lembrar que, aos 4 dias do mês de maio de 2017, o Brasil veio a lançar o primeiro satélite geoestacionário brasileiro para defesa e comunicações estratégicas<sup>46</sup> na base Arianespace da Guiana Francesa pelo controle operacional das Forças Armadas, a se apoderar da parcela espacial que lhe cabe.

Dessa feita, a cooperação internacional deverá avançar em um regime de governança em prol de um quadro regulatório global de utilização desses recursos ou critérios acordados entre as nações pactuantes do Tratado do Espaço Exterior, a fim de delimitar um importante valor dos quais os países são signatários: “o bem estar comum”.

Para tanto, a investigação propõe a criação de um percentual denominado Percentual de Ganho Exploratório Espacial cujo limite remuneratório, direcionado aos programas da Organização das Nações Unidas vinculado ao combate às desigualdades socioeconômicas e ao fortalecimento da dignidade humana em todas as suas esferas e, especialmente, por Carmén Lúcia Antunes Rocha (2004), na esperança de uma humanidade melhor.

---

44 Disponível em: <[www.exame.abril.com.br/negocios/dino/nova-lei-espacial-de-luxemburgo-garante-as-empresas-privadas-o-direito-aos-recursos-extraidos-no-espaco-externo-de-acordo-com-o-direito-internacional-shtml/](http://www.exame.abril.com.br/negocios/dino/nova-lei-espacial-de-luxemburgo-garante-as-empresas-privadas-o-direito-aos-recursos-extraidos-no-espaco-externo-de-acordo-com-o-direito-internacional-shtml/)>. Acesso em: 29 maio 2017.

45 Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/dino/nova-lei-espacial-de-luxemburgo-garante-as-empresas-privadas-o-direito-aos-recursos-extraidos-no-espaco-externo-de-acordo-com-o-direito-internacional-shtml/>>. Acesso em: 28 junho 2017.

46 Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2017-05/lancado-ao-espaco-satelite-brasileiro-que-sera-usado-para>>. Acesso em: 28 junho 2017.

A sugestão apontada harmonizaria substancialmente a finalidade do marco regulatório às expectativas normativas apostas no documento internacional mencionado.

Dessa forma, a realização em direitos humanos, no ambiente globalizado e multicultural, comporta-se no equilíbrio do sistema enquanto possibilidade de controle pelos Estados-Nação em face de intervenções humanitárias construtivas, sem ferir a autonomia e soberania reinantes.

A legislação para se sustentar na órbita jurídica precisa da legitimação do procedimento em que a observância do ordenamento macro dar-lhe-á a conformidade estrutural, conforme os ensinamentos do professor Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho “como em uma elipse, as estruturas jurisdicionais de todo se posicionam no ponto da trajetória mais próximo ao núcleo gravitacional da jurisdição constitucional” (COELHO, 2015, p. 384).

O núcleo gravitacional é a coexistência do equilíbrio dessas realidades normativas, das quais a sugestão de melhoramento da comunidade global atenderia o fim reflexivo da única forma de vida humana, a terráquea, cabendo a nossa humanidade definir o que sustenta essa vida ou o que sustenta a Terra. Biblicamente, Jó, no seu versículo 26.7, sob a inspiração do Espírito Santo, prediz: “Ele estende o Norte sobre o vazio, e faz pairar a Terra sobre o nada” (BÍBLIA, 2008).

Do que nada temos, nada deixamos, salvo o que partilhamos, então, sejamos amistosos com a nossa humanidade.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESPACIAL BRASILEIRA.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; NARDES, João Augusto Ribeiro; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. *Governança Pública o Desafio do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 239.

AGUIAR, Odilio Alves (Org.) *apud* LAFAER, Celso. *Filosofia e direitos humanos*. Fortaleza: UFC, 2006. p. 18.



ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio, 2 de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 67.

BAMBIRRA, Felipe Magalhães. Soberania revisitada: construção histórico-filosófica e aproximativa entre direitos humanos e soberania através da dialética do reconhecimento. Belo Horizonte: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 114, p. 161-197, jan./jun. 2017.

BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. V. I, Petrópolis: Vozes, 1986.

BRASIL, *Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação*. Agência Espacial Brasileira, 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública*. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. p. 18.

\_\_\_\_\_. Decreto Presidencial nº 7030 de 14 de dezembro de 2009. *Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Distrito Federal, Brasília, 2009.

BÍBLIA, A. T. Provérbios. In: BÍBLIA. *Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamento*. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

BESSA, A. M.; Dias, C. M. M. *O Salto do Tigre*. Geopolítica Aplicada. Lisboa: Prefácio, 2007.

BORGES, Alexandre Walmott ; COELHO, Saulo (Coordenadores) e outros. *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade: desafios, âmbitos e níveis de interação com o mundo global*. Uberlândia: MG, Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, 2015. p. 384.

CAMÕES, Luiz. *200 Sonetos*. Porto Alegre: L&PM, 1998. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/Mjk0MTUx/>>. Acesso em: 10 maio 2017.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. v.1. Uberlândia, MG: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015. p. 61.

DELUZES, Guilles. *Post Scriptum sobre as Sociedades de Controle*. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 3.

FEDERATION AÉRONAUTIQUE INTERNACIONALE. *FAI Records Commission (ICARE)*. Disponível em: <<https://www.fai.org/page/icare-boundary>>. Acesso em: 15 maio 2017.

FERREIRA, Fernanda Bussanello. *O grito!: dramaturgia e função dos movimentos sociais de protesto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 42.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 47,114.

FILHO MONSERRAT, José. *50 Anos da Declaração da ONU que Originou o Tratado do Espaço*. Brasília: Agência Espacial Brasileira, 2013. Disponível em: [www.aeb.gov.br/50-anos-da-declaracao-onu-que-originou-o-tratado-do-espaco/](http://www.aeb.gov.br/50-anos-da-declaracao-onu-que-originou-o-tratado-do-espaco/). Acesso em: 11 maio 2017.

FOUCAULT, Michel (1981). “Nietzsche, a genealogia e a história”. In: *Microfísica do poder*. Tradução e organização de Roberto Machado, 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, p. 15-37.

GARCIA, José Manuel. A minuta do Tratado de Tordesilhas. In: *Oceanos*, 1994. p. 62-76.

GOES FILHO, Synesio Sampaio. *Navegantes, bandeirantes, diplomatas: um ensaio sobre a formação das fronteiras do Brasil*. Brasília: FUNAG, 2015. p. 71.

HOLANDA, SÉRGIO BUARQUE. Historiador das representações mentais. In: Antônio Candido (org.). *Sérgio Buarque de Holanda e o Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. *Opus Postumum*. AK XXI, 552; tr. fr. F. Marty, Paris: PUF, 1986. p. 71.

LAFER, CELSO. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: O Desafio do Direito a Ter Direitos*. Revista TRF3R, nº 75, p. 37/34, 2006.

LASSERRE, F. ; GONON, E. *Manuel de Géopolitique – Enjeux de pouvoir sur des territoires*. Paris: Armand Colin, 2008. p. 12.

LAURETTA, D. S.; McSWEEN, H. Y. (eds). *Meteorites and The Early Solar System II*, 803-828, 2006. University of Arizona Press, Tucson.

LUHMANN, Niklas. O Conceito de Sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). NIKLAS LUHMANN: *a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 42, 75-91.

MACHADO DE AVILLEZ, Gerson. *Neuroversus*. São Paulo: Humus, 2009. p. 5.

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. *Compliance no Brasil e suas origens*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial, nov. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51-79, 67, 85.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1244, 1326.

PINTO, Luiz Fernando Silva. *Sagres A Revolução Estratégica*. 9. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *Direitos de para todos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 14.

ROLLEMBERG, Rodrigo (Relator). *A política Espacial Brasileira*. Brasília, Câmara dos Deputados: Edições Câmara dos Deputados, 2009. p. 68.

SHAW, Malcom N. *Direito Internacional*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVEIRA, Alessandra *apud* BORGES, Alexandre Walmott Borges; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. v.1. Uberlândia, MG: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015. p. 61.

ZYMLER, Benjamin *apud* NARDES, João Augusto Ribeiro e outros. *Governança Pública: o desafio do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

## Sites consultados:

[www.fundacaocarlsagan.wordpress.com/page/2/](http://www.fundacaocarlsagan.wordpress.com/page/2/)

[www.aeb.go.gov.br/a-lei-da-lua](http://www.aeb.go.gov.br/a-lei-da-lua)

[www.harcuc.gsfc.nasa.gov/nasap.doc/space2-p/apollo11c\\_p.html](http://www.harcuc.gsfc.nasa.gov/nasap.doc/space2-p/apollo11c_p.html)

[directory.arizona.edu/university-arizona-press](http://directory.arizona.edu/university-arizona-press)

[www.deepspaceindustries.com/pro prospector-x/](http://www.deepspaceindustries.com/pro prospector-x/)

[www.nasa.gov/feature/goddard/2017/osiris-rex-asteroid-search-tests-instruments-science-team](http://www.nasa.gov/feature/goddard/2017/osiris-rex-asteroid-search-tests-instruments-science-team)

[www.nasa.gov/osiris-rex](http://www.nasa.gov/osiris-rex)

[www.revistamirabilia.com/sites/default/files/pdfs/2010\\_02\\_01.pdf](http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/pdfs/2010_02_01.pdf)

[www.inpe.br/unidades/cep/atividadescep/educasere/apostila.htm](http://www.inpe.br/unidades/cep/atividadescep/educasere/apostila.htm)

[www.filosofia.org/enc/ros/cosmog.htm](http://www.filosofia.org/enc/ros/cosmog.htm)

[www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/tex](http://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/tex)

[www.ibdee.org.br/compliance-no-brasil-e-suas-origens/](http://www.ibdee.org.br/compliance-no-brasil-e-suas-origens/)

[dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/](http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/)

[www.unoosa.org/oosa/en/COPUOS](http://www.unoosa.org/oosa/en/COPUOS)

[www.portal.tcu.gov.br/](http://www.portal.tcu.gov.br/)

[www.agenciabrasil.ebc.com.br](http://www.agenciabrasil.ebc.com.br)

[www.exame.abril.com.br](http://www.exame.abril.com.br)

RECEBIDO EM: 12/11/2017

APROVADO EM: 05/09/2018

**A RELAÇÃO ENTRE O TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E O  
TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO  
HOMEM PÓS-TRATADO DE LISBOA:  
SOMANDO OU DIVIDINDO ESFORÇOS  
NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS?**

***THE RELATION BETWEEN THE COURT OF JUSTICE OF  
THE EUROPEAN UNION AND THE EUROPEAN COURT  
OF HUMAN RIGHTS AFTER THE TREATY OF LISBON:  
THE SUM OR SHARE OF EFFORTS FOR PROTECTING  
FUNDAMENTAL RIGHTS?***

*Inês Querubina Ceni Reis*

*Procuradora Federal atuante na Equipe Nacional de Cobrança (ENAC)*

*Mestre em Ciência Jurídica*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Modelo de Proteção dos Direitos Fundamentais da União Europeia; 1.1 Fase Pré-Lisboa; 1.2 Fase Pós-Lisboa; 2 Reflexões sobre a relação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem em torno da proteção dos direitos fundamentais; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A autora faz uma breve análise da relação estabelecida entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem em torno da efetiva proteção dos direitos fundamentais, especialmente pós-Tratado de Lisboa, tendo por referência pesquisa bibliográfica e jurisprudencial de ambas as Cortes. Inicialmente, verifica que o Tribunal de Justiça da União Europeia vinha protegendo os direitos fundamentais através dos princípios gerais do direito da União, inspirando-se nas tradições constitucionais dos Estados-Membros e tratados internacionais (nomeadamente na Convenção Europeia dos Direitos do Homem). Com o Tratado de Lisboa, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tornou-se juridicamente vinculativa e houve adesão à Convenção pela União, sem alteração das competências da União. No entanto, recentemente, o Tribunal de Justiça da União Europeia denegou a possibilidade de adesão à Convenção por força de parecer de sua autoria. O resultado desse trabalho indica que a relação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem mantém-se harmoniosa, mas a falta de adesão efetiva da União Europeia à Convenção, além de poder gerar divergência jurisprudencial entre as Cortes, enfraquece a posição ativa dos particulares e dificulta a sua proteção. A autora conclui que, embora a jurisprudência dos tribunais continue em sintonia, essas Cortes deveriam somar esforços (ao que parece, mais da parte do Tribunal de Justiça da União Europeia) para a adesão efetiva da União Europeia à Convenção, minimizando o défice na proteção dos direitos humanos no âmbito da União Europeia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Tribunal de Justiça da União Europeia. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. União Europeia. Tratado de Lisboa. Convenção Europeia de Direitos do Homem.

**ABSTRACT:** The author analyzes the relation between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights regarding the effective protection of fundamental rights – especially after the Treaty of Lisbon – based on research on the bibliography and jurisprudence of both Courts. The Court of Justice of the European Union followed the general principles of rights of the Union in order to protect fundamental rights, taking inspiration from the constitutional traditions of member states and international treaties (namely the European Convention on Human Rights). After the Treaty of Lisbon, the EU Charter of Fundamental Rights became legally binding and the Union acceded to the Convention without changing their competences. However, the Court of Justice of the European Union recently denied the possibility of acceding to the Convention based on its opinion. Results

indicate that the relation between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights is still harmonious, but the lack of effective accidence to the Convention by the European Union (as well as the potential for divergences between the jurisprudence of the Courts) weakens the active position of contracts between private parties and complicates their protection. The author concludes that, despite the current agreeable tone between the jurisprudence of the Courts, they should combine their efforts (especially the Court of Justice of the European Union, as it seems) in order for the European Union to effectively accede to the Convention, minimizing the human rights protection deficit in the European Union.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights. Court of Justice of the European Union. European Court of Human Rights. European Union. Treaty of Lisbon. European Convention on Human Rights.

## INTRODUÇÃO

Para proteger os direitos humanos<sup>1</sup> no âmbito internacional, surgiram sistemas institucionais internacionais, destacando-se a Organização das Nações Unidas, que esteve na origem da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Não obstante, outras organizações regionais foram instituídas com o mesmo propósito. Merece destaque o sistema europeu, tido como o modelo mais avançado na proteção dos direitos do homem em um espaço geográfico, vez que desenvolveu um sistema complexo de proteção dos direitos fundamentais por prever uma relação triangular entre os tribunais nacionais, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).

O TEDH, órgão jurisdicional do Conselho da Europa, de caráter permanente, com sede em Estrasburgo, é composto por um número de juízes igual ao dos Estados-Membros do Conselho da Europa que ratificaram a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (atualmente, possui 47 juízes); tem por competência julgar

---

1 A propósito dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, tais expressões podem ser usadas como equivalentes, mas também podem ser concebidas de forma distinta. Nesse sentido: “The term ‘fundamental rights’ is used in European Union (EU) to express the concept of ‘human rights’ within a specific EU internal context. Traditionally, the term ‘fundamental rights’ is used in a constitutional setting whereas the term ‘human rights’ is used in international law. The two terms refer to similar substance as can be seen when comparing the content in the Charter of Fundamental Rights of the European Union with that of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter.” (FRA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS).

as violações aos direitos humanos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Convenção ou CEDH). O TJUE<sup>2</sup>, com sede em Luxemburgo, constitui a autoridade judiciária da União Europeia; é composto por um juiz para cada Estado-Membro da União Europeia, que são assistidos por advogados-gerais (atualmente, são 28 juízes e 8 advogados-gerais); tem por missão velar, em colaboração com os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, pela aplicação e interpretação uniformes do direito da União.

Diante da ausência de codificação dos direitos fundamentais nos tratados constitutivos da União Europeia, a tutela jurisdicional efetiva nesse âmbito começou por ser densificada jurisprudencialmente como um princípio geral de direito, sendo influenciada pelas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e por instrumentos de proteção internacional de direitos humanos (nomeadamente a CEDH). Ocorre que somente recentemente, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a União Europeia passou a adotar um catálogo de direitos fundamentais, com força vinculativa, que corresponde à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). O Tratado de Lisboa também previu a adesão da União à Convenção. Tratando-se essa previsão de um dever jurídico da União de promover a adesão e não propriamente à adesão efetiva, o TJUE foi provocado pela Comissão Europeia para dizer sobre a compatibilidade do projeto de acordo com a ordem jurídica comunitária. De sua vez, o TJUE emitiu o Parecer n.º 2/2013, manifestando-se pela sua denegação. Passados quase dez anos do Tratado de Lisboa o quadro permanece o mesmo, ou seja, não houve avanços em torno da referida adesão à Convenção pela União Europeia.

Uma vez que a proteção dos direitos fundamentais pende de concretização na União Europeia, a doutrina tem mantido aceso debate sobre os reais motivos que levaram o TJUE a rejeitar a adesão à Convenção; sobre a forma com que o TJUE e o TEDH passaram a se relacionar após o Parecer n.º 2/2013; se há harmonização entre os seus acórdãos das Cortes; se haveria um nível de proteção dos direitos fundamentais mais elevado no espaço da União Europeia na hipótese da efetiva adesão à Convenção e quais os rumos de uma União de direito depois do mencionado parecer.

---

2 O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE ou Tribunal de Justiça) foi designado de Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE ou Tribunal de Justiça), anteriormente ao Tratado de Lisboa. Nesse texto são utilizadas as duas designações da instituição, a depender da época em que invocadas. O mesmo ocorre em relação aos termos “Comunidade Europeia (CE)” - até o Tratado de Lisboa -, e posteriormente, “União Europeia (UE)”.



Dado que o direito europeu tem papel relevante na internacionalização dos direitos humanos, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do TJUE e TEDH, pretende-se nesse artigo apresentar ao leitor as percepções iniciais que se teve sobre o diálogo mantido entre as Cortes mencionadas em termos de proteção dos direitos humanos no âmbito da União Europeia, dando-se ênfase ao período pós-Lisboa.

## 1 O MODELO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

### 1.1 FASE PRÉ-LISBOA

No quadro do Conselho da Europa<sup>3</sup> sempre se teve bem definido o seu objetivo político de promover os direitos humanos, tendo sido aprovada a Convenção<sup>4</sup>, e nesse âmbito instituído o TEDH. O mesmo não ocorreu com a União Europeia (UE)<sup>5</sup> (OLIVEIRA, 2017). No primeiro período de estruturação da UE esteve presente o caráter econômico na integração do bloco, estabelecendo-se muito pouco em termos de direitos fundamentais e ainda voltados às liberdades econômicas. Ausente a proteção dos direitos fundamentais nos tratados da Comunidade Europeia (CE), a sua construção foi-se consolidando a partir de decisões proferidas pelo órgão jurisdicional da CE (no caso, o TJCE). Frente a convocações de particulares de normas nacionais que consagravam os direitos fundamentais, os tribunais constitucionais - especialmente alemão e italiano - passaram a decidir a partir de suas Constituições sobre a aferição de validade dos atos comunitários, o que determinou que o TJCE se pronunciasse nos seus julgados sobre os direitos fundamentais (SOARES, 2002).

Dadas as consecutivas demandas por parte dos tribunais constitucionais nacionais, o Tribunal de Justiça começou a invocar a primazia do direito comunitário na ordem jurídica dos Estados-Membros

3 Criado pelo Tratado de Londres de 05 de maio de 1949, tem sede na cidade francesa de Estrasburgo. Atualmente é constituído de 47 Estados-membros e 6 Estados observadores, que tem por vocação a proteção dos direitos humanos para a cooperação internacional (SOUSA E ALVIM, 2017).

4 A Convenção Europeia dos Direitos do Homem é um tratado internacional aberto exclusivamente à assinatura dos Estados-Membros do Conselho da Europa. A Convenção se destina a ser aplicado internamente pelos Estados parte que a ratificaram, esse tratado regula as "relações entre os Estados e às pessoas sujeitas à sua jurisdição visando assegurar a estas uma série de direitos e garantias fundamentais" (BARRETO, 2010, p. 42)

5 Não é pacífica na doutrina a natureza jurídica da União Europeia; pode ser considerada uma "organização internacional", mas também pode ser chamada de "organização supranacional". A esse respeito, v. SCHERMERS & BLOKKER, 2011, p. 52-53, 56.

(EM). Essa situação fica bem registrada nos acórdãos *Van Gend & Loos* (fevereiro de 1963) e *Costa c. ENEL* (julho de 1964), onde foram suscitadas questões de proteção dos direitos fundamentais (BOMBERG, PETERSON & STUBB, 2008).

A necessidade de defesa da ordem jurídica comunitária, fez com que o TJCE ocupasse um papel mais ativo na tutela dos direitos fundamentais, de modo que iniciou um processo de conjugação de primazia do direito comunitário com a pressão dos tribunais nacionais em fazer valer os direitos fundamentais. Essa posição do TJCE reflete-se no acórdão proferido no âmbito do caso *Stauder* (novembro de 1969), em que houve menção expressa ao direito fundamental (OLIVEIRA, 2017).

Na sequência, o TJCE absorveu os preceitos nacionais e internacionais que tratam da tutela dos direitos fundamentais, sendo que uma de suas primeiras referências foi o acórdão *Internationale Handelsgesellschaft de 1970* (RI JÚNIOR, 2001). Na causa, o TJCE enfaticamente assegurou que a invocação de violações de direitos fundamentais previstas em norma constitucional do EM não pode colocar em questão o direito comunitário; e seguiu com o entendimento de que os direitos fundamentais fazem parte dos princípios gerais do direito, o que é garantido pelo Tribunal de Justiça e que “a salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns dos Estados-membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objetivos da Comunidade (...)” (Tribunal de Justiça, Causa n. 11/70).

O caso *Nold* (maio de 1974) significou um grande passo para o estabelecimento da garantia efetiva dos direitos fundamentais, na medida em que o Tribunal de Justiça mencionou os princípios gerais e as tradições constitucionais dos EM, das constituições dos EM e aos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos do Homem. No caso *Rutili* (outubro de 1975) consta que o Tribunal de Justiça mencionou expressamente pela primeira vez a CEDH; sendo que foi no acórdão *ERT* (1989) que a Convenção Europeia mereceu especial destaque<sup>6</sup>.

Ocorre que a coexistência dos direitos fundamentais comunitários com a Convenção Europeia fez gerar uma espécie de tensão. Isto porque os Estados-Membros da UE estavam obrigados a aplicar os direitos fundamentais tal como interpretados pelo TJUE, mas, ao mesmo tempo,

---

6 Embora a Convenção tenha sido citada com maestria, nem sempre os juízes comunitários a interpretaram de maneira justa. Cf. RI JÚNIOR, Arno Dal, 2001.

eram vinculados à Convenção. O outro motivo foi o fato de que as instituições da UE podiam tomar linhas de atuação sem observar a CEDH porque não eram partes integrantes dessa. O Tribunal de Justiça passou então a incluir a jurisprudência do TEDH nas suas decisões como forma de legitimar sua jurisprudência diante dos EM e do próprio TEDH. Os EM também tiveram um importante papel para sanar as deficiências do direito da União, já que alteraram seus tratados, fazendo alusão expressa aos direitos fundamentais como princípio geral do direito da União (SARMIENTO; MIERES & LINERA, 2007).

Diante desse quadro, o Conselho enviou ao TJCE, em 1994, solicitação de parecer ao Tribunal de Justiça solicitando a sua manifestação sobre a compatibilidade do Tratado que instituiu a CE com a CEDH. O Parecer foi pronunciado em 28 de março de 1996, sob o n. 2/94. O TJCE entendeu que não tinha dispositivo no Tratado que possibilitasse às instituições da União editar normas de direitos humanos ou mesmo de concluir convenções internacionais neste setor. Sustenta-se que o pano de fundo da decisão foi o TJCE temer a intervenção que poderia sofrer na sua atuação, em especial do TEDH. Isso porque o TEDH poderia impor a sua interpretação da Convenção em relação à CE, prejudicando a aplicação uniforme do ordenamento da União e rompendo com o princípio da unicidade no direito da União, desenvolvido pelo TJCE. Se habilitado o TEDH a interpretar o direito da União diante de contrastes entre um ato da União e o direito garantido pela Convenção, os juízes dos EM poderiam dar prevalência ao ordenamento da Convenção em prejuízo do direito da União, abrindo a possibilidade de o juiz estadual submeter ou não uma questão prejudicial ao TJCE (RI JÚNIOR, 2001).<sup>7/ 8</sup>

Em 2000 foi aprovada a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) pelo Conselho Europeu de Nice, com níveis superiores

7 Ainda que o TJCE tenha negado adesão à CEDH, alguns países como Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Grécia, Itália, Finlândia, Suécia e Áustria, com base no ex-artigo 235 do Tratado CE, entenderam pela possibilidade de adesão, especialmente tendo em vista a importância de um controle judicial externo acerca dos direitos do homem. Esta posição foi combatida por alguns países, como a França, vez que considerado inoportuno o controle dos atos comunitários por um órgão internacional formado por juízes de nações que não integravam a União Europeia. De todo o modo, afirma-se que o fato de o Tribunal de Justiça ter sido chamado a responder sobre a possível adesão da CE à Convenção, significou um marco na evolução comunitária dos direitos fundamentais. (JIMÉNEZ, 2007).

8 Alonso Garcia esclarece que a falta de adesão à Convenção não impediu que houvesse o controle indireto pelo TEDH sobre o direito comunitário, tanto é que esta Corte se afirmou competente para apreciar matérias que envolvessem os direitos fundamentais no âmbito da CE, e cita como exemplos a Sentença de 15 de novembro de 1996 (Assunto *Cantoni*) e a Sentença de 18 de fevereiro de 1999 (Assunto *Mattevos*). Cf. GARCIA, 2010 (tradução livre).

de proteção em relação à Convenção, embora com conteúdo controvertido (RI JÚNIOR, 2001). Apesar das boas intenções, a CDFUE nasceu como um documento frágil, visto que não foi vinculada ao Tratado da União Europeia<sup>9</sup> e também não fez eliminar o debate em torno da adesão da UE à Convenção (GARCIA, 2010). Com isso, a UE foi tida pelo mundo e pelos seus cidadãos com uma imagem negativa, quando se exigia dela a consagração de que se apoiava em valores comuns e que dá aos direitos fundamentais o mesmo valor que o dá à cooperação econômica (RI JÚNIOR, 2001).

Até ao Tratado de Lisboa, portanto, concebe-se que as relações entre a UE e a TEDH limitaram-se a que, por meio da jurisprudência do TJCE, os direitos elencados na CEDH fossem tratados como princípios gerais de direito comunitário (DUARTE, 2016).

## 1.2 FASE PÓS-LISBOA

O Tratado de Lisboa (2009) adotou a CDFUE de valor jurídico equivalente ao dos tratados (art. 6º, nº 1, TUE) e introduziu o art. 6º, nº 2, do TUE, nos seguintes termos: “A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados”.

A CDFUE reúne todos os direitos pessoais, cívicos, políticos, econômicos e sociais dos cidadãos da UE num único texto. Inclui as jurisprudências do TJUE, os direitos e liberdades previstos na Convenção Europeia resultantes das tradições constitucionais dos Estados-Membros da UE e outros documentos internacionais. Especificamente sobre a previsão dos direitos e liberdades previstos na Carta e na Convenção, a Comissão Europeia assegura que seu objetivo é tornar os direitos fundamentais mais visíveis e mais explícitos para os cidadãos (COMISSÃO EUROPEIA).

Uma vez reconhecido à CDFUE o «mesmo valor jurídico que os Tratados», esse texto passou, desde então, “a integrar formalmente, e com igual dignidade que os demais instrumentos do direito primário da UE, o bloco de jusfundamentalidade da União, e a influenciar o processo de

---

9 Mesmo que sem força jurídica vinculativa, a CDFUE deu seus primeiros passos como jusfundamento da UE enquanto «norma de orientação». Nesse sentido, A Carta foi utilizada como proposta pela Comissão, serviu de referência nas conclusões do Advogado-Geral e nas decisões do Tribunal de Justiça (PEREZ, 2017); foi citada em julgados do TEDH, nas decisões das jurisdições nacionais e influenciou a criação da Agência dos Direitos Fundamentais da UE (GARCIA, 2010).

decisão das instituições da UE” (PEREZ, 2017). A CDFUE não substitui o sistema de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE, mas completa-o, “não só porque acresce às fontes de direitos fundamentais que já integravam o bloco de jusfundamentalidade da UE, mas também porque contempla um amplo catálogo de direitos fundamentais” (PEREZ, 2017, p. 17). Não há hierarquia, portanto, com as outras fontes de proteção de direitos fundamentais no âmbito da União Europeia. A CDFUE - embora tenha sido concebida para de alguma forma servir como instrumento de codificação dos direitos fundamentais já reconhecidos pela UE - não pode ser lida como um texto cristalizado, ao contrário, terá que conviver com a evolução dos direitos fundamentais na forma como concebidos pelo direito dos EM e pelos instrumentos internacionais que esses tenham aderido, em especial a CEDH (PEREZ, 2017).

É inegável a proximidade entre a CDFUE e a CEDH, num sentido geral, em razão, “das regras interpretativas e de fixação do nível de proteção resultantes dos arts. 52.º, n.º 3, e 53.º CDFUE”; já num sentido especial, porque existente uma relação íntima entre as disposições da CDFUE e os seus “equivalentes” na CEDH. A este cenário “poderá, *de jure condendo*, acrescer a concretização da adesão da União à CEDH prevista no art. 6.º, n.º 2, TUE” (PEREZ, 2017, p. 23).

Entretanto, a previsão do artigo 6.º, n.º 2 do TUE, na versão do Tratado de Lisboa, que concebe a adesão da UE à CEDH, corresponde apenas a um dever jurídico de promover a adesão e isso tem implicações no espaço europeu. É que os EM que constituem a União Europeia, também são Partes Contratantes da CEDH, entretanto, a UE não faz parte da Convenção. Várias questões surgem dessa relação triangular que deverão ser supridas através de acordo de adesão (Duarte, 2002).

A Comissão Europeia, por entender que a adesão efetiva da União Europeia à Convenção depende do estabelecimento de mecanismos processuais necessários, pede um parecer ao TJUE com o seguinte questionamento: «O projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [assinada em Roma em 4 de novembro de 1950] é compatível com os Tratados?»

Na sequência, o TJUE (Tribunal Pleno) proferiu o Parecer 2/13, de 18 de dezembro de 2014, concluindo que não há compatibilidade do Projeto de Acordo com o artigo 6.º, n.º 2, TUE nem com o Protocolo (n.º 8) relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia quanto

à adesão da União à CEDH. O Acordo projetado não foi aceito pelo TJUE, entre outras razões, porque é suscetível de lesar a autonomia do direito da União porque não garante a coordenação entre o artigo 53.º da CEDH e o artigo 53.º da Carta, não previne o risco de violação do princípio da confiança mútua entre os EM no direito da União e não prevê uma articulação entre o mecanismo instituído pelo Protocolo n.º 16 e o processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE; é suscetível de afetar o artigo 344.º TFUE, já que não exclui a possibilidade de os litígios entre os EM ou entre estes e a União, no que concerne à aplicação da CEDH no âmbito de aplicação material do direito da União, serem submetidos ao TEDH (PARECER 2/13 do Tribunal de Justiça).

Após o Parecer n.º 2/2013, o Tribunal de Justiça e o TEDH não avançaram em termos de adesão à Convenção. Os reflexos da posição adotada pelo TJUE e a natureza da relação mantida entre os tribunais em decorrência disso serão abordados na sequência.

## **2 REFLEXÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM EM TORNO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O sistema europeu de proteção dos direitos fundamentais é baseado em uma dualidade: quanto ao catálogo de direitos e quanto aos órgãos jurisdicionais. Por um lado, há o Conselho da Europa que conta com a CEDH (Roma, 1959) e a Carta Social Europeia (Turín, 1961), sendo o TEDH o órgão jurisdicional do Conselho, cuja missão consiste em assegurar que os direitos e garantias definidos na Convenção sejam respeitados pelos Estados. Compete ao TEDH apreciar as queixas (denominadas «petições») apresentadas por indivíduos ou, por vezes, por Estados, que se baseiem em questões relativas à “interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas nas condições previstas pelos artigos 33.º, 34.º, 46.º e 47.º” (art. 32.º da Convenção). Portanto, somente pode queixar-se no TEDH o Estado, a pessoa física, organização não governamental ou grupo de particulares, que se diga vítima da violação da Convenção; o sujeito passivo dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção é o EM e nunca um particular (BARRETOS, 2010, p. 337). De outro lado, há a União Europeia que estabeleceu um sistema próprio de proteção do direito fundamental (VITORIA, 2009) baseado nos princípios gerais do direito da União e nas normas jusfundamentais de distintas fontes: as decorrentes dos tratados constitutivos (especialmente a CDFUE), as normas de proveniência nacional (constantes das Constituições dos EM e de suas tradições constitucionais comuns) e as normas internacionais

referentes à proteção dos direitos humanos (tendo destaque a CEDH) (SILVEIRA, 2017). Compete ao TJUE, conforme referido, como instituição da UE, garantir a interpretação e a aplicação uniforme do direito da União no âmbito de sua atuação.<sup>10</sup> Os destinatários das obrigações previstas na CDFUE, segundo o artigo 51º, nº 1, CDFUE, são as instituições, órgãos e organismos da União e também os EM, quando aplicam o direito da União (SILVERIA, 2017). Esse quadro de variadas fontes de proteção dos direitos fundamentais no âmbito da UE não é alterado com a CDFUE, de forma que o art. 6º, nº 3 do Tratado de UE (TUE) prevê que os direitos fundamentais, tal como os garante a CEDH, bem como as tradições constitucionais comuns do EM, são princípios gerais (SILVEIRA, 2017, p. 68).

O fato é que os 28 Estados-Membros da UE são membros do Conselho da Europa e da CEDH, entretanto, conforme exposto, a UE não é signatária da CEDH. Na prática, isto significa que os atos e omissões praticados por instituições, órgãos e agências da UE não são sindicáveis perante o TEDH. Além disso, apesar de a jurisprudência constante dos tribunais da UE fazer referência à CEDH, os particulares não podem fazer-se valer da jurisprudência do TEDH perante os tribunais da UE, uma vez que estes não se encontram vinculados por essa mesma jurisprudência. Somado a isso, os particulares que virem lesados os seus direitos fundamentais pelos EM quando aplicado o direito da União ficam desprovidos de mecanismos destinados a colocar em causa tais questões, já que não possuem legitimidade ativa nos processos por incumprimento ou para suscitar questão prejudicial junto ao TJUE (DUARTE, 2016). Nessa perspectiva, sustenta-se que tem sido difícil consolidar a relação triangular entre a Convenção, a União Europeia e os Estados, o que, em larga medida, é responsável pelo nascimento de zonas de “deficit processual” de garantias de direitos fundamentais dos indivíduos (ROCHA, 2010, p.38).

O Acórdão *Bosphorus (1998)* fez surgir uma nova etapa na relação entre Luxemburgo e Estrasburgo. O TEDH determinou, no caso, a sua competência para analisar os casos contra as medidas nacionais que implementassem ou derivassem, de forma direta ou indireta, das obrigações do direito da UE — indicando, portanto, que possui o poder de analisar a compatibilidade dos atos da União com as normas da CEDH. Porém, o TEDH considerou que a UE oferece uma proteção de direitos fundamentais

---

10 Em termos de aplicação do critério de jusfundamentalidade da UE, no caso da CDFUE, é preciso analisar se a situação concreta é regida pelo direito da União; se assim não for, aplica-se o padrão da jusfundamentalidade nacional, mas o que determina a definição de aplicação do direito da União, segundo invocação dos particulares, é “a intensidade da ligação entre a situação jurídica em análise e o direito da UE relevante para a solução do caso” (SILVEIRA, 2017, p. 69).

equivalente aos padrões da Convenção, e que por isso não deve estar sujeita ao constante escrutínio do TEDH. Nesta esteira, se a proteção dos direitos fundamentais entrar em risco na UE, concebe-se que o TEDH intervirá, o que não parece uma ideia remota diante da luta contra o terrorismo pela União Europeia (SARMIENTO; MIERES; LINERAS, 2007). Após Tratado de Lisboa, o acórdão *Bosphorus* foi invocado no acórdão *MSS* (2009) e, pelo que se percebe, sem que houvesse alteração da posição do TEDH.<sup>11</sup>

Observa-se que há uma intensa relação entre a Convenção e CDFUE porque ambos os textos pretendem alcançar o mesmo objetivo que é a proteção efetiva dos direitos fundamentais, existindo uma recepção da Convenção e da jurisprudência de Estrasburgo pela jurisprudência TJUE e vice-versa. Entretanto, não se tem visto como suficiente esse nível de entendimento entre as Cortes, trazendo à tona a necessidade de dar maior proteção aos direitos fundamentais na União Europeia, sendo que um dos movimentos para alcançar tal objetivo seria a efetiva adesão da União à Convenção.<sup>12</sup> Nesse contexto, a doutrina tem analisado os motivos que levaram o TJUE a proferir o Parecer n° 2/2013, a espécie de relação que se estabeleceu entre o TJUE e o TEDH após a prolação do parecer, bem como as possibilidades de futura adesão à Convenção pela UE.

Acerca do teor do Parecer n° 2/2013, apontou-se como decepcionante a posição adotada pelo TJUE, haja vista que muito mais teve por intenção proteger as prerrogativas dessa Corte do que proteger propriamente os direitos fundamentais (SPAVENTA, 2015, p. 56).

Na opinião de Jacqué (2015), o TJUE - contrariando o entendimento de todos os EM e da Comissão Europeia<sup>13</sup> - surpreendeu os observadores com a sua posição de denegar o projeto de Adesão. Mesmo tendo sido o

---

11 O Acórdão *Bosphorus* é considerado a pedra angular entre o TEDH e o TEDH. É que esse acórdão reflete a confiança que o TEDH deposita na União, bem como revela “a vontade do TEDH de não impedir a construção da Europa, cuja especificidade reconhece expressamente e a natureza decisiva de seus objetivos” (GILLIAUX, 2016, p. 845, tradução livre).

12 A dificuldade da salvaguarda dos direitos fundamentais na UE tem relação com a efetiva adesão da UE à Convenção, mas também gira em torno da aplicação da CDFUE. Nesse último sentido, ensina Alessandra Silveira que a principal inquietação que tem alimentado os debates em torno da CDFUE relaciona-se com a densificação do seu âmbito de aplicação, ou seja, em que circunstâncias as disposições da Carta seriam aplicáveis. Cf. SILVEIRA, 2014.

13 O TJUE também não adotou o posicionamento da advogada-geral Kokott, que considerou o Projeto de Acordo compatível com os tratados ao se pronunciar no parecer, mas apontou necessidade de algumas alterações (Tribunal de Justiça. *Tomada de Posição da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentada em 13 de junho de 2014*). Na opinião de Jacqué, ao contrário, a conclusão da advogada-geral foi a mesma do TJUE,



Tribunal de Justiça informado sobre o andamento das negociações, não demonstrou reservas durante esse processo. Enfim, a Corte “sozinha contra todos”, tornou-se “guardiã das especificidades da União e, mais particularmente, de seu próprio papel nesse campo” (JACQUÉ, 2015, p. 20). No entanto, segundo o autor, o Parecer nº 2/13 do TJUE pode ser explicado de duas maneiras. A primeira, corresponde ao fato de o Tribunal de Justiça ter demonstrado uma certa desconfiança em relação aos tribunais-nacionais, visto que poderiam deixar de observar o direito da União, sobretudo de reenviar as matérias ao Tribunal de Justiça. A segunda, que o TJUE expressou sua visão constitucional do Tribunal “baseada no respeito pela divisão de poderes, na partilha de valores comuns, na autonomia do direito da União sob o controle exclusivo do Tribunal de Justiça” (JACQUÉ, 2015, p. 19). Na concepção do autor, o conteúdo do parecer não pode ser limitado ao entendimento de que o TJUE procurou evitar a sua submissão a um controle externo. É necessário ir além: “O importante não é detectar intenções ocultas por trás do parecer, mas revelar o ponto de vista do Tribunal sobre as especificidades da União e do seu próprio papel” (JACQUÉ, 2015, p. 20). Dois outros tipos de leitura do Parecer 2/13 ainda são concebidos: do ponto de vista externo e no interesse da proteção dos direitos fundamentais, pode-se perceber um recuo do Tribunal de Justiça sobre si mesmo; do ponto de vista de uma visão constitucional, trata-se de uma nova afirmação da especificidade constitucional da UE, que o Tribunal de Justiça atua como fiador da União. Numa visão mais pragmática, “se nos perguntarmos se, sem adesão, a situação da União será melhor do que após a adesão com base no acordo, a resposta é negativa (preconceito) e os Estados-Membros continuarão a ser colocados numa situação difícil” (JACQUÉ, 2015, p. 22). Para o referido autor “o Parecer 2/13, por se referir aos princípios constitucionais da União e à sua relação com um sistema internacional de controle, deve ser considerado como um parecer fundador da mesma forma que o acórdão Kadi” (JACQUÉ, 2015, p. 21).

Após o Parecer nº 2/2013, independentemente de a União aderir ou não à Convenção, a relação entre o Tribunal de Justiça e o TEDH parece não estar ileso de confronto, conforme ensina GILLIAUX (2016). Os dois tribunais terão que “viver junto e trabalhar para a defesa dos valores fundamentais que são comuns”, com ou sem o controle externo do TEDH para que se tenha “o bem dos litigantes e o bom funcionamento das autoridades nacionais que não podem ser vítimas de sua dupla lealdade”

---

ou seja, nos dois casos o projeto de Adesão não se mostrou compatível com os tratados da União da forma como foi apresentado, devendo ser modificado (JACQUÉ, 2015).

(GILLIAUX, 2016, p. 841). Tanto a União quanto o Conselho da Europa apresentam fundamentos legais em seus textos que são capazes de garantir a serenidade das relações entre o Tribunal de Justiça e o TEDH. Do lado da União, o artigo 51º, nº 1º, da Carta, assegura a coerência da proteção dos direitos fundamentais quando a lei da União estiver em causa, mas preserva a competência do TEDH sempre que o litígio não tiver abrangido o direito da União. Do lado do Conselho, a Convenção prevê no seu artigo 53 que as suas disposições não serão interpretadas como limitando ou prejudicando os direitos humanos e liberdades fundamentais conferidos de acordo com a legislação de qualquer Parte Contratante ou de legislação da qual essa faça parte, a que se observar o nível de proteção mais elevado de proteção dos direitos fundamentais, portanto (GILLIAUX, 2016). Em termos práticos, concebe-se que as relações entre o Tribunal de Justiça e o TEDH são informais e pretorianas<sup>14</sup> (GILLIAUX, 2016). Em termos jurisprudenciais, revela-se uma convergência de entendimentos entre os tribunais. Em alguns casos, “a jurisprudência do TEDH desempenha um papel importante no raciocínio dos tribunais da União”; assim como há casos em que há referência da jurisprudência do TEDH pelo TJUE, seja para apoiar a conclusão ou para demonstrar que os entendimentos das duas Cortes são conciliáveis; por vezes, também, “os tribunais da União tomam a jurisprudência do TEDH como um ponto de partida, desenvolvem então o seu próprio raciocínio e acabam por voltar a esta jurisprudência para consolidar a sua solução” (GILLIAUX, 2016, p. 853).

Em que pese o futuro da adesão depender muito do caminho que a UE escolher, é necessário perceber que a adesão não depende apenas da UE, na medida em que o acordo de adesão precisa ser negociado com o Conselho da Europa, eis que os países que não são membros da UE têm hesitado em conceder mais concessões à UE (FREUNDLICH, 2016). Se ainda existir vontade política suficiente para completar o processo de adesão há muito adiado, a opção de alterar os tratados sob a forma de adotar um novo protocolo é vista como a opção mais viável (FREUNDLICH, 2016). A adesão não é tida como impossível juridicamente falando, mas o destino da adesão, entende-se que é decidido a nível político (FREUNDLICH, 2016).

---

14 Pode-se constatar essa afirmação a partir do fato de haver reuniões entre os juízes de ambas as instituições, onde são considerados os entendimentos recentes das Cortes, seu desenvolvimento e a forma de aplicação da lei. Vários membros de um tribunal foram juízes no outro tribunal, o inverso também é verdadeiro. Os serviços administrativos de ambas as Cortes também se reuniram. No TJUE há um serviço de investigação e documentação da jurisprudência do TEDH. Ainda, os resumos dos acórdãos de Estrasburgo acompanham os relatórios semanais da jurisprudência do TJ e do Tribunal de Primeira Instância (GILLIAUX, 2016).

No contexto atual, Jacqué avalia que é provável que a situação de não adesão persista por algum tempo. O Parecer nº 2/13 é tido como paradoxal na medida em que parece ter apresentado mais vantagens à União à não adesão à Convenção, vez que não sendo parte da Convenção, a União não pode ser objeto de pedidos individuais, não sendo afetada diretamente pelas decisões do TEDH. Acredita, o autor, que o Acórdão *Bosphorus* continuará a ser aplicado, mas agora com um olhar mais exigente da parte do TEDH. Sendo essa, inclusive, a linha de pensamento do Presidente do TEDH em 2015 ao reafirmar o papel de controle do TEDH em torno da proteção dos direitos humanos no território da Convenção, vindo a violação desses direitos tanto de um EM quanto de uma instituição supranacional (JACQUÉ, 2015, p. 42). Na lição de Jacqué, a adesão da União à Convenção não está morta, mas não se sabe se reaparecerá; o que se percebe na atualidade é que enquanto a construção política da UE é contestada e o consenso popular enfraquece, no TJUE há posição firme de que a União deve ser vista como um princípio. Espera, o autor, que a posição do TJUE não corresponda a “pregar no deserto”, colocando um jogo a proteção dos direitos fundamentais e o futuro da União (JACQUÉ, 2015, p. 45).

No entendimento de Duarte, a melhor solução para o sistema de proteção dos direitos fundamentais no espaço europeu de fato decorre da adesão da União Europeia à Convenção. No entanto, no estágio atual da evolução do direito da UE e tendo em vista a sua evolução, entende a autora que existem razões sérias para não apenas admitir, mas defender a necessidade de um controle *a posteriori* por parte do TEDH (DUARTE, 2016). No seu modo de ver, essa posição deve prevalecer notadamente porque observa o princípio do juiz natural, segundo o qual o TEDH é o tribunal competente para julgar as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção submetidas por iniciativa de qualquer parte contratante ou por iniciativa dos particulares, uma vez esgotadas as vias de recurso internas; ainda, porque há deficiência ou insuficiência da garantia do direito à tutela judicial efetiva no âmbito da UE, em virtude da dificuldade ou mesmo impossibilidade de um particular impugnar a legalidade de um ato comunitário de natureza normativa; por fim, pelo fato de que historicamente a vinculação à Convenção corresponde a um sistema jurisdicional de garantia (DUARTE, 2016).

### 3 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo principal estudar a relação entre o Tribunal Europeu de Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da União Europeia na seara da proteção dos direitos fundamentais no espaço da União Europeia, especialmente após o Tratado de Lisboa.

Os resultados sugerem que os direitos fundamentais, tais como plasmados na Convenção Europeia, não foram de fácil absorção pelo Tribunal de Justiça. Esse processo se iniciou com meras referências pelo Tribunal de Justiça às jurisprudências do Tribunal Europeu de Direitos do Homem e tomou força com a vigência do Tratado de Lisboa, vez que previu a força vinculante da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o “dever” da União Europeia de aderir à Convenção. Ocorre o Tribunal de Justiça expressamente negou a referida adesão a partir da Parecer 2/2013, sob o fundamento principal de que poderia colocar em questão a própria autonomia do direito da União. Do material pesquisado, percebe-se que de lá pra cá não houve avanços em termos de concretização da adesão; que a adesão senão distante é improvável de acontecer; que a relação entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem é apontada como pacífica e que não há uma posição consensual na doutrina a respeito dos reflexos da não adesão da União à Convenção, ou seja, se ter-se-ia ou não um nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia. No entanto, prevalece o entendimento no sentido de que a falta de adesão, além de poder gerar divergência jurisprudencial entre as Cortes, é vista como um fator que dificulta a proteção dos seus direitos fundamentais.

Conclui-se que, embora a jurisprudência dos tribunais citados continue em sintonia, essas Cortes deveriam somar esforços para que ocorresse a adesão efetiva da União Europeia à Convenção (ao que parece, mais da parte do Tribunal de Justiça, haja vista que após o Parecer nº 2/2013 não consta que apresentou alternativas para solucionar os obstáculos que marcaram as razões deduzidas no parecer acerca da não adesão). Acredita-se que com a adesão da União à Convenção haveria aumento do acautelamento dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia já que o particular, no atual panorama, não tem acesso direto ao Tribunal de Justiça. A adesão também permitiria que a União fosse passível de responsabilização internacional, visto que caberia à Corte de Estrasburgo verificar se foi oferecida a devida proteção aos direitos humanos por aquela organização supranacional.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*: anotada. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

BOMBERG, E., PETERSON, J., & STUBB, A. *The European Union: how does it work?* (2 ed.). Oxford: Oxford University Press, 2008.

DUARTE, Andreia Morgado. *O cabo das tormentas da União Europeia: a difícil adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Internacional Público e Europeu). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra: Coimbra, 2016.

DUARTE, Maria Luísa. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Natureza e Meios de Tutela. Em AA.VV., & R. M. Ramos (Ed.). In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 723-755.

EUROPEAN COMMISSION. *Policies, information and services*. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/info/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/eu-charter-fundamental-rights/why-do-we-need-charter\\_en#what-it-covers](https://ec.europa.eu/info/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/eu-charter-fundamental-rights/why-do-we-need-charter_en#what-it-covers)>. Acesso em: 19 ago. 2018.

FRA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *About Fundamental Rights*. Disponível em: <<http://fra.europa.eu/en/about-fundamental-rights/frequently-asked-questions#state-fundamental-rights>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

FREUNDKINCH, Petri. *The Autonomy of EU Law - The ECHR Accession Opinion and its Aftermath* (tese), Tallinn University: Helsinki, 2016. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/307858160\\_The\\_Autonomy\\_of\\_EU\\_Law\\_-\\_The\\_ECHR\\_Accession\\_Opinion\\_and\\_its\\_Aftermath](https://www.researchgate.net/publication/307858160_The_Autonomy_of_EU_Law_-_The_ECHR_Accession_Opinion_and_its_Aftermath)>. Acesso em: 23 ago 2018.

GARCIA, Ricardo Alonso. *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Navarra: Civitas, 2010.

GILLIAUX, Pascal. Cjue et Cour EDH: pourquoi la guerre aurait-elle lieu? *Cahiers de Droit Europeen*, n. 3, p. 841-879, 2016.

JACQUÉ, Jean Paul. Pride and/or prejudice? Les lectures possibles de l'Avis 2/13 de la Cour de Justice. *Cahiers de Droit Europeen*, n. 1, p. 19-45, 2015.

JIMÉNEZ, Rosario León. *La figura del Abogado General em el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Madrid: Reus, 2007.

OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto. Direitos Humanos. In: A. P. Brandão, F. P. Coutinho, I. Camisão, J. C. de Abreu (Coords), *Enciclopédia da União Europeia*. Braga: Petrony, 2017. p. 153-456.

PEREZ, Sophie. *A proteção dos direitos fundamentais pelo Direito da União Europeia – da Carta aos Estados, o enigma da Esfinge*, 2017. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/53241>>. Acesso em: 26 abr. 2018

RI JÚNIOR, Arno Dal. O Dilema dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais no Sistema Jurídico Comunitário e na União Europeia, *Sequência 43: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis. 2001.

ROCHA, Armando. *O contencioso dos direitos do homem no espaço europeu: o modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2010.

SARMIENTO, Daniel; MIERES, Luis Javier Mieres; LINERA, Miguel Presno. *Las Sentencias Basicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: estudio y jurisprudência*. Navarra: Thomson Civitas, 2007.

SCHERMERS, Henry G.; BLOKKER, Niels M. *International institutional law: unity within*. 5 ed. rev., Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

SILVEIRA, Alessandra. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). In: A. P. Brandão, F. P. Coutinho, I. Camisão, J. C. de Abreu (Coords), *Enciclopédia da União Europeia*. Braga: Petrony, 2017. p. 67-70.

\_\_\_\_\_. Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: recai ou não recai? Eis a questão! *Revista Julgar*, n. 22, Ed. Coimbra, 2014. Disponível em: <<http://julgar.pt/do-ambito-de-aplicacao-da-carta-dos-direitos-fundamentais-da-uniao-europeia-recai-ou-nao-recai-eis-a-questao/>> Acesso em: 26/08/2018.

SOARES, António Goucha. *A Carta dos Direitos Fundamentais da união Europeia: A Protecção dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 2002.

SOUSA E ALVIM, Mariana. Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). In: A. P. Brandão, F. P. Coutinho, I. Camisão, J. C. de Abreu (Coords), *Enciclopédia da União Europeia*. Braga: Petrony, 2017. p. 112-115.

SPAVENTA, Eleanor. «A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 22, n. 1, p. 35-56, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Processo 26/62*. NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contra Administração Fiscal neerlandesa. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87094&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=183871>> Acesso em: 27 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Case 6/64*. Flaminio Costa and ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica (National Electricity Board), formerly the Edison Volta undertaking). Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=184155>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Causa n. 11/70*. Internationale Handelsgesellschaft mbH and Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011&from=EN.>>. Acesso em: 25/ ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Causa 4/73*. Nold v. Comissão. Rel. [?]. J. em 14.05.1974. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88495&pageIndex=0&doclang=pt&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=593833>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. *Causa 36/75*. Roland Rutili e Ministro do Interior. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6c351f34017fc460b94febe7f3eb92180.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuObhb0?text=&docid=89064&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=542414>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Causa C-260/89*. ERT v. Dimotiki e outros. Rel. [?]. J. 18 jun. 1991. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96792&pageIndex=0&doclang=pt&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=595159>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. *Parecer 2/13, de 18 de dezembro de 2014 do Tribunal de Justiça* (Tribunal Pleno). Disponível em: <[http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd2da9bfa292db4da988afb961242593f9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQchz0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&docid=160882&cid=668013](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd2da9bfa292db4da988afb961242593f9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQchz0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&docid=160882&cid=668013)>. Acesso em: 19 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Tomada de Posição da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentada em 13 de junho de 2014*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160929&doclang=PT>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Application n. 45036/98*. Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Bosphorus%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-69564%22%5D%7D>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Application n° 30696/09*. Case of MSS and Belgium and Greece. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22mss%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-103293%22%5D%7D>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>>>. Acesso em: 18 out. 2017.

VITORIA, Ignacio García. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y el sistema europeo de protección de los Derechos Fundamentales. In: De la Guardia, Ricardo Martín; SÁNCHEZ. Guillermo A. Pérez (dir.). *Los derechos humanos sesenta años después (1948 – 2008)*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 2009.



RECEBIDO EM: 11/04/2018

APROVADO EM: 21/05/2018

# **ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA PENITENCIÁRIO NO BRASIL?**

***STATE OF THINGS UNCONSTITUTIONAL: THE  
SOLUTION FOR THE PENITENTIARY PROBLEM IN  
BRAZIL?***

*Leonardo Bas Galupe Lagos*

*Procurador Federal-AGU. Mestrando em Direito - UFPEL. Especialista em  
Direito Público - UNIDERP. Professor de Direito Administrativo - UCPEL.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A concretização dos direitos fundamentais como função precípua do Estado; 2 Um breve panorama do sistema carcerário brasileiro e sua problemática; 3. As falhas estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: uma possível solução?; 3.1 Conceito e origens do Estado de Coisas Inconstitucional; 3.2 A questão brasileira; Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O trabalho visa apresentar a atual problemática existente no sistema penitenciário brasileiro e de que modo a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional pode contribuir para essa crise. Traça aspectos gerais do constitucionalismo moderno, demonstrando que uma das funções essenciais do Estado é concretizar os direitos fundamentais. Apresenta um panorama geral sobre as prisões brasileiras, apontando algumas medidas que vêm sendo tomadas pelos poderes políticos para enfrentar as constantes violações aos direitos fundamentais dos detentos. Define o que são as falhas estruturais causadoras das transgressões aos direitos constitucionalmente previstos que podem gerar um Estado de Coisas Inconstitucional. Conclui que a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional é uma relevante alternativa para, senão resolver, ao menos atenuar em larga escala o problema carcerário do Brasil. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal deverá, quando do julgamento de mérito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, proferir uma sentença estruturante nos moldes da Corte Constitucional Colombiana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Violação. Sistema Penitenciário. Estado de Coisas Inconstitucional. Sentenças Estruturantes.

**ABSTRACT:** The paper aims to present the current problems in the Brazilian penitentiary system and how the declaration of State of Things Unconstitutional can contribute to this crisis. It traces general aspects of modern constitutionalism, demonstrating that one of the essential functions of the State is to realize fundamental rights. It presents an overview of the Brazilian prisons, pointing out some measures that are being taken by the political powers to face the constant violations of detainees' fundamental rights. It defines what are the structural failures that cause transgressions to the constitutionally foreseen rights that can generate an Unconstitutional State of Things. It concludes that the declaration of State of Things Unconstitutional is a relevant alternative to, if not resolve, at least to attenuate on a large scale the prison problem of Brazil. For this purpose, the Federal Supreme Court should, at the judgment of merit of the Action of Non-compliance with Basic Precept - ADPF 347, issue a structuring sentence in the manner of the Colombian Constitutional Court.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights. Violation. Penitentiary System. State of Things Unconstitutional. Structuring Sentences.

## INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno almeja que o Estado ponha à disposição de seus cidadãos os direitos fundamentais conquistados após anos de luta. A efetivação desses direitos é, em última análise, a consagração da dignidade da pessoa humana. Para tanto, é preciso que todos os responsáveis atuem de forma congregada para que se atinja o espírito das leis fundamentais.

No Brasil, entretanto, estamos longe de ver atendidos os anseios da população no que tange ao respeito de seus direitos fundamentais. A situação é ainda mais crítica quando observamos uma camada abastada e a afônica da sociedade: os presos. As constantes violações aos direitos dos apenados é tema que vem sendo debatido pelas mais variadas esferas da sociedade, mas muito pouco de mudança fática se conseguiu operar.

Nesse contexto, há quem sustente que a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro poderia ser uma alternativa ao descaso generalizado com as condições do apenado. O tema envolve diversos contornos jurídicos, que vão desde o respeito à separação dos poderes até eventuais consequências de um desrespeito da ordem judicial que reconheça essa situação, razão pela qual deve-se analisar até que ponto uma decisão nesse sentido seria a solução do problema.

### 1 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FUNÇÃO PRECÍPUA DO ESTADO

A necessidade de se respeitar os direitos fundamentais advém de longa data, mas o tema ganhou relevo após os horrores vividos na segunda guerra mundial. A partir de então, surgiu na Europa Continental o chamado constitucionalismo pós-guerra, fazendo uma releitura na dogmática constitucional pautada, sobretudo, pela manutenção da dignidade da pessoa humana. A chegada desses novos tempos, nomeados por alguns como neoconstitucionalismo, implicou na constitucionalização dos direitos fundamentais e na atribuição de força normativa às constituições dos Estados. Além disso, alçou o Poder Judiciário a um papel central de controlador de eventuais omissões dos responsáveis em materializar os preceitos constitucionais. Vale aqui trazer à baila os ensinamentos de Daniel Sarmento acerca dos predicados do neoconstitucionalismo:

Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;  
(b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou

“estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre Direito e Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009, p. 113-114).

Em razão da sua relevância, a Constituição Federal de 1988, positivou no art. 1º, inciso III<sup>1</sup>, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, encampando o incentivo de diversos diplomas jurídicos internacionais. O princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana

importa o reconhecimento e a tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência oncológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência como com a preservação de valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante (SOARES, 2013, p. 248).

Importa realçar ainda que o princípio a qual nos referimos, para além de reforçar os direitos fundamentais, implica, igualmente, a imposição ao Estado de obrigações positivas (MARQUES, 2010, p. 558). Vale dizer, que a concretização da dignidade da pessoa humana perpassa pela devida efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles decorrentes de condutas negativas ou positivas do poder público, mas principalmente destas. Os direitos fundamentais representam proteções que vinculam os poderes públicos como destinatários que não podem suprimi-los, devendo regular suas ações em conformidade e consonância a eles (BERNARDO, 2017, p. 348).

Embora dispensável, o constituinte originário preferiu ressaltar a obrigação do Estado em resguardar a dignidade dos presos através do respeito a sua integridade física e moral<sup>2</sup>. Evidente que o fato de a pessoa cumprir pena privativa de liberdade por crime por ela praticado não lhe retira a condição de ser humano, que, por si só, já é suficiente para atrair

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

2 Art. 5º XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

a proteção de sua dignidade. Como visto anteriormente, a única condição para ter direito à dignidade humana é existir no mundo, atributo este que não é perdido pelo encarceramento.

Mas em que pese essa constatação, o sistema prisional brasileiro tornou-se um antro de violações aos mais diversos direitos fundamentais e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana. Inúmeras são as particularidades desse submundo prisional, entre as quais se destacam a superlotação carcerária, o ambiente completamente insalubre e a ociosidade (POZZEBON; AZEVEDO, 2013, p. 415). Neste particular, portanto, o Estado brasileiro vem pecando, e muito, no cumprimento de sua função precípua de assegurar os direitos correspondentes ao mínimo existencial. Estamos longe de atingir o bem-estar punitivo que o constituinte previu.

## **2 UM BREVE PANORÂMA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E SUA PROBLEMÁTICA**

Estudos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Justiça apontam que o Brasil possui uma população carcerária de mais de 726.000 presos, colocando o país na terceira posição do ranking mundial, ao passo que o sistema prisional possui apenas 367.000 vagas para comportar os detentos<sup>3</sup>. O relatório final do trabalho assinalou que a política de encarceramento praticado pelo nosso país alimenta o ciclo de violência, ainda mais considerando o ambiente nocivo à saúde que se criou dentro das penitenciárias, que jamais dará conta de regenerar os presos para que retornem ressocializados à sociedade e deixem de praticar crimes.

Essas práticas geraram a abertura de Comissão Parlamentar de Inquérito, chamada de CPI do Sistema Carcerário, que tramitou na Câmara dos Deputados e cuja conclusão caminhou no sentido que todos esperavam. Constatou-se o óbvio, ou seja, que o Brasil enfrenta uma situação caótica e urgente em seu sistema penitenciário, devendo adotar medidas imediatas para reverter, ou ao menos minimizar, suas consequências, tendo sido elaboradas algumas proposições e recomendações<sup>4</sup>. Em âmbito internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, já cobrou do Brasil explicações acerca de seu sistema carcerário em razão

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cidadania dos presos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em 04 jun. 2017.

4 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário*. Disponível em: [file:///C:/Users/WINDOWS%207/Downloads/cpi\\_sistema\\_carcerario.pdf](file:///C:/Users/WINDOWS%207/Downloads/cpi_sistema_carcerario.pdf). Acesso em: 04 jun. 2017.

das constantes denúncias de violação dos padrões mínimos internacionais de tratamento dos presos<sup>5</sup>.

A falta de efetividade dos direitos conduz a uma crescente desvalorização de sua força normativa e na falta de confiança no discurso dos direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 466). No caso em análise, a situação é ainda mais grave, considerando que titulares dos direitos violados são uma parcela sem capacidade de vocalizar as próprias pretensões perante a sociedade e, não raro, sem direitos políticos.

A prisão tem sido nos últimos séculos a esperança das estruturas formais do Direito para combater o processo da criminalidade (DOTTI, 1998, p. 105). Ocorre que a política do encarceramento no Brasil, seja ele sumário ou definitivo, falhou. Vários fatores podem ser apontados para esta desordem carcerária, como, por exemplo, a cultura da criminalização, quando na verdade o direito penal deveria ser o último a interferir na penalização das condutas. Ferrajoli, citado por Iñaki, aduz que *una política de des-carcelación debe además acontecer como efecto de una seria despenalización que confiera credibilidad al derecho penal restituyéndolo a su carácter de extrema ratio* (RIVERA BEIRAS, p. 80, 2017).

É certo que cabe aos estudiosos da política criminal definir quais condutas devem ser penalizadas com a pena privativa de liberdade frente à realidade nacional, descriminalizando aquelas nas quais as sanções alternativas poderiam ser mais eficientes para aquilo que se quer como função da pena. Mas o fato de se prender muito no Brasil é apenas uma vertente do problema.

O que reputamos de mais crítico nesse contexto é a manutenção das condições carcerárias em níveis degradantes sem que haja consequência aos responsáveis. Após o encarceramento do apenado o Estado simplesmente ignora a existência de seus direitos, praticando uma verdadeira tortura física e moral, muitas vezes com o aval de parte da sociedade. Pode-se concluir que:

[...] la impunidad es una de las principales causas de la persistencia de las prácticas de tortura, esto es, la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones a derechos humanos. Es preciso – dijo – que los actos de tortura sean

5 CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Resolução de 13 de fevereiro de 2017*. Disponível em: [http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Resolucion\\_Carceles\\_Brasil.pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Resolucion_Carceles_Brasil.pdf). Acesso em: 04 jun. 2017.

objeto de investigaciones efectivas que conduzcan al procesamiento y sanción de los responsables (RIVERA BEIRAS, 2017, p. 89).

Essa realidade de reiteradamente não atender aos direitos fundamentais dos presos sem que haja uma consequente punição dos responsáveis gerou uma sensação de banalidade do mal. Pode não haver ânimo (vontade) dos agentes políticos em transformar o sistema no caos, mas considerando que a situação se prolonga no tempo, há a sensação de que se está fazendo o possível, geralmente sob o respaldo da dificuldade financeira do Estado. A omissão dos poderes constituídos e a ausência de críticas por parte da população sobre a violação institucionalizada aos direitos desse grupo vulnerável, resulta naquilo que alguns autores chamam de “normalidade do desumano”:

[...] admitir e tolerar violações aos direitos fundamentais das pessoas encarceradas, passíveis de não responsabilizações jurídicas, abeirase a noção de banalidade do mal *arendtiana*. [...] A ideia em torno da banalidade do mal reproduz, no contexto brasileiro, aquilo que chamamos de *normalidade do desumano*: a omissão do Estado em dignificar a estrutura carcerária, escondendo-se em argumentos como se o cumprimento da pena fosse independente à violação de direitos fundamentais (ALMEIDA; MASSAÚ, 2015, p.13).

Não se pode olvidar, entretanto, a tentativa de alguns segmentos de combater esse descaso. A título exemplificativo, pode-se mencionar o julgamento em sede de repercussão geral proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 592.581<sup>6</sup>, no sentido de

6 REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno,

ser possível impor ao poder público que promova obras emergenciais em estabelecimentos prisionais em respeito à dignidade da pessoa humana, sem que se possa cogitar na sua impossibilidade sob o fundamento da reserva do possível ou da separação dos poderes. Além disso, vem ganhando força junto ao poder judiciário a tese do dano moral em favor de detento que comprove a falta de condições humanas de encarceramento.

Embora não deixem de ser louváveis os supracitados entendimentos judiciais, o fato é que eles podem contribuir apenas para situações pontuais, quando na verdade o problema do sistema penitenciário brasileiro é muito maior que isso. Não basta que apenas alguns presos que se aventurem em ingressar com demanda judicial tenham uma contrapartida pelos maus tratos sofridos. O que se pretende é melhorar de uma maneira geral as condições do cárcere, cuja responsabilidade não pode recair sobre os ombros de apenas um dos poderes, cabendo a cada um dos atores envolvidos reconhecer sua parcela de culpa e trabalhar para superar suas falhas.

### **3. AS FALHAS ESTRUTURAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO?**

#### **3.1 CONCEITO E ORIGENS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Pelo que já foi trabalhado, não há dúvidas de que uma das funções do Estado Democrático de Direito, senão a principal delas, é concretizar os direitos fundamentais constitucionalmente positivados. Nesse sentido, compete a cada um dos três poderes, de forma harmônica e independente, cumprir a empreitada que lhe toca. Não raras vezes existe uma omissão reiterada no desempenho dessa missão em função da falta de interlocução adequada entre os responsáveis. A solução da omissão, nesses casos, não pode ser imposta a um único órgão, e isso porque a omissão em proteger e promover direitos fundamentais decorre de falhas estruturais (CAMPOS, 2016, p. 93).

Graves e sistemáticas violações de direitos são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas (CAMPOS, 2016, p.93). Essa extremada omissão inconstitucional dos poderes instituídos em cumprir os direitos fundamentais recebeu da Corte Constitucional Colombiana o nome de Estado de Coisas Inconstitucional, expressão cunhada em 1997. O caso colombiano fora



levado ao Judiciário por alguns professores de uma cidade do interior do País alegando reiteradas violações aos seus direitos previdenciários. Mas, ao constatar que o problema era generalizado, atingindo um grande número de pessoas, a Suprema Corte percebeu que havia uma falha estrutural, que não podia ser imputada a apenas um órgão. Frente a essa situação, impôs às autoridades responsáveis a construção de soluções estruturais dentro de um prazo razoável. Posteriormente, a Corte Colombiana reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em outras oportunidades, dentre as quais sobre o sistema carcerário daquele País, mas que não trouxe o retorno esperado pelo Judiciário.

De maneira geral, o Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando há uma violação generalizada de direitos fundamentais, que atinja número significativo de pessoas, causada pela inércia persistente das autoridades públicas em alterar tal conjuntura, de forma que apenas uma modificação estrutural de atuação de uma pluralidade de atores pode transmudar a situação inconstitucional. Outro fator determinante para caracterizar esse fenômeno é a possibilidade de congestionamento da justiça se todos atingidos pela omissão pretendessem se socorrer do Poder Judiciário.

Levando em conta que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica que não possui previsão constitucional expressa, ela deve ser utilizada com parcimônia e em situações excepcionais pelo Poder Judiciário, sob pena de afronta à separação dos poderes. Nas decisões proferidas nesses casos, chamadas de “sentenças estruturais”, resta consignado que as partes concordam sobre um “plano” a ser desenvolvido. Carlos Alexandre de Azevedo Campos leciona que

Ante a omissão, deficiência e falhas do Executivo e do Legislativo, chega a ser aconselhável que o Poder Judiciário tome medidas estruturais sob pena de vigorarem “direitos sem remédios”. Para superar bloqueios políticos e institucionais, surge a necessidade de interferência na própria confecção e implementação de políticas públicas. Esse é o papel das sentenças estruturais (CAMPOS, 2016, p. 204).

As sentenças estruturais são importantes porque além de possuírem um efeito direto (cumprimento da ordem judicial), alastram efeitos indiretos (transformações sociais). Essas decisões também reequilibram os poderes dos atores em litígio, redefinem os parâmetros do tema, produzem novos focos e argumentos (CAMPOS, 2016, p. 205), fortalecendo cada poder político e respeitando sua independência e autonomia.

Por fim, apenas para concluir o apanhado geral do instituto, vale referir acerca da importância do monitoramento das sentenças que reconhecem o Estado de Coisas Inconstitucional. Tendo em vista que as ordens interferem nos demais poderes, refletem num segmento da sociedade e que implicam, via de regra, no dispêndio de elevados valores financeiros, surge a dificuldade de sua execução. Com efeito, a criação de comissões específicas, [...] exigência de relatórios periódicos, audiências públicas [...] são exemplos de ferramentas que tornam o monitoramento uma prática que aumenta em muito as chances de sucesso das sentenças estruturais (CAMPOS, 2016, p. 209). O monitoramento serve, especialmente, para que se proceda à eventual flexibilização das decisões frente a obstáculos práticos para que se consiga atingir o objetivo almejado.

### 3.2 A QUESTÃO BRASILEIRA

Não restam dúvidas que o sistema penitenciário nacional enfrenta uma situação de Estado de Coisas Inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal já fora instado a enfrentar a questão através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347, ajuizada em 2015 pelo Partido Socialista e Liberdade – PSOL contra a União e todos os Estados-membros, cujo o mérito ainda está pendente de julgamento. Na petição inicial, o PSOL atribui a diversos responsáveis a culpa pelo caos carcerário e solicita à Corte Constitucional que determine a prática de condutas visando resolver a situação.

A título ilustrativo, o pedido inicial postula que os tribunais e juízes sejam obrigados a realizar audiências de custódia, a abrandar os requisitos temporais de progressão de regime e livramento condicional quando observado que as condições da pena estão mais severas que as previstas na lei, bem como a abater no tempo de prisão o período que se cumpre penas desumanas (compensação da pena). Pretende, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça seja compelido a fazer mutirões carcerários para revisar os processos de execução de pena privativa de liberdade e que a União seja obrigada a liberar os valores constantes do Fundo Penitenciário Nacional.

Ao analisar os pedidos liminares da ADPF 347, o STF deferiu apenas os pedidos para que o Poder Judiciário realize as audiências de custódia e para que a União libere as verbas do FUNPEN<sup>7</sup>. Os ministros

7 PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL –

reconheceram a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no nosso sistema carcerário, mas, ao menos em sede cautelar, indeferiram os demais pedidos sob o fundamento de que não cabe ao Judiciário substituir o papel do Legislativo e do Executivo, devendo apenas superar os bloqueios políticos e institucionais sem se imiscuir na tarefa dos outros poderes de formularem as políticas públicas necessárias.

Do nosso ponto de vista, ainda que não haja decisão definitiva sobre o tema, não deve o STF se limitar a reconhecer a inércia dos demais poderes mas deixar aos seus arbítrios encontrarem uma solução. A contínua omissão em se elaborar medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes caracteriza flagrante “falha estrutural”, atraindo a tomada de medidas mais drásticas por parte do Poder Judiciário. Trata-se de uma situação excepcional que enseja uma tutela jurisdicional diferenciada. A intervenção judicial, nesse caso, caracteriza-se como ativismo judicial estrutural e, satisfeitos os requisitos próprios, não implica em supremacia judicial, revelando-se uma postura judicial legítima (CAMPOS, 2016, p. 257).

Não se sustenta a afirmativa de alguns autores de que numa sentença estrutural, que implica na imposição da concretização de políticas públicas de amplo impacto nacional, haveria um grande subjetivismo decisório. Ora, desde o surgimento do movimento neoconstitucionalista, que trouxe a reaproximação entre direito e moral e a atribuição de eficácia normativa aos princípios jurídicos, as decisões judiciais passaram a comportar uma carga de subjetividade. Cotidianamente o STF se vê provocado a decidir questões políticas (judicialização das relações sociais e da política) e há muito está superada a celeuma de sua legitimidade. O que se deve observar é o limite dessa discricionariedade, que está na obrigação constitucional de fundamentar as decisões. No caso das sentenças estruturantes que

---

SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

reconhecem o Estado de Coisas Inconstitucional, a decisão se pauta na efetivação dos direitos fundamentais.

Talvez o argumento mais sedutor de quem é contrário à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional diga respeito à manutenção da separação dos poderes. Ocorre, todavia, que não se pode mais ter em mente a ideia de separação dos poderes de modo estanque e distante. A Constituição 1988 é o marco, entre nós, do “constitucionalismo cooperativo”, ao passo que a concepção ortodoxa e excludente da separação dos poderes mostra-se absolutamente incompatível com esse modelo constitucional (CAMPOS, 2016, p. 306-307). Ademais, essa teoria surgiu com a pretensão de evitar a absorção de poderes por apenas uma instituição política. Admitir que a omissão reiterada, persistente e inconstitucional dos poderes políticos seja imune à intervenção judicial estrutural significa permitir, justamente, essa concentração de poderes (CAMPOS, 2016, p. 308). Não é demais lembrar que a ordem judicial que declara o Estado de Coisas Inconstitucional não alcança apenas os Poderes Executivo e Legislativo, atingindo também o próprio Judiciário, que possui parcela de culpa na falha estrutural.

Importante destacar, por exemplo, que a Itália foi condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Torreggiani e outros vs Itália*, no qual a denúncia inicial partira de um grupo de detentos em relação às más condições penitenciárias. A Corte decidiu analisar como um todo o sistema carcerário italiano e percebeu os ineficientes esforços do governo para resolver o problema da violação da dignidade humana dos detentos, tendo condenado aquele Estado a implementar em um ano medidas concretas para preservar os direitos dos apenados. Imediatamente a Itália procedeu a diversas alterações legislativas sobre sistema recursal, prisão domiciliar, livramento condicional etc., trazendo resultados práticos benéficos.

Em suma, não sabemos se o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro será a solução para essa crise, mas ao menos se apresenta como uma alternativa de esperança (ainda que parcial). Não se pode mais ficar refém de medidas paliativas adotadas pelas autoridades. Para tanto, entendemos que o STF deve superar a posição já aventada quando do julgamento dos pedidos liminares e atuar nos mesmo moldes da Corte Constitucional Colombiana, proferindo uma sentença verdadeiramente estruturante, ou até mesmo da Corte Europeia de Direitos Humanos, analisando a fundo a problemática do sistema penitenciário. Além disso, é preciso, inicialmente, que as próprias autoridades brasileiras tenham autocrítica reconheçam a existência dessa situação calamitosa, não se conformando com soluções isoladas. A partir

de então devem traçar estratégias criativas e concatenadas entre os três poderes, absorvendo da experiência italiana aquilo que mais contribuiu para a diminuição do problema e evitando as práticas equivocadas perpetradas pela Colômbia para que os mesmos erros aqui não se repitam.

Cabe aqui enaltecer novamente, considerando o alto risco de inefetividade das sentenças estruturais, a importância de se monitorar o cumprimento de eventual decisão dessa natureza pelo Supremo Tribunal Federal, pois foi nesta etapa que o judiciário colombiano cometeu equívocos que comprometeram a resolução da problemática.

#### **4 CONCLUSÃO**

O trabalho pretendeu explorar, ainda que brevemente, a problemática envolvendo o sistema carcerário do Brasil. Percebeu-se que o Estado deve perseguir incansavelmente a concretização dos direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna pelo legislador constituinte, sendo esta uma das razões de sua existência. Entretanto, as autoridades brasileiras abandonaram ao sereno aqueles que estão encarcerados. A pena privativa de liberdade deveria, ao menos em tese, retirar apenas o direito à liberdade do condenado, mas ao que tudo indica nossas prisões estão extraindo inclusive a dignidade dessas pessoas.

A falta de efetividade dos direitos gera um descrédito não só nas instituições que deveriam promovê-los, mas também na própria existência desses direitos. Essa omissão inconstitucional deriva de um conjunto de fatores, que envolve todos os poderes do Estado, num fenômeno chamado de “falha estrutural”, de forma que apenas uma atuação concatenada seria capaz de superar a crise prisional. Medidas analgésicas e desconectadas já não surtem mais efeitos.

Nesse contexto, concluímos que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADPF 347, poderá, pela primeira vez na história, declarar a existência do Estado de Coisas Inconstitucional e proferir uma sentença estruturante que alcance a todos os responsáveis pelo caos do sistema penitenciário. Para tanto, a Suprema Corte deverá abandonar o arranjo desenhando quando da análise liminar da referida ação no sentido de que não poderia se imiscuir nas atividades dos demais poderes. Assim agindo, certamente a decisão não trará resultados práticos satisfatórios, mantendo a situação da forma desumana que conhecemos. Frente a esse caso excepcional, o Supremo deve agir de modo peculiar. Não há porque recear eventual fracasso de uma sentença estruturante, pois, mais grave

do que tentar uma solução é acovardar-se quando provocado, ainda mais prolatando uma decisão inócua (basta ver que a medida liminar do modo como deferida ainda não trouxe alteração significativa no cenário nacional). Está nas mãos do STF, portanto, retirar os demais poderes da inércia, coordenando e monitorando as ações e os resultados a serem alcançados.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático*. In: Miguel Carbonell (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 31-48.

ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro*. Disponível em: <http://docplayer.com.br/6752198-A-normalidade-do-desumano-a-banalidade-do-mal-no-sistema-penitenciario-brasileiro-bruno-rota-almeida-1-guilherme-camargo-massau-2.html>. Acesso em: 07 jun. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário. Disponível em: [file:/// C:/ Users/ WINDOWS%207/ Downloads/ cpi\\_sistema\\_ carcerario.pdf](file:///C:/Users/WINDOWS%207/Downloads/cpi_sistema_carcerario.pdf). Acesso em: 04 jun. 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm). Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Medida Cautelar julgada em 09/09/2015. Disponível em: [http:// www.stf.jus.br/portal/processo/ verProcesso Andamento.asp?incidente=4783560](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560). Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/RS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Julgado em 13/08/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>. Acesso em: 09 jun. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cidadania dos presos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 04 jun. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução de 13 de fevereiro de 2017. Disponível em: [http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Resolucion\\_Carceles\\_Brasil.pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Resolucion_Carceles_Brasil.pdf). Acesso em: 04 jun. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOTTI, Rene Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

HERKENHOFF, João Baptista. *Crime: tratamento sem prisão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARQUES, Mario Reis. *A dignidade humana como prius axiomático*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra, vol. IV, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito Público*, a. 1, n.3, out./dez. 2003.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

POZZEBOM, Fabrício Dreyer de Ávila; AZEVEDO, Rodrigo Guiringuelli. Comentário ao art. 5º, inciso XLIX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 415-417.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações*. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/6876>. Acesso em: 21 maio 2017.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Daniel Sarmento (org). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.



RECEBIDO EM: 01/09/2019

APROVADO EM: 21/10/2019

# **CRIÔNICA: DIREITO À DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E À MANIFESTAÇÃO DE VONTADE POST MORTEM**

***CRYONICS: RIGHT TO DISPOSE OF ONE'S BODY AND TO THE MANIFESTATION OF POST MORTEM WILL***

*Lígia Ferreira de Oliveira e Silva*

*Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)*

*Margareth Vetis Zaganelli*

*Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-  
na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB-IT) e na Alma Mater  
Studiorum Università di Bologna (UNIBO-IT). Professora Titular da Universidade  
Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-  
Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A técnica criogênica: 1.1. Um breve histórico; 1.2. Criogenia e criônica; 1.3. Como funciona a criopreservação; 2. Panorama axiológico da Bioética: 2.1. Autonomia da vontade; 2.2. Manifestação de última vontade; 3. Estudo do caso L.F.M.; 3.1. Circunstâncias iniciais; 3.2. A decisão do STJ; 3.3. O precedente como instrumento de resolução; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo busca delimitar a interação entre criônica e vontade jurídica. Discorre sobre as especificidades da técnica criogênica, expondo seu surgimento, funcionamento e aplicações, bem como a diferença entre criogenia e criônica. A partir de um panorama axiológico da Bioética, define-se a manifestação de última vontade e suas características típicas, destacando seu protagonismo na garantia do direito a dispor do próprio corpo. Finalmente, com respaldo em caso concreto, é proposta uma consideração da lacuna normativa referente à criônica no ordenamento jurídico brasileiro, com atenção especial aos direitos da personalidade e à analogia como instrumentos de resolução, bem como uma análise do precedente estabelecido com a resolução. Utilizou-se de comparação e análise da doutrina jurídica referente à personalidade civil e temas gerais do Biodireito, bem como da produção textual de autoridades no procedimento criônico, e ainda, de relatórios oficiais à respeito de casos concretos relevantes. Por meio da metodologia exploratória, fundamentada em pesquisa bibliográfica, e correlação entre perspectivas distintas, constrói-se uma síntese abrangente e clara a respeito do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criogenia. Criônica. Bioética. Manifestação de Última Vontade. Efeitos *Post-Mortem* da Personalidade. Autonomia da Vontade. Precedentes Vinculantes.

**ABSTRACT:** The present article seeks to frame the interaction between cryonics and legal will. It discusses the specificities of the cryogenic technique, exposing its emergence, functioning and applications, as well as the difference between cryogenics and cryonics. From an axiological outlook of Bioethics, the manifestation of last will is defined, along with its typical characteristics, highlighting its protagonism in guaranteeing the right to dispose of one's own body. Finally, with support in a concrete case, it is proposed a consideration of the normative gap regarding cryonics in the Brazilian legal system, with special attention on personality rights and analogy as means of resolution. Used for comparison and analysis were the legal doctrine regarding civil personality and general Biolaw themes, as well as the textual production of authorities in the cryonic procedure alongside official reports on relevant concrete cases. Through the exploratory methodology, based on bibliographical research, and by correlating distinct perspectives, a comprehensive and clear synthesis of the subject is built.

**KEYWORDS:** Cryogenics. Cryonics. Bioethics. Manifestation of Last Will. *Post Mortem* Personality Effects. Autonomy of Will. Binding Precedents.

## INTRODUÇÃO

O Direito é objeto de constante evolução, por quanto a sociedade – que é sua razão de ser – está em constante transformação. Embora seja necessário determinado nível de estabilidade do ordenamento jurídico e das instituições públicas que o aplicam, é extremamente relevante que a ciência e a prática jurídica sejam capazes de se adaptar às novas demandas sociais.

Nesse sentido, torna-se relevante a análise dos aspectos jurídicos da criônica, técnica do ramo da criogenia que visa a conservação de indivíduos afetados por alguma enfermidade à baixas temperaturas, para que possam ser curados no futuro, mediante avanços na área da saúde.

A partir de uma pesquisa exploratória de caráter majoritariamente qualitativo, realizada por meio de consulta bibliográfica, o presente artigo apresenta de maneira sucinta, porém necessária ao entendimento, os conceitos de Criogenia e Criônica, contextualizando a evolução histórica de tais métodos e formulando relações com o tema central. Em seguida, discutem-se diversos aspectos conflituosos originados do choque entre criônica e direito; e mais especificamente, analisa-se o papel da manifestação de última vontade em casos que afastam-se do costume nacional em se tratando da disposição do *de cuius*.

O artigo apresenta um panorama geral da Bioética e suas principais diretrizes, para então, aprofundar-se na manifestação de última vontade em seus mais variados aspectos: quando e por quê ela se torna necessária, quais são seus requisitos de validade e como declará-la. Apresenta-se o direito ao cadáver como direito personalíssimo, e assim, é traçada uma relação direta entre a autonomia do indivíduo e os efeitos *post mortem* da personalidade.

Finalmente, utiliza-se do Caso Luiz Felipe Monteiro para apresentar de maneira mais clara as principais ideias expostas, analisando cautelosamente os aspectos processuais que ecoam na discussão em tela. Por meio de analogias e direcionamentos axiológicos, busca-se consolidar o caso como importante precedente no sistema jurídico brasileiro em se tratando não apenas da criônica, mas de qualquer disposição do cadáver considerada atípica pelos padrões culturais.

Este trabalho objetiva destacar a necessidade de garantir ao indivíduo uma vontade póstuma, tendo que a disposição do próprio corpo é ato de autonomia, valor primordial no direito privado e diretriz suprasuma na

Bioética. Fundamentalmente, é feita uma exposição acerca de como garantir a tutela da vontade do morto em situações de difíceis circunstâncias.

## 1. A TÉCNICA CRIOGÊNICA

### 1.1. UM BREVE HISTÓRICO

O surgimento da criogenia é largamente atribuído à publicação, em 1962, da versão preliminar do livro *The Prospect of Immortality*<sup>1</sup> por Robert Ettinger, professor americano, mestre em Física e Matemática, e considerado o “pai da criogenia”<sup>2</sup>. O interesse pelo que viria a se chamar criônica lhe ocorreu pela primeira vez durante sua infância, com a leitura do conto *The Jamison Satellite*<sup>3</sup>, escrito por Neil Ronald Jones e publicado na revista *Amazing Stories* em 1931.

Adulto, Ettinger escreveu *The Prospect of Immortality*, que pode ser considerado seu *magnum opus*. O livro faz uma análise profunda de variados aspectos envolvidos no processo de “sono congelado”: o sucesso no congelamento de animais e seu posterior degelo; condições e procedimentos para garantir a melhor qualidade de preservação humana; custos financeiros e riscos de saúde associados à tecnologia; a reintrodução à sociedade após centenas de anos de sono; os impactos na dinâmica familiar e na perpetuação da espécie; a evolução de inteligências artificiais; a infraestrutura necessária para manter o projeto; dentre outros.

Ettinger defende sua tese com clareza e confiança. Sua pesquisa, embora hoje considerada limitada em razão das condições tecnológicas e sociais da época, é bem fundamentada, e o otimismo do autor nunca se confunde com ingenuidade. Já na primeira página de seu desenvolvimento, são estabelecidas proposições fortes ao leitor:

Most of us now living have a chance for personal, physical immortality. [...] we need only arrange to have our bodies, after we die, stored in suitable freezers against the time when science may be able to help us.

---

1 Tradução livre: “A prospectiva de imortalidade.”

2 Embora tal autonomasia seja consagrada, é necessário lembrar que existe uma distinção, a ser explicitada ainda neste artigo, entre criogenia e criônica, sendo esta última o foco da obra de Robert Ettinger.

3 No conto, o protagonista – professor Jameson – tem seu corpo enviado para o espaço, onde se manteria congelado à temperaturas próximas do zero absoluto. Milhões de anos depois, uma raça de ciborgues encontra o cadáver de Jameson, cujo cérebro está perfeitamente conservado. Assim, a consciência do personagem é reparada e implantada em um corpo mecânico, permitindo-lhe a vida eterna.

No matter what kills us, whether old age or disease, and even if freezing techniques are still crude when we die, sooner or later our friends of the future should be equal to the task of reviving and curing us.<sup>4</sup>

Assim, o autor inicia uma convincente teorização a respeito da viabilidade da criônica. Ao final de sua vida, havia escrito mais dois livros sobre o assunto (*Man Into Superman* e *Youniverse*), cuja projeção no meio científico deixou a desejar, mas que demonstram a crença inabalável de Robert na criopreservação. O escritor foi instrumental na criação de organizações como a *The Immortalist Society*, dedicada a promover estudos e pesquisa na área da criônica, e o *Cryonics Institute*, empresa que realiza a suspensão de corpos para futura reanimação – e onde o corpo do próprio Ettinger se encontra.

## 1.2. CRIOGENIA E CRIÔNICA

Vale destacar que existe uma diferença entre os termos criogenia e criônica, embora aquele seja muito mais conhecido que este, e frequentemente utilizado como seu sinônimo.

Criogenia é o ramo da Física que estuda o comportamento de diversos tipos de materiais sob temperaturas baixíssimas, almejando o zero absoluto; suas principais aplicações são observáveis no desenvolvimento de metais supercondutores e na técnica de liquefação de gases. Tais avanços tecnológicos são fundamentais nas áreas da construção civil e da engenharia mecânica, auxiliando na construção de diversas estruturas e equipamentos; no ramo aeroespacial, facilitando o armazenamento e o transporte de combustíveis.

Todavia, estas não são as únicas aplicações da criogenia. Os processos de maior interesse para a discussão aqui levantada são os que ocorrem no meio da saúde, onde a criogenia já tem lugar consagrado.

Soluções e técnicas criogênicas são largamente utilizadas, não só no Brasil como no mundo todo, para a remoção e preservação de órgãos que virão a ser transplantados; bem como na preservação de óvulos, espermatozóides e embriões nas diversas modalidades de reprodução

---

4 Tradução livre: “A maioria de nós vivendo hoje tem uma chance pessoal de alcançar imortalidade física. [...] precisamos apenas tomar providências para, após nossa morte, armazenar nossos corpos em refrigeradores adequados até que a ciência seja capaz de nos ajudar. Não importa o que nos mate, seja velhice ou doença, e mesmo que as técnicas de congelamento ainda sejam rudimentares quando morrermos, cedo ou tarde nossos amigos do futuro devem ser capazes da tarefa de nos reviver e curar.”

assistida. Ainda nesse sentido, também se utiliza de tais procedimentos para conservar tecidos e células de interesse para a pesquisa científica, como por exemplo, as células-tronco.

A criocirurgia se apresenta como uma opção terapêutica – normalmente empregada na dermatologia – adequada para tratar tumores (benignos ou malignos) e lesões cutâneas, remover manchas na pele ou verrugas e tratar diversas outras doenças. Ademais, vem se mostrando como uma alternativa para quem não pode se submeter ao uso do bisturi elétrico, bem como para idosos ou pessoas acometidas por pânico cirúrgico.

Torna-se notório que a criogenia – ainda que leve à debates aquecidos quanto à natureza da vida e da reprodução, geralmente no tocante à preservação de células embrionárias – se consagrou como alicerce da medicina contemporânea. A criônica não compartilha de tal *status*.

Criônica é uma técnica que visa salvar vidas e estender o ciclo vital. Através de uma série de procedimentos, o corpo de uma pessoa legalmente morta é resfriado à temperatura do nitrogênio líquido, fazendo com que a decomposição física essencialmente pare. A esperança é que, no futuro, avanços tecnológicos tornarão viável a restauração dessas pessoas não apenas à vida, mas à saúde plena e à juventude. O *Cryonics Institute* (2019) denomina essas pessoas “pacientes criopreservados”, pois prevalece a concepção de que a morte não é um evento, e sim um processo – portanto, a definição legal de morte não corresponde a um estado biologicamente irreversível.

A criônica é polêmica no meio científico. É considerada por muitos como impossível, utópica, ou mesmo como uma farsa. O diretor clínico do Centro de Criogenia Brasil (CCB), Carlos Alexandre Ayoub, afirma ser impossível preservar a memória humana através da criogenia, julgando mais provável a integração entre consciência e inteligência artificial (BERNARDO, 2018).

Michael Hendricks (2015), neurocientista e professor de biologia, aponta:

While it might be theoretically possible to preserve these features in dead tissue, that certainly is not happening now. The technology to do so, let alone the ability to read this information back out of such a specimen, does not yet exist even in principle. It is this purposeful

conflation of what is *theoretically conceivable* with what is *ever practically possible* that exploits people's vulnerability.<sup>5</sup>

Apesar de diversas opiniões contrárias, é fato que a criopreservação de humanos já se tornou uma realidade em todo o mundo, e que essa tendência produz efeitos sociais que devem ser observados. Para os fins do presente artigo, não está em questão a veracidade da premissa criônica ou a probabilidade factual de sua concretização futura. São considerados os conflitos morais referentes, assim como a dubitabilidade da eficácia da criônica, apenas na medida em que afetam a análise em seu aspecto jurídico e moral.

### 1.3. COMO FUNCIONA A CRIOPRESERVAÇÃO

A seguir, expõe-se de maneira genérica os procedimentos envolvidos no “congelamento” de corpos, segundo dados de uma das maiores instituições no ramo<sup>6</sup>.

O ideal é que o processo de preservação seja iniciado o mais rápido possível após a declaração de morte legal; portanto, é comum que a empresa acompanhe a situação médica de seus pacientes e mantenha um time em *standby* para garantir a rapidez da intervenção. Esse mesmo time é responsável por recolher dados biofísicos acerca do estado corporal do paciente, para futura consulta.

Com a morte legal, inicia-se o processo de estabilização para manter a integridade física do cérebro. Destarte, a circulação é artificialmente restaurada para que o cérebro volte a receber sangue oxigenado; dependendo das circunstâncias, é feita a ventilação do pulmão para potencializar os efeitos dessa etapa. Depois, é induzida a hipotermia para desacelerar o metabolismo. Com o corpo do paciente resfriado até aproximadamente 0 graus Celsius, são administradas determinadas substâncias cujo propósito é prevenir a coagulação sanguínea e proteger o encéfalo. Caso o indivíduo se encontre a uma distância muito grande da sede de preservação, pode ocorrer a substituição do tecido sanguíneo por uma solução de conservação dos órgãos.

---

5 Tradução livre: “Embora talvez seja teoricamente possível preservar essas características em tecidos mortos, isso certamente não está acontecendo agora. A tecnologia para tal não existe nem mesmo em princípio, muito menos a habilidade de interpretar essa informação em algum espécime. Essa conflagração proposital entre o que é teoricamente concebível e o que pode, na prática, ser aplicável, é o que explora a vulnerabilidade das pessoas.”

6 Dados da *Alcor Life Extension Foundation*.

Após a chegada do paciente às instalações definitivas, o fluido no sistema circulatório – que pode ser sangue, ou a supracitada solução química – é removido para que seja introduzida uma solução de vitrificação. A circulação dessa substância promove a substituição parcial da água intracelular por agentes químicos que previnem a formação de cristais de gelo – estruturas capazes de danificar o corpo a níveis microscópicos, prejudicando a integridade física do paciente criopreservado.

Após esses procedimentos, o corpo do paciente é resfriado até a temperatura de nitrogênio líquido (-196 graus Celsius) e inserido em uma câmara selada à vácuo para preservação definitiva – pelo menos até que a medicina consagre avanços capazes de restaurar essas pessoas à vida e à plenitude física.

## **2. PANORAMA AXIOLÓGICO DA BIOÉTICA**

### **2.2. AUTONOMIA DA VONTADE**

Não foi até o desenrolar da Segunda Guerra Mundial, especificamente após a utilização bélica da energia nuclear por parte dos Estados Unidos e os experimentos médicos nos campos de concentração nazistas, que a possibilidade do poderio técnico-científico ir de encontro ao dever moral se tornou alvo de ampla discussão (SÁ; NAVES, 2018).

Há sido costumeiro o uso dos termos Bioética e Biodireito como sinônimos. Ainda sob a ótica de Sá e Naves (2018), surge a hipótese de que a persistência de tal equívoco deve-se a não haver ainda instituto jurídico consolidado que trate das interferências biológicas e ambientais, apenas diretrizes éticas.

Em realidade, há entre tais conceitos uma diferença notável, o que não torna inválida a estreita relação entre ambos. As normas jurídicas não são construção vazia de valores – a moral e a cultura de uma sociedade influenciam no processo legislativo e na consolidação de seu direito objetivo. Pode-se dizer, então, que a regulamentação jurídica emana de e se direciona a uma série de princípios representativos dos valores de determinada sociedade.

A Bioética, matéria da Filosofia, pode ser considerada como o estudo interdisciplinar e sociológico dos valores que devem regular o desenvolvimento científico de modo a proteger as pessoas, os



animais e o meio ambiente, bem como as consequências de ciência executada de maneira inconsequente. O Biodireito surge como a expressão normativa e dotada de juridicidade – isto é, à qual são atribuídas legitimidade e obrigatoriedade – dos princípios que regem a discussão bioética.

Surge, então, a Bioética como alicerce do desenvolvimento científico, e observa-se ao redor do globo um volume expressivo de produções e debates científicos que visam tornar concretos os fundamentos bioéticos. Nesse sentido, vale destacar o *Belmonte Reporte*, documento datado de 1978 e de publicação pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, criada no ano de 1974 nos Estados Unidos.

Esse relatório tornou-se responsável por elencar os princípios clássicos da Bioética, sendo eles: (i) a beneficência, ou seja, ponderação de riscos e benefícios visando a conduta benéfica ao paciente, muitas vezes ressonante com a não-maleficência; (ii) a justiça, que demanda equidade no tratamento dos pacientes e o justo acesso a recursos da saúde; e (iii) a autonomia. Este último é o que se faz mais relevante para a discussão em tela, sendo definido como o poder do indivíduo de tomar decisão informada, voluntária e livre de interferências:

El respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y segundo, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección. [...] Respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones a menos que éstas produzcan un claro perjuicio a otros (THE..., 1978, p. 2-3).

## 2.2. MANIFESTAÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE

A manifestação de última vontade é, fundamentalmente, uma expressão da autonomia e do individualismo. Refere-se a qualquer tipo de manifestação que o indivíduo faça a respeito de como devem ser tratados seu corpo, seu patrimônio e seu legado (moral ou produtivo) após sua morte. Em sua forma expressa, temos como maior item representativo o codicilo, que, como contemplado no art. 1881 do Código Civil Brasileiro de 2002, é um documento no qual “toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro”, dentre outras possibilidades.

Considerando o enterro como a destinação específica do corpo sem vida, e a criogenia<sup>7</sup> como um processo que depende da declaração de morte legal para ter início, é razoável considerar que o codicilo poderia ser utilizado para versar a respeito do desejo de determinado indivíduo em ter seu corpo criopreservado. Entretanto, a produção de codicilo não é costumeira no Brasil, especialmente devido à indeterminação causada por diversas expressões presentes no instituto que trata do tema (MACHADO, 2014).

Assim sendo, prevalece a manifestação de última vontade em sua modalidade informal, transmitida oralmente, e aí reside o principal problema – em caso de conflito de vontades entre os familiares, como fazer prevalecer a vontade do *de cuius* sem nenhuma comprovação expressa?

Não cabe discutir se a vontade do *de cuius* deve prevalecer – a autonomia da vontade é diretriz mor, constitutiva de direitos personalíssimos, e portanto, diretamente relacionada à noção de liberdade. Considerar a possibilidade de subjugar a vontade de uma pessoa à de terceiros<sup>8</sup> é pôr em xeque toda a estrutura axiológica do Direito. Na Constituição da República Federativa do Brasil, no inciso II de seu 5º artigo, o ordenamento explicita o peso valorativo da autonomia individual ao estipular que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Com as devidas ressalvas, ou seja, admitindo que a liberdade não é um princípio absoluto e isolado de outros, Zaganelli e Correia (2018, p. 615) apontam:

Ao observar as conceituações doutrinárias da autonomia da vontade, percebe-se que o princípio se direciona ao indivíduo e aos terceiros. Para o primeiro, encontra-se a possibilidade da autodeterminação sobre as diretivas pessoais para a condução da vida, sempre com pleno entendimento do que se está por fazer. Já para os segundos, deposita-se aos que estão no derredor a necessidade de respeito das escolhas individuais e na desobstrução das barreiras para as tomadas de decisões esclarecidas.

---

7 A partir desta ocorrência, considerar criogenia *stricto sensu* – referente apenas à criônica.

8 Cabe ressaltar que trata-se aqui de uma pessoa em estado de plena capacidade, tendo em vista que os atos praticados por relativa ou absolutamente incapazes possuem certas particularidades. Ademais, deve-se destacar que o que está em questão é a disposição do próprio corpo, a soberania sobre si próprio, por meio de atos que não direcionem-se a terceiros com o intuito de causar dano.

### **3 ESTUDO DO CASO L.F.M.**

#### **3.1. CIRCUNSTÂNCIAS INICIAIS**

Apresenta-se brevemente o caso do engenheiro Luiz Felipe Dias de Andrade Monteiro, cujas filhas travaram uma disputa legal para determinar seu sepultamento, e cujo epicentro jurídico foi a determinação da última vontade do morto:

Carmen Silvia Monteiro Trois e Denise Nazaré Bastos Monteiro, ora recorridas, são irmãs paternas de Lígia Cristina de Mello Monteiro, recorrente, todas filhas de Luiz Felipe Dias de Andrade Monteiro, que veio a falecer na madrugada do dia 22 de janeiro de 2012.

[...] as recorridas residem no Rio Grande do Sul, enquanto o genitor das partes, antes de seu falecimento, residiu por mais de 30 (trinta) anos com sua filha, a recorrente Lígia, na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

Argumentando que seu pai, por diversas vezes, havia manifestado o desejo de ter seu corpo submetido ao procedimento de congelamento após a sua morte, a recorrente Lígia providenciou os preparativos para a realização da criogenia [...] para posterior traslado do corpo aos Estados Unidos da América.

[...] Carmen Monteiro e Denise Monteiro ajuizaram ação ordinária visando impedir a realização da criogenia, buscando, em consequência, o sepultamento do corpo de seu pai ao lado de sua ex-esposa, mãe das autoras, em Canoas-RS.

O pedido foi julgado parcialmente procedente pelo Juízo de primeiro grau para autorizar o sepultamento do corpo de Luiz Felipe Dias de Andrade Monteiro no local indicado pelas autoras da ação [e-STJ, fls. 90-92].

Em apelação da ré, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria de votos, reformou a sentença para determinar a continuação do procedimento de criogenia, sob o fundamento, em síntese, de que, embora não houvesse uma declaração expressa de última vontade do falecido, “os elementos constantes dos autos, em especial a prova documental, demonstram de forma inequívoca o desejo do falecido de ter o seu corpo congelado após a sua morte”, sendo “inafastável a aptidão da parenta mais próxima do falecido, com quem mantinha

relação de afeto e confiança incondicionais, no caso, sua filha Lígia, para dizer sobre o melhor destino dos restos mortais, ou seja, aquele que melhor traduz suas convicções e desejos à época de seu óbito” [e-STJ, fl. 533] (BRASIL, 2019).

Mesmo após o corpo de Luiz Felipe ter sido enviado para os Estados Unidos, as irmãs recorreram novamente, e o tribunal determinou o sepultamento costumeiro. Finalmente, Lígia Monteiro recorreu ao Supremo Tribunal de Justiça para defender a última vontade de seu pai, tendo então decisão efetiva em seu favor.

### 3.2. A DECISÃO DO STJ

Torna-se relevante à discussão um rito fúnebre que já possui maior aceitação social: a cremação. O costume mais difundido nacionalmente é o de enterrar os mortos, e para prosseguir com a incineração do corpo, é necessário que haja uma manifestação de última vontade do indivíduo. O parágrafo 2º do *caput* do art. 77 da Lei de Registros Públicos determina, além das especificações em caso de risco à saúde pública, que “a cremação de cadáver somente será feita daquele que houver manifestado a vontade de ser incinerado.”

O Senhor Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do voto referido, utiliza justamente de tal instituto em sua sustentação, expondo ainda que

muito embora seja recomendado, a fim de evitar futuros litígios entre os familiares, a lei não exige que a pessoa tenha deixado por escrito a vontade de ser cremada após a morte, isto é, não há exigência legal de que essa manifestação de vontade seja formalizada por meio de escritura pública, testamento ou outro documento correlato, sobretudo porque na nossa cultura não é de praxe deixar formalizado esse tipo de última vontade.

Dessa maneira, não exigindo a Lei de Registros Públicos forma especial para a manifestação em vida em relação à cremação, será possível aferir a vontade do indivíduo, após o seu falecimento, por outros meios de prova legalmente admitidos (BRASIL, 2019 p. 25).

Outro dispositivo relevante é o Código Civil de 2002 – “Art. 14: É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.” É de suma importância notar que, segundo o *Cryonics Institute* (2019), a criônica pode

assemelhar-se a concepção de ficção-científica, mas é baseada em ciência: “É um experimento no sentido mais literal da palavra.” Tal consideração torna muito mais palpável a disposição do corpo para a criosuspensão sob o viés de almejar avanço científico.

Enquanto o art. 13 proíbe a disposição do próprio corpo “quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”, é importante notar que seu parágrafo único admite expressamente uma exceção: transplante de órgãos. É no entendimento do Ministro relator:

Outro exemplo interessante [da legitimação dos familiares mais próximos a atuarem em favor dos interesses deixados pelo de cujus] diz respeito à legitimidade dos familiares em relação à autorização para a remoção de órgãos, tecidos e outras partes do corpo humano para fins de transplante, conforme estabelece o art. 4º da Lei n. 9.434/1997 (BRASIL, 2019, p. 25-26).

Não havendo nenhuma menção à criônica, surge, novamente, uma lacuna jurídica. Indiscutível que trata-se de um processo ainda muito polêmico e mal visto de acordo com a cultura e os costumes religiosos brasileiros, mas, por outro lado, o mesmo pode ser dito a respeito das diversas modalidades de transplante – como ainda é, por exemplo, pelas Testemunhas de Jeová<sup>9</sup> –, o que não diminui a importância de regulamentar a prática.

Assim sendo, por analogia, é possível inferir que a escolha pela criogenia deve ser permitida, seja por tratar-se de uma **solução** distinta do sepultamento típico, seja por adequar-se à concepção de disposição com caráter científico, desde que seja possível comprovar a manifestação de vontade do morto através de documento escrito ou pelo testemunho de familiares – muito embora exista dispositivo legal escrito que tenha como propósito delimitar a vontade última da pessoa a respeito da destinação de seu corpo após a morte, na cultura brasileira não é de praxe deixar registrado este tipo de documento. Nesse sentido, manifestou o Min. Bellizze:

considerando a ausência de regulação a respeito da criogenia, deve-se utilizar, no presente caso, a analogia jurídica (*iuris*), que consiste na

9 Organização cristã com doutrina própria, que muitas vezes distingue-se das demais concepções religiosas cristãs. Seus membros são conhecidamente contrários à realização de transfusões sanguíneas, não importa as circunstâncias.

aplicação não somente de uma norma semelhante, como na analogia legal, mas, sim, de um conjunto de normas próximas aptas à extração dos elementos normativos necessários à integração da lacuna existente sobre o assunto.

Destarte, há uma delimitação clara entre a existência da personalidade jurídica e sua ausência. Os art. 2º e 6º do Código Civil determinam que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” e que “a existência da pessoa natural termina com a morte”, respectivamente. O art. 11 do atual Código Civil dispõe que, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

O que significa dizer que, com a morte, deveriam cessar quaisquer efeitos sobre a personalidade. Mas não é este o entendimento consagrado no ordenamento, que em artigo subsequente qualifica o morto como passível de danos morais e oferece a tutela dos direitos personalíssimos à família. Sendo o direito ao cadáver derivado do direito ao corpo, torna-se então direito personalíssimo, que, regido pelo direito privado, deve orientar-se sempre de acordo com a autonomia da pessoa (TRONCO, 2017).

E, se o interesse de proteger o *de cuius* reside nos familiares, é razoável apreender que a vontade manifestada por aqueles mais próximos é coerente com a vontade do morto. Foi nesse sentido que se deu a decisão final ao caso:

Embora existam defensores da tese de que caberia ao Estado determinar a destinação do cadáver, atendendo ao interesse público, essa concepção não se amolda ao ordenamento jurídico, que disciplina a matéria no âmbito privado e prestigia a autonomia tanto no aspecto *patrimonial*, a exemplo do art. 1.857 do Código Civil, que exprime o direito da pessoa capaz de dispor, por testamento, do seus bens, para depois de sua morte; quanto *extrapatrimonial*, como no inciso III do art. 1.609 do Código Civil, que cuida do reconhecimento de filiação por testamento, além do já mencionado art. 14 do mesmo diploma legal.

No caso em análise, por sua natureza privada, a escolha feita pelo particular de submeter seu cadáver ao procedimento da criogenia encontra proteção jurídica, na medida em que sua autonomia é protegida pela lei e não há vedação à escolha por esse procedimento. (BRASIL, 2019 p. 22-23).

De tal maneira, foi julgada improcedente a ação ordinária, e consolidou-se a permanência do corpo de Luiz Felipe Dias de Andrade Monteiro submetido ao procedimento da criogenia, como sua real vontade manifestada em vida.

### 3.3 O PRECEDENTE COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO

O relatório do Recurso Especial em questão<sup>10</sup> procura, antes de mais nada, determinar a possibilidade de inferir ou não que o desejo do falecido era o de ser criopreservado após a morte, bem como se tal vontade é consoante com o ordenamento jurídico. Como não existe legislação brasileira específica a respeito da criogenia, nem norma proibitiva, trata-se efetivamente de uma lacuna normativa, que se vê preenchida ao final do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio Bellizze – cuja argumentação, analisada em seção prévia deste trabalho, possibilita o estabelecimento de um precedente confiável para casos de mesmo cunho.

Para propôr com maior clareza uma definição de precedente, usa-se das palavras de Daniel Mitidiero (2012, p. 71-72), para quem o precedente é:

*A ratio decidendi* de um caso [...] *uma generalização das razões* adotadas como *passos necessários e suficientes* para decidir um caso [...]. É preciso perceber, contudo, que a *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação – nem, tampouco, de *raciocínio judiciário*. A fundamentação – e o *raciocínio judiciário* que nela tem lugar – diz com o *caso particular*. A *ratio decidendi* refere-se à *unidade do direito*.

O autor (MITIDIERO, 2012) prossegue, delimitando que se o precedente for aplicável a um caso – ou seja, se é a mesma questão ou se trata-se ao menos de questão semelhante – o *raciocínio* é essencialmente analógico. Daí, é estabelecido vínculo indubitável com a omissão normativa de que trata a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em seu art. 4º: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia (grifo nosso), os costumes e os princípios gerais de direito.”

Logo, na falta de manifestação expressa deixada pelo indivíduo em vida acerca da destinação de seu corpo após a morte, presume-se que sua vontade seja aquela apresentada por seus familiares mais próximos.

---

10 Recurso Especial do Supremo Tribunal de Justiça; N° 1.693.718 - RJ (2017/0209642-3).

Trazendo a referida premissa para o caso dos autos, em decorrência da integração da norma pela analogia, conclui-se que os familiares podem traduzir a expressão da vontade da pessoa no sentido de ser submetida ao procedimento da criogenia após o seu falecimento, observando-se sempre as particularidades de cada caso concreto (BRASIL, 2019 p. 26).

Os transcritos acima permitem declarar inequivocamente o caso L.F.M. como precedente no ordenamento jurídico brasileiro. Em outra leitura, determina-se que, resguardadas as particularidades de cada caso concreto, adequando-se um caso à premissa determinada (ausência de manifestação expressa deixada por indivíduo falecido), por analogia poder-se-á concluir que os familiares próximos têm legitimidade para expressar a vontade do morto de ter uma destinação atípica de cadáver.

O ordenamento carece de costumes a respeito **não apenas** da criogenia, mas também outras formas atípicas de destinação do cadáver, então, em face de casos com tais aspectos delineantes, deve-se focar na tutela de diretrizes principiológicas por meio de analogia – processo metodológico característico dos precedentes vinculantes. Inferível, portanto, que o precedente é instrumental na resolução de lacunas normativas no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do exposto, fundamenta-se a necessidade de garantir ao indivíduo os efeitos póstumos de sua vontade, possibilitando a continuação da vontade do morto mesmo em situações de circunstâncias complexas.

Após análise cuidadosa dos aspectos históricos e técnicos da criônica, é estabelecido que a escolha de um indivíduo pela criopreservação encontra respaldo jurídico, pois a autonomia privada é protegida pela legislação, ao mesmo tempo que a criônica não é proibida. São apresentados alguns conflitos relacionados aos conceitos de direitos da personalidade e autonomia da vontade, tornando-se notório que embora trate-se de lacuna normativa, existem institutos destinados à resolução dessas problemáticas – a analogia *iuris* pode ser utilizada para estabelecer equivalência entre a criônica e a cremação, tutelada na lei de Registros Públicos. Dessa mesma maneira, é possível equiparar a criônica à disposição de cunho científico, segundo estipula o Código Civil.

São estabelecidas com clareza as especificidades que circundam a manifestação de última vontade, bem como seu papel instrumental na



garantia do direito à disposição do próprio corpo e sua relação estreita com importantes diretrizes bioéticas. Consolida-se ainda a importância da decisão do STF referente ao caso L.F.M., visto que instaura precedente inédito às questões de disposição do *de cuius* e efeitos *post mortem* da personalidade.

Assim, qualquer manifestação que o indivíduo faça a respeito de como devem ser tratados seu corpo e seu patrimônio após sua morte deve ser respeitada, seja essa de forma expressa ou não, tendo que a disposição do próprio corpo é ato de autonomia, princípio de suma importância tanto no direito privado quanto no ramo da Bioética. De acordo com tais premissas, determinações das Cortes Supremas no sentido de realizar esforços para reconstituir a vontade do morto constituem fundamento relevante e abrangente na resolução de casos futuros, não só específicos à realidade da criogenia, como também aqueles tangentes à outras áreas do biodireito.

## REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERNARDO, André. Criogenia já é utilizada na vida real: conheça como funciona a técnica. *Revista Galileu*, 31 jul. 2018. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/07/criogenia-ja-e-utilizada-na-vida-real-conheca-como-funciona-tecnica.html>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 1.693.718 – RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 26 mar. 2019. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1807319&n\\_um\\_registro=201702096423&data=20190404&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1807319&n_um_registro=201702096423&data=20190404&formato=PDF)>. Acesso em: 07 mar. 2019.

CRYONICS INSTITUTE. *Cryonics Institute*, 2019. Home page. Disponível em: <<https://www.cryonics.org/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

DNS DEVELOPMENT. The Cryogenic Society of America, Inc., 2019. Home page. Disponível em: <<https://cryogenicsociety.org/>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

ETTINGER, Robert C. W. *The Prospect of Immortality*. Doubleday, 1964.

GRACIA, Diego. *Pensar a bioética: metas e desafios*. São Paulo: São Camilo; Loyola, 2010.

HENDRICKS, Michael. *The False Science of Cryonics*. *MIT Technology Review*, 15 set. 2015. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/541311/the-false-science-of-cryonics/>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

LOLAS, Fernando. *Bioética: o que é, como se faz*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2001.

MACHADO, Igor Marinheiro. *Codicilo: ato de última vontade*. Site Jus, nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33641/codicilo-ato-de-ultima-vontade>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

MEDIAWIKI. *Wikipedia*, 2019. Neil R. Jones. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Neil\\_R.\\_Jones](https://en.wikipedia.org/wiki/Neil_R._Jones)>.

MEDIA ARCHITECTS. *Alcor Life Extension Foundation*. 2019. Home page. Disponível em: <<https://alcor.org/>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, v. 206, p. 61-78. abr. 2012.

THE BELMONT REPORT. 1978. Disponível em: <[https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/1329334/mod\\_resource/content/1/informe\\_belmont.pdf](https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/1329334/mod_resource/content/1/informe_belmont.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2019.

SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. xx.

TRONCO, Arthur Abbade. O direito ao cadáver e a doação de órgãos pós-morte. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Ed RT, out./dez. 2017, v. 13. Ano 4, p. 68-98.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; CORREIA, João Victor Gomes. A restrição do uso medicinal da *cannabis sativa* face ao princípio da autonomia da vontade. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 610-639, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29501>>. Acesso em: 07 jun. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369429501>.

RECEBIDO EM: 15/02/2018

APROVADO EM: 23/05/2018

# OS ILÍCITOS E DAS AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO DE DANO NO MERCADO DE CAPITAIS

## *THE VIOLATIONS OF THE CAPITAL MARKET RULES AND THE PRIVATE ACTIONS FOR DAMAGES*

*Marcus de Freitas Gouvea*

*Doutorando em Direito Empresarial pela UFMG. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da Fazenda Nacional - PGFN/AGU*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Os ilícitos do mercado de capitais e o interesse do particular; 1.1. Manipulação do mercado de capitais; 1.2. Insider trading; 1.3. Informações relevantes; 2. As ações privadas no contexto do sistema de aplicação do direito do mercado de capitais; 2.1. As ações privadas individuais; 2.2. A ação civil pública; 2.3. A *actio pro socio*; 3. Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O Brasil inicia uma fase de aplicação da lei que rege o mercado de capitais, pela iniciativa privada, não em rompimento, mas em acréscimo a aplicação do direito por órgãos públicos. A aplicação da lei por iniciativa dos particulares vem a reboque do contexto histórico, relacionado tanto a ações privadas, individuais e coletivas, de outros ramos do direito, como consumerista e concorrencial, quanto a notícias de escândalos e de combate a corrupção envolvendo infrações ao mercado. Este texto procura verificar se a legislação brasileira possui os requisitos materiais e processuais mínimos que permitam às vítimas o acesso à Justiça com vistas à reparação dos danos sofridos. Dentre as infrações, o texto trata sucintamente da manipulação do mercado, do uso indevido de informações privilegiadas e de outros delitos informacionais. Quanto as ações, o artigo aponta os requisitos básicos da ação individual, da ação civil pública e da ação de responsabilidade do administrador, como meios de reparação de danos decorrentes de infrações ao mercado de capitais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Insider Trading. Manipulação do Mercado. Ações Privadas de Reparação de Dano. Ações Coletivas e Ações de Responsabilidade do Administrador.

**ABSTRACT:** Brazil begins to experience a private law enforcement era in the capital market, not in opposition, but in addition to public enforcement. The private enforcement of securities law has been influenced by the development of individual and class actions based on the law that regulates other areas, v.g., consumer law and antitrust law, and by news on the fight against corruption related to market infringements. This paper verifies if Brazilian law copes with the requirements that allow the victims the proper access to the Judiciary in order to recover damages. The text presents the basic lines of market manipulation, insider trading and other practices related to disclosure of information. Among the types of actions, the text discusses the basic requirements of the individual action, the collective action and the derivative action as ways to enforce the securities law in Brazil.

**KEYWORDS:** Insider Trading. Market Manipulation. Private Actions For Damages. Class Actions. Derivative Actions.

## INTRODUÇÃO

O Brasil, assim como os países de herança jurídica romano-germânica, não tem tradição de buscar a aplicação privada do direito em questões individuais de pequena monta, vale dizer, que apresentam grande prejuízo coletivo, mas pequeno prejuízo para cada pessoa lesada.

Isso ocorre nas áreas de meio ambiente, de concorrência, de consumo e de mercado de capitais entre outras.

Em regra, as violações da lei que afetam a sociedade ou grupos de pessoas são combatidas ou reparadas pelo sistema penal ou público de aplicação da lei, ou por ações civis públicas propostas pelo Ministério Público ou outros legitimados estatais, como a União, os Estados e os Municípios e suas autarquias.

No que toca ao meio ambiente, patrimônio histórico cultural, ordem urbanística, onde os direitos violados são, na maioria das vezes, difusos, esta tradição se mantém. Nas outras áreas, em que há direitos individuais envolvidos, a realidade começa a mudar.

No direito do consumidor, não são mais raras as ações propostas por associações, no direito antitruste se verifica um esforço pela implementação de ações privadas e no direito do mercado de capitais também começam a aparecer iniciativas.

As razões são várias. Uma delas é a influência do direito da *common law*, com destaque para a experiência norte americana, onde as ações privadas são comuns e até mais frequentes que a aplicação do direito por órgãos públicos (SEGAL, WHINSTON: 2006, p. 1).

No meio da academia e dos organismos internacionais se defende as ações privadas como complemento das medidas públicas de aplicação da lei (JACKSON: 2009) ou mesmo como medidas de eficácia autônoma, notadamente no direito antitruste (MAKATSCH, 2015).

Outra razão é a maior visibilidade das medidas de ordem pública, tomadas, por exemplo, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e, com algum atraso, pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, contra infratores que, além de cometerem infrações contra o direito público, violam direitos individuais.

Ligada a estes fatores, está a criação de uma consciência do particular de que seus direitos estão sendo violados e que estas violações podem ser evitadas e, mais ainda, compensadas judicialmente.

Exemplo desta mudança, no âmbito do direito do mercado de capitais, é a notícia de que os acionistas minoritários da JBS pretendem entrar com ação civil pública contra os controladores da companhia (Valor: 19/7/2017), em atitude que contrasta com a passividade dos acionistas da Petrobras no Brasil, diante, não faz muito tempo, da notícia de diversas ações coletivas nos Estados Unidos, face a desvalorização das ações da companhia, em virtude dos fatos revelados pela “Operação Lava-Jato” (Valor: 19/5/2015).

No caso da JBS, Joesley e Wesley fizeram um acordo de delação premiada questionável com o Ministério Público, gerando a derrocada da empresa, depois de venderem ações, razão pela qual começaram a ser investigados pela prática de *insider trading* (Valor: 5/7/2017) e, logo em seguida, já se fala de ações privadas de aplicação da lei do mercado de capitais.

Nosso objetivo não é tratar deste ou qualquer outro caso em particular, nem apresentar crítica à delação premiada dos irmãos Batista.

Procuramos, ao revés, analisar disciplina das ações privadas de aplicação das normas que regem o mercado de capitais, para verificar se o Brasil possui os requisitos jurídicos para garantir aos acionistas e investidores o acesso à Justiça nas situações em que os ilícitos contra o mercado de capitais lhes causem prejuízos.

Nesse passo, vamos apresentar um panorama do interesse dos particulares face a ilícitos penais administrativos do mercado de capitais, com uma pequena incursão nas infrações mais relevantes, para então apreciar os meios processuais de aplicação privada deste ramo do direito, quais sejam, as ações individuais propostas por particulares, a ação civil pública prevista pela Lei 7.913/89, e a *actio pro socio*, da Lei das S/A.

## **1 OS ILÍCITOS DO MERCADO DE CAPITAIS E O INTERESSE DO PARTICULAR**

O interesse que leva a regulamentação dos valores mobiliários é o interesse público: a proteção da economia popular. O legislador não está preocupado se um ou outro investidor sofreu prejuízo em determinada operação, mas se o sistema financeiro permite a atuação segura dos

investidores no mercado. Para alcançar tal objetivo, porém, a regulamentação protege também o investidor, por um sistema normativo composto de autorizações, registros, divulgação de informações e fiscalizações, que tem como núcleo a definição dos valores mobiliários.

Assim, se determinado papel representativo de direitos é considerado um valor mobiliário, passa a estar sujeitos, além das regras jurídicas regulamentares do próprio negócio jurídico do qual decorre (que pode ser regido apenas por contrato firmado com fundamento no princípio da autonomia da vontade), a um conjunto de regras de direito público (EIZIRIK, et.al.: 2008, p. 41).

De outro lado, a desqualificação de um título como valor mobiliário afasta a aplicação deste regime de direito público, sujeitando as partes apenas ao conjunto de regras de direito privado que regem o negócio jurídico.

A lei brasileira limitava os valores mobiliários aos poucos títulos que mencionava, notadamente ações e debêntures emitidas por sociedades anônimas abertas (EIZIRIK, et.al.: 2008, p. 37). Dessa forma, os tipos de valores mobiliários apenas poderiam ser alterados por previsão legislativa expressa, não se admitindo, como no direito norte-americano, a identificação de valores mobiliários por processos interpretativos dos tribunais e da autoridade administrativa competente.

Posteriormente, a Lei 10.303/01 ampliou o alcance dos valores mobiliários, para incluir quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo ofertados publicamente, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor e não do investidor (art. 2º, IX, da Lei 6.385/1976), seguindo na linha do modelo americano, desenvolvido pela jurisprudência daquele país e permitindo a identificação de valores mobiliários por processos hermenêuticos (YAZBEK: 2009, p. 227).

O art. 2º, da Lei 6.385/76 reuniu, pois, diversos papéis de diferentes naturezas com a finalidade instrumental de impor a objetos distintos com algumas características comuns um determinado regime jurídico, que confere proteção ao mercado e aos investidores (YAZBEK: 2009, p. 227).

Dessa forma, o direito brasileiro atual inclui como valores mobiliários uma vasta gama de investimentos, sujeitas a normas regulamentares, cuja violação, além de caracterizar ilícito penal e administrativo, pode causar prejuízos a investidores e, assim, dar ensejo a ações de reparação de dano.

As condutas que podem suscitar estas ações de reparação de dano devem ser encontradas no direito material. Deveras, não há que se falar em indenização por “dano”, se não estiver presente um “ilícito”.

No direito norte-americano, fala-se em condutas fraudulentas, como manipulação de mercado, na prática de *insider trading*, na prestação de informações falsas ou incorretas pela companhia emissora dos valores mobiliários e em certas modalidades de vícios na administração destas empresas, mas também de ilícitos de outras naturezas, nos quais não estão presente o elemento fraude, como a prestação de informações incorretas (HAZEN: 2009, p. 286), capazes de induzir decisões de investimento.

No direito europeu, são exemplos das infrações ao mercado de capitais que podem suscitar ações de reparação de dano a prática de *insider dealing*, similar ao *insider trading*, a *ad hoc publicity*, que corresponde ao dever de divulgar informações relevantes para o preço dos valores mobiliários, por pessoas que não necessariamente se adéquam ao conceito de *insider* e a manipulação de mercado (SIEMS: 2007).

No Brasil, as infrações são essencialmente as mesmas e, neste texto, vamos abordar as linhas gerais da manipulação do mercado, da prática o *insider trading* e dos ilícitos informacionais, vale dizer, a falta de informações ou a prestação de informações falsas e incorretas. Há, certamente, outros tipos de ilícitos capazes de causar danos a investidores, envolvendo, por exemplo, a transferência de controle da companhia, fusões e aquisições, compra das ações emitidas pela própria companhia e negociação de ações em tesouraria. Não obstante, o estudo destas condutas demandaria trabalho mais extenso, com a incursão em questões mais afeitas ao direito societário que ao direito da regulação do mercado de capitais.

### 1.1. MANIPULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS

A manipulação do mercado de capitais pode ser entendida como qualquer forma de criar condições artificiais de preço, oferta e demanda de valores mobiliários. É conduta que envolve o emprego de meios fraudulentos, com a intenção de dar aparência de situação inexistente e induzir terceiros a realizar operações que, nas condições reais do mercado, não realizaria, com o objetivo de lucro.

Nos Estados Unidos, a conduta se tornou ilícita com a emenda de 1942, ao Security Exchange Act de 1934, que criou a Security Exchange Commission – SEC (HAZEN: 2009, p. 192).



No Brasil, a Lei 1.521/51, sobre crimes contra a economia popular, já criminalizava certas condutas manipulativas, mas não havia uma definição específica de manipulação do mercado de capitais por lei em sentido restrito. Deveras, os art. 4º, V e 18, II, b, da Lei 6.385/76 atribuíram competência para que o Conselho Monetário Nacional – CMN e a CVM dispusessem sobre a matéria.

Com este fundamento, a Instrução CVM 8/79 definiu no ordenamento jurídico brasileiro diversas infrações administrativas: são elas a criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço, a manipulação de preços, as operações fraudulentas e a prática não equitativa.

Percebe-se, assim, que a lei do mercado de capitais não apresenta diretamente o conceito de práticas fraudulentas, mas atribui competência à autoridade administrativa, para fazê-lo.

Poderia se questionar, assim, se o ilícito administrativo, validamente definido na Instrução da CVM, também poderia ser considerado ilícito para fins da caracterização do dever cível de indenizar, diante da ausência de violação de lei em sentido restrito, pois “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF/88).

Embora a lei não definisse diretamente o ilícito de manipulação fraudulenta do mercado, o Código Civil de 1916 já previa que os atos jurídicos seriam anuláveis por “vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude” (art. 147, II), norma presente nos art. 167 e 171, II, do Código de 2002. Dessa maneira a lei em sentido restrito considera como atos viciados todos aqueles decorrentes de simulação e fraude, gêneros dos quais são espécies a simulação e a fraude no mercado de capitais.

De toda sorte, as condutas de criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço, a manipulação de preços e as operações fraudulentas constituíam ilícitos, por força dos tipos penais previstos no art. 3º, VI e VII, da Lei 1.521/51 (crimes contra a economia popular) e hoje por força previsão do crime na prática de manipulação do mercado de capitais, pela Lei 10.303/01, que inseriu o art. 27-C, na Lei 6.385/76.

Tendo em vista que a lei cível, a lei penal e o regulamento administrativo vedam fraudes e as definem de modo similar e consistente, as práticas fraudulentas no mercado de capitais podem

suscitar a aplicação privada do direito do mercado de capitais, se causarem danos a terceiros.

## 1.2 *INSIDER TRADING*

O *insider trading*, que nos Estados Unidos é considerada modalidade de ilícito fraudulento contra mercado de capitais (BAINBRIDGE: 2001), recebe no Brasil o nome de “prática não equitativa”.

A conduta é prevista pelo art. 13, da Instrução CVM 358/2002, como modalidade da infração prevista pelo item II, d, da Instrução CVM 8/79. Seu fundamento é o art. 18, II, b, da Lei 6.385/76, assim como as práticas de manipulação do mercado, valendo as observações que tecemos a esse respeito, com o acréscimo de que a prática de *insider trading* também é vedada pela Lei 6.404/76, em seus art. 155, sobre o dever de lealdade do administrador face à companhia, e 157, que rege o dever do administrador em prestar informações, notadamente quando dirige companhia aberta.

O art. 155, I, da Lei das S/A veda ao administrador “usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo”, norma que proíbe o uso da informação pelo *insider* enquanto não divulgada (*abstain or disclose*<sup>1</sup>).

A norma empresarial não traz uma infração a que se comina penalidades, mas uma obrigação (dever de informar) fatos relevantes que, somado ao disposto no art. 8º, I, Lei 6.385/76, permite à CVM regular a matéria.

O *insider trading* foi criminalizado no Brasil, pelo tipo denominado “Uso Indevido de Informação Privilegiada”, previsto no art. 27-D, na Lei 6.385/76, incluído pela Lei 10.303/01.

Embora não seja objetivo comparar os ilícitos penais e administrativos neste trabalho, é importante destacar a diferença de amplitude das duas infrações. A conduta administrativa alcança tanto o *insider* primário (administrador ou pessoa que obtém a informação diretamente do emissor do valor mobiliário) quanto o *insider secundário* (aquele que obteve a informação do *insider* primário e a utiliza indevidamente - *misappropriation*), ao passo

---

1 Expressão que significa o dever do administrador se abster de negociar com as ações da companhia enquanto as informações de que tem conhecimento não são divulgadas (PALMITER: 2014, p. 457).

que a norma penal, de acordo com a literatura brasileira (PROENÇA: 2005, p. 320), criminalizava apenas o *insider* primário, de forma que terceiros somente estarão abrangidos pela norma penal se o crime for praticado em co-autoria, o que constituiria o dever de indenizar por todos os envolvidos. Não obstante, o alcance da norma penal foi ampliado pela nova redação do artigo, dada pela Lei 13.506/07, passando a abranger também o *insider secundário*.

A teoria da *misappropriation* sustenta a responsabilidade da pessoa que recebe a informação do *insider*, sabendo de que se trata de informação privilegiada, não divulgada publicamente e que o *insider* tem dever de sigilo. A responsabilidade da pessoa que recebe a informação (*tippee*) depende ainda, da quebra da confiança com o *insider*, vale dizer, é necessário que haja alguma relação entre o *insider*, que passa a informação e a pessoa que a recebe.

De outro turno, o *insider* também é responsável por repassar a informação, se o faz em troca de algum benefício pessoal.

Vale ressaltar, contudo, que a responsabilidade do simples *tippee* tem sido afastada pela jurisprudência norte-americana (LaVIGNE, CALANDRA: 2016).

De toda sorte, na hipótese de o ilícito penal ou administrativo causar prejuízo a terceiros, pode-se falar em ação privada de reparação de dano.

### 1.3 INFORMAÇÕES RELEVANTES

Não raro, as infrações ao mercado de capitais estão relacionadas com as informações sobre emissores e os valores mobiliários emitidos. Ainda domina na regulação do mercado, embora existam teorias de outros matizes<sup>2</sup>, a “hipótese dos mercados eficientes” (*efficient capital market hypothesis – ECMH*), que advoga ser a assimetria de informações a principal causa de instabilidade, recomendando, portanto, a ampla divulgação de informações (HEMINWAY: 2012, p. 342).

Deveras, a manipulação do mercado pode ser concretizada pela prestação de informações falsas, com o objetivo de induzir terceiros a realizar operações e obter proveito com as operações. No *insider trading* a informação é igualmente

<sup>2</sup> A exemplo das finanças comportamentais, da teoria do portfólio e da teoria das expectativas heterogêneas, que também procuram explicar o comportamento do mercado e propor formas de regulamentação.

elemento essencial do ilícito. Neste, o agente se utiliza de informações verdadeiras não divulgadas publicamente, para realizar operações e obter ganhos no mercado de capitais após a divulgação das informações (EIZIRIK, et.al.: 2008, p. 536, (PROENÇA: 2005, p. 42 e CASTELLAR: 2011, p. 92).

Contudo, a existência e a veracidade das informações são relevantes mesmo que não esteja em jogo o objetivo de determinada pessoa obter vantagens com operações no mercado, como ocorre no ilícito de manipulação e de *insider trading*. Por esta razão, o direito do Brasil possui diversos dispositivos legais relacionados às informações.

Da Lei 6.385/76, destacamos o art. 19, § 6º, o art. 20, II, o art. 21-A (este incluído pelo Decreto 3.995/01) e o art. 22, § 1º.

Também aqui a lei ordinária não é expressa, explícita e direta em determinar a prestação de informações periódicas, deixando grande parte da tarefa para normas infralegais. Certo que a escolha das informações que devam ser divulgadas e sua periodicidade da divulgação sejam tarefas que caibam à CVM, a lei brasileira se mostra fragmentada. O art. 19, § 6º, trata apenas das informações necessárias para a emissão dos valores mobiliários e o art. 20, II pode alcançar, no máximo, as informações que devam ser prestadas durante o processo de emissão. O art. 21-A foi incluído por Decreto, não por lei ordinária e o art. 22 aplica-se somente a companhias abertas e os valores mobiliários por elas emitidos.

A despeito da deficiência da lei administrativa, o art. 6º, da Lei 7.492/86 tornou ilícito “induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonogando-lhe informação ou prestando-a falsamente”, com a cominação de pena de “reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”. Condutas bastante semelhantes, que ampliam o ilícito informacional, são os art. 9º e 10, também da Lei 7.492/86 (BITENCOURT, BREDA: 2014, p. 116).

Dessa forma, qualquer pessoa que leve investidor ou sócio a erro em seus investimentos, por falta ou falha de informação, relativa a qualquer operação financeira, não somente operação de crédito, mas também operações no mercado de capitais, pratica ilícito (BITENCOURT, BREDA: 2014, p. 117 e seg, TORTIMA, 2011, p. 54 e seg) que pode dar ensejo a ação de indenização por danos a particulares, não sendo necessário demonstrar a manipulação do mercado ou o uso de informação privilegiada. Basta que o agente preste informação falsa ou sonegue a informação verdadeira e que este fato induza a decisão de investimento.

## 2 AS AÇÕES PRIVADAS NO CONTEXTO DO SISTEMA DE APLICAÇÃO DO DIREITO DO MERCADO DE CAPITAIS

De maneira bastante esquemática, podemos dizer que o direito do mercado de capitais possui três sistemas de aplicação, o penal, para ilícitos que constituam crime, o administrativo, para questões regulatórias e para sancionar infrações administrativas e o sistema privado, diante de dano ao particular.

No âmbito do sistema privado, além do elemento objetivo das infrações, vale dizer, a natureza da conduta que analisamos no tópico anterior, é importante o elemento subjetivo.

Obviamente, a pessoa que causou o dano será o legitimado passivo da ação e a pessoa que sofreu o dano o legitimado ativo.

Podem ser infratores e causar dano a terceiros a própria companhia emissora do título ou pessoas ligadas à companhia, como o administrador ou o controlador. Também podem praticar ilícitos o investidor, notadamente no caso de manipulação do mercado, ou ainda terceiros, como a bolsa de valores, o mercado de balcão organizado ou a plataforma de investimento, além das corretoras e distribuidoras de valores mobiliários. De outro giro, podem sofrer o dano a companhia ou os investidores prejudicados pela conduta.

O elemento subjetivo pode, ainda, definir a modalidade de ação judicial apropriada: a ação individual, proposta por um único ou alguns poucos interessados identificados, a ação coletiva, proposta por substituto processual, e a ação societária, chamada *actio pro socio*, cabível na hipótese de prejuízo direto para a companhia e apenas indireto para o acionista. Vejamos, agora, estes três instrumentos processuais.

### 2.1 AÇÕES INDIVIDUAIS

Nos Estados Unidos, as ações privadas são bastante frequentes e têm três fundamentos distintos: o direito de ação explícito na lei, o direito de ação decorrente da previsão de nulidade de determinados atos e as previsões esparsas de ilícitos, que suscitam o direito de ação pelos princípios da reparação de dano (HAZEN: 2009, p. 285-286).

No Brasil, a ação privada por violação às normas do mercado de capitais é uma ação de reparação de dano com fundamento no art. 5º, XXXV, da CF/88 (inafastabilidade da Jurisdição), no CPC (como regra

processual) e no art. 927, do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A norma, por sua vez, menciona os art. 186 e 187, do próprio Código Civil, que dispõem: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186) e “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187).

O ilícito de que decorre a reparação por danos também pode ser criminal, havendo ou não condenação pelo crime. Havendo condenação, nos termos do art. 91, I, do Código Penal, a obrigação de indenizar se torna certa.

Assim, o indivíduo lesado por infrações ao mercado de capitais, de natureza administrativa ou penal, tem direito de ação de reparação contra o causador do dano, desde que presentes a prática do ato ilícito, a ocorrência de dano e o nexo causal entre o ilícito e o dano.

No caso de manipulação, a parte que comprou valores mobiliários a preços abaixo ou acima do valor de mercado (autor) pode demandar a parte que manipulou o mercado (réu), provando a autoria do ilícito, a fraude e que a oscilação de preços decorreu da manipulação (nexo causal).

O ilícito será qualquer forma de manipulação do mercado, como a compra e venda pelo mesmo preço para “agitar” o mercado, a criação atividade no mercado para elevar artificialmente os preços, a compra de volume substancial de um valor mobiliário para controlar o mercado etc.

Qualquer pessoa pode manipular o mercado, pois a conduta admite diversas variações fáticas, que envolvem a compra e venda e o empréstimo de valores mobiliários, a criação e propagação de rumores falsamente positivos ou negativos sobre tais títulos, etc<sup>3</sup>.

---

3 Vejamos alguns exemplos:

“Churning – when a trader places both buy and sell orders at the same price. This increased activity is intended to attract other investors and increase the price.

Painting the Tape – when a group of traders create activity or rumors to drive up the price of a stock (also referred to as “Runs” or “Ramping”).

Wash trading – selling and re-purchasing the same security or substantially the same security to generate activity and increase the price.

O dano será, em regra, a diferença de preços, vale dizer, entre o preço de mercado e o preço manipulado do título<sup>4</sup>.

Como defesa, a parte pode provar não ter manipulado o mercado ou que as alterações do preço do valor mobiliário não decorreram de sua conduta, mas de outros fatores. Nesta hipótese, mesmo que tenha havido manipulação, não haveránexo causal entre a conduta e o dano, afastando-se o dever de indenizar<sup>5</sup>.

Na hipótese de prática de *insider trading*, pode propor a ação a parte que comprou ou vendeu os valores mobiliários a preços que não consideraram a informação, contra o *insider* (primário ou secundário), vale dizer, a pessoa que ligada à empresa (*insider*) que obteve a informação não divulgada e negociou os títulos ou a pessoa estranha à companhia, que negociou os papéis, de posse de informações repassadas pelo *insider*:

De se considerar, também, como ocorre nos Estados Unidos, a possibilidade de recuperação dos ganhos do *insider* pela companhia, seja pela violação das regras do mercado de capitais, seja pelas regras empresariais, que impõem o dever de fideduciação aos administradores (HAZEN: 2009, p. 182 e seg.).

O nexocausal apresenta dois requisitos: o primeiro, que a informação não divulgada tenha sido efetivamente capaz de alterar o preço do valor mobiliário e, segundo, que a informação, se divulgada, fosse fator impeditivo da negociação.

O dano será, da mesma forma que no caso de manipulação, a diferença de preços entre o valor da operação e o valor dos títulos após o reflexo das informações, mas a indenização é limitada pelo total dos ganhos do *insider*<sup>6</sup>.

---

Bear raiding – attempting to push down the price of a stock by heavy selling or short selling.

Cornering (the market) – purchasing enough of a particular stock, commodity, or other asset to gain control of the supply and be able to set the price for it. Disponível em: <https://www.girardgibbs.com/securities-fraud/stock/market-manipulation/examples/>. Acesso em 10/8/2017.

4 Não vamos aqui entrar no tormentoso tema da apuração do exato valor do dano decorrente de ilícitos do mercado de capitais, nem das teorias e dos métodos utilizados para alcançá-lo, pois a tarefa superaria os limites deste trabalho. Vale registrar, porém, que, em todos os casos, o objetivo das teorias e dos métodos aplicáveis é apurar a diferença entre o valor da operação contaminada e o valor de mercado que a operação teria se não estivesse contaminada pelo ilícito. Ver: HAZEN: 2009, p. 323 e seg., GALLEY, MCGLOGAN, TYUKIDY: 2015).

5 Um dos meios para esta defesa é conhecido como “estudo de eventos”. Ver: HEATON: 2015).

6 Esta é a teoria do *disgorgement*, adotada nos Estados Unidos (HAZEN: 2009, p. 182) e que nos parece adequada também para o direito brasileiro.

Vale lembrar que o art. 155, § 3º, da Lei das S/A contém previsão expressa do direito de indenização por perdas e danos decorrentes da prática do *insider*.

Nas ações de indenização envolvendo práticas de ilícitos do mercado de capitais, a CVM deve ser intimada, nos termos do art. 31, da Lei 6.385/76.

Não nos parece, contudo, que a ausência de intimação seja causa de nulidade do processo, mas mera irregularidade, principalmente se houver no processo judicial informações sobre o entendimento da autarquia emitido acerca do caso concreto em processo administrativo.

## 2.2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ACP

Na hipótese de haver uma multiplicidade de pessoas lesadas pelo ilícito contra as normas do mercado de capitais, a Lei 7.913/89 prevê a possibilidade de especial ação civil pública “para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado” (art. 1º).

A Lei 7.913/89 possui apenas três artigos. O art. 1º cuida das hipóteses de cabimento da ação, que vêm a ser as infrações ao mercado de capitais, especialmente, como diz a lei, decorrentes de “operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários; compra ou venda de valores mobiliários, por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante, ainda não divulgada para conhecimento do mercado ou a mesma operação realizada por quem a detenha em razão de sua profissão ou função, ou por quem quer que a tenha obtido por intermédio dessas pessoas; omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa”.

O art. 2º, da Lei 7.913/89, a seu turno, trata da execução da sentença condenatória, disciplinando que o proveito da ação será revertido aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo e que o investidor deverá, após convocado por edital, habilitar-se ao recebimento da parcela que lhe couber, no prazo de dois anos da publicação do edital, período em que as importâncias pagas pelo infrator ficarão depositadas em conta remunerada, à disposição do juízo. Findo tal prazo, determina a norma que os valores sejam recolhidos ao Fundo a que se refere o art. 13, da Lei 7.347/85 (Lei



da Ação Civil Pública), que, no âmbito da União, é o Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD, regulamentado pelo Decreto 1.306/94.

Por fim, art. 3º, da Lei 7.913/89 determina a aplicação subsidiária (“no que couber”) da Lei 7.347/85.

Trata-se, pois, de ação coletiva proposta por substituto processual, com os mesmos requisitos das ações individuais, quais sejam a prática do ato ilícito, a ocorrência de dano e o nexo causal entre o ilícito e o dano.

A questão que se coloca, porém, diz respeito à legitimação ativa para a propositura da demanda. Em outros termos, trata-se de saber como interpretar o art. 1º, da Lei 7.913/89: somente Ministério Público pode propor a ação? Ou o Ministério Público pode propor a ACP de ofício ou por solicitação da CVM, sem prejuízo da iniciativa de outros legitimados?

Dispõe a norma que, “sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado [...] (art. 1º, da Lei 7.913/89)”.

Há quem defenda que o Ministério Público seja o único legitimado.

Lionel Zaclis (2007, p. 168-171), por exemplo, é da opinião que o legislador teria andado melhor se ampliasse a legitimidade da ação a outras entidades, mas entende que não é este o caso. Para o autor, o comando do art. 3º, da Lei 7.913/89 não alcança o art. 5º, da Lei 7.347/85, que trata dos legitimados para a propositura de ações civis públicas.

A nosso ver, nem o texto do art. 1º, da Lei 7.913/89, nem o do art. 3º, da mesma norma, que manda aplicar “no que couber” a Lei da Ação Civil Pública, permitem uma conclusão definitiva, pois tais normas não são expressas acerca da legitimidade de outros entes, vale dizer, não conferem nem afastam a legitimidade das demais pessoas previstas pelo art. 5º, da lei 7.347/85.

Assim, torna-se necessária uma interpretação sistemática, que inclua a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que rege, em conjunto com a Lei 7.347/85, as ações civis públicas no Brasil, bem como a Constituição Federal, na parte que trata do Sistema Financeiro Nacional.

Deveras, a questão passa pela amplitude do art. 1º, da Lei 7.347/85, vale dizer, das hipóteses de cabimento da ação civil pública. De acordo com o artigo, “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” e “V - por infração da ordem econômica”.

O art. 1º, IV, da Lei 7.347/85, por si só abre possibilidade para a propositura de ações civis públicas por qualquer dos legitimados, em decorrência de infrações ao mercado de capitais. A norma trata de dano causado “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, no que se insere, na dicção do art. 81, qualquer ilícito que afetasse “direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” ou direitos, também “transindividuais, de natureza indivisível”, mas “de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

A interrelação entre a Lei 7.347/85 e a Lei 8.078/90, e a amplitude da redação do parágrafo único do art. 81, da Lei 8.078/90, que não se limita a direitos do consumidor, somado à legitimação dos entes previstos pelo art. 82, da Lei 8.078/90, confere legitimidade às pessoas previstas no art. 5º, da Lei 7.347/85, para propor ação relativas a lesão de todos os direitos difusos e coletivos, inclusive no âmbito do mercado de capitais.

Cassio Scarpinella Bueno (2012, p. 232), embora não trate da ação civil pública da Lei 7.913/89, alerta ser “importante evidenciar que a cláusula genérica, que garante a pertinência ad ‘ação civil pública’ para ‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’, [...] não foi revogada. Assim, sem prejuízo de a tutela jurisdicional daqueles interesses e direitos ser assegurada como uma das funções institucionais do Ministério Público, desde o art. 129, III, da Constituição Federal, é correto entender que também os demais legitimados podem persegui-los em juízo, conduzindo suas próprias ações civis públicas”.

O art. 1º, IV, da Lei 7.347/85, porém, não autoriza os demais legitimados da ação civil pública à defesa de interesses individuais homogêneos decorrentes de infração ao mercado de capitais.

Contudo, o art. 1º, V, da Lei 7.347/85 legitima todos os entes, não só o Ministério Público, para propor ação civil pública reparadora de dano causado por “infração da ordem econômica”, na qual devem ser consideradas as infrações ao mercado de capitais.

Não obstante alguns diplomas normativos, como a Lei 8.137/90, tratem da ordem econômica de forma limitada ao direito da concorrência, a Ordem Econômica tem amplitude maior.

Deveras, a Ordem Econômica e Financeira da CF/88, passou a incluir, material e formalmente, os princípios gerais da atividade econômica, a política urbana, a política agrícola e fundiária e a reforma agrária e o sistema financeiro nacional. Incluindo-se o mercado de capitais no Sistema Financeiro Nacional, art. 192, da Carta, estará este também incluído na ordem econômica, âmbito no qual todos os entes previstos pelo art. 5º, da Lei 7.347/85.

Na literatura, Washington Peluso Albino de Souza, por exemplo, trata do mercado de capitais como parte do sistema financeiro nacional e da ordem econômica (SOUZA: 2003, p. 506-513) e na jurisprudência, a relação entre o mercado de capitais e a ordem econômica pode ser vista, por exemplo, no julgamento do REsp 1.187.365/RO (STJ, T4, Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 25/8/2014).

A nosso ver, portanto, todos os legitimados para propor ações civis públicas pela Lei 7.347/85 podem também propor as ações previstas pela Lei 7.913/89.

Se assim é, qual a razão de ser da Lei 7.913/89?

No regime constitucional de 1988, a lei não seria necessária para conferir legitimidade para propor ações civis públicas, mas se mostra útil por prever as hipóteses especiais de cabimento da ação, o papel da CVM, que pode solicitar a propositura da ação ao Ministério Público e, a nosso ver, a qualquer outro legitimado, notadamente a União, a quem pertence a autarquia e por prever a forma de execução da sentença condenatória, tema sempre tormentoso no âmbito das ações coletivas de reparação de danos individuais.

### **2.3 ACTIO PRO SOCIO**

Se a parte lesada, contudo, não é um investidor individual, nem uma coletividade de investidores, mas uma companhia, e a parte que causou o dano é seu administrador, a ação adequada para a reparação de dano é a ação de responsabilidade do administrador, que costuma receber tratamento especial.

Na Alemanha, utiliza-se o nome *actio pro socio*, de origem romana (CASQUET: 2015, p. 28) e nos países do *common law* o instrumento

processual se denomina *derivative action*, ou ação derivada, em que o sócio litiga em benefício da companhia, contra ato de seu administrador (GOWER, DAVIES: 2003, p. 453 e seg.; KLEIN, COFFEE JR, PARTONROY: 2010, p. 207 e seg.).

No Brasil, a *actio pro socio* (também chamada de ação de responsabilidade do administrador) é prevista pelo art. 159, da Lei das S/A.

Deveras, a ação de responsabilidade tem como legitimado apenas a empresa, como forma de proteger o administrador de embaraços. Como assevera Andréia Casquet (2015, p. 29), “a Lei das S/A estabelece que, em princípio, apenas a companhia é legitimada a mover ação de responsabilidade contra seus administradores. Este fato decorre da premissa maior de que a responsabilidade dos administradores da sociedade é especial e difere do sistema de responsabilidade tradicional. Segundo Vivante, o que justificava o regime próprio da ação social era a necessidade de se evitar que os administradores ficassem sujeitos a múltiplas ações judiciais propostas por acionistas, credores e terceiros, prestando-se a vinganças e perseguições, sem que o patrimônio da sociedade fosse recomposto”.

Apenas na hipótese de omissão da empresa, podem os acionistas minoritários ou individuais proporem a ação de responsabilidade. Como ensina Andréia Casquet (2015, p. 30), a regra de legitimação da empresa apresenta duas exceções: “(i) a legitimidade extraordinária dos acionistas, para, atendidas certas condições, propor a ação; e (ii) a legitimidade para acionistas e terceiros promoverem a ação de responsabilidade contra administradores em razão de danos que tenham individualmente sofrido pela prática de atos irregulares”. Prossegue a autora afirmando que “a Lei das S/A trata de três modalidades distintas de exercício da ação social: (i) ação social *ut universi* (art. 159, caput); (ii) ação social *ut singuli* substitutiva ou por substituição processual derivada (art. 159, § 3º); e (iii) ação social *ut singuli* derivada ou por substituição processual originária (art. 159, § 4º)” (CASQUET: 2015, p. 30).

Assim, quanto ao aspecto subjetivo, a *actio pro socio* é a ação proposta pela empresa contra seu administrador, por atos de responsabilidade deste. No que concerne ao aspecto objetivo, a *actio pro socio* se caracteriza pela existência de um prejuízo causado diretamente à empresa e apenas indiretamente ao sócio. Como se verifica, do caput, do art. 159, da LSA, trata-se da ação de responsabilidade civil da companhia contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio, vale dizer, ao patrimônio da pessoa jurídica. Em outros termos, o dano for causado

ao acionista, individualmente considerado, este será parte legítima para propor a ação de reparação (art. 159, § 7º, da LSA). Ao revés, se o prejuízo for da companhia, e apenas indiretamente do sócio, estar-se-á diante de hipótese da *actio pro socio*, como salientou o STJ, no julgamento do REsp 1.207.956/RJ (T4, REsp 1.207.956/RJ, Min. RAUL ARAÚJO, DJe de 6/11/2014).

Em quais situações, porém, se poderia falar na *actio pro socio*, na hipótese de violação das regras do mercado de capitais?

Há, aqui, uma superposição de conceitos. A *actio pro socio* seria cabível sempre que o administrador da companhia, violando seus deveres de lealdade e diligência, praticasse ato que causasse prejuízo à empresa e, ao mesmo tempo, configurasse manipulação do mercado de capitais ou prática da conduta de *insider trading*, com títulos pertencentes à companhia (PALMITER: 2014, p. 401).

A hipótese estaria configurada, se determinada pessoa fosse administrador da companhia A e da companhia B ao mesmo tempo e vendesse à empresa B, ações da empresa A que possuía, sabendo de informação não divulgada de que A estava prestes a sofrer prejuízos significativos.

Também estariam presentes os requisitos da ação de responsabilidade se o administrador de B, mesmo não sendo administrador de A, manipula de qualquer maneira valores mobiliários de A, e realiza operações com tais títulos em nome de B, causando-lhe prejuízos.

Embora o escopo da *actio pro socio* seja amplo, alcançando qualquer ato de responsabilidade do administrador que gere prejuízos para a companhia, também pode ser utilizada nos casos em que o ato do administrador causador do dano constitua, também, infração às regras do mercado de capitais (PALMITER: 2014, p. 397).

### 3 CONCLUSÃO

O Brasil parece estar iniciando uma nova fase da aplicação da lei que rege o mercado de capitais, pela iniciativa privada, não em rompimento, mas em acréscimo à aplicação do direito por órgãos públicos.

Aplicação da lei por iniciativa dos particulares vem a reboque do contexto histórico, relacionado tanto a ações privadas, individuais e

coletivas, em outros ramos do direito, como consumidor, concorrência, quanto a notícias de escândalos e de combate a corrupção, envolvendo infrações ao mercado.

Neste texto, procurou-se verificar se o Brasil ostenta as condições jurídicas para viabilizar a aplicação privada do direito do mercado de capitais, vale dizer, se os ilícitos contra o mercado de capitais estão tipificados, e se a legislação prevê ações privadas de indenização, bem como outros instrumentos processuais a disposição das vítimas de tais ilícitos, que viabilizem o acesso ao Judiciário com vistas na reparação de danos.

Verificou-se que o direito brasileiro tipifica a manipulação do mercado, o uso indevido de informações privilegiadas e outros delitos informacionais, bem como prevê os meios processuais adequados: a ação individual, para qualquer disponível a qualquer indivíduo que se sinta lesado, a ação civil pública da Lei 9.713/89 que, de acordo com nosso entendimento, pode ser proposta por qualquer dos legitimados da ação civil pública prevista pela Lei 7.347/85, e a *actio pro socio*, cabível quando o dano é causado à companhia emissora do valor mobiliário por seu próprio administrador.

Em conclusão, portanto, pode-se afirmar que o Brasil possui os institutos jurídicos que permitem às vítimas de infrações ao mercado de capitais o adequado acesso à Justiça, com vistas à reparação dos danos sofridos.

## REFERÊNCIAS

- BAINBRIDGE, Stephen M., *The Law and Economics of Insider Trading: A Comprehensive Primer* (February 2001). Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=261277>. Acesso em: 20 out. 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público e direito processual coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. II, Tomo III, p. 232.
- CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GOWER, L. C. B., DAVIES, P. L. *Principles of modern company law*. London: Sweet & Maxwell, 2003.

- CASQUET, Andréia Cristina Bezerra. A actio pro socio. p. 17-44. In: FRANÇA, Erasmo Valladão A. N. *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COX, James D., THOMAS, Randall S. & KIKU, Dana, *Public and Private Enforcement of the Securities Laws: Have Things Changed since Enron*. 80 Notre Dame L. Rev. 893 (2005). Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol80/iss3/3>. Acesso em: 20 out. 2017.
- EIZIRIK, Nelson et. Ali. *Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- EPSTEIN, Richard A. Returning to Common-Law Principles of Insider Trading After United States v. Newman, PP. 1482-1530. *The Yale Law Journal*. v. 125. March, 2016. Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/feature/returning-to-common-law-principles-of-insider-trading-after-united-states-v-newman>. Acesso em: 19 ago. 2017.
- GALLEY, Catherine; MCGLOGAN, Erin; TYUKIDY, Daniel. *Optimizing damages adjustments in securities class actions*. 2015. Disponível em: <https://www.cornerstone.com/Publications/Articles/Optimizing-Damages-Adjustments-in-Securities-Class-Actions>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- HAZEN, Thomas Lee. *Securities regulation*. Thomson West: St. Paul, 2009.
- HEATON, J.B. *Petrobras strikes heavy blow against use of event studies*. 2015. Disponível em: <https://www.law360.com/articles/942930/petrobras-strikes-heavy-blow-against-use-of-event-studies>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- HEMINWAY, Joan MacLeod. What is a Security in the Crowdfunding Era?. *University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 204*, 2012, p. 342. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2210162>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- JACKSON, Howell E.; ROE, Mark J. Public and Private Enforcement of Securities Laws: Resource-Based Evidence (March 16, 2009). *Journal of Financial Economics (JFE)*, v. 93, 2009; Harvard Public Law Working Paper No. 0-28; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 638. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1000086>. Acesso em: 20 out. 2017.
- KAUFMAN, Zachary D.; KASSINGER, Theodore W.; TRAEGER, Heather L., Democratizing Entrepreneurship: An Overview of the Past, Present, and Future of Crowdfunding (February 4, 2013). *Bloomberg BNA Securities Regulation & Law Report*, v. 45, Number 5: 208-217, February 2013. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2211698>. Acesso em: 10 dez. 2015.

KLEIN, William A.; COFFEE JR, John C.;PARTONNOY, Frank. *Business organization and finance: legal and economic principles*. NY: Thomson Reuters Foundation Press, 2010.

LaVIGNE, Christopher, CALANDRA, Brian. *Insider trading laws and enforcement*. Disponível em: [http://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/2016/06/PCRM\\_0316\\_LaVigneCalandra-\(2\).pdf](http://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/2016/06/PCRM_0316_LaVigneCalandra-(2).pdf). Acesso em: 19 ago. 2017.

PALMITER, Alan R.. *Securities regulation*. New York: Wolters Kluwer, 2014.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Insider trading: regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 320.

SEGAL, Ilya R. WHINSTON, Michael D.. Public vs. private enforcement of antitrust law: a survey. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 335*, December 15, 2006, p. 1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=952067>. Acesso em: 27 dez. 2015.

SIEMS, Mathias M., The EU Market Abuse Directive: *A Case-Based Analysis*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1066603>. Acesso em: 8 ago. 2017.

SOUZA, Washington Pesulo Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2003.

TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

YAZBEK, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VALOR ECONÔMICO. *Minoritários buscam ação civil pública contra JBS*. Acesso em: 19 jul. 2017.

VALOR ECONÔMICO. *Estatal é alvo de mais um processo em Nova York*. Acesso em: 19 maio 2015.

VALOR ECONÔMICO. *CVM instaura 5 processos administrativos para investigar JBS*. Acesso em: 5 jul. 2017.

ZACLIS, Lionel. *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*. São Paulo: RT, 2007.



RECEBIDO EM: 07/06/2018

APROVADO EM: 29/10/2018

# COMPETÊNCIA DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA SOBRE SERVIDORES DE AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS: RESERVA DE LEI FORMAL

***DISCIPLINARY COMPETENCE OF CENTRAL POWER ON  
PUBLIC SERVANTS OF FEDERAL AUTARCHIES AND  
PUBLIC FOUNDATIONS: RESERVE OF LEGAL STATUTE***

*Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça*  
*Pós-Doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora titular do curso de pós-graduação strictu sensu - mestrado e doutorado - em Direito Constitucional e do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Coordenadora e professora do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá (UNICATÓLICA). Coordenadora-chefe do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo e Tributário (GEP)*

*Márcio Anderson Silveira Capistrano*  
*Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Pesquisador bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Advogado da União.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Delineamento das diferentes competências em matéria disciplinar; 2 Relevância do respeito às regras de competência disciplinar; 3 Relação de supervisão entre Ministérios e entidades federais vinculadas: ausência de hierarquia; 4 Competência para instauração disciplinar em face de servidores de autarquias e fundações públicas federais vinculadas; 5 Competência para julgamento disciplinar em face de servidores de autarquias e fundações públicas federais vinculadas; 6 Ilegalidade e convalidação de vício quanto à competência disciplinar instauradora; Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva perquirir se há reserva de lei formal para que o Ministério supervisor possa exercer competências disciplinares sobre servidores de autarquias e fundações públicas federais. A relevância da pesquisa fundamenta-se na potencial nulidade pela escolha equivocada da autoridade competente para competências disciplinares, assim como na possível convalidação de atos irregulares por falha na condução de procedimentos disciplinares, no tocante ao elemento competência. São formuladas proposições diretas e sucintas sobre a forma de exercício das competências disciplinares ministeriais em relação a autarquias e fundações públicas federais, bem como sobre o modo de sanar eventuais vícios. A pesquisa emprega metodologia qualitativa, descritiva e exploratória, com a utilização de doutrina nacional, assim como atos normativos e julgados do ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Competência Disciplinar. Instauração. Julgamento. Reserva Legal. Supervisão Ministerial.

**ABSTRACT:** The present article aims to determine if there is a reserve of legal statute so that the supervising Ministry can exercise disciplines competences on servers of local and federal public foundations. The relevance of the research in the basis of competences for disciplinary competences, as well as in the possible validation of irregular atomic ones due to failure to conduct disciplinary procedures, not concerning the competency element. Direct and succinct propositions are formulated on how to exercise ministerial disciplinary competencies in relation to federal public autarchies and foundations, as well as on how to remedy eventual defects. The research uses descriptive, exploratory and qualitative methodology, with the use of national doctrine, as well as normative standards and judgments of Brazilian legal order.

**KEYWORDS:** Disciplinary Competence. Establishment. Judgment. Legal Reserve. Ministerial Oversight.

## **INTRODUÇÃO**

A verificação prévia da competência para a instauração e julgamento de processos referentes ao poder disciplinar revela-se crucial, a fim de que seja respeitado esse elemento de validade dos atos administrativos, cujo conteúdo está adstrito aos limites fixados pelo ordenamento jurídico. Nesse contexto, cabe perquirir se a relação de tutela ou supervisão dos Ministérios sobre a Administração Indireta autoriza de forma automática ou implícita o exercício das diferentes competências disciplinares sobre servidores de autarquias e fundações públicas vinculadas, ou se há reserva de lei formal nessas hipóteses.

A relevância da presente pesquisa fundamenta-se na potencial nulidade pela escolha equivocada da autoridade competente para competências disciplinares, assim como na possível convalidação de atos irregulares por falha na condução de procedimentos disciplinares, no tocante ao elemento competência. À guisa de conclusão, são formuladas proposições diretas e sucintas sobre a forma de exercício das competências disciplinares ministeriais em relação a autarquias e fundações públicas federais, bem como sobre o modo de sanar eventuais vícios. Trata-se de estudo com viés eminentemente pragmático, que tem como propósito verificar os limites da competência disciplinar ministerial sobre os servidores de autarquias e fundações públicas federais, de modo a evitar a prática de atos ilegais e eivados de nulidade.

A pesquisa emprega metodologia qualitativa, descritiva e exploratória, com a utilização de doutrina nacional, assim como atos normativos e julgados do ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase no regime dos servidores públicos federais.

## **1 DELINEAMENTO DAS DIFERENTES COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DISCIPLINAR**

Uma vez conhecida a infração de deveres ou o cometimento de proibições de índole funcional, com a conseqüente quebra da disciplina interior administrativa, abre-se espaço para a competência disciplinar da Administração Pública, que constitui o poder-dever (ou dever-poder) de investigar condutas funcionais e impor sanções administrativas previstas em lei aos servidores faltosos, de modo a promover o aperfeiçoamento progressivo do serviço público.

Distinguem-se, no âmbito do Direito Disciplinar, três competências distintas: competência para instauração, competência para instrução e competência para julgamento.

A autoridade instauradora, mencionada no artigo 143 da Lei nº 8.112, de 1990, corresponde à autoridade que tiver ciência da irregularidade.<sup>1</sup> Todavia, a autoridade apenas promoverá diretamente a apuração se detiver competência para o ato; caso contrário, deverá representar à autoridade a quem o ordenamento jurídico atribui competência.

Deflagrado o processo, a Comissão Disciplinar recebe da autoridade instauradora a missão de conduzir a marcha processual, com independência e imparcialidade (competência para instrução), consoante dispõem os artigos 149 e 150 da aludida Lei nº 8.112/1990. Por sua vez, a competência para julgamento é disciplinada no art. 141 do diploma legislativo em tela.<sup>2</sup>

A disciplina legal da matéria afigura-se bastante lacunosa, o que torna frequentemente difícil a identificação da autoridade competente para instaurar e para julgar um Processo Administrativo Disciplinar (PAD), o que tem sido alvo de críticas por parte da doutrina. Confirma-se, à guisa de ilustração:

[...] a Lei n. 8.112/90 não especifica qual o agente competente para a instauração do “processo disciplinar”, e muito menos da “sindicância” para aplicação das penas de advertência ou suspensão de até trinta dias. Deduz regra genérica (art. 143) inapta para permitir essa identificação.

[...] Não é possível discernir quem seja a autoridade competente para decisão final diante da flagrante omissão legal quanto à definição da autoridade competente para instauração (BACELLAR FILHO, 2012, p. 421-422).

Sabe-se que a autoridade com competência para instaurar processo disciplinares é, de forma genérica, autoridade hierarquicamente superior

1 “Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

2 “Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas: I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade; II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias; III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias; IV - pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão”.

ao representado; todavia, tal competência não é atribuída de forma ampla e generalizada a qualquer autoridade, nem mesmo dentro desta via hierárquica. A par disso, a disciplina da Lei nº 8.112/1990 sobre processos disciplinares não permite determinar com facilidade a qual autoridade da linha de hierarquia caberá apreciar, em cada órgão público federal, as notícias de supostas irregularidades. Faz-se necessário, portanto, buscar definição legal ou infralegal para essa competência de deflagração da seara disciplinar.

Diante desse cenário tormentoso, tem-se que, via de regra, cabe ao regimento interno de cada órgão público federal ou à lei de criação da entidade (em caso de autarquia ou fundação pública) solucionar tal lacuna, por intermédio da definição expressa da autoridade competente para instaurar a sede disciplinar.<sup>3</sup> Usualmente, as leis orgânicas, os estatutos ou regimentos internos dos órgãos públicos federais concentram a competência disciplinar no titular ou a distribuem entre os titulares das maiores unidades fracionárias. Por outro lado, na hipótese persistir a lacuna na norma interna, a autoridade de menor grau hierárquico com poder de decisão no órgão é quem será competente para apreciar a representação e decidir a respeito da instauração, conforme o art. 17 da Lei nº 9.784, de 1999<sup>4</sup> (MADEIRA, 2008, p.81). No Guia de PAD do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (2017, p. 43-44), são encontradas formulações nessa mesma direção:

[...] a Lei nº 8.112/90 não tratou de especificar que autoridade [instauradora] seria essa, deixando um vácuo, uma lacuna, um vazio, que deve ser suprido com a edição de outra norma. Essa necessidade de se definir a autoridade competente surge para afastar eventuais interpretações de cunho amplo e genérico, que poderiam conferir a qualquer autoridade o poder de apreciar notícias de supostas práticas de irregularidades.

Logo, a autoridade com competência para instaurar a sede disciplinar será aquela especificamente designada pelos estatutos ou regimentos internos de cada órgão público, de modo a suprir a lacuna deixada no

3 Registre-se que, em princípio, nada obsta a que essa competência seja objeto de delegação interna, conforme já autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgado de cuja ementa se extrai: “IV - Inocorrência de nulidade quanto à portaria de instauração do processo disciplinar, seja porque fora proferida por autoridade no exercício de poder delegado [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança no 7.081/DF. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 28 mar. 2001).

4 “Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir”.

Estatuto que regula o regime jurídico dos servidores públicos civis da União.

Contudo, pode acontecer de não existir ato normativo definidor da autoridade competente. Nesse caso, deverá ser aplicado, de forma subsidiária, o art. 17 da Lei nº 9.784/99.

Em suma, a lacuna existente no art. 143 da Lei nº 8.112/1990, a respeito da autoridade instauradora, deve ser completada por uma outra norma (quer seja uma norma específica para o órgão ou entidade, quer seja a regra geral prevista no art. 17 da Lei nº 9.784/1999). No caso das autarquias e fundações públicas federais, deve-se verificar a lei de criação e, não existindo previsão no diploma legal, atos normativos infralegais da entidade que disponham sobre a sua organização.

Já a autoridade julgadora será, em princípio, a autoridade instauradora. Em certos casos, porém, a competência para julgar não recairá sobre a mesma autoridade que deflagrou o processo. É possível, por exemplo, que a autoridade instauradora tenha de remeter os autos a uma autoridade hierarquicamente superior, na forma do que dispõe a Lei nº 8.112/1990<sup>5</sup>, ou à autoridade do órgão onde o servidor cedido tenha cargo efetivo, conforme prevê o Enunciado 16 do Manual de Boas Práticas Consultivas em Matéria Disciplinar da Advocacia-Geral da União (AGU)<sup>6</sup>.

## **2 RELEVÂNCIA DO RESPEITO ÀS REGRAS DE COMPETÊNCIA DISCIPLINAR**

A inobservância das regras de competência disciplinar é causa de invalidade dos atos administrativos praticados, podendo o Poder Judiciário proceder à sua anulação, por ofensa aos princípios da legalidade e do juiz natural. Mesmo a competência para instauração deve ser rigorosamente observada, sob pena de gerar nulidade:

---

5 “Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento. Art. 167. [...] § 1o Se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente [...]”.

6 “O servidor efetivo de órgão de qualquer Poder que se encontre cedido a outro órgão (ocupando ou não cargo em comissão) e neste pratique conduta que configure ilícito disciplinar, será processado neste órgão ou no órgão de origem e, caso haja sugestão de demissão ou cassação de aposentadoria, será julgado pelo Ministro de Estado chefe do órgão onde tenha o vínculo efetivo, devendo, caso receba a pena demissória, perder o cargo efetivo” (BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União (CGU). *Manual de Boas Práticas Consultivas em Matéria Disciplinar*. 3.ed. revisada, atualizada e ampliada. Brasília: CPPAD/CGU/AGU, 2017, p. 27).

[...] é manifestamente inválida a instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar por autoridade incompetente, implicando não só a nulidade dos trabalhos desencadeados pela comissão nomeada por quem não tinha poder para tanto, como da própria penalidade ao final imposta (CARVALHO, 2011, p. 420).

Com efeito, embora o artigo 143 da Lei nº 8.112/1990 preveja o dever de apuração da “autoridade que tiver de irregularidade no serviço público”, é certo que o dispositivo não confere competência de instauração de PAD a qualquer autoridade que tenha ciência do fato, indiscriminadamente. A promoção da apuração diante da ciência da irregularidade não significa necessariamente a instauração de processo: se a autoridade não estiver investida de competência para tanto, deverá levar o caso ao conhecimento da autoridade diretamente responsável, mediante comunicação, conforme previsto no artigo 116, inciso VI, ou mediante representação, na forma do inciso XII do mesmo artigo, ambos da Lei 8.112/1990 (ROZA, 2012, p. 85).

Pontue-se que a lei (em sentido formal) constitui o instrumento apto para determinar a competência dos órgãos ou agentes responsáveis pelo processo administrativo disciplinar. Não está excluído o espaço do poder regulamentar, mas este deve, nada obstante, atuar de modo derivado, limitado e subordinado (BACELLAR FILHO, 2012, p. 421).

Vale mencionar também a posição do Ministro Francisco Rezek, do Supremo Tribunal Federal (STF), no vetusto precedente firmado por ocasião do julgamento do MS nº 21.579/DF, no qual se entendeu que a instauração de PAD contra servidor de autarquia federal cabe ao dirigente da estatal, e não ao Ministro da Pasta supervisora. Do voto do Ministro relator, acolhido por unanimidade, extrai-se:

Não há notícia de qualquer fato objetivo que explique tenha migrado a investigação da própria autarquia para o Ministério respectivo. A incompetência para conduzir a investigação resulta incontroversa – estaríamos abstraindo a natureza autárquica da entidade que tinha a seu serviço o impetrante se condescendêssemos com a liquidação de temas disciplinares, de toda índole e grau hierárquico, pelo Ministério que responder por sua supervisão.

Com esse argumento – *por si suficiente a desconstituir o procedimento disciplinar em causa* – concorre o do cerceamento de defesa. [grifo nosso]

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança no 21.579/DF. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 25 mar. 1993)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), também se firmou a compreensão pela nulidade em razão da incompetência da autoridade instauradora do processo disciplinar.<sup>7</sup> O aludido tribunal também possui julgado emblemático da Terceira Seção no sentido que não cabe a um ato normativo infralegal instituir competência disciplinar instauradora na hipótese de a lei atribuir esse poder-dever a uma outra autoridade, de molde a gerar a nulidade de PAD deflagrado com ofensa à competência legalmente estabelecida:

**MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. INSTAURAÇÃO. CORREGEDORIA-GERAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.**

I - Nos termos do art. 2º, I, 'b' e § 5º, c/c art. 5º, VI da Lei Complementar nº 73/93 compete à Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União a instauração de processo administrativo disciplinar contra os membros da Advocacia-Geral da União, dentre os quais se incluem os Procuradores da Fazenda Nacional.

II - Ilegalidade do inciso V do art. 49 do Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no ponto em que admite a instauração pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional de processo administrativo disciplinar contra Procuradores da Fazenda Nacional.

Segurança concedida para declarar a nulidade do processo administrativo disciplinar e determinar a reintegração do impetrante no cargo, sem prejuízo da instauração de novo processo para apuração das irregularidades que motivaram a demissão do impetrante.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança no 10.978/DF. Relator: Ministro Feliz Fischer. Brasília, 10 maio 2006)

---

7 Cf., à guisa de ilustração: "ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEGISLAÇÃO ANTERIOR. POSSIBILIDADE NÃO PREVISTA NA LEI VIGENTE. 1. A Lei Complementar Estadual nº 39/90 que autorizava a delegação de competência para a instalação do processo administrativo não mais vigorava à época da instauração do procedimento, pelo contrário, estava em vigência a Lei Complementar nº 68/92, que atribui, especificamente, a determinados agentes a competência para este mister (art. 189). Está assim evitada de nulidade a portaria de instauração do procedimento, pois subscrita por agente que atuava no exercício de função delegada. 2. Recurso ordinário provido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança no 9.584/RO. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 06 jun. 2000).



Verifica-se que a competência para deflagração de processo acusatório não constitui matéria de interesse secundário, pois a inobservância das regras de competência instauradora pode gerar, no âmbito do Judiciário, a declaração de nulidade por ofensa ao devido processo legal. Afinal, a abertura de processo disciplinar envolve um juízo preambular quanto à existência da infração funcional, a ser realizado exclusivamente pelas autoridades a quem o ordenamento jurídico confere essa parcela do poder estatal. Compreende-se que a autoridade instauradora funciona como o primeiro juiz do caso, ao realizar sua atribuição de avaliar a plausibilidade dos elementos de informação coligidos até aquele momento, razão por que incide a garantia constitucional do juiz natural como corolário do devido processo legal, consoante previsto na ordem constitucional, com indiscutível eficácia irradiante na seara do Direito Administrativo Disciplinar.

Com mais razão se mostra imprescindível o respeito às regras de competência para instrução e para julgamento, também em homenagem à garantia do juiz natural. No ponto, cabe lembrar que a Comissão Processante também exerce um juízo percuciente quanto ao caso investigado, ao manifestar-se conclusivamente quanto à existência de ilícito disciplinar em seu relatório final.<sup>8</sup>

Cumpra pontuar também que existe um vínculo intrínseco entre poder disciplinar e poder hierárquico. Afinal, as competências de atuação nos processos de cunho correcional, inerentes ao poder disciplinar, decorrem do poder hierárquico, conferido pelo ordenamento jurídico ao administrador público para tomar as medidas necessárias à preservação ou recuperação da regularidade da atuação administrativa malferida pelo ilícito funcional, assim como para infligir as sanções legalmente aplicáveis. Nessa toada, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles (1958, p. 5-6):

Do poder hierárquico decorrem faculdades implícitas para o superior, tais como a de *dar ordens*, a de *fiscalizar* o seu cumprimento, a de *delegar* e *avocar* atribuições, e a de *rever* os atos dos inferiores.

[...]

---

8 Lei nº 8.112/90, art. 165: "Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção. § 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor. § 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes".

O poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico, mas com ele não se confunde. No uso do poder hierárquico, a Administração pública distribui e escalona as suas funções; no uso do poder disciplinar ela controla o serviço e responsabiliza os seus servidores faltosos. [destaques no original]

No mesmo sentido, Amauri Saad (2016, p. 52-53) observa que o poder disciplinar é inerente à relação de hierarquia e será exercido pelo hierarca competente em processo administrativo que obedeça ao devido processo legal. A evidenciar a estreita relação entre poder disciplinar e hierarquia, veja-se o seguinte apanhado doutrinário sobre instauração de PAD feito por Antonio Carlos Alencar Carvalho (2011, p. 419):

[...] *o poder-dever de instaurar o processo administrativo disciplinar cabe à autoridade administrativa hierarquicamente superior ao acusado*, entendimento confirmado por José Armando da Costa e também por Alberto Bonfim, o qual sublinha: “São competentes para instaurar processo administrativo as autoridades investidas de função de direção”.

Léo da Silva Alves ajunta que a instauração do processo disciplinar cabe à autoridade que ostenta o *poder hierárquico*, por ter a responsabilidade maior no âmbito do órgão público, em face do controle interno da atividade, e por lhe competir o poder de ordenação, controle e correção.

Marcello Caetano traz à baila que *o poder disciplinar compete à autoridade a quem o funcionário faltoso se subordina hierarquicamente no momento de efetivação da responsabilidade*, de sorte que, no caso de transferência ou mudança de quadro ou serviço, a autoridade superior competente, no caso do direito português, deveria julgar o feito e comunicá-lo ao *hierarca* administrativo a cuja esfera de competência se encontra o acusado, a fim de que seja imposto o cumprimento da punição determinada. [itálicos no original, negritos nossos]

Quanto ao julgamento de PAD, lembre-se que a competência delineada no art. 141 da Lei nº 8.112/1990 também se lastreia na organização hierárquica.<sup>9</sup> Constituindo exteriorização do poder hierárquico, o poder disciplinar somente pode ser exercido pela autoridade competente, na forma do que dispõe o ordenamento jurídico. Se houver dúvidas ou lacunas

9 Art. 141, II – “pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias”.

quanto à competência disciplinar, a opção deve recair sobre autoridade que tenha precedência hierárquica sobre o servidor envolvido.

### **3 RELAÇÃO DE SUPERVISÃO ENTRE MINISTÉRIOS E ENTIDADES FEDERAIS VINCULADAS: AUSÊNCIA DE HIERARQUIA**

As entidades da Administração indireta, frutos de descentralização administrativa, possuem como características essenciais a autonomia administrativa e financeira, a necessidade de lei para sua criação, a existência de patrimônio próprio, a especificação de seus fins e a vinculação aos órgãos da Administração direta com o objetivo principal de possibilitar a verificação de seus resultados, a harmonização de suas atividades políticas com a programação do Governo, a eficiência de sua gestão e a manutenção de sua autonomia por intermédio dos meios de controle estabelecidos em lei. É importante pontuar que a supervisão ministerial representa traço essencial do regime presidencialista vigente, a partir do reconhecimento da aplicação sistemática das prerrogativas constitucionais privativas do Presidente da República, como a direção superior da administração pública federal prevista no art. 84, II, da Constituição.

As entidades da Administração Federal indireta estão sujeitas à supervisão ministerial ou tutela, entendida como a fiscalização exercida sobre as pessoas administrativas descentralizadas, para garantir a observância da legalidade e o cumprimento das suas finalidades institucionais, nos estritos limites definidos em lei. A disciplina da supervisão ministerial relativa à Administração Federal indireta encontra-se no art. 26 do Decreto-Lei nº 200, de 1967.<sup>10</sup>

10 "Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade. III - A eficiência administrativa. IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade. Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento: a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica; b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade; c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balançetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo; d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia; e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle; f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração; g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas; h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; i) intervenção, por motivo de interesse público".

A adequada compreensão dos objetivos da supervisão ministerial deve considerar que a opção pela descentralização administrativa, com a criação de uma entidade com personalidade jurídica própria, enseja o resguardo da autonomia do ente, para que ele possa atuar com maior eficiência na prestação dos serviços outorgados. Tendo em vista que a autarquia é dotada de personalidade jurídica e capacidade de autoadministração, encontra-se submetida ao controle administrativo da Administração Direta (tutela ou supervisão ministerial), não se configurando, todavia, relação de hierarquia como a que ocorre dentro da estrutura verticalizada de uma única pessoa jurídica. Nesse sentido, Di Pietro (2001, p. 399) esclarece:

Esse controle não significa que os entes descentralizados estejam hierarquicamente subordinados à Administração Direta. Existe apenas uma vinculação para fins de controle; essa vinculação normalmente se dá com relação ao Ministério ou Secretaria de Estado ou de Município cujas atividades se relacionam com a da pessoa jurídica da administração indireta.

Há diferenças sensíveis entre tutela e hierarquia:

1. *a tutela não se presume, pois só existe quando a lei prevê*; a hierarquia existe independentemente de previsão legal, porque é princípio inerente à organização administrativa do Estado;
2. a tutela supõe a existência de duas pessoas jurídicas, uma das quais exercendo controle sobre a outra, existindo onde haja descentralização administrativa; a hierarquia existe dentro de uma mesma pessoa jurídica, relacionando-se com a ideia de desconcentração;
3. *a tutela é condicionada por lei, ou seja, só admite os atos de competência expressamente previstos*; a hierarquia é incondicionada e implica uma série de poderes que lhes são inerentes, como o de dar ordens, o de rever os atos dos subordinados (*ex officio* ou mediante provocação), o de avocar e delegar atribuições. [grifos nossos]

A descentralização administrativa traz ínsita a ideia de controle, de modo que o poder central transfere a execução de determinados serviços a entes dotados de personalidade jurídica e patrimônio próprios, todavia exerce sobre eles fiscalização necessária para assegurar que cumpram seus fins. Nesse diapasão, as entidades que exercem serviços públicos descentralizados gozam de capacidade de autoadministração, que lhes confere o direito de exercer com autonomia o serviço que lhes foi outorgado por lei, podendo opor esse direito até mesmo à pessoa política

instituidora. Porém, a competência para desempenhar esse serviço as coloca sob fiscalização do poder central, que verifica se há a adequada execução do serviço.

Não há subordinação hierárquica da pessoa jurídica da Administração Indireta para com a entidade estatal a que pertence, sob pena de restar descaracterizada sua autonomia. Há mera vinculação à entidade-matriz da Administração Direta, a qual passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço. A Administração Indireta, constituída por entes descentralizados, personalizados e autônomos, não se acha integrada na estrutura orgânica do Poder Central, mas tão-somente vinculada. Por esse motivo não se sujeita ao controle hierárquico, mas a um controle finalístico e atenuado.

Tendo em vista que cada entidade descentralizada possui, além de autonomia administrativa e financeira, um ato normativo específico que a disciplina, estabelecendo suas competências, não há que se falar em subordinação de seus atos administrativos concretos ao órgão ao qual se encontra vinculada. Sobre o tema, o STJ assim decidiu:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.  
SERVIDOR PÚBLICO DO DER/MG. AUTONOMIA DO  
ENTE DESCENTRALIZADO PARA INSTAURAR E JULGAR  
PROCESSOS DISCIPLINARES. ÓRGÃOS DE DIREÇÃO SUPERIOR.  
COMPETÊNCIA. LEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

*I - O controle exercido pelo Poder Central em relação aos entes descentralizados é limitado ao especificado em lei, preservando-se, por conseguinte, a autonomia administrativa destes.*

*II - A condução e julgamento de processos administrativos disciplinares é característica do controle hierárquico, o qual inexistente na relação entre as entidades descentralizadas e o Poder Central.*

*III - Cabe à direção superior da autarquia o julgamento e aplicação de eventuais penalidades aos servidores autárquicos, já que neste âmbito, ou seja, no interior do ente descentralizado, vigora o princípio hierárquico.*

*IV - Princípio do contraditório e da ampla defesa preservados, a despeito da não obtenção de cópias de todo o processo administrativo em momento imediato ao requerimento, tendo em vista o grande volume de documentos. Recurso ordinário desprovido. [grifos nossos]*

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança no 12467/MG. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 20 abr. 2006)

Vale a leitura de excertos do voto vencedor:

Veja-se que o controle exercido pelo Poder Central sobre as autarquias limita-se a garantir que as finalidades públicas estabelecidas na lei de sua criação estejam sendo cumpridas.

Destarte, a condução e julgamento de processos administrativos disciplinares é característica do controle hierárquico, o qual inexistente na relação entre as entidades descentralizadas e o Poder Central.

[...]

Pois bem, não há sentido algum em admitir-se que a condução e julgamento de processos administrativos disciplinares pertinentes aos servidores que integram a entidade descentralizada dependam da aquiescência do Poder Central. Somente em situações especiais, devidamente previstas em lei, poder-se-ia admitir a intervenção da Administração Direta (Poder Central).

Depreende-se, portanto, que as entidades vinculadas aos Ministérios estão sujeitas à supervisão ministerial nos limites definidos pelo Decreto-Lei nº 200/1967, mas não há, entretanto, subordinação hierárquica, de forma que é inadmissível presumir existentes quaisquer dos poderes que decorrem da hierarquia. Diante da autonomia do ente descentralizado, característica conferida pela lei, eventual competência disciplinar por parte de autoridade estranha à sua organização hierárquica deve ser também legalmente estabelecida, por restringir a autonomia já conferida pelo ordenamento legal.

#### **4 COMPETÊNCIA PARA INSTAURAÇÃO DISCIPLINAR EM FACE DE SERVIDORES DE AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS VINCULADAS**

Conforme já exposto, a Lei nº 8.112/1990 não aponta de modo preciso a competência para deflagrar procedimentos disciplinares, devendo a lacuna ser preenchida por outra norma do ordenamento jurídico. A par disso, o regime jurídico da supervisão ministerial sobre entidades vinculadas, delineado no Decreto-Lei nº 200/1967, foi recepcionado pela

ordem constitucional vigente com o *status* de lei ordinária. Sendo assim, leis ordinárias posteriores possuem aptidão para derogar esse conjunto de regras.

Desse modo, nada obsta a que a lei de criação de uma autarquia atribua ao Ministro da pasta supervisora o poder-dever de instaurar processos administrativos contra certos servidores da entidade tutela, apesar da ausência de hierarquia. Em razão disso, a lei de criação de várias autarquias conferiu competência ministerial em relação à apuração da conduta funcional de dirigentes das entidades, como nos seguintes exemplos: Agência Nacional de Águas (Lei nº 9.984/2000, art. 3º, §3º), Agência Nacional de Transportes Terrestres e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Lei nº 10.233/2001, art. 56, parágrafo único) e Agência Nacional de Aviação Civil (Lei nº 11.182/2005, art. 14, § 2º).

Todavia, nos casos em que não exista disposição legal específica sobre a competência disciplinar instauradora no âmbito daquela entidade, essa competência não pode ser atribuída, na via hermenêutica, ao Ministro da Pasta supervisora, pois o poder de supervisão limita-se estritamente ao rol previsto no Decreto-Lei nº 200/1967. É dizer: a autonomia administrativa da autarquia e os limites do poder de supervisão ministerial estão previstos no Decreto-Lei nº 200/1967, norma que atualmente apresenta *status* de lei ordinária. A atribuição de competência disciplinar instauradora ao Ministro da Pasta supervisora apresenta-se viável, mas apenas se houver lei específica que derogue esse regramento geral com *status* de lei.

Superada a fixação da competência instauradora para ilícitos que envolvam servidores das autarquias e fundações públicas federais, resta perquirir a quem cabe deflagrar PAD para apurar suspeitas de irregularidade que parem sobre o próprio dirigente da entidade.

Por certo, não se admite que uma autoridade qualquer deflagre PAD para investigar a si própria, ou mesmo que esse mister recaia sobre órgãos inferiores da própria pessoa jurídica, considerando o fundado risco de manobras a frustrar a investigação imparcial e profícua. Então, questiona-se: a competência instauradora contra o titular da entidade descentralizada é atribuída ao Ministro da Pasta supervisora ou ao Presidente da República?

O STJ já atribuiu ao Ministro de Estado a competência para instaurar PAD em relação a dirigente de entidade vinculada, porém sob o argumento de que existe relação de hierarquia, o qual se reputa equivocado. Veja-se:

Na presente hipótese, da análise dos autos, verifica-se que o processo administrativo foi instaurado para a apreciação de irregularidades cometidas na execução de um contrato administrativo por vários servidores do DNER, inclusive diretores da autarquia.

Assim, exsurge certo que a competência para instauração e julgamento do processo somente poderia ser do Ministro de Estado, autoridade que detinha *ascendência hierárquica* sobre todos os servidores envolvidos. [grifo nosso]

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança no 6.078/DF. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 09 abr. 2003)

Na linha do que se vem sustentando, entende-se que a competência para instaurar PAD contra o titular da entidade recairá sobre a autoridade hierarquicamente superior, seguindo-se a regra geral do poder disciplinar. Assim, a instauração do processo cabe ao Presidente da República, como chefe do Poder Executivo federal. Compreende-se que, na falta de autorização legal, não se pode atribuir essa competência ao Ministro da Pasta supervisora, tendo em vista a ausência de precedência hierárquica.

A ilustrar a questão, merece alusão o Decreto nº 3.669, de 2000, por meio do qual o Presidente da República delegou a competência ao Ministro da Educação para instaurar feitos disciplinares envolvendo atos de dirigentes máximos das entidades vinculadas.<sup>11</sup> O aludido decreto corrobora a posição ora sustentada, na medida em que, obviamente, não haveria a necessidade de delegação expressa dessa competência instauradora se a atribuição já recaísse sobre o Ministro de Estado.

Ao prosseguir na análise, frise-se que a competência para instauração de feito disciplinar contra ex-titular da entidade descentralizada também não pertence ao Ministro da Pasta supervisora, considerando a ausência de relação hierárquica e de previsão legal, com base na linha de raciocínio já sustentada. Afinal, praticado o ilícito funcional, a competência para a

11 "Art. 1º Fica delegada competência ao Ministro de Estado da Educação, vedada a subdelegação, sem prejuízo do disposto no Decreto no 3.035, de 27 de abril de 1999, para: I - *constituir comissão de sindicância ou de processo administrativo disciplinar, destinada a apurar irregularidades relativas a atos de dirigentes máximos de fundação ou de autarquia vinculadas ao Ministério da Educação, inclusive de outros servidores dessas entidades quando conexos com aqueles*; II - julgar os processos administrativos em que sejam indiciados os servidores a que se refere o inciso anterior e aplicar as penalidades de demissão, cassação de aposentadoria, disponibilidade de servidores, destituição ou conversão da exoneração em destituição de cargo em comissão, observadas as demais disposições legais e regulamentares, especialmente a prévia e indispensável manifestação da Consultoria Jurídica" [grifo nosso].



devida apuração surge e é fixada naquele instante. Nesse sentido, confira-se o a seguinte manifestação, que traduz posicionamento pacífico do STJ:

Ocorrendo a transgressão, fixa-se imediatamente a competência da autoridade responsável pela apuração dos ilícitos, independentemente de eventuais modificações de lotação dentro da estrutura da Administração Pública.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança no 16.530/DF. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 22 jun. 2011)<sup>12</sup>

Sendo assim, é de se compreender que, na hipótese de o titular praticar uma infração disciplinar, a competência para apuração será definida de imediato, não sofrendo influência de eventual mudança superveniente quanto ao ocupante do cargo. Em outras palavras, tem-se que, a prevalecer a tese contrária, a competência para apurar faltas cometidas pelo titular dependeria do momento que em os indícios fossem descobertos: se o titular da entidade ainda estivesse no cargo, a instauração de feito disciplinar caberia ao Presidente da República; porém, se outra pessoa já houvesse assumido o cargo, a deflagração do procedimento seria de responsabilidade do atual dirigente.

Como visto, o posicionamento do STJ adota uma outra lógica, a qual, a nosso ver, prestigia a segurança, a certeza e a clareza que devem nortear as regras de competência. Nesse sentir, é de se concluir que a competência para instaurar PAD contra ex-titular da entidade também recai sobre o Presidente da República, autoridade competente no momento do cometimento do ilícito.<sup>13</sup>

## **5 COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DISCIPLINAR EM FACE DE SERVIDORES DE AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS VINCULADAS**

Como regra geral, válida para toda a Administração Pública Federal, a Lei nº 8.112/1990 estabelece competência para a aplicação das penas

<sup>12</sup> Pontua-se que, no julgamento do Mandado de Segurança nº 14.797/DF, a Terceira Seção do STJ reafirmou essa tese, de forma unânime (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança no 14.797/DF. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 28 mar. 2012).

<sup>13</sup> O raciocínio ora exposto alinha-se à compreensão de que a competência para apurar falta funcional cometida por chefia que veio a ser substituída recai não sobre o novo titular do cargo, mas sim sobre a autoridade que, à época do ilícito, tinha ascendência hierárquica sobre essa chefia que foi sucedida (COSTA, 2008, p. 218-219).

disciplinares em seu artigo 141. Todavia, o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado a competência para julgar processos com penas capitais, com prévia manifestação de suas Consultorias Jurídicas, na forma do Decreto nº 3.035, de 1999:

Art. 1º Fica delegada competência aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União, vedada a subdelegação, para, no âmbito dos órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados, observadas as disposições legais e regulamentares, especialmente a manifestação prévia e indispensável do órgão de assessoramento jurídico, praticar os seguintes atos:

I - julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades, nas hipóteses de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores;

II - exonerar de ofício os servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo ou converter a exoneração em demissão;

III - destituir ou converter a exoneração em destituição de cargo em comissão de integrantes do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, níveis 5 e 6, e de Chefe de Assessoria Parlamentar, código DAS-101.4;

IV - reintegrar ex-servidores em cumprimento de decisão judicial, transitada em julgado.

Observe-se que a delegação de competência constante do art. 1º do Decreto nº 3.035/1999 não se aplica aos titulares de autarquias e fundações públicas e aos ocupantes de cargo de natureza especial, conforme previsão do § 2º do mesmo artigo. Assim, a aplicação de penas capitais a tais autoridades ainda compete ao Presidente da República:

Art. 1º [...]

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica ao ocupante de cargo de natureza especial e ao titular de autarquia ou fundação pública.

Destarte, como regra geral, compete não ao Ministro, mas à autoridade instauradora, o julgamento dos processos disciplinares envolvendo servidores da autarquia. Somente a competência para aplicar

penalidades capitais recairá sobre o Ministro da Integração Nacional, por delegação do Presidente da República, exceto nos casos que envolvam o titular da autarquia, tudo na forma do Decreto nº 3.035/1999.<sup>14</sup>

Em suma, pode-se afirmar que, em relação aos servidores de entidades descentralizadas: a) a competência disciplinar instauradora não será do Ministro, salvo lei específica em sentido contrário; e b) a competência disciplinar julgadora será do Ministro apenas nos casos de penalidade capital, excluídos os titulares das entidades, na forma do que prevê o Decreto nº 3.035/1999.

Já no tocante à competência para julgamento em sede de recurso administrativo, é certo que, em razão da autonomia das autarquias e fundações públicas federais, tais entidades não podem ter seus atos reexaminados pelo Ministério supervisor por meio de recurso em sentido próprio. Todavia, resta perquirir se a decisão tomada no âmbito da entidade vinculada poderia ser objeto de recurso hierárquico impróprio.

Mesmo na ausência de autorização legal expressa, poderá existir, excepcionalmente, viabilidade jurídica de reexame de decisão tomada por entidade vinculada, por parte do Ministério supervisor. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 167-168) afirma:

Dado que as autarquias são pessoas jurídicas distintas do Estado, o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para conhecer de recurso contra seus atos, pois inexistente relação hierárquica entre este e aquelas, mas apenas os vínculos de controle legalmente previstos. Assim, só poderia caber o chamado recurso hierárquico impróprio, isto é, quando previsto na lei própria da autarquia (ou em alguma outra lei). Sem embargo, é certo que, nos termos do art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição, a todos é assegurado, independentemente do pagamento de taxas, “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Assim, configurando-se o caso, a autoridade supervisora poderá encontrar-se obrigada a exercer os cabíveis poderes de supervisão sempre que o ato atacado incorra em alguma das hipóteses que os suscitam.

---

14 Ressalte-se que a competência do Presidente da República para aplicar a penalidade capital está em conformidade com a distribuição de competências da Lei nº 8.112/1990. Ademais, é certo que o Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal (Decreto-Lei nº 200/1967, art. 170). Desse modo, entende-se possível a delegação do Presidente da República a cada Ministro para aplicar penalidades capitais aos servidores das entidades descentralizadas

[...]

Não é demais recordar que a doutrina, acertadamente, encarece que o controle das autarquias existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece. Com efeito, se o Legislativo entendeu de fraturar a unidade da Administração, criando tais sujeitos como pessoas diferentes do Estado, ou seja, como entidades da Administração indireta, o Executivo não poderia, por si mesmo, recompor tal unidade. A ingerência que cabe à Administração Central exercer sobre elas e a própria integração de suas atividades no planejamento geral administrativo hão de realizar-se segundo os meios que a lei haja previsto, ao estabelecer o controle da entidade autárquica. Tal controle configura a chamada tutela *ordinária*. Cumpre observar, entretanto, que a doutrina admite, em circunstâncias excepcionais, perante casos de descalabro administrativo, de graves distorções no comportamento da autarquia, que a Administração Central, para coibir desmandos sérios, possa exercer, mesmo à falta de disposição legal que a instrua, o que denominam de tutela *extraordinária* [destaques no original].

A tutela extraordinária sobre as decisões das autarquias e fundações públicas federais, mediante recurso hierárquico impróprio, encontra fundamento não apenas no direito constitucional de petição, mas também na competência privativa do Presidente da República de exercer, com o auxílio dos Ministros, a direção superior da administração pública federal, na forma do art. 84, II, da Constituição.<sup>15</sup> Com efeito, a direção superior da administração pública federal traz ínsito o dever de zelar pela legalidade dos atos praticados e pela observância do interesse público perseguido, razão pela qual nem mesmo vedação legal expressa poderia, no regime constitucional atual, afastar o cabimento do recurso hierárquico impróprio (SAAD, 2016, p. 105). Desse modo, admite-se a competência julgadora disciplinar do Ministro supervisor em relação à decisão tomada pela entidade vinculada, o que ocorreria mediante tutela extraordinária, pela via do recurso hierárquico impróprio.

---

15 Nessa esteira, merece menção o Parecer AGU nº AC – 51, de 12 de junho de 2006, aprovado pelo Presidente da República em despacho de 13/6/2006, para os efeitos vinculantes estabelecidos no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93. Nesse Parecer, firmou-se o entendimento no sentido de que seria cabível o recurso hierárquico impróprio contra decisões de agências reguladoras (autarquias em regime especial), mesmo sem autorização legal específica, em relação às suas atividades administrativas. Como assevera Luiz Araujo (2008, p. 245-249), deve-se reconhecer o cabimento de recurso hierárquico impróprio quanto às atividades administrativas não finalísticas das agências reguladoras, em razão da supervisão ministerial e do direito constitucional de petição aos órgãos públicos.

## 6 ILEGALIDADE E CONVALIDAÇÃO DE VÍCIO QUANTO À COMPETÊNCIA DISCIPLINAR INSTAURADORA

Como se sabe, nos termos do enunciado nº 473 da súmula de jurisprudência do STF, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais [...]”. Por outro lado, é preciso, anteriormente, verificar a possibilidade de convalidação do ato tisanado de ilegalidade.

O instituto da convalidação foi acolhido expressamente pelo ordenamento jurídico pátrio com o art. 55 da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal.<sup>16</sup> Por meio da convalidação, formaliza-se novo ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado (DI PIETRO, 2011, p. 227).

Constitui-se em pressuposto essencial para a convalidação que a nulidade ocorrida seja relativa, tendo em vista que nem todos os vícios do ato administrativo são sanáveis. Ademais, apenas são convalidáveis atos que podem ser legitimamente produzidos.

Nas hipóteses de nulidade sanável, impõe-se a convalidação no caso em que a anulação do ato cause mais prejuízos ao interesse público do que a sua manutenção, em atenção ao princípio da economicidade, devendo-se sopesar o princípio da legalidade com os demais princípios norteadores da Administração Pública, tais como a razoabilidade, a eficiência e a segurança jurídica. Cabe ao administrador, no momento do exame da invalidade, realizar a ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas para escolher o meio de correção para sanar o vício, a partir da análise do tempo decorrido, dos efeitos gerados, da boa ou má fé do administrado e do agente público, dos valores afetados pela manutenção do ato e dos valores afetados pela retirada do ato (MARTINS, 2015, p. 225).

De acordo com Juarez Freitas (2004, p. 264), presentes os pressupostos, a convalidação mostra-se imperativa e inescapável. Neste sentido, a solução convalidadora não malfere o princípio da legalidade, antes lhe atende ao seu propósito, considerando a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade malferida.

---

16 “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

Especificamente no tocante à possibilidade de convalidação de ato instaurador de feito disciplinar com vício de competência, deve-se registrar que, no julgamento do RMS no 20.631/PR, o STJ entendeu que a instauração de PAD por autoridade sem poderes para tanto poderia ser convalidada, com a ratificação pela autoridade competente. Veja-se trecho do voto do relator:

A circunstância de ter sido determinada a abertura do processo disciplinar por ato do Corregedor-Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná, e não por deliberação do Conselho da Polícia Civil, conforme previa a Lei Complementar Estadual 89/01, não enseja nulidade, porquanto esse órgão deliberativo acabou por convalidar aquele ato ao julgar o relatório da comissão processante, concluindo pela aplicação da pena de demissão. Mediante essa compreensão, busca-se homenagear a racionalidade. Mostra-se evidentemente desnecessária a anulação do ato de demissão por mero vício formal, mormente quando devidamente observados, no curso do processo disciplinar, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório [...].

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança no 20.631/PR. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 10 maio 2007)

No mesmo sentido, a Advocacia-Geral da União (AGU) editou publicação sobre direito disciplinar, na qual assim se posiciona: “O ato de instauração de processo disciplinar, por autoridade incompetente, é suscetível de ratificação” (BRASIL, 2013, p. 83). Assim sendo, reputa-se juridicamente viável a convalidação do vício de competência na instauração de feitos disciplinares.

A importância da convalidação consiste no seu efeito retroativo, aproveitando-se os efeitos anteriores do ato passível de invalidação. Todavia, é preciso haver agilidade nas providências que visem à convalidação de atos defeituosos, considerando que não será possível a convalidação de atos já impugnados pelo interessado, na via administrativa ou na via judicial, pois, do contrário, seria inútil a arguição do vício, cuja extinção de efeitos ficaria ao alvedrio da Administração Pública (ZANCANER, 2001, p. 56).

Na hipótese de a Administração Pública identificar processos em que desrespeitada a regra de competência disciplinar instauradora, estará diante de situação de ilegalidade, a qual poderá ensejar manifestação judicial no sentido da nulidade das portarias instauradoras e atos subsequentes. Sem embargo, mostra-se cabível a convalidação do vício por parte da

autoridade competente, que poderá confirmar os atos e conferir validades aos seus efeitos pretéritos, evitando-se a invalidação dos processos e o desperdício de recursos públicos. Desse modo, poderá haver o envio dos autos dos processos eventualmente inquinados de ilegalidade à autoridade competente, para que possa confirmar as portarias de instauração e os seus efeitos pretéritos, por meio da convalidação.

Caso a remessa dos autos seja anterior ao encerramento da instrução processual, caberá à autoridade julgadora competente providenciar a ulatimação dos trabalhos apuratórios, designando nova Comissão Processante, a qual poderá, em princípio, ser integrada pelos mesmos servidores que já atuaram. Caso a remessa dos autos seja posterior ao encerramento dos trabalhos, a autoridade competente poderá convalidar os atos anteriores e julgar o caso à luz do Relatório Final apresentado.

De todo modo, as providências saneadoras devem ser realizadas sem demora, considerando que a convalidação pode vir a ser inviabilizada por eventual impugnação por parte de algum interessado, seja na via administrativa, seja na via judicial.

## **7 CONCLUSÃO**

Diante do exposto, em conformidade com os objetivos deste trabalho, são formuladas as seguintes proposições à guisa de conclusão:

- i) Por constituir exteriorização do poder hierárquico, o poder disciplinar somente pode ser exercido pela autoridade competente, na forma do que dispõe o ordenamento jurídico;
- ii) O desrespeito às regras de competência disciplinar é causa de invalidade dos atos administrativos praticados, podendo o Poder Judiciário proceder à sua anulação;
- iii) As autarquias e fundações públicas federais estão sujeitas à supervisão ministerial nos limites definidos pelo Decreto-Lei nº 200/1967, mas não há, entretanto, subordinação hierárquica;
- iv) Diante da autonomia do ente descentralizado, característica conferida pela lei, eventual competência disciplinar por parte de autoridade estranha à sua organização hierárquica deve ser também legalmente estabelecida, por restringir a autonomia já conferida pelo ordenamento legal;

- v) O titular da entidade é a autoridade competente para instaurar feitos disciplinares que envolvam servidores daquela pessoa jurídica, salvo lei específica em sentido contrário;
- vi) A competência disciplinar instauradora em face do titular da entidade cabe ao Presidente da República, autoridade hierarquicamente superior;
- vii) A competência para instauração de feito disciplinar contra ex-titular da entidade também pertence ao Presidente da República;
- viii) Como regra geral, compete não ao Ministro supervisor, mas ao titular da entidade o julgamento dos processos envolvendo agentes da autarquia, inclusive Diretores, com a respectiva aplicação de penalidades;
- ix) Somente recairá sobre o Ministro a competência para aplicar as chamadas penalidades capitais, julgando os respectivos processos administrativos, por delegação do Presidente da República, exceto nos casos que envolvam o titular da autarquia, tudo na forma do Decreto nº 3.035/1999;
- x) Na hipótese de envolvimento do titular da autarquia, a aplicação de penalidades capitais, assim como o julgamento dos respectivos processos administrativos, permanecem no âmbito da competência do Presidente da República, por não ter havido delegação no Decreto nº 3.035/1999;
- xi) Admite-se a competência julgadora disciplinar do Ministro supervisor em relação à decisão tomada pela entidade vinculada, o que ocorreria mediante tutela extraordinária, pela via do recurso hierárquico impróprio; e
- xii) É juridicamente viável a convalidação do vício de competência na instauração de feitos disciplinares. Caso a remessa dos autos seja anterior ao encerramento da instrução processual, caberá à autoridade julgadora competente providenciar a ultimação dos trabalhos apuratórios, designando nova Comissão Processante. Caso a remessa dos autos seja posterior ao encerramento dos trabalhos, a autoridade competente poderá convalidar os atos anteriores e julgar o caso à luz do Relatório Final apresentado.



## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Hipóteses de cabimento de recurso hierárquico impróprio contra decisões de agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 178, p. 243-250, abr./jun. 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União (CGU). *Diretrizes para o Assessoramento Jurídico em Matéria Disciplinar*. 1. ed. Brasília: AGU, 2013. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/268344](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/268344)>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União (CGU). *Manual de Boas Práticas Consultivas em Matéria Disciplinar*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. Brasília: CPPAD/CGU/AGU, 2017. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/572193](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/572193)>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1967. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm) >. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 3.035, de 27 de abril de 1999. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1999. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3035.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3035.htm)>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 3.669, de 23 de novembro de 2000. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2000. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3669.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3669.htm)>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1993. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm)>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1990. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 23 maio 2018.

- \_\_\_\_\_. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Diário Oficial da União. Brasília, 1999. Disponível em:* < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19784.htm)>. Acesso em: 23 maio 2018.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000. *Diário Oficial da União. Brasília, 2000. Disponível em:* < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/19984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19984.htm)>. Acesso em: 23 maio 2018.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. *Diário Oficial da União. Brasília, 2011. Disponível em:* < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/110233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/110233.htm)>. Acesso em: 23 maio 2018.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. *Diário Oficial da União. Brasília, 2005. Disponível em:* < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111182.htm)>. Acesso em: 23 maio 2018.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar/CGU. Dez. 2017. Disponível em:* < <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad-dezembro-2017.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2018.
- \_\_\_\_\_. Presidência da República. Advocacia-Geral da União. Parecer AGU n° AC – 51, de 12 de junho de 2006, aprovado por despacho presidencial de 13 de junho de 2006. *Diário Oficial da União. Brasília, 19 jun. 2006, p. 1-11.*
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança no 6.078/DF. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 09 abr. 2003. *Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:* <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=402501&num\\_registro=199800935525&data=20030428&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=402501&num_registro=199800935525&data=20030428&formato=PDF)>. Acesso em: 23 maio 2018.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança no 7.081/DF. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 28 mar. 2001. *Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:* <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=219347&num\\_registro=200000660426&data=20010604&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=219347&num_registro=200000660426&data=20010604&formato=PDF)>. Acesso em: 23 maio 2018.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança no 10.978/DF. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 10 maio 2006. *Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:* <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=626814&num\\_registro=200501305371&data=20061106&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=626814&num_registro=200501305371&data=20061106&formato=PDF)>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança no 14.797/DF. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 28 mar. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17500748&num\\_registro=200902216357&data=20120507&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17500748&num_registro=200902216357&data=20120507&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança no 16.530/DF. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 22 jun. 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15814096&num\\_registro=201100784344&data=20110630&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15814096&num_registro=201100784344&data=20110630&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança no 9.584/RO. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 06 jun. 2000. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199800211179&dt\\_publicacao=19-06-2000&cod\\_tipo\\_documento=1&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800211179&dt_publicacao=19-06-2000&cod_tipo_documento=1&formato=PDF)>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança no 12.467/MG. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 20 abr. 2006. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2214291&num\\_registro=200001090151&data=20060522&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2214291&num_registro=200001090151&data=20060522&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança no 20.631/PR. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 10 maio 2007. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3040124&num\\_registro=200501522970&data=20070528&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3040124&num_registro=200501522970&data=20070528&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança no 21.579/DF. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 25 mar. 1993. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85556>>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas*. Enunciado de Súmula nº 473. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=437.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 maio 2018.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COSTA, José Armando da. *Processo administrativo disciplinar: teoria e prática*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MADEIRA, Vinicius de Carvalho. *Lições de processo disciplinar: atualizado com a súmula vinculante nº 5, do STF*. Rio de Janeiro: Fortium, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Os poderes do administrador público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 51, p. 1-18, 1958.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

ROZA, Claudio. *Processo administrativo disciplinar e comissões sob encomenda*. Curitiba: Juruá, 2012.

SAAD, Amauri Feres. *Do conceito de controle da administração pública no direito administrativo brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. 192 f.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

RECEBIDO EM: 01/05/2019

APROVADO EM: 22/07/2019

# **A RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: DE HABERMAS A ALEXY**

***THE RATIONALITY OF THE JUDICIAL DECISION  
MAKING WITHIN THE GENERAL LEGAL THEORY OF  
BRAZILIAN CIVIL PROCEDURES: FROM HABERMAS TO  
ALEXY***

*Priscila Aparecida Borges Camões*

*Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Grauação em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada - IEC. Professora assistente II, na graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Campus Arcos/MG e professora na Pós-Grauação "Lato Sensu" das disciplinas de Direito Processual do Trabalho I e II da PUC Minas Virtual. Advogada militante.*

*Rafael Alem Mello Ferreira*

*Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, sob a orientação do professor doutor Lênio Luiz Streck. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM. Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas: FDSM e Coordenador e professor do Curso de Direito da PUC-MG. Pós-Graduado em Ciências Penais pela universidade Federal de Juiz de Fora. .*

**SUMÁRIO:** 1 Racionalidade da decisão no Código de Processo Civil; 2 A teoria do “agir comunicativo” de Habermas no Código de Processo Civil Brasileiro; 3 A teoria da “argumentação jurídica” de Alexy e o Código de Processo Civil Brasileiro: apropriação ou desvirtuamento?

**RESUMO:** O intuito do presente trabalho é analisar a teoria geral da decisão jurídica nos moldes propostos pelo Código de Processo Civil, especialmente os desdobramentos conferidos ao princípio da fundamentação das decisões pelos §§ 1º e 2º do artigo 489 do referido diploma legal. A problemática enfrentada busca avaliar o eventual descompasso existente entre a ponderação e a racionalidade decisória proposta pelo legislador por meio das normas fundamentais do processo civil, notadamente pelo disposto nos artigos 9º e 10 da legislação adjetiva. Tais dispositivos encontram-se escudados na teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, que também lastreia o § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, por ocasião do redimensionamento do princípio da fundamentação das decisões. No entanto, o § 2º do dispositivo legal em comento estatui que nos casos em que houver colisão de normas o magistrado deverá reportar na fundamentação da decisão jurisdicional os critérios gerais utilizados para efetuar a ponderação. A investigação proposta, ainda que em sede embrionária, visa a apontar as implicações do uso indiscriminado da Teoria da Argumentação Jurídica, proposta por Robert Alexy e sua eventual dissonância com a Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas na legislação adjetiva civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decisão Jurisdicional. Ação Comunicativa. Racionalidade. Ponderação De Normas.

**ABSTRACT:** The purpose of the present work is to analyze the general theory of legal decision along the lines proposed by the Code of Civil Procedure, especially regarding with the conferred developments to the principle of justification of decisions by paragraphs 1 and 2 of article 489 of the aforementioned legal diploma. The problem faced aims to evaluate the possible mismatch between the balancing and the decision-making rationality proposed by the legislator through the fundamental rules of civil procedure, notably by the provisions of articles 9 and 10 of the adjective legislation. Such devices are covered by Jürgen Habermas’s theory of communicative action, which also underlies article 489 (1) of the Code of Civil Procedure, when the principle of decision-making is re-dimensioned. However, paragraph 2 of the legal provision in question,

states that in cases where there is a collision of rules, the magistrate must report in the groundworks of the judicial decision the general criteria used to carry out the balancing. The proposed research, although in embryonic stage, aims to point out the implications of the indiscriminate use of the Theory of Legal Argumentation proposed by Robert Alexy and its possible dissonance with the Theory of Communicative Action of Jürgen Habermas in the civil adjective legislation.

**KEYWORDS:** Jurisdictional Decision. Communicative Action. Rationality. Balancing Standards.

## INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 instrumentalizou avanços rumo à democratização e constitucionalização de todo *iter* procedimental a fim de construir um espaço para a elaboração da decisão jurisdicional de modo dialogado. No conteúdo dos regramentos que encerram as normas fundamentais do processo tem-se por relevantes os princípios do contraditório e da vedação da decisão surpresa, os quais foram objeto de vinculação indissociável por parte do legislador.

Assim, partindo da premissa legal de entrelaçamento dos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, tem-se como objetivo da pesquisa investigar se a cadeia normativa estatuída pelo Código de Processo Civil de 2015 está fincada em bases habermasianas e se o intuito do legislador foi o de estabelecer critérios para coibir o solipsismo<sup>1</sup> das decisões judiciais, notadamente quando da análise dos artigos 9º, 10 e 489, § 1º do arcabouço normativo.

Porém, como desdobramento da investigação preliminar proposta, buscar-se-á identificar eventual contradição entre os §§ 1º e 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, uma vez que, acredita-se que o legislador conferiu uma certa discricionariedade ao decisor, e mais, que a matriz de fundamentação do § 2º do dispositivo legal em comento encontra respaldo na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

Assim, o problema de pesquisa proposto é: A racionalidade da decisão jurisdicional no Código de Processo Civil brasileiro foi construída com base

---

1 Etimologicamente a expressão solipsismo deriva de *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o que no plano da filosofia pode ser compreendido como a submissão do mundo e do conhecimento à consciência do indivíduo. (STRECK, 2017).

na teoria do discurso de Jürgen Habermas e na teoria da argumentação de Robert Alexy?

O desenrolar da pesquisa propõe analisar a racionalidade da decisão no Código de Processo Civil brasileiro, por meio da demonstração da importância dos princípios constitucionais no processo de construção da decisão judicial; traçar balizamentos introdutórios da teoria do “agir comunicativo” de Jürgen Habermas e examinar sua influência na teoria do discurso; discorrer sobre a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e verificar se há correspondência entre as teorias do discurso de Jürgen Habermas e a da argumentação jurídica de Robert Alexy na legislação adjetiva civil, ou seja, analisar se existe correlação entre as teorias citadas e o que foi legislado.

A partir da análise das teorias preconizadas pelos professores germânicos, pretende-se construir o marco teórico adequado à compreensão da racionalidade das decisões, para, ao final, investigar se o legislador pátrio se apropriou ou distanciou dos mesmos por ocasião da reforma do Código de Processo Civil.

Para tanto será realizada revisão bibliográfica e a partir das conclusões preliminares que se forem extraído do processo de estudos, pretende-se testificar e problematizar os pressupostos teóricos que embasam a pesquisa, para que, por fim, as conclusões extraídas auxiliem a compreensão da problemática apresentada.

## 1 A RACIONALIDADE DA DECISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O movimento de constitucionalização do processo civil teve seu apogeu com a edição do Código de Processo Civil de 2015, que inaugura sua capitulação estatuinto as “normas fundamentais do processo civil”. É certo que alguns dispositivos legais constituem verdadeiras e desnecessárias apropriações do texto constitucional<sup>2</sup>, como se vislumbra na norma que encerra o princípio do “acesso à justiça”<sup>3</sup>.

---

2 Art. 5º, XXXV da CRFB - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

Art. 3º do CPC - Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (BRASIL, 2015).

3 O “acesso à justiça” representa a primeira onda renovatória do processo cuja expressão foi cunhada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, para os quais “é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema



Cumpra salientar que a evolução e a conotação do referido princípio no Brasil, principalmente pelo status de direito fundamental, demanda o uso da expressão “acesso à jurisdição” uma vez que ao termo “justiça” podem ser emprestados muitos significados de acordo com a matriz teórica em que se fundamenta.

A ressemantização proposta decorre do fato de que no modelo constitucional de processo democrático não é suficiente eliminar o conflito por meio do acesso à ordem jurídica justa, mas sim incorporar o direito de ação ao da amplitude de defesa, a fim de gerar o direito de provocar a tutela legal. (LEAL, 2014, p. 106).

Devido a isso, a garantia constitucional de “acesso à jurisdição” demandava sua análise sob o viés qualitativo das decisões jurisdicionais, uma vez que não bastava “escancarar as portas do Judiciário” sem nenhuma preocupação com o conteúdo dos provimentos finais.

Nesse sentido, por não ter sido suficiente a garantia constitucional de fundamentação das decisões estatuída no artigo 93, inciso IX da CRFB/88<sup>4</sup>, a qual restou solapada pelo decisionismo<sup>5</sup>, é que o legislador no afã de preveni-lo engendrou um entrelaçamento entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, mormente para coibir as decisões surpresa.

Muito antes da reforma empreendida no Código de Processo Civil de 2015 a “Escola Mineira de Processo” já apregoava a necessária vinculação

---

deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

- 4 Art. 93, IX da CRFB - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988).
- 5 Ao longo do presente ensaio a expressão decisionismo será utilizada como a relação tensional entre direito e poder, que na perspectiva de Carl Schmitt considera aquele que possui condições de impor sua decisão, neste caso, o juiz. Nesse viés, esclarecedora a leitura schmittiana realizada por Ronaldo Porto Macedo Júnior ao mencionar que “ao analisar o decisionismo jurídico, Schmitt observa que juridicamente, podemos encontrar o último fundamento jurídico de todas e quaisquer validades e valores de direito em um processo volitivo, uma decisão que enquanto tal cria o ‘direito’ e cuja ‘força jurídica’ (Rechtskraft) não pode ser derivada da força jurídica de regras de decisão, pois mesmo uma decisão que não corresponde à regra cria direito. Essa força jurídica de decisões contrárias à norma pertence a todo e qualquer ordenamento jurídico. O pensamento decisionista, tal como aparece na história do direito, está vinculado a uma ideia de ordem que é pressuposta à decisão soberana.” (MACEDO JR., 2011, p. 35).

do contraditório ao princípio da fundamentação das decisões, ao ponto de considerar tais princípios como “irmãos siameses”<sup>6</sup>.

Ainda, é importante consignar que a aceção meramente formal ou estática do contraditório não é suficiente para garantir seu poder de influência no provimento final do magistrado. Devido a isso, seu espectro substancial deve ser alcançado por meio da superação da “mera participação”, pois esta precisa se dar em simétrica paridade:

[...] A idéia de participação, como elemento integrante do contraditório, já era antiga. Mas o conceito de contraditório desenvolveu-se em dimensão mais ampla. Já não é a mera participação, ou mesmo a participação efetiva das partes no processo. O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, é a igual oportunidade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei [...]. (GONÇALVES, 2012, p. 108-109).

Assim, a base democrático-jurídico-principiológica do processo pressupõe a realização do contraditório, uma vez que sua ausência o tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes (LEAL, 2014, p. 167).

Diante disso, o legislador, atentando para a evolução conceitual de tal principiologia, elaborou uma verdadeira blindagem ao decisionismo, especialmente pela tessitura dada ao texto legal, especificamente nos artigos 9º (princípio do contraditório)<sup>7</sup>, 10 (princípio da vedação da decisão surpresa)<sup>8</sup> e 489, § 1º (princípio da motivação das decisões)<sup>9</sup>.

6 A Escola Mineira de Processo é caracterizada por estudos desenvolvidos pelos professores do Programa de Pós-Graduação da PUC Minas, por ocasião da linha de pesquisa “O processo na construção do Estado Democrático de Direito”, que partem da visão estruturalista de processo (o processo como procedimento realizado em contraditório pelas partes) desenvolvida pelo italiano Elio Fazzalari. Nesse sentido, esclarecedora a lição de Ronaldo Bretas de Carvalho Dias, um de seus expoentes, ao demonstrar que “unem-se inseparavelmente o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação, como se fossem irmãos siameses, ambos atuando na dinâmica argumentativa (fática e jurídica) do procedimento, de forma que propicie a geração democrática de uma decisão jurisdicional participada, em concepção renovada do processo, trabalhada a partir da confluência da teoria discursiva do direito e da democracia (Habermas) com a teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari)”. (DIAS, 2004, p. 149).

7 Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (BRASIL, 2015).

8 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015).

9 §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar

Porém, antes de analisar se existe discrepância entre os parágrafos 1º e 2º do artigo 489<sup>10</sup> do Código de Processo Civil, optou-se por estatuir a morfologia filosófica que orientou o legislador-doutrinador a tecer minúcias (em forma de um comando negativo do que se considera “não-fundamento”), buscando, pois um fechamento quase hermético para a decisão, a qual não mais pode contemplar argumentos que não foram fruto de um processo dialógico, ou seja, que não foi produzida de forma “policêntrica” e em “comparticipação”<sup>11</sup>.

## 2 A TEORIA DO “AGIR COMUNICATIVO” DE HABERMAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Um dos pilares do presente artigo é verificar se há correspondência da teoria habermasiana do “agir comunicativo” (e seu deslocamento para a ciência do Direito por meio da teoria do discurso) na procedimentalidade brasileira. Assim, a proposição de Habermas como um dos referenciais teóricos decorre da similitude existente entre sua “teoria discursiva do direito” e a dialeticidade preconizada na legislação adjetiva civil, bem como sua influência na construção dos provimentos finais da jurisdição.

O “agir comunicativo” em Habermas foi projetado para as ciências sociais e seu atrelamento à consciência moral foi apresentada à comunidade

---

sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015).

- 10 § 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015).
- 11 A legislação reformadora inaugura um novo olhar para o ato de decidir que não mais pertence exclusivamente ao juiz. A influência da vertente “comparticipativa” do autor Dierle Coelho Nunes (membro da comissão de juristas que assessorou a elaboração do projeto do novo CPC na Câmara dos Deputados) no plano da normatividade brasileira fica clara por suas elucubrações teóricas, veja: “[...] deve-se vislumbrar que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, não mais embasado no protagonismo de qualquer sujeito processual (juiz, partes, advogados), mas, na sua atuação responsável, competente e interdependente, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo seu respectivo papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas [...]” (NUNES, 2008, p. 27).

acadêmica (1981) pela adoção do princípio da universalização e ética do discurso:

[...] A versão ético discursiva do princípio moral também exclui um estreitamento do juízo moral no sentido da ética da convicção. A consideração das conseqüências e dos efeitos colaterais que resultam previsivelmente da aplicação universal de uma norma controversa não precisa de nenhum ponto de vista adicional tomado à ética da responsabilidade. É verdade que a razão prática na interpretação da ética do discurso também exige uma inteligência prática na aplicação das regras. Mas o recurso a essa faculdade não confina a razão prática no horizonte de uma época determinada ou de uma cultura particular. Mesmo na dimensão da aplicação são possíveis processos de aprendizagem guiados pelo conteúdo universalista de norma a ser aplicada [...]. (HABERMAS, 1989, p. 286)

Tal conjectura corrobora para que o “agir comunicativo” seja interpretado como a disponibilidade que existe entre falantes e ouvintes em prol de um consenso, em um ideário onde a intersubjetividade caminhe para o entendimento prévio. Porém, quando tal integração social não é suficiente para a obtenção do consenso, surge a possibilidade do dissenso, que demandará a legitimação racional das pretensões. (MOREIRA, 2002, p. 111)

Considerando o Direito como uma ciência social aplicada, Habermas introjetou a teoria do “agir comunicativo” na fundamentação dos direitos básicos pelo caminho da teoria do discurso, que por sua vez, visa reconstruir o Direito na vertente do princípio da democracia.

Para Habermas, à luz do princípio do discurso, é possível fundamentar direitos elementares da justiça, notadamente no que tange à igualdade, abarcando o direito a iguais liberdades subjetivas de ação. Assim, o uso da linguagem precisa ser orientado pela juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito, a fim de se obter a formação discursiva da opinião e da vontade. (HABERMAS, 2003, p. 165)

Mas, a fundamentação do direito não demanda apenas relações interativas promovidas pelo princípio do discurso, o qual só pode assumir a figura de um princípio da democracia se estiver conectado com o *medium* do direito, fazendo com que haja um sistema de direitos que posiciona a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca.

Diante de tal conjectura, o processo pode ser entendido como um “jogo de argumentação” onde a jurisdição acaba por controlar a tensão existente entre a legitimidade e a positividade do direito, a fim de resolver o problema da correção do direito. Vale consignar que, quando Habermas (2003, p. 252) menciona a pretensão de almejar uma “decisão correta”, ele utiliza como referencial a teoria arquitetada por Dworkin<sup>12</sup>.

Relevante pontuar que à constatação de Habermas quanto à ausência de regulação de uma “argumentação jurídico-normativa” remonta a realidade normativa alemã, diferentemente da normatividade brasileira que contempla regras expressas de como o processo pode ser um *locus* de argumentação e formação dialogada da decisão judicial.

Assim, para melhor compreender a aproximação do filósofo alemão e do legislador pátrio, de modo a mensurar em que medida a apropriação das teorias do *agir comunicativo* e do *discurso* culminou com uma *nova* racionalidade decisória, elucidativa a lição de Rafael Lazzarotto Simioni:

[...] Isso significa que o direito deve institucionalizar processos de formação discursiva da vontade individual e coletiva, capazes de garantir negociações e decisões orientadas ao consenso baseado no melhor argumento. Um procedimento desse tipo deve ser capaz de garantir, a todos os implicados, a liberdade e a capacidade de defender seus interesses somente pelo único poder admitido pela ação comunicativa, qual seja, o poder do melhor argumento. Só assim o direito poderá permitir a introdução, nas discussões sociais, de pretensões de validade universais que incluem a eticidade das condutas (SIMIONI, 2007, p. 85).

A estrutura normativa esposada pelo Código de Processo Civil Brasileiro gera uma confluência em busca do “melhor argumento” que

---

12 Diferentemente de Habermas, tido como procedimentalista, para Dworkin a correção da decisão não está no “modus operandi” do ato de decidir mas no próprio decisor (Juiz Hércules), o que tem lhe rendido a adjetivação de “substancialista”. Todavia, na visão do autor, sua pretensão não foi a de “mecanizar” o ato decisório, conforme ilustra a presente passagem: “não concebi um algoritmo para o tribunal. Nenhuma mágica eletrônica poderia elaborar, a partir de meus argumentos, um programa de computador que fornecesse um veredito aceito por todos, uma vez que os fatos do caso e o texto de todas as leis e decisões judiciais passadas fossem colocados à disposição do computador. Mas não cheguei à conclusão que muitos leitores considerariam de senso comum. Não afirmei que nunca há um caminho certo, apenas caminhos diferentes, para decidir-se um caso difícil. Ao contrário, afirmei que essa conclusão aparentemente sofisticada é um sério equívoco filosófico, se a entendermos como um exemplo de ceticismo externo, ou uma posição política polêmica, apoiada em convicções políticas dúbias, se a tratarmos da maneira que estou inclinado a fazer, como uma perigosa incursão pelo ceticismo interno global”. (DWORKIN, 1999, p. 490-491).

será substrato para a fundamentação das decisões. É o que se denota, por exemplo, pelo princípio da cooperação, estatuído no artigo 6º do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. (BRASIL, 2015).

Importante mencionar que ante a cultura da litigiosidade das partes e altivez dos juízes, tem sido muito complexa a materialização efetiva de tal princípio. Registre-se, nesse sentido, a crítica elaborada por Rafael Giorgio Dalla Barba, Lúcio Delfino, Lênio Luiz Streck e Ziel Ferreira Lopes no tocante à interface deste princípio com a Constituição:

[...] nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões. Isso é, digamos assim, natural, pois não? Disputar coisas é uma coisa normal. Não fosse assim não haveria “direito”. Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie. (DALLA BARBA; DELFINO; STRECK; LOPES, 2014).

Diante de tal reformulação normativa, verifica-se que a figura do juiz *cooperador* demonstra seu *rebaixamento* ao nível das partes, enfatizando o legislador ser o juiz um *sujeito do processo* e não seu *ator principal*. Atrelado a isso, tem-se a intensa e já mencionada interligação entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, frise-se, que não mais se coaduna com o “agir solitário” do julgador, haja vista que o “melhor argumento” deverá se subsidiar no diálogo construtivista das partes e não no “senso de justiça” particular do magistrado.

Nesse sentido, elementar se torna a apropriação da leitura de Habermas, realizada por Simioni, que conseguiu parafrasear a complexidade da fala do autor alemão de modo a conferir leveza para uma melhor compreensão da proposta de “refutar” o decisionismo:

[...] Assim, através da teoria do discurso jurídico, Habermas pretende também tirar o “juiz Hercules” da solidão solipsista e colocá-lo no discurso, vale dizer, retirar a jurisdição do ideal da personalidade de um juiz (ideal de virtude e de acesso privilegiado à verdade) para colocá-la no ideal político de uma sociedade com autonomia para a interpretação da Constituição. Para Habermas, o “juiz singular tem que conceder

sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. Isso significa que não tem mais cabimento o solipsismo jurídico. Um juiz sozinho, não pode dizer qual é o direito adequado à situação concreta. A venda nos olhos da Justiça se tornou insuficiente como modelo da práxis de fundamentação exigida pela teoria discursiva do direito. [...] (SIMIONI, 2014, p. 549).

A superação da “razão prática” em Habermas perpassa pela superação da consciência solipsista, devendo as decisões estarem ancoradas na razão comunicativa, que por sua vez encontram respaldo em uma pragmática não empírica, “assim, a verdade deixa de ser contenedora para ser uma verdade como idealização necessária. É uma verdade argumentativa, atingida por consenso”. (STRECK, 2017, p. 134).

A influência de Habermas na legislação processual civil está a promover o ganho qualitativo das decisões judiciais por meio do afastamento do protagonismo do juiz. No entanto, a busca pelo “melhor argumento” ainda concentra no magistrado a “escolha”, que mesmo diante da exaustiva fundamentação exigida no § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil (que por um critério residual esclarece o que não é fundamentar), ainda atribui a “seleção da norma adequada” ao julgador, conforme expõe Rafael Simioni:

[...] Essa seleção das normas adequadas se faz então através dos processos judiciais, onde o discurso de aplicação encontra nas regras da instrução probatória a definição da situação para argumentações circunscritas e, simultaneamente, o espaço não circunscrito das argumentações jurídicas de adequação na fundamentação das decisões. E uma vez formado o juízo de adequação no caso concreto, a decisão jurídica deve encontrar também a sua coerência com a ordem jurídica como um todo. O simples fato de a decisão estar submetida a uma revisão pelas instâncias superiores exige a fundamentações cuidadosas e uma orientação a precedentes jurisprudenciais. Nessas condições, a seleção da norma adequada à situação bem definida, orientada à manutenção da coerência com outros precedentes jurisprudenciais, é o que torna possível a “única decisão correta”. A qual, no entanto, será sempre uma “única decisão correta hoje”, pois se trata sempre de uma correção provisória, falível, dependente de uma correta e suficiente definição da situação, além da utilização discursiva de bons argumentos para a seleção das normas aplicáveis à situação, com a exclusão de outras concorrentes, no pano de fundo de uma coerência com outros precedentes jurisprudenciais. (SIMIONI, 2014, p. 556).

Assim, para reforçar a interlocução de algumas aporias apontadas ao pensamento do autor germânico, explicitamente no que se refere ao espaço dialógico de construção das decisões jurisdicionais – processo, oportuno mencionar as reflexões de André Del Negri:

[...]. Apesar do filósofo alemão ter conseguido estabelecer profunda análise sobre a legitimação normativa adequada ao mundo contemporâneo e ao paradigma democrático, esse raciocínio leva à conclusão de que a sua abordagem procedimental como via de legitimação da validade do ordenamento jurídico não é teoricamente exauriente, já que deixa de abordar especificamente o Processo como instituição jurídica regente da construção dos Direitos Fundamentais, limitando-se a afirmar que a institucionalização do princípio da democracia se faz pelo Direito [...]. (NEGRI, 2008, p. 75).

Uma das direções apontadas para que o vislumbre da teoria habermasiana abarque também a *procedimentalidade jurídica* é noticiada por Rosemiro Pereira Leal, cuja contribuição encontra-se lastreada na obra *Teoria processual da decisão jurídica*, que embora tenha sido publicada antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, já sinalizava muitos dos *avanços* que estariam por vir no plano da legitimação decisória:

[...] carece da compreensão da principiologia jurídica da teoria do processo institucionalizador da possibilidade jurídica da racionalidade democrática, porque ao imaginar uma procedimentalidade como médium lingüístico-jurídico da passagem do princípio do discurso ao princípio da democracia não se esclareceu a índole dessa procedimentalidade neutra e canalizada de argumentos que se conduziriam por uma razão estratégica centrada em estoques de historicidade jusracionalista pelos direitos humanos com abandono do médium discursivo autoilustrativo de sua própria construção jurídica [...]. (LEAL, 2014, p. 178).

Deste modo, partindo da premissa que a teoria habermasiana do discurso foi incorporada pelo Código de Processo Civil de 2015, cujos desdobramentos são perceptíveis pela tônica que o legislador conferiu às normas fundamentais do processo, e ainda, mais especificamente ao detalhar o dever de fundamentação das decisões (artigo 489, § 1º), as quais tiveram por escopo prevenir o decisionismo judicial, passar-se-á a analisar a influência da teoria da “argumentação jurídica” de Robert Alexy na elaboração do § 2º do artigo 489 do CPC.



### 3 A TEORIA DA “ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA” DE ALEXY E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: APROPRIAÇÃO OU DESVIRTUAMENTO?

Para desempenhar a tarefa proposta e identificar no bojo do Código de Processo Civil vigente eventuais aproximações e distanciamentos das teorias do discurso de Habermas e da argumentação de Alexy, adotou-se como diretriz primária o esclarecimento da vertente procedimentalista, uma vez que a matriz teórica da presente pesquisa encontra respaldo justamente nos dois autores que a representam.

Ainda, é importante consignar que a conjugação das teorias de Habermas e Alexy se faz pertinente em virtude do diálogo entre os autores, notadamente pelo fato da teoria da argumentação jurídica (Alexy) encontrar respaldo na teoria da ação comunicativa (Habermas). Assim, para demonstrar a referida interface entre Robert Alexy e Jürgen Habermas, ilustrativa é a fala de Alexandre Travessoni Gomes:

[...] A teoria de Habermas, antes mesmo de sua virada jurídica, influenciou vários teóricos do Direito que, partindo do modelo da teoria da ação comunicativa, procuravam elaborar teorias da argumentação que resolvessem os problemas postos pela antinomia acima citada. É o caso de Robert Alexy, que procura desenvolver, com base em Habermas, uma teoria da argumentação jurídica que resolva o problema da correção das decisões [...]. (GOMES, 2008, p. 297).

Outro esclarecimento importante é que a apresentação de Alexy e Habermas como procedimentalistas não foi objeto de uma escolha aleatória, mas sim fruto da constatação de que em ambas proposições dos professores germânicos se encontra a predominância da adoção de um procedimento que persiga a tão almejada *correção do direito*, pois a *teoria do discurso* é uma teoria procedimental. Segundo ela, uma norma só é correta se pode ser o resultado de um procedimento definido por meio das regras do discurso. (ALEXY, 2011, p. 295).

Aliás, o fato de Alexy considerar a teoria do discurso como a melhor teoria para a fundamentação de normas (importante premissa para a resolução do problema de pesquisa aqui proposto, haja vista que a presente investigação abarca a influência de tal teoria na fundamentação das decisões judiciais) não o eximiu de examinar a mesma também nesse viés:

[...] Se o juiz deixa as partes agirem (mas não entra no jogo) decidindo ao final como se tivesse o Direito válido como correto, então ele trata

as partes como pessoas que não compreenderam o que é um debate judicial e que, por isso, não podem realmente participar nele. Isso mostra que a argumentação diante do juiz não só pode, mas que deve ser interpretada no sentido da teoria do discurso [...]. (ALEXY, 2011, p. 323).

O referido autor ainda propõe uma *representatividade argumentativa*, que embora seja um tanto quanto utópica para a realidade brasileira, por demandar condições ideais (argumentos válidos ou corretos e existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos), não inviabiliza sua importância no contexto da jurisdição constitucional, pois, nos procedimentos decisórios e no conteúdo da decisão, deve-se apreciar e considerar, também, os argumentos, pois só assim haverá um discurso produzido dialogicamente e, por isso, compromissados com a racionalidade.

A argumentação como *moldura* não admite qualquer conteúdo como argumento, e é este rigor que evita que o discurso se torne idealizado. Para que a argumentação seja levada em consideração no sistema de representação, Alexy defende que ela deve ser submetida a um rigor de conteúdo, sob pena de ficar à margem do cenário político-constitucional. (ALEXY, 2008, p. 165).

E, para averiguar se a racionalidade decisória encontra respaldo nas proposições de Alexy, tem-se como ponto de partida a projeção normativa encerrada no artigo 8º do Código de Processo Civil de 2015<sup>13</sup>. Ao que parece, o legislador se apropriou da teoria *alexynana* da argumentação jurídica ao permear suas regras com expressões como *colisão* e *proporcionalidade*.

O princípio da proporcionalidade faz parte da mais proeminente teoria do autor alemão que culmina com a chamada *Lei da Ponderação*, por conceber os princípios como mandados de otimização:

[...] No direito constitucional alemão, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Como mandamentos de

13 “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. (BRASIL, 2015).

otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas [...]. (ALEXY, 2008, p. 110).

Nesse limiar, duas incógnitas demandam esclarecimento. A intenção do legislador pátrio foi realmente incorporar a *Teoria da Argumentação Jurídica* de Robert Alexy ao Código de Processo Civil? As teorias discursivas, dos procedimentalistas Habermas e Alexy *conversam* entre si, ou se distanciam no tocante ao objetivo de evitar o *solipsismo judicial*<sup>14</sup>?

Em Alexy, as normas figuram como gênero que bifurcam em *regras* e *princípios*, ambos com caráter normativo,

[...] formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever ser, ainda que de espécie muito diferente” [...]. (ALEXY, 2008, p. 87).

Nesse particular, verifica-se a primeira atecnia do legislador, que por admitir a *colisão de normas*, sem perquirir a diferença entre norma-regra e norma-princípio, acaba por contrariar o próprio *modelo* proposto pelo professor alemão, que sugere falar-se em *colisão de princípios* e *contradição de regras*, haja vista que o princípio prevalente no caso concreto não será afastado do ordenamento jurídico, ao passo que, quando duas regras se confrontam, uma acaba por excluir a outra. Para aclarar tal diferenciação Robert Alexy realiza importantes observações sobre o tema:

[...] Pelo menos a partir do momento em que é certo que uma das regras justifica uma exceção à outra, não se pode mais falar em um conflito entre as regras. O conflito é eliminado de vez, do mesmo modo quando se elimina do ordenamento jurídico uma entre duas regras contraditórias. Com os princípios ocorre de forma diferente. Em outro caso pode ser válida uma outra relação de prioridade. Contra a validade do teorema da colisão no âmbito dos princípios, ou seja, contra se dever aplicar, em caso de colisão de princípios, o princípio que tem o maior peso no caso concreto, sem que isso signifique que o princípio que cedeu seja inválido, pode-se, em primeiro lugar, facilmente argumentar com base em exemplos [...]. (ALEXY, 2015).

14 O solipsismo na vertente jurídica pressupõe que “em face do lugar da fala e da sua autoridade, o juiz pensa que pode – e, ao fim e ao cabo, assim o faz – assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por vezes, nem a Constituição constringe o aplicador (juiz ou tribunal). (STRECK, 2017, p. 277).

No Brasil, estar-se-á diante de um *risco de estado de natureza hermenêutico* justamente em virtude da indeterminação dos sentidos sobre o que se deve entender por *colisão de normas*. Assim, o legislador, além de desconsiderar a diferença entre regra e princípio, ainda admite que estas sejam *ponderadas por uma vulgata da leitura brasileira de R. Alexy*. (STRECK, 2017, p.47).

Arelado a isso, verifica-se que a máxima da proporcionalidade é usada no Brasil de forma retórica, como se o critério de eleição e escolha (no caso de colisão de princípios) ficasse a cargo do subjetivismo e não devesse seguir qualquer padrão *procedimental*. Concluir assim significa anular todo o esforço de Robert Alexy, que traçou critérios até matemáticos para se chegar a uma fórmula adequada” de decidir.

Tanto que, além de traçar uma *Teoria dos Direitos Fundamentais*, terreno fértil para a colisão de princípios, Alexy não se quedou inerte e construiu sua *Teoria da Argumentação Jurídica*, que em *ultima ratio* visa justamente orientar os critérios para fundamentar a decisão judicial, composta por uma série de regras que definem o procedimento o qual uma argumentação deve seguir para ser considerada racional.

No entanto, o § 2º do artigo 489 do *Código de Processo Civil*, em momento algum perpassa pela teoria da argumentação do autor alemão, muito antes pelo contrário, chega a desvirtuar toda sua construção de racionalidade decisória, que deveria obedecer ao *modus operandi* do sopesamento para o enfrentamento de colisões, frise-se, que em Alexy *só é possível no confronto entre princípios*. Nesse contexto, Lenio Streck chega a propugnar pela inconstitucionalidade e o veto do referido dispositivo legal:

[...] A ponderação é inconstitucional porque o legislador, ao estabelecer, de forma atécnica, a ponderação de “normas”, “esqueceu” que o direito é um sistema de regras e princípios e que, portanto, ambas são normas. Logo, ponderar regras é ponderar normas. Entretanto, é vedado ponderar regras, como se pode ver no próprio criador da ponderação contemporânea, Robert Alexy, no âmbito de sua Teoria da Argumentação Jurídica. Ao ponderar regras, o juiz deixará de aplicar uma delas. Explicando melhor, há dois modos de tratar a complexa problemática da ponderação. O primeiro modo, que advém da vulgata que se fez da teoria alexyana no Brasil, limita-se a referir que a ponderação seria uma escolha do argumento que terá maior relevância para ser aplicado ao caso, e, assim, no caso do art. 489, § 2º, do CPC, simplesmente se escolheria qual das regras seria afastada em

face dessa “ponderação” (sic). Esse, evidentemente, não é o caminho mais adequado para interpretar esse dispositivo. O outro caminho, muito mais sofisticado, é aquele decorrente da aplicação rigorosa da teoria discursiva de Robert Alexy, observando todas as suas exigências. Veja-se: Alexy nem de longe admite ponderação de regras [...]. (STRECK, 2016, p. 711).

Considerando ter sido o Brasil o único país a positivar esse método de decisão, impedindo, pois, a utilização de outra matriz de racionalidade decisória, reproduzindo ainda de maneira equivocada e distante a teoria de Robert Alexy, e pior, “conflitando com o artigo 93, inc. IX da CF, e com o resto do próprio CPC/2015”. (STRECK, 2017, p. 157).

Por conseguinte, verifica-se que o sistema projetado pelo legislador pátrio, que em um primeiro momento buscou estabelecer *amarras constitucionais* à decisão judicial pela via da argumentação dialógica (Habermas) acabou por contaminar toda democratização da racionalidade decisória ao desvirtuar a teoria da *argumentação jurídica* de Alexy, que jamais propalou a colisão de regras, e mais, que buscou prevenir o decisionismo judicial e não o promover.

#### 4 CONCLUSÃO

O desafio de lançar um olhar mais acurado para o Código de Processo Civil e ler nas entrelinhas de suas normas fundamentais e de motivação das decisões as matrizes filosóficas que embasaram a redação dos dispositivos legal, demonstrou que a racionalidade decisória almejada pelo legislador possui raiz na teoria do “agir comunicativo” e na “teoria do discurso” de Jürgen Habermas.

Tal constatação se mostra pelo normatizado entrelaçamento entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, que juntos denotam o “poder” de influenciar a decisão, pois mais do que “falar” no processo é preciso ser “ouvido”. Nesse prisma, o contraditório deixa de ser vislumbrado apenas no plano estático e passa a ser apreendido também no plano dinâmico. Ou seja, todo o desenrolar argumentativo deverá ser apreciado pelo julgador por ocasião da fundamentação da decisão (artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil), motivo pelo qual o provimento final será elaborado em moldes policêntricos e em participação.

No sentido diametralmente oposto da barreira construída pelo legislador para evitar o decisionismo (ancorado em Habermas), tem-se no §

2º do artigo 489 do Código de Processo Civil uma verdadeira “cláusula de abertura”, uma vez que esta autoriza o magistrado a informar os critérios utilizados para a ponderação no caso de colisão de “normas”. O que se tem na realidade é uma versão “abrasileirada” da teoria da “argumentação jurídica”, proposta por Robert Alexy, que em seu nascedouro buscava justamente o contrário do que trilhou a legislação.

O autor alemão não admitiu colisão de regras, mas sim de princípios. Nesse talante, no Brasil, ante a equivocada redação do dispositivo legal, o julgador poderá realizar o sopesamento de regras, elegendo a que entende mais adequada ao caso concreto, por meio do uso retórico do princípio da proporcionalidade.

Portanto, o Código de Processo Civil Brasileiro, ao invés de aproximar as teorias de Habermas e Alexy, ambas discursivas, procedimentalistas e que possuem como escopo o afastamento do solipsismo do julgador, acabou por distanciar tal objetivo ao estimular não só a ponderação de princípios (que no Brasil também não guarda fidelidade teórica com Alexy), mas também a colisão de regras, onde a “livre escolha” caberá ao juiz. De nada adiantou retirar do bojo da legislação pátria o princípio do “livre convencimento motivado”, expressão “enterrada” da atual normatividade, mas cujo “espírito” vive por meio da criticada disposição legal. Na prática, o legislador *deu com uma mão* os balizamentos para uma fundamentação nos moldes do processo constitucional e *retirou com a outra* ao estatuir um espaço em branco para que o juiz preencha ao seu alvedrio.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Tradução: Luiz Afonso Heck.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. Acervo Digital Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Minha Biblioteca. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6190-9/>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 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: 19 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Altera o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CORDEIRO, Túlio; MARQUES, Beatriz. (Org.). *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal-Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio; DELFINO, Lúcio; STRECK, Lenio Luiz; LOPES, Ziel Ferreira. A cooperação processual no novo CPC é incompatível com a Constituição. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao?imprimir=1>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento do direito*. Nuno Manuel Morgadinho Santos Coelho. Cleyson de Moraes Mello (Org.). Rio de Janeiro: Freira Bastos Editora, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

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

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. revisada e atualizada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NEGRI, André Del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. revisada e ampliada. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2008.

NUNES, Dierle. Teoria do Processo Contemporâneo. *Revista de Direito do Sul de Minas*, Edição Especial. Pouso Alegre: FDSM, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em 27/02/2019. Acesso em: 23 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.



RECEBIDO EM: 15/04/2019

APROVADO EM: 13/06/2019

# **UMA ANÁLISE HISTÓRICA DO CONCEITO DE RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO ESPECIAL A PARTIR DA OBRA DE CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**

***A HISTORICAL ANALYSIS OF THE CONCEPT OF  
SPECIAL SUPREMACY BASED ON THE WORK OF CELSO  
ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO***

*Victor Epitácio Cravo Teixeira*

*Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Especialista em Regulação das Telecomunicações pela Fundação Instituto Nacional de Telecomunicações - Inatel. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Procurador Federal (Advocacia-Geral da União).*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A genealogia do conceito de relação de sujeição especial; 2 Incongruências do uso contemporâneo do conceito de relação de sujeição especial; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo visa investigar a genealogia do conceito de supremacia especial, a partir da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello. O instituto da supremacia especial remonta ao administrativista alemão Otto Mayer, cujos trabalhos foram fortemente influenciados por dois outros publicistas do século XIX, Paul Laband e Carl Friedrich Gerber. Há forte correlação entre o comentado instituto e a consolidação da ciência do direito segundo o método dogmático juspositivista, elaborado pelos dois últimos autores citados. A supremacia especial então construída sustentava a prática administrativa de disciplinar variados aspectos da vida social, sem que os atos administrativos decorrentes dessa atuação estatal pudessem ser de qualquer forma atacados. A partir dessa investigação foi possível analisar a incongruência da defesa do instituto da supremacia especial por Celso Antonio Bandeira de Mello, que insiste na difícil tarefa de conciliar visões de mundo díspares: o estado de direito formulado segundo o constitucionalismo alemão de meados do século XIX e o estado democrático de direito pensado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo; Supremacia Especial; História do Direito.

**ABSTRACT:** This article intends to investigate the genealogy of the concept of special supremacy, based on the work of Celso Antônio Bandeira de Mello. The institute of special supremacy dates back to the German administrativist Otto Mayer, whose works were strongly influenced by two other nineteenth-century publicists, Paul Laband and Carl Friedrich Gerber. There is a strong correlation between the commented institute and the consolidation of the science of law according to the dogmatic juspositivist method, elaborated by the last two authors cited. The special supremacy thus conceived made possible the administrative practice of disciplining various aspects of social life, while the administrative acts resulting from this state action remained safe from judicial intervention. From this investigation it was possible to analyze the incongruence of the defense of the institute of special supremacy by Celso Antonio Bandeira de Mello, who insists on the difficult task of reconciling disparate worldviews: the rule of law formulated according to the German constitutionalism of the mid-nineteenth century and the democratic rule of law established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil promulgated in 1988.

**KEYWORD:** Administrative Law; Special Supremacy; History of Law.

## INTRODUÇÃO

Uma portaria do Ministério da Saúde que discipline as condições para o acesso a unidades básicas de saúde obedece ao princípio da legalidade, ainda que sobre o tema nada esclareçam os textos de lei? As duras exigências impostas em edital de licitação de radiofrequências podem ser consideradas juridicamente válidas, mesmo que não tenham sido especificadas na legislação pertinente? Esses são exemplos de questionamentos que afligem todos os juristas os quais, de uma maneira ou de outra, travam relações cotidianas com a administração pública.

A doutrina administrativista majoritariamente adotada no Brasil costuma citar como cânone basilar do direito público a máxima segundo a qual “o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, ipso facto, proibido” (MELLO, 1995, p. 961). É o que ensina há décadas Celso Antônio Bandeira de Mello, provavelmente o jurista vivo mais citado nos tribunais superiores nacionais.<sup>1</sup> A tensão entre o princípio da legalidade tal qual lecionado nas universidades e a considerável liberdade com que a administração pública se desincumbe de seus deveres se revela, nas lições desse renomado publicista, por meio de um conceito-chave, largamente utilizado para uma atuação administrativa relativamente livre, criativa e versátil: as relações de sujeição especial (CRAVO, 2014).

Sobre esse conceito-chave, Mello (1995, pp. 966-967) afirma que existem certas relações entre poder público e administrados que são especiais em relação às demais. Nessas relações haveria uma liberdade administrativa muito mais ampla. Nelas a supremacia da administração seria a regra. Dessa maneira, existiriam determinados sujeitos que:

por haverem travado com o poder público um vínculo específico, veem-se colhidos por mandamentos, por injunções peculiares, em suma, por uma disciplina de comportamentos só pertinente aos dessarte vinculados e que lhes é imponível pela própria administração (MELLO, 1995, p. 968).

---

1 Uma simples consulta ao nome de Celso Antônio Bandeira de Mello no banco de jurisprudência unificada do Conselho da Justiça Federal ([www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br)) demonstrou que esse autor foi cadastrado como doutrina citada nas seguintes quantidades de acórdãos por tribunal: 87, no Supremo Tribunal Federal; 725, no Superior Tribunal de Justiça; 1975, no Tribunal Federal Regional da 1ª Região; 32, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região; 330, no Tribunal Federal Regional da 3ª Região; 205, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região; e 564, no Tribunal Federal Regional da 5ª Região. Em comparação, a mesma busca realizada pelo nome de outro famoso administrativista, Marçal Justen Filho, revelou o total de 565 acórdãos. Ambas as consultas foram realizadas no dia 13 de janeiro de 2018.

A título de exemplo Mello (1995, pp. 968) cita como exemplo do exercício do poder especial decorrente de tal relação as disposições e determinações emanadas do Banco Central e dirigidas às entidades integrantes do sistema financeiro, tal qual definido na legislação específica. De igual modo, todas as demais relações travadas entre agências reguladoras e agentes administrados poderiam ser enquadradas sob o manto das relações especiais de sujeição. Raciocínio semelhante foi externado pelo voto condutor da Ministra Rosa Weber, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874 (BRASIL, 2018), na qual não deixou de prescindir da opinião doutrinária de Celso Antônio. Ali afirmou que as relações de sujeição especial autorizam o abandono da legalidade estrita, em toda situação onde se verifique a existência de justo título que subordine o cidadão a um conjunto específico de normas jurídica.

Ao explicar o uso prático desse conceito, Bandeira de Mello não explora a origem histórica dessa construção jurídica, ou mesmo problematiza adequadamente a respeito da visão de Estado sobre a qual se apoiam tais conceitos. Convém, entretanto, investigar a formação histórica dos conceitos jurídicos, uma vez que pode revelar a consistência – ou eventual incongruência – da argumentação acadêmica que neles se apoia. Um conceito formulado em determinada época, dependente de um dado contexto jurídico-político, pode vir a sofrer incompatibilidades essenciais ao ser transplantado para o atual panorama constitucional brasileiro.

Seguindo essa linha de pensamento, este trabalho pretende traçar a genealogia do conceito de supremacia especial, a partir da obra, ainda hoje amplamente utilizada na prática jurídica, de Celso Antônio Bandeira de Mello. As próximas linhas se dedicarão a essa investigação.

## 1 A GENEALOGIA DO CONCEITO DE RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

Bandeira de Mello (2004, p. 720) aponta que o nascimento do conceito de relação de sujeição especial (ou supremacia especial, como prefere chamar a doutrina italiana e espanhola) remonta ao administrativista alemão Otto Mayer. Explica que a concepção original da supremacia especial implicava admitir a existência de um campo de atuação da administração cuja legitimidade não deriva diretamente da lei, mas, sim, da própria relação jurídica travada com o administrado. Tratava-se de uma exceção ao poder geral de polícia<sup>2</sup>, no qual as regras relacionadas a restrições

2 O termo polícia guarda origens medievais, sendo resultado de uma variação etimológica da palavra *politia* (política), com o sentido de regulamento, governo e boa ordem relativos à cidade. Em seu nascedouro, não existia diferença entre a polícia e a política, tal qual essa fora tratada por Platão e

à liberdade e à propriedade necessitariam de amparo imediato da lei. Enquanto no poder de polícia vigorava a “reserva de lei”, as relações de sujeição especial se incluíam no que Otto Mayer chamaria de “poderes domésticos” da administração<sup>3</sup>.

Embora Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 721) tenha advertido que não faria “uma exposição sobre as concepções políticas e o conseqüente panorama jurídico institucional vigente na Alemanha do séc. XIX”, destacou que a noção de “poderes domésticos” acarretava a insindicabilidade dos atos dele emanados. Isso ocorreria porque as relações oriundas dos “poderes domésticos” seriam disciplinadas por regras de direito, mas por relações puras de poder.

Vale notar que as considerações expostas por Mello sobre o tema decorrem de fontes bibliográficas indiretas, a exemplo dos publicistas Renato Alessi e Alfredo Gallego Anabitarte, professores de direito administrativo nas universidades de Bologna e Madri em meados da década de 1960, respectivamente. Ao analisar a obra de Alessi (1971, pp. 251-263) referenciada por Mello, *Principi di Diritto Amministrativo*, nota-se que o autor italiano não fez qualquer referência a Otto Mayer, ou mesmo à origem da doutrina da supremacia especial. Já Gallego Anabitarte (1961), em seu artigo intitulado “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de

---

Aristóteles (NAPOLI, 2003, pp. 31-33). O governo da cidade e a administração da casa (economia, a ciência da aquisição de bens) eram comparáveis, na concepção mercantilista de mundo. Entretanto, a partir do século XIII, começou a despontar uma diferenciação funcional no emprego dos termos política e polícia, apesar da equivalência essencial de seus significados. Enquanto o vocábulo política era reservado à disciplina científica, cujas teorias filosóficas circunscreviam-se ao âmbito das universidades e dos sábios, o termo polícia passava a ser manejado, ao lado da expressão governo, para designar o domínio onde a prática do saber político realmente se concretizava (FOUCAULT, 1988, p. 818). A polícia, assim, adquiria uma racionalidade instrumental e prática, sendo a expressão preferida para a redação dos atos legislativos, representando uma tradução particular e material da política (NAPOLI, 2003, p. 33). O escopo da atividade policial crescia à medida das necessidades de centralização da monarquia francesa, a partir do início do século XV. Surgia então a expressão polícia geral, inserida numa ordenação real datada de 1413, denotando que a intervenção do rei em favor do bem público passava a ser global. Como assinala Paolo Napoli (2003, pp. 37-38), o alargamento da noção de polícia geral, que passava a incluir temas tão diversos como o domínio reais, moeda, impostos, magistrados, águas e florestas, terminou por abranger a totalidade do governo político ao fim do século XVI, equivalendo ao estabelecimento da ordem no país como um todo. Jean Domat (1625-1696), considerado um dos principais juristas do reinado de Luís XIV, entendia a polícia geral como o meio pelo qual o governo soberano zelava pela ordem universal do Estado e pelo bem público, estendendo-se a polícia pela administração da justiça, pelas armas, pelas finanças, e por tudo aquilo que possa demandar o uso de autoridade, incluindo a designação das ocupações das pessoas em prol do estabelecimento da referida ordem (DOMAT, 1829, p. 28).

3 Otto Mayer (MAYER, 1903, p. 92) designava “reserva de lei” as hipóteses constitucionais de exclusão da livre iniciativa do poder executivo. Essa livre iniciativa existiria para todos os demais assuntos, em decorrência da força, da vontade e da responsabilidade que são próprios desse poder.

la legalidad de la administración”, apontou o jurista alemão Paul Laband como o precursor da comentada doutrina, ainda que tenha atribuído a Otto Mayer o papel de grande disseminador da noção de sujeição especial.

De fato, após a publicação da obra *Deutschen Verwaltungsrecht* no ano de 1895/96, Otto Mayer, professor da Universidade de Strassburg, passou a ser considerado o criador e principal expoente do moderno método administrativo. Munido da formação tradicional em direito civil (como era comum a todos os juristas formados em meados do século XIX na Alemanha, a exemplo de Laband e Gerber, os quais serão abordados em seguida), Mayer consolidou por meio da referida obra sua própria dogmática do direito administrativo, elaborando academicamente a construção de instituições administrativas que pretendiam fazer do direito administrativo um sistema inteiramente independente no contexto do Estado de direito, distanciando-se, inclusive, do direito constitucional (STOLLEIS, 2001, pp. 392-393)<sup>4</sup>.

A primeira referência às relações de sujeição especial na obra de Mayer<sup>5</sup> (1903, pp. 126-128) aparece por ocasião da diferenciação entre os conceitos de decisão e disposição. O primeiro caso, segundo Mayer, consistiria em atos administrativos praticados em virtude de conteúdo juridicamente vinculado, sendo o caso de aplicação de uma regra de direito preexistente a um caso concreto. As disposições, por outro lado, compreendem os atos derivados da vontade da autoridade competente, os quais tanto podem criar uma relação jurídica nova entre o administrado e o poder público como desenvolver uma relação preexistente. É a propósito das disposições nascidas do desenvolvimento de relações preexistentes que Mayer entende pertinente explorar o conceito de relação de sujeição particular, sob a qual o particular se encontraria submetido a um mais

4 O método administrativo de Mayer, portanto, aplicava o positivismo jurídico legado de Gerber para o direito administrativo como uma ciência específica, apartada da ciência da administração e da ciência política, cujas disciplinas derivaram da antiga cameralística alemã. O moderno direito administrativo, incrustado no modelo de *Staatsrecht* (Estado de direito), passava a se dedicar estritamente a aspectos legais, relegando quaisquer aspectos empíricos a outras ciências. Stolleis (2001, pp. 374-376) chega mesmo a apontar que as décadas finais do século XIX foram dominadas por um impulso de eliminar toda análise e teoria prática da alçada do direito, deixando-o puramente formal. As ciências naturais e as disciplinas técnicas que se imiscuíam com a *Polizeiwissenschaft* (Ciência da Polícia) tomaram rumo próprio e ganharam status de ciências independentes. A própria polícia passou a ser apenas um capítulo dentro dos compêndios de direito administrativo, como aquele publicado por Mayer. Assim, desapossado de influências interdisciplinares, o direito administrativo desenvolveu um positivismo que o tornou científico e apolítico, preocupado em estabelecer conceitos gerais e universalizantes e criar uma dogmática de princípios, com um nível de abstração que pudesse compatibilizar com a doutrina administrativista francesa. Esse foi o principal feito do método de Mayer: desenvolver uma seção geral perfeita para o direito administrativo, replicável mundo afora.

5 Esse autor a denominava relação de sujeição particular, de acordo com a tradução francesa.

amplo poder da administração. Sobre tanto, Mayer oferece um exemplo que, em razão de sua clara didática, vale a pena transcrever:

“Para explicar a coisa por meio de um exemplo, a concessão de um caminho de ferro seria um ato jurídico de direito público; mais tarde, o ato que resolveria a questão de saber se certa linha está nele compreendida seria uma decisão; a injunção consistente em tomar uma certa medida técnica seria uma disposição que faz valer as obrigações resultantes da concessão; ela não seria, pois, nem um ato jurídico ou sequer uma decisão. Tudo emana talvez da mesma autoridade, tomando a mesma forma, e apreendendo a natureza comum de ato administrativo.” (MAYER, 1903, p. 128)<sup>6</sup>

Em outra passagem, Mayer (1903, p. 137) explica que tal relação de sujeição é criada especialmente para um sujeito ou, sobretudo, para uma certa pluralidade de sujeitos, que passam a estar ligados ao Estado mediante uma obrigação geral de reger sua conduta em função de um determinado interesse público. Nesse ponto, Meyer anota que Laband já havia anteriormente se servido do mesmo conceito para esclarecer as relações dos funcionários públicos frente ao Estado. Entretanto, o professor de Strassburg deixa claro que a ideia das relações de sujeição particular não se limita a esse exemplo, abrangendo o poder de supervisão, o poder de direção dos estabelecimentos públicos e o poder das corporações públicas sobre seus membros. Em todos esses casos o poder executivo, “independente da delegação de uma lei e do estabelecimento de verdadeiras regras de direito, pode formular regras que obrigam aqueles aos quais elas se destinam”<sup>7</sup>.

Paul Laband foi uma eminente autoridade no campo do direito constitucional alemão a partir de 1871, quando se tornou professor na Universidade de Königsberg. A larga influência desse autor se deve ao estrondoso sucesso de sua obra, *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cujos primeiros fascículos começaram a ser publicados em 1876. Laband foi o grande responsável pela consolidação da corrente juspositivista entre os estados germânicos, ao realizar, por meio de raciocínios puramente lógicos, uma construção dogmática baseada no direito constitucional positivo do Império. O objetivo desse autor era a consolidação unificada de princípios fundamentais e norteadores do direito constitucional alemão (STOLLEIS, 2001, pp. 325-323).

6 Tradução livre realizada pelo autor.

7 As regras de direito dessa espécie, emanadas do poder executivo, são denominadas por Mayer de prescrições, em oposição às ordenanças, as quais derivariam sua validade diretamente da lei.

Sobre o tema da supremacia especial, convém notar que Laband não chegou a empregar a expressão relação de sujeição especial para designar a relação entre o funcionário público e o Estado. Entretanto, Laband (1901, p. 102) foi enfático ao afirmar que a situação do funcionário somente poderia ser explicada por uma noção de “relação de serviço de uma espécie particular”. Se, de um lado, a relação de serviço se basearia num acordo livre e voluntário por parte do funcionário, de outro, seu conteúdo seria preenchido por uma relação de poder. Assim como a convenção entre suserano e vassalo na Idade Média abrangia mais que um contrato inserido no direito das obrigações, assentando-se no dever de fidelidade e devotamento de natureza moral, também a relação entre funcionário e administração pública transcenderia o direito civil. Todavia, a entrada no serviço público difere da mencionada relação feudal, tanto quanto de outros contratos de serviço público, pela determinação e pelo objetivo dos serviços prometidos. Diferentemente desses dois outros casos, o funcionário presta serviços próprios do Estado e tendo em vista o bem geral do Estado (LABAND, 1901, pp. 106-120).

Vale notar que Laband era discípulo de Carl Friedrich Gerber, que lhe inspirou a missão de levar à frente o projeto de construção de um sistema de direito com fundamento positivista (STOLLEIS, 2001, p. 320). Em 1865, Gerber publicou sua mais influente obra, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*, com o objetivo de purificar o direito público (então sinônimo de direito constitucional) de tudo quanto fosse extrajurídico, principalmente das considerações puramente éticas ou materialmente políticas (STOLLEIS, 2001, p. 318).

Na visão de Gerber (1971, p. 22), o Estado como organismo era um conceito que pertencia ao domínio da ética; o direito não chamava o Estado à existência mediante uma forma jurídica, mas o pressupunha já como existente, como fato dado, e passava a determiná-lo somente na medida em que se adaptava ao movimento de seus membros, segundo o critério próprio da ideia de organismo. Assim, Gerber (1971, pp. 26-27) opinava que a possibilidade de construção de um sistema constitucional sólido somente poderia existir numa época em que o direito público não fosse tratado como um objeto cujo conteúdo qualquer um acreditasse poder preencher com sua visão subjetiva. O direito, que exigiria o concreto e o real, portanto, não poderia embasar-se em puras abstrações, em meras ideais. Contudo, no ponto em que abordou a concretude do direito, Gerber advertiu que não pretendia, em absoluto, propor ou apoiar um determinado sistema político, pois sua abordagem era exclusivamente jurídico-científica. A política



seria sua matéria, mas jamais o seu escopo.<sup>8</sup> A matéria do direito público assim delimitada consistiria na soma de princípios e institutos jurídicos logicamente deduzidos a partir do direito posto (GERBER, 1971, p. 98).

Gerber (1971, p. 96) entendia (assim como Laband<sup>9</sup>) que o objeto do direito público como doutrina científica seria o estudo do direito pertinente ao Estado enquanto tal. Todo o vasto material de cunho social, econômico e moral que habita o organismo do Estado se encontraria fora dos limites da ciência jurídica. Essa se contentaria em dar forma às condições externas da vida estatal, recebendo o referido material cultural como dado da realidade estranho à influência do direito. A atividade administrativa corresponderia à atuação direta do poder soberano de império, vinculado à realização do interesse coletivo. Para Gerber (1971, p. 117), ainda que a ação administrativa devesse se concretizar eminentemente secundum legem, mesmo os atos administrativos praticados sem respaldo direto em lei seriam juridicamente válidos, se gozassem de certos pressupostos jurídicos (finalidade pública, sobretudo) e de autorização estatal. Entre as atuações da administração pública que frequentemente não estavam sob o amparo de previsão legal, Gerber (1971, p. 179) citou os atos de controle da atividade estatal e o exercício da polícia administrativa, que se realizaria sobre as ocupações humanas geralmente consideradas úteis. Muitas dessas atividades úteis seriam, anos mais tarde, incluídas por Otto Mayer no âmbito das relações de sujeição particular entre indivíduo e o Estado.

## **2 INCONGRUÊNCIAS DO USO CONTEMPORÂNEO DO CONCEITO DE RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO ESPECIAL**

Percebe-se, desde já, que o conceito de supremacia especial, ainda hoje utilizado como suporte dogmático para explicar o elevado grau de discricionariedade infralegal em variadas atividades da administração pública, é uma criação jurídica cuja ancestralidade pode ser traçada até o período da formação do Estado Alemão, em meados do século XIX. Enquanto construção histórica, a noção de supremacia especial inevitavelmente carrega consigo marcas da visão de mundo sustentada pelos autores que a desenvolveram ao longo das décadas seguintes. Àquela época havia consenso sobre a capacidade de o poder executivo agir por

8 Não se pode deixar de notar que tal abordagem juspositivista proposta por Gerber é, em si, tomada de posição politicamente conservadora, na medida em que se propunha a tornar estável o sistema político existente. Michael Stolleis (2001, p. 316) observa, ainda, que Gerber era conhecido por suas posições politicamente conservadoras, e por gozar da boa graça dos governantes.

9 Afirmações semelhantes podem ser encontradas nos prefácios às edições alemãs da obra de Laband (1900, pp. 1-10).

vontade própria em todas as situações em que não houvesse reserva legal expressamente prevista no texto constitucional. O poder executivo agiria por força própria, como afirmou Otto Mayer (1903, p. 92). Da mesma forma, era então um tempo em que os atos administrativos praticados sob o âmbito de uma relação de sujeição especial não seriam caracterizados como ato jurídico, mas enquanto pura expressão de poder de comando, informada por critérios técnicos extrajurídicos, tal qual ilustrado no exemplo fornecido acima pelo próprio Mayer (1903, p. 128).

O instituto da supremacia especial, academicamente moldado para legitimar sob ponto de vista do direito a vivência empírica da administração alemã do século XIX, decerto não pode escapar de certas incongruências, ao ser transportado para a realidade constitucional brasileira após 1988. Sentindo o desconforto resultante de um tal transplante conceitual, mas sem deixar de o defender<sup>10</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 724) enumera uma extensa lista de condicionantes ao emprego do instituto da supremacia especial dentro do cenário constitucional brasileiro, dentre as quais constam: existência de lei que autorize a expedição de regras infralegais; adequação entre os meios prescritos e os fins legais perseguidos; obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; impossibilidade de restrição de direitos e deveres decorrentes de lei.<sup>11</sup>

É possível então notar a com clareza as diferentes percepções do papel do direito sustentadas por Mello e pela tríade de autores alemães que dão paternidade ao conceito da supremacia especial, Mayer, Laband e Gerber. Esses últimos partilhavam a percepção de que o direito público seria um sistema unificado e íntegro resultante de operações lógicas de construção de princípios e institutos jurídicos que explicassem a realidade empírica da vivência do Estado, a partir das normas positivadas. Para eles, a ciência do direito fundada nesse método não deveria se imiscuir nas áreas de atuação de outras disciplinas, como a economia, a moral, a cultura, limitando-se a coletar delas insumos que deveriam ser apreciados pelo direito como realidade indiscutível. Diferentemente, a dogmática jurídica sustentada por Mello, ainda que também amparada na visão positivista

---

10 Mello (2004, p. 722) afirma que seria “*impossível, impróprio e inadequado*” que todas as disposições a serem expedidas no âmbito da supremacia especial “*devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei*”.

11 Chama atenção a semelhança entre os condicionantes acima elencados e os critérios definidos por Mello (MELLO, 2012, pp. 82-83) para identificar o desvio de poder na prática de atos administrativos discricionários: contaminação por intuítos pessoais; escolha da opção desarrazoada ou incoerente; incidência de desproporcionalidade do ato em relação aos fatos. Essa similaridade leva a crer que o instituto da supremacia especial seja desnecessário dentro do sistema jurídico sustentado pelo próprio Mello.

de um sistema jurídico único e íntegro, defende o aumento do papel do direito na avaliação dos dados da realidade produzidos por outras áreas de conhecimento. Para tanto, invoca a utilização de construções jurídicas como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O que antes era cuidadosamente definido por Mayer, Laband e Gerber como um espaço de livre e incontestável de atuação da administração pública, Mello agora lança sobre esse mesmo espaço uma sombra de ambiguidade. Se, de um lado, reconhece a legitimidade do exercício de um poder de comando estatal acentuadamente alargado, de outro, exige a observância de condicionantes que, na prática, tendem a inviabilizar o próprio exercício da supremacia especial.

### **3 CONCLUSÃO**

O estudo da formação histórica dos conceitos jurídicos é importante para revelar a consistência da argumentação que os emprega fora de seus contextos originais. Este trabalho se concentrou na pesquisa da genealogia do conceito de supremacia especial, a partir da obra, ainda hoje amplamente utilizada na prática jurídica, de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Constatou-se que o instituto da supremacia especial remonta ao administrativista alemão Otto Mayer, cujos trabalhos foram fortemente influenciados por dois outros publicistas do século XIX, Paul Laband e Carl Friedrich Gerber. Revelou-se forte correlação entre o comentado instituto e a consolidação da ciência do direito segundo o método dogmático juspositivista, elaborado pelos dois últimos autores citados. Além disso, a supremacia especial então construída sustentava a prática administrativa de disciplinar variados aspectos da vida social, sem que os atos administrativos decorrentes dessa atuação estatal pudessem ser de qualquer forma atacados.

A partir dessa investigação foi possível analisar a incongruência da defesa do instituto da supremacia especial por Celso Antonio Bandeira de Mello, que insiste na difícil tarefa de conciliar visões de mundo díspares: o estado de direito formulado segundo o constitucionalismo alemão de meados do século XIX e o estado democrático de direito pensado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988.

**REFERÊNCIAS**

- ALESSI, R. *Principi di Diritto Amministrativo*, v. I. Milano: Giuffrè, 1971.
- ANABITARTE, A. G. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho. *Revista de Administración Pública*, v. 34, p. 11–52, 1961.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4874/DF. Inteiro Teor., 2018.
- CRAVO, V. *Poder Regulamentar e Legitimidade Democrática*. Curitiba: Prismas, 2014.
- DOMAT, J. *Les quatre livres du droit public*. Paris: Firmin Didot Père et Fils, 1829.
- FOUCAULT, M. La technologie politique des individus. In: *Dits et écrits*. vol. IV. [s.l: s.n.]. p. 813–828.
- GERBER, C. F. VON. *Diritto pubblico*. [s.l.] Giuffrè, 1971.
- LABAND, P. *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Tome I. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900.
- LABAND, P. *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Tome II. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901.
- MAYER, O. *Le droit administratif allemand*, Tome I. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903.
- MELLO, C. A. B. DE. Perfil do Poder Regulamentar no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, v. 7, p. 961–970, 1995.
- MELLO, C. A. B. DE. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, C. A. B. DE. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- NAPOLI, P. *Naissance de la police moderne: pouvoir, normes, société*. Paris: La Découverte, 2003.
- STOLLEIS, M. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001.