

---

# DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

---

EDIÇÃO COMEMORATIVA  
10 ANOS

REVISTA JURÍDICA  
DA PROCURADORIA-GERAL  
DO ESTADO DO PARANÁ

2019



---

DIREITO  
DO ESTADO  
EM DEBATE

---

### **Conselho Editorial**

Adriane Reis de Araújo  
Aldacy Rachid Coutinho  
Carlos Frederico Marés de Souza Filho  
Celso Luiz Ludwig  
Cristina Bichels Leitão  
Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro  
Érica de Oliveira Hartmann  
Eros Belin de Moura Cordeiro  
Eroulths Cortiano Junior  
Fernando Borges Mânica  
Fernando Campos Scaff  
Guilherme Roman Borges  
Guilherme Soares  
Hamilton Bonatto  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Jair Lima Gevaerd Filho  
Joe Tennyson Velo  
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho  
José Anacleto Abduch Santos  
José Antonio Peres Gediel  
Jozélia Nogueira  
Júlio da Costa Rostirola Aveiro  
Luiz Henrique Sormani Barbugiani  
Luiz Osório Moraes Panza  
Majoly Aline dos Anjos Hardy  
Manoel Caetano Ferreira Filho  
Marcia Carla Pereira Ribeiro  
Miguel Gualano de Godoy  
Paulo Ricardo Schier  
Ricardo Saavedra Hurtado  
Roberto Altheim  
Rodrigo Luís Kanayama  
Rodrigo Xavier Leonardo  
Roland Hasson  
Safira Orçatto Meirelles do Prado  
Sandro Marcelo Kozikoski  
Sérgio Cruz Arenhart

### **Conselheiros Convidados**

Cristina Bichels Leitão  
Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro  
Guilherme Soares  
Hamilton Bonatto  
Júlio da Costa Rostirola Aveiro  
Majoly Aline dos Anjos Hardy  
Roberto Altheim

### **Comissão Editorial**

Andréa Margarethe Rogoski Andrade  
Audrey Silva Kyt  
Leila Cuéllar  
Tereza Cristina Marinoni Freire

### **Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR**

Leila Cuéllar

---

# DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

---

EDIÇÃO COMEMORATIVA  
10 ANOS

REVISTA JURÍDICA  
DA PROCURADORIA-GERAL  
DO ESTADO DO PARANÁ

2019

Dados Internacionais para Catalogação na Publicação (CIP)  
Elaborado pela Bibliotecária Patricia Rezende | CRB-9/1879

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DO  
ESTADO DO PARANÁ DIREITO DO ESTADO EM DEBATE:  
edição comemorativa 10 anos. / Curitiba: Procuradoria-Geral  
do Estado do Paraná. - 2019. 350 p. ; n. 10 ; 16 x 23 cm. Anual.

ISSN 2316-3070

1.Direito. 2. Periódico. I. Paraná. II. Título

CDD 340.5  
CDU 35(05)

---

*As opiniões e os entendimentos externados nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores, não se confundindo com os adotados pelo Conselho Editorial, Comissão Editorial ou pela instituição Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.*

*Todos os textos aqui publicados foram aprovados pelo sistema 'double blind peer review' por dois professores membros do Conselho Editorial, sem interferência da Comissão Editorial.*

[comissaoeditorial@pge.pr.gov.br](mailto:comissaoeditorial@pge.pr.gov.br)

---

**Revisão**

Annalice Del Vecchio

**Capa e Editoração Eletrônica**

Glauce Midori Nakamura

## **Apresentação**

*É com enorme satisfação que a Procuradoria-Geral do Estado do Paraná lança o décimo volume de sua Revista Jurídica Direito do Estado em Debate, edição de 2019.*

*Para comemorar esta edição especial de 10 anos, a revista contempla diversos artigos jurídicos de Procuradores e ex-Procuradores do Estado convidados, além de trabalhos de especialistas selecionados pelo Conselho Editorial.*

*A Revista Direito do Estado em Debate tem primado pela divulgação de artigos jurídicos com diferentes perspectivas sobre os temas de Direito Público, exercendo um papel importante no compartilhamento de informações consistentes e de interesse geral para todos os operadores do Direito.*

*Não poderia deixar de agradecer a todos os autores que contribuíram com seu tempo e conhecimento para a elaboração dos artigos aqui publicados, bem como a dedicação inestimável dos integrantes da Comissão e do Conselho Editoriais.*

*Aos nossos leitores, estamos certos de que este será um excelente material de pesquisa e estudo para aprimoramento jurídico, desejando-lhes, desde já, uma ótima leitura.*

*Curitiba, outubro de 2019*

*Leticia Ferreira da Silva*  
Procuradora-Geral do Estado



## **Apresentação da Comissão Editorial**

*Em 2019, a Procuradoria-Geral do Estado do Paraná publica o 10º volume da Revista Direito do Estado em Debate, edição comemorativa que contempla artigos de diversos convidados, Procuradores do Estado do Paraná (aposentados e em atividade) e ex-integrantes da carreira, bem como trabalhos encaminhados para aprovação do Conselho Editorial.*

*A presente coletânea apresenta reflexão sobre variedade de temas do direito público que interessam tanto à advocacia pública quanto à privada. Os trabalhos jurídicos, convidados e selecionados, abordam relevantes questões de direito do trabalho, filosofia do direito, direito financeiro, direito administrativo, direito constitucional e direito processual civil, podendo-se destacar a contribuição do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, e do jurista Marçal Justen Filho, ambos ex-integrantes da carreira, e dos Procuradores do Estado do Paraná aposentados Aldacy Rachid Coutinho, Celso Luiz Ludwig, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Jozélia Nogueira e Marcelene Carvalho da Silva Ramos.*

*Aproveitamos este momento de celebração para externar nossos agradecimentos a todos que, ano a ano, têm contribuído para que a Revista Direito do Estado em Debate esteja em seu 10º volume. Nossa gratidão, também, àqueles que colaboraram com a publicação desta edição, aos autores, aos membros do Conselho Editorial e aos Conselheiros Ad Hoc.*

*Cumprimentamos os idealizadores da Revista pela brilhante iniciativa de publicação de um periódico da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná destinado a fomentar o debate, no meio jurídico, de temas relacionados ao*

*Direito do Estado, em toda a sua amplitude. Por fim, as integrantes da atual Comissão Editorial agradecem a oportunidade de participar deste relevante projeto, desejando mais 10 anos de sucesso e reconhecimento interno e externo.*

Comissão Editorial

*Audrey Silva Kyt (Presidente)*

*Andréa Margarethe Rogoski Andrade*

*Leila Cuéllar*

*Tereza Cristina Marinoni Freire*

## Sumário

<b>Apresentação</b> .....	5
<i>Leticia Ferreira da Silva</i>	
<b>Apresentação da Comissão Editorial</b> .....	7
<i>Audrey Silva Kyt (Presidente)</i>	
<i>Andréa Margarethe Rogoski Andrade</i>	
<i>Leila Cuéllar</i>	
<i>Tereza Cristina Marinoni Freire</i>	
<b>Trabalho e direito em distopia</b>	
<b><i>Law and labour in dystopia</i></b> .....	13
<i>Aldacy Rachid Coutinho</i>	
<b>Filosofia política crítica: Direito e Estado</b>	
<b><i>Critical political philosophy: Law and State</i></b> .....	31
<i>Celso Luiz Ludwig</i>	
<b>Procurador do Estado, sim;</b>	
<b>Procurador do Governo, não!</b>	
<b><i>State attorney, yes;</i></b>	
<b><i>Government attorney, no!</i></b> .....	63
<i>Jacinto Nelson de Miranda Coutinho</i>	
<b>A regulação e a supervisão financeira na Europa e em Portugal após a crise de 2008</b>	
<b><i>Regulation and financial supervision in Europe and Portugal after 2008 crisis</i></b> .....	79
<i>Jozélia Nogueira</i>	

<b>Estado e Direito entre cativos e cidadãos</b>	
<b><i>State and Law between captives and citizens</i></b> .....	111
<i>Luiz Edson Fachin</i>	
<i>Fernanda Bernardo Gonçalves</i>	
<b>A dificuldade em ver que a coisa julgada pode</b>	
<b>ser invocada por terceiros</b> .....	143
<i>Luiz Guilherme Marinoni</i>	
<b>Desconsideração da personalidade societária e</b>	
<b>responsabilização de terceiros na Lei de Improbidade</b>	
<b>Administrativa e na Lei Anticorrupção</b>	
<b><i>The disconsideration of societal personality and the</i></b>	
<b><i>accountability of third parties in Administrative Improbability</i></b>	
<b><i>Law and Anti-Corruption Law</i></b> .....	175
<i>Marçal Justen Filho</i>	
<b>Cláusula aberta de direitos fundamentais e o §3º do</b>	
<b>art. 5º da CF – avanços e retrocessos</b>	
<b><i>Open-ended clause of fundamental rights and the third</i></b>	
<b><i>paragraph of Article 5 of the Brazilian Federal Constitution –</i></b>	
<b><i>progresses and setbacks</i></b> .....	197
<i>Marcelene Carvalho da Silva Ramos</i>	
<b>Segurança jurídica e instituições eficazes na Lei n. 13.655/2018</b>	
<b>a partir das metas do ODS 16</b>	
<b><i>Legal certainty an effective institutions in the Law 13.655/2018</i></b>	
<b><i>starting in the ODS 16 goals</i></b> .....	225
<i>Alan José de Oliveira Teixeira</i>	

<b>O Direito Financeiro e a Constituição de 1988: passado, presente e futuro</b> <i>Public Finance Law and the Constitution of 1988: past, present and future</i> .....	253
<i>José Mauricio Conti</i> <i>Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues</i>	
<b>O novo processo coletivo brasileiro</b> <i>The new Brazilian's collective process</i> .....	283
<i>Thiago Simões Pessoa</i>	
<b>Análise da aplicação da Súmula n. 331 do TST aos convênios administrativos</b> <i>Analysis of the application of Brazilian Superior Court of Labour's Precedent n. 331 to administrative agreements</i> .....	319
<i>Víctor Augusto Lima de Paula</i>	



## Trabalho e direito em distopia

### *Law and labour in dystopia*

*Aldacy Rachid Coutinho<sup>1</sup>*

RESUMO: O artigo analisa alguns argumentos e os prognósticos apresentados como justificativas para a aprovação da reforma trabalhista brasileira em 2017. A partir dos dados sociais e econômicos é possível observar, dois anos após, a retórica e a falácia do discurso.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do trabalho; reforma trabalhista; eficiência.

ABSTRACT: This article analyzes some arguments and prognoses presented as justifications for the approval of the Brazilian Labour Law reform in 2017. Two years late, from the social and economic data, a rhetoric and a fallacy of the official discourse can be observed.

KEYWORDS: Labour law; labour reform; efficiency.

---

1 Procuradora do Estado do Paraná aposentada. Professora Titular de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Paraná aposentada. Advogada. *Perfezionamento in Scienze Amministrative* pela Università degli Studi di Roma, Itália. Especialista em Antropologia Filosófica, Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora integrante da RENAPEDTS – Rede Nacional de Pesquisa em Direito do Trabalho e da Seguridade Social; da REDBRITES – Rede de Direito Público Brasil-Itália-Espanha. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Trabalho Vivo. Professora da Pós-graduação do Centro Universitário de Cascavel – UNIVEL.

## 1. INTRODUÇÃO

O passado nem fora tão glorioso. Qualquer saudosismo desponta, então, como puro engodo. O direito do trabalho já havia, em grande parte, perdido seu protagonismo na história como reduto de resistência, de luta e de melhora da condição social.

De todo modo, é certo que o direito do trabalho pós-reforma vive tempos de distopia: se encontra naquele lugar representado pela antítese (anti-utopia) ou ausência absoluta de utopia. Ademais, agora revela (e é revelado por) um estado de delírio, imaginário, quase-ficcional, absolutamente descolado da realidade. O mundo da concretude, essa dura realidade, é mascarado pela idolatria do empreendedorismo de sucesso, da liberdade e autonomia plena.

O direito do trabalho dito protetivo, nesse trilhar, apresenta-se em pleno declínio como resposta de um Estado de Bem-Estar; sua retirada do cenário acarreta, porém, desumanização, porquanto é exatamente ali onde se encontram algumas tantas pessoas que vivem sob condições de extrema opressão, em absoluto desespero e desalento como excluídos ou em constante privação pela insuficiência de renda que garanta a subsistência.

Um ano (ou quase dois) após a aprovação da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, dita reforma trabalhista, é possível – e mesmo imprescindível – conferir o dito (prognóstico) e o não dito (realidade): a eficácia e a efetividade da reforma e, por conseguinte, pôr à prova os seus fundamentos e as previsões.

Os embates em torno de possíveis e necessárias alterações jurídicas como decorrência das mudanças no mundo do trabalho testemunham desde sempre a impossibilidade de se compreender isoladamente o direito e de se reduzir o jurídico a mero processo legislativo de construção de marcos regulatórios. Direito, economia, sociologia, filosofia, psicologia/psicopatologia, dentre outros, enfim, se entrelaçam no conhecimento em tentativa de explicitar e construir sentidos do e para o trabalho. É exatamente na discursividade que transita pelo enunciado/anunciado, em

propaganda, no marketing e na reprodução da mídia, pelo que se diz e sobretudo não se diz, que se realiza o mais importante encontro: a rota de colisão das narrativas esbarra e colide com a concretude da vida vivida.

A história é sempre significada *a posteriori* e eis que chega o momento de prestar contas das promessas que o tempo cronológico houve por bem evidenciar.

## 2. O QUE SE DISSE

Após o encaminhamento do Poder Executivo (Presidente Michel Temer) fora criada a Comissão mediante Ato da Presidência da Câmara dos Deputados em 3 de fevereiro de 2017, com base no inciso II, do artigo 34, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados; uma vez constituída, acaba por ser instalada em 9 de fevereiro de 2017. Por meio de uma análise crítica do Parecer do Deputado Relator do projeto de reforma trabalhista encaminhado pelo Poder Executivo no Governo Temer, é possível identificar e ressaltar a falácia dos argumentos retóricos que o sustentavam. Serve ele, como documento oficial, outrossim, de parâmetro para constatação das promessas não cumpridas até por inexecutáveis.

Mutuamente implicados, o real mundano e o imaginário representado pela lei variaram, transformando-se um ao outro em desmonte. A desconstrução operada como fragmentação no mundo do trabalho projeta-se para além do campo jurídico, atingindo a esfera do social e o contexto econômico, pelo que são, ambos, ora acolhidos como recortes de investigação enquanto indicativos da desnecessidade de referidas mudanças operadas no direito do trabalho e da ausência de benefícios efetivos para os trabalhadores.

É, então, notória a insuficiência e a ineficiência da (pseudo) reforma por aspectos histórico-temporais, político-filosóficos, instrumentais, não obstante os inúmeros fundamentos de autoridade-legitimação invocados. Mister salientar, de toda sorte, que não se trata de uma reforma

propriamente dita, porquanto tal implicaria uma mutação voltada aos fins de um aprimoramento, via seletividade, para melhoria das condições dos trabalhadores. Tal aperfeiçoamento não se concretizou.

Toda mudança em geral vem acompanhada do mito da evolução, pressupondo um melhoramento. Todavia, não há um evolucionismo científico imperativo nos marcos regulatórios: o direito transita entre avanços e retrocessos, sobretudo em se tratando de um direito capitalista do trabalho, que sintetiza interesses contrapostos de capital e trabalho que permanecem em constante conflito. Tem-se, ainda na mitologia laboral iluminista, o mito do bom direito – se é direito do trabalho, é protetivo aos trabalhadores, é bom – e o mito da modernidade do indivíduo racional – correlacionado com a liberdade, autonomia e propriedade.

Se outrora o trabalho revelava-se na dualidade subordinado-autônomo, no fluir temporal uma multiplicidade de possibilidades jurídicas foi pouco a pouco sendo incorporada e, assim, finda por mascarar a centralidade do emprego. A obtenção de renda pelo trabalho humano produtivo deixa para trás o monopólio da carteira assinada para abraçar o empreendedorismo supostamente libertário.

O que se pretendia era – diz-se –, em apertada síntese, atualizar mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra, aprimorar as relações de trabalho no Brasil pela via da negociação coletiva, combatendo o desemprego com o escopo de criar condições favoráveis para o desenvolvimento econômico e novos postos de trabalho. A reforma aprovada explicita a opção não mais da expectativa de trabalho com direitos, ou da afirmação de um direito do trabalho, mas de qualquer forma de trabalho como mecanismo de subsistência, sendo (aparentemente) irrelevante a precarização do modelo do emprego.

Diz-se que a legislação celetária era velha e inapropriada para um país do futuro; tão só para pontuar, é preciso recordar que o Decreto-lei n. 5.452 (Consolidação das Leis do Trabalho) continua em vigor e ainda é a regulamentação de 1943. Se de uma parte o Brasil de 1943 não é o Brasil

de 2017, como constou do Relatório<sup>2</sup> – óbvio ululante –, de outra parte é imperioso constatar que o Brasil de 1943 e o Brasil de 2017 convivem com a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, agora um pouco mais “reformada”. Argumento histórico-cronológico é inadequado e descabido.

Na data do início da vigência da Lei n. 13.467/2017, a Consolidação das Leis do Trabalho continha apenas 38% da sua redação original. No curso de sua vida sofreu mudanças decorrentes de 377 alterações para incorporar, suprimir, ampliar ou simplesmente modificar seu texto, em quase todos os anos da existência – salvo em 1948, 1959 e 2004 – e pela iniciativa de todos os governos – democraticamente eleitos ou ditatoriais –, com propostas originadas tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Legislativo. Nunca permaneceu imune aos avanços da ideologia de governos de plantão, nem foi blindada das influências políticas.

Ademais, totalmente equivocada a pecha, como ilação, de que teria sido a legislação trabalhista inspirada no fascismo de Mussolini, ou que se trataria de reprodução da *Carta del Lavoro*, como atestou um dos seus consolidadores, o Ministro Arnaldo Süssekind<sup>3</sup>. Nenhuma novidade, então, a não ser o fato de que continua sendo depois da reforma ela mesma, a sempre mítica lei dos anos 40. Argumento político-ideológico é incorreto.

Diz-se que a década de 1940, que acompanhou o nascimento da Consolidação das Leis do Trabalho, testemunhava um Brasil rural, não industrializado, com 60% da população no campo. E, para que serviria (ou serviu) então uma lei do trabalho urbano que não se aplicava praticamente

---

2 MARINHO, Rogério. *Relatório da Comissão Especial*. Parecer ao Projeto de lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo. Câmara dos Deputados. Poder Legislativo. Brasília, 2017, p. 17. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?co dteor=1544961](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co dteor=1544961)>. Acesso em: 01 jun. 2019.

3 GOMES, Angela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moraes (Orgs.). *Arnaldo Süssekind, um construtor do direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 78.

a viv'alma? Para sustentar um projeto de nação (que hoje não temos) que assentava suas raízes na cidadania, esse direito a ter direitos. A reforma também ampara um projeto, de país e de mercado, e não de nação, que pressupõe solidariedade; alicerça sua proposta em outra racionalidade, individualista, econômica e eficientista. No câmbio epistemológico procedido pelo neoliberalismo transmuta a racionalidade da legalidade para a supremacia da economia da eficiência como aposta para o porvir. Assim como indicou FRENCH<sup>4</sup>, à época os trabalhadores igualmente viviam abarrotados de leis e famintos por justiça.

Se é certo que o país tem o segundo mais importante parque industrial da América Latina e que 76% da população vive em centros urbanos, segundo o IBGE, igualmente correta é a afirmação de que segue sendo um dos maiores exportadores agrícolas do mundo, segundo a Organização Mundial do Comércio. Alterações da legislação que regula o trabalho urbano têm, portanto, maior impacto numericamente sobre a população, não obstante o trabalho rural de impacto no econômico permaneça olvidado. A reforma poderia ter unificado o sistema, regulando com isonomia trabalho urbano, rural e doméstico. Preferiu mudanças pontuais.

Diz-se que as dinâmicas sociais foram alteradas, porquanto novas profissões surgiram e outras tantas desapareceram. Agregaram o argumento de que o avanço da tecnologia acarretou um distanciamento entre o trabalho material do chão de fábrica regulado e o imaterializado, surgindo uma nova realidade com o labor organizado em plataformas digitais, próprio das tecnologias da informação e da inteligência artificial, supostamente desconsiderado pelas normas regulamentadoras existentes. Seria preciso, dessa forma, modernizar; modernidade é a chave de leitura.

Porém, a par de qualquer análise (crítica) do impacto da tecnologia sobre o fenômeno trabalho, merece destaque a circunstância de que

---

4 FRENCH, John. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

nenhuma mudança proposta e implementada com a reforma apontou e alcançou especificamente tais situações. E, no passado, nunca se propôs alguma mudança da legislação trabalhista quando do desaparecimento de inúmeras profissões, como datilógrafo, radiotelegrafista, tocador de realejo, acendedor de lampião, lambe-lambe, cocheiro, dentre outros. A reforma não se propôs nem dispôs sobre normas regulamentadoras de profissões. O argumento revela-se falacioso.

O teletrabalho, tomado aqui a título de exemplo das novas profissões, é, a bem da verdade, forma (modo) de prestar trabalho que, aliás, já estava albergado por previsão na legislação reformada. E nem há de se olvidar que as regras se constituem como textos gráficos aos quais se atribui um (e não “o”) sentido projetado pelo intérprete no processo hermenêutico, procedendo desta forma à conformação com a realidade em constante mutação. Nada de novo.

Diz-se que a reforma é uma alavanca ao desenvolvimento econômico, gerando novos empregos. O Relatório apontava para dados estarrecedores: 3 milhões de desempregados, 10 milhões de desalentados e subempregados e um total de 23 milhões de brasileiros que foram jogados nessa situação por culpa de equívocos cometidos em governos anteriores. Afinal, a culpa é sempre do outro. A sociedade ocidental, baseada na culpa, sofre uma metamorfose na sua construção, distanciando-se do *mea culpa* católica (minha culpa, minha máxima culpa) em decorrência do declínio da proeminência da Igreja Católica, para agasalhar uma sociedade tipo neopentecostal, adepta da teologia da prosperidade, que valorizando a riqueza material projeta toda a responsabilidade para terceiro, na personificação do mal – “que diabos”. Enfim, a culpa é sempre do outro, satanás, mercado, Estado, direito do trabalho, vizinho, invejoso, concorrente, o ideológico... A culpa do desemprego, então, é do direito do trabalho, do custo do trabalho, do custo Brasil, do excesso de protecionismo, das garantias trabalhistas:

Aos deputados da Comissão da Reforma Trabalhista da Câmara, o ministro do Trabalho explicou que a projeção foi feita com base na premissa de que a reforma modernizará os contratos temporários e de jornada parcial. Ao citar dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Nogueira lembra que esse grupo de países tem cerca de 16% dos trabalhadores com esses dois tipos de contratos. Já no Brasil, a fatia é de apenas 6%.

Se a reforma for aprovada, argumentou o ministro, o uso desse tipo de contrato aumentará para a média da OCDE e poderão ser criados 5 milhões de empregos – número que corresponde à diferença de 10 pontos da força de trabalho brasileira que atualmente gira em torno de 50 milhões de pessoas<sup>5</sup>.

E eis que a reforma foi aprovada. E o tempo passou.

### **3. O QUE SE NÃO DIZ OU O QUE SE TRANSFORMA NO SILÊNCIO DO DITO PELO NÃO DITO**

E o desemprego ficou. Como noticiado na mídia em 29 de março de 2019, o desemprego após a reforma aumentou e não reduziu, como era o prognóstico:

O desemprego no país foi de 12,4%, em média, no trimestre encerrado em fevereiro, de acordo com dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). O índice subiu em relação ao trimestre anterior (11,6%) pela segunda vez seguida. Na comparação com o mesmo período do ano passado (12,6%), o resultado foi considerado estável. Segundo o IBGE, o número de desempregados no Brasil foi de 13,1 milhões de pessoas. Isso representa alta de 7,3% em relação ao trimestre anterior. Na comparação com o mesmo período de 2018, houve estabilidade. A

---

5 O ESTADO DE SÃO PAULO. Economia & Negócios. *Governo prevê 5 milhões de novos empregos com reforma trabalhista*. São Paulo, 3 mar. 2017. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-preve-5-milhoes-de-novos-empregos-com-reforma-trabalhista,70001686300>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

última vez que esse número ficou na casa dos 13 milhões foi no trimestre encerrados [sic] em maio de 2018<sup>6</sup>.

Ora, a Consolidação das Leis do Trabalho conviveu pacificamente com tempos de recessão e de pujança (quase pleno emprego); nos últimos 15 anos (2002 a 2017) o desemprego já esteve na casa dos 4,3% em dezembro de 2013 e em 13,7% em março de 2017. E em 2013 a legislação não foi alterada para incremento de direitos. Mas em todas as oportunidades em que a economia vai mal, o direito do trabalho sofre ataques para proceder a uma redução dos custos de contratação e/ou manutenção dos vínculos de emprego.

Não há nenhuma relação de implicação ou causalidade necessária e direta entre direitos e emprego ou direitos e informalidade. Informalidade que nada mais é do que uma forma mais amena de se poder referir à ilegalidade ou não conformação.

Se a palavra de ordem alardeada era a de que a “reforma contribuirá para gerar mais empregos formais e para movimentar a economia, sem comprometer os direitos tão duramente alcançados pela classe trabalhadora” e, outrossim, que seria “necessária uma modificação da legislação trabalhista para que haja a ampliação do mercado de trabalho, ou seja, as modificações que forem aprovadas deverão ter por objetivo não apenas garantir melhores condições de trabalho para quem ocupa um emprego hoje, mas criar oportunidades para os que estão fora do mercado”, porquanto “convivemos com dois tipos de trabalhadores: os que têm tudo – emprego, salário, direitos trabalhistas e previdenciários – e os que nada têm – os informais e os desempregados. A reforma, portanto, tem que almejar igualmente a dignidade daquele que não tem acesso aos

---

6 UOL Notícias. Empregos e carreiras. *Desemprego no país sobe para 12,4% e atinge 13,1 milhões de pessoas*. São Paulo, 30 mai. 2019. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/03/29/desemprego-trimestre-fevereiro-ibge.htm>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

direitos trabalhistas”<sup>7</sup>. As promessas não foram cumpridas. Não por outra razão, senão a da simples impossibilidade. Era retórica. Narrativa, apenas.

Diz-se, enfim, que é preciso menos Estado e mais mercado, menos interferência e mais liberdade/autonomia. Menos Estado é menos leis, menos processos trabalhistas, menos direitos, menos custos, menos tributos, menos arrecadação.

Segundo a estatística da Justiça do Trabalho, no ano de 2018 foram recebidos na primeira instância 1.742.507 novos processos<sup>8</sup>. Em 2017, o número de novas causas judicializadas totalizou 2.648.463<sup>9</sup>, praticamente mantendo igual número levantado em 2016, isto é, 2.756.214<sup>10</sup>. É preciso mirar alguns reflexos indiretos de tal redução.

Primeiramente há de se considerar que a Justiça do Trabalho traz impactos positivos na arrecadação tributária quando arrecada contribuições para a Previdência Social e Imposto de Renda, conforme Tabela 1; os dados somente são inferidos ao tempo da execução, pelo que

---

7 MARINHO, Rogério. *Relatório da Comissão Especial*. Parecer ao Projeto de lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo. Câmara dos Deputados. Poder Legislativo. Brasília, 2017, p. 20. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?co dteor=1544961](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co dteor=1544961)>. Acesso em: 01 jun. 2019.

8 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de estatística e pesquisa do TST. *Recebidos e julgados na Justiça do Trabalho em 2018*. Publicado em 24 jan. 2019. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/23408293/Ano+de+2018.pdf/266a7b60-6210-27c1-cf56-153258f89ccb>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

9 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de estatística e pesquisa do TST. *Recebidos e julgados na Justiça do Trabalho em 2017*. Publicado em 01 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/69bef26d-144a-7515-3342-d0a1f961c837>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

10 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de estatística e pesquisa do TST. *Recebidos e julgados na Justiça do Trabalho em 2016*. Publicado em 21 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/c1be74b3-698d-1eac-48e9-cea6e0ba5610>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

a diminuição do número de processos após a reforma trabalhista deverá gerar um decréscimo na receita.

TABELA 1 – ARRECADAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO (2004-2019)

Ano	Arrecadação da Justiça do Trabalho (R\$)						Total
	Custas	Emolumentos	Previdência Social	Imposto de Renda	Multas Aplicadas	Valores Restituídos TST	
2004	119.806.979,34	4.621.259,11	962.812.972,40	749.436.035,10	-	-	1.836.677.245,95
2005	138.263.703,85	4.777.373,65	990.635.687,16	956.570.571,73	2.591.011,65	-	2.092.838.348,04
2006	146.759.177,81	5.637.795,01	1.009.435.287,48	991.738.117,90	9.218.173,04	-	2.162.788.551,24
2007	188.226.171,82	8.605.214,53	1.260.865.302,41	1.140.977.128,50	10.721.288,92	-	2.609.395.106,18
2008	202.541.539,14	9.760.523,15	1.475.724.767,30	1.233.030.560,60	21.566.871,84	-	2.942.624.262,03
2009	221.939.120,09	10.325.359,33	1.669.614.741,99	1.240.570.613,25	18.124.457,32	-	3.160.574.291,98
2010	263.886.073,01	10.943.372,39	1.667.415.480,41	1.174.942.747,40	20.058.885,28	-	3.137.246.558,49
2011	261.063.588,01	11.737.044,61	1.945.023.847,22	923.809.655,13	21.251.755,99	-	3.162.885.890,96
2012	295.854.836,51	9.796.546,46	2.299.547.014,69	563.037.177,35	22.450.913,30	-	3.190.686.488,31
2013	327.370.539,97	20.734.466,71	2.042.800.903,01	488.427.420,73	19.927.584,23	-	2.899.260.914,65
2014	375.164.276,00	7.307.526,18	1.918.280.049,63	308.515.040,76	17.078.586,19	2.130,00	2.626.343.348,76
2015	400.781.600,56	11.002.870,24	2.014.614.050,70	356.367.931,67	20.629.660,00	1.118,20	2.803.394.994,97
2016	317.090.115,02	5.865.683,66	2.385.672.884,90	406.864.733,96	32.765.514,05	3.699,92	3.148.255.231,67
2017	361.357.563,50	10.522.850,58	2.697.622.372,60	494.016.033,42	13.744.495,55	24.842,95	3.577.238.472,80
2018	420.130.489,93	13.477.964,24	2.774.097.265,32	418.680.836,11	19.208.772,32	2.400,00	3.645.592.927,92
2019	125.345.860,11	2.529.215,04	983.587.899,60	210.330.102,79	6.659.612,01	964,00	1.328.451.725,55

Nota: Os dados do PJe-JT passaram a ser incluídos somente a partir de 2014.

Fonte: TST (jul.2019).

Note-se que antes da reforma trabalhista a Justiça do Trabalho arrecadou, respectivamente em 2015, 2016 e 2017, os seguintes montantes para a Receita Federal do Brasil em Imposto de Renda: R\$ 356.367.931,67, R\$ 406.864.733,96 e R\$ 494.016.033,42; em Contribuição para a Previdência Social: R\$ 2.014.614.050,70, R\$ 2.385.672.884,90 e R\$ 2.697.622.372,60, além das multas aplicadas, emolumentos e custas.

Então caberia questionar quem seriam os maiores beneficiários da diminuição das demandas. A resposta pode ser verificada pelo Ranking dos 20 divulgado em abril de 2019, conforme estatística da Justiça do Trabalho, constante na Tabela 2. Entre as duas dezenas encontram-se 5 instituições bancárias e 3 pessoas jurídicas de direito público, a saber, União, Estado do Amazonas e Estado da Bahia. O setor público, que conta

com a Administração Pública Direta e Indireta, representa 45% dos vinte maiores demandantes numericamente, colocando-se entre os 5 maiores, e em termos de demandas, das 82.650, totaliza 50.626, isto é, é responsável por 61,25% dos processos.

TABELA 2 – RANKING DAS PARTES NO TST (2019)

<b>Ranking das Partes no TST (Total) em abril de 2019</b>		
<b>Ranking</b>	<b>Nome da Parte</b>	<b>Total</b>
1º	PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS	9.895
2º	UNIÃO	9.179
3º	CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF	8.603
4º	BANCO DO BRASIL S.A.	8.213
5º	EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT	6.211
6º	BANCO BRADESCO S.A.	5.263
7º	BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.	4.848
8º	ITAÚ UNIBANCO S.A.	4.184
9º	FUNDAÇÃO CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO AO ADOLESCENTE - FUNDAÇÃO CASA/SP	3.188
10º	OI S.A.	2.538
11º	TELEMAR NORTE LESTE S.A.	2.507
12º	BRASIL FOODS S.A. - BRF	2.390
13º	CONTAX-MOBITEL S.A.	2.342
14º	CLARO S.A.	2.202
15º	FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS (FUNCEF)	2.023
16º	TELEFÔNICA BRASIL S.A.	1.950
17º	VALE S.A.	1.941
18º	VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.	1.859
19º	ESTADO DO AMAZONAS	1.736
20º	ESTADO DA BAHIA	1.578

Fonte: Banco de dados. TST (jul.2019).

A perspectiva era a de que a adoção de reformas, como a trabalhista, iria alavancar o desenvolvimento econômico do país. Mas o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística anunciou recentemente que no primeiro trimestre de 2019 o Produto Interno Bruto (PIB) recuou -0,2% em relação ao quarto trimestre de 2018 (IBGE, 2019).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O (IN)CONCLUSO OU A ABERTURA PARA O FUTURO**

O mundo do trabalho passa por percalços em decorrência das conjunturas econômicas. No Brasil algumas peculiaridades traduzem

uma maior dificuldade em amortizar os impactos negativos de supressão de direitos e garantias. Dentre elas está o crescimento impactante da população desde a década de 1940. Em 1940 éramos 41 milhões e em uma década aumentamos 10 milhões. Quando chegamos na década de 1950 contávamos com 51 milhões de habitantes; quase dobramos em 20 anos, pois passamos em 1970 a 90 milhões, com um aumento populacional de 20 milhões a cada 10 anos. Na sequência, tornamo-nos em 34 anos (2004) 180 milhões de pessoas: um aumento de 140 milhões em seis décadas e meia; agora, em 2018, somos mais de 208 milhões. A esperança de vida cresceu de 43,3 para 70,4 anos de 1950 até 2000. Assegurar serviços públicos de qualidade, como educação e saúde, habitação e saneamento básico, para além de trabalho para assegurar renda, tem sido um desafio.

As condições de precariedade do mundo do trabalho não afetaram de forma homogênea a população economicamente ativa; alguns segmentos são mais vulneráveis. Dentre eles encontram-se aqueles que têm baixa escolaridade. Os trabalhos exclusivamente ou predominantemente manuais foram suplantados pelo trabalho intelectual; o trabalho material pelo imaterial e, por conseguinte, demandam mais altos níveis de escolaridade e mais conhecimento.

Outrossim, a análise dos dados de vulnerabilidade revela a singularidade da desigualdade no Brasil pelo recorte de gênero/raça: as mulheres e, sobretudo, as mulheres negras, como apurado pelo IBGE em 2017<sup>11</sup>, conforme Tabela 3, enfrentam os efeitos nocivos das condições de empregabilidade:

---

11 IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de indicadores sociais 2018: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Publicado em 05 dez. 2018. Disponível em: <[https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_mediaibge/arquivos/ce915924b20133cf3f9ec2d45c2542b0.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/ce915924b20133cf3f9ec2d45c2542b0.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2019.

TABELA 3 – DISTRIBUIÇÃO POPULAÇÃO OCUPADA E SUBOCUPADA (2017)

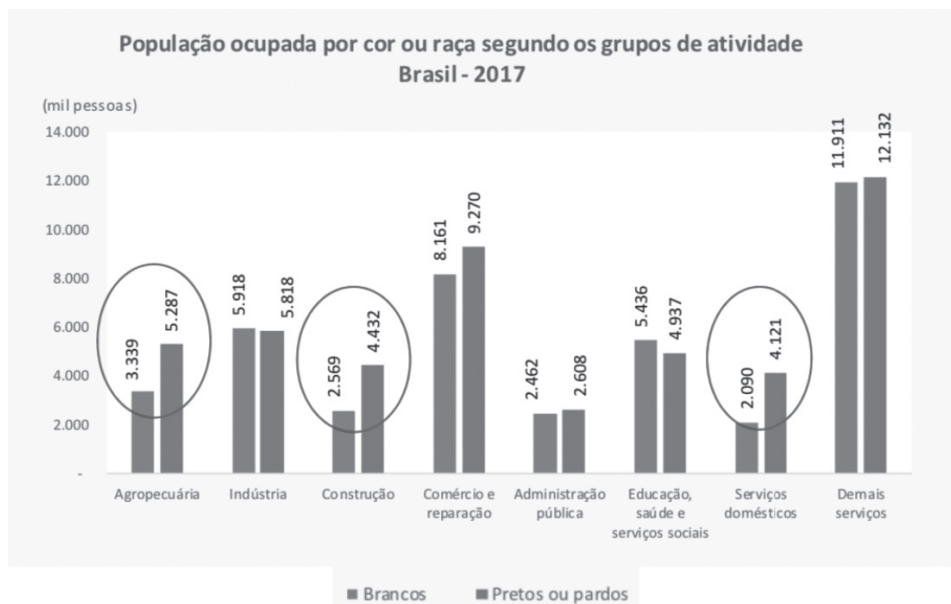
<b>Distribuição da população ocupada e da população subocupada por insuficiência de horas, segundo características selecionadas - Brasil - 2017</b>				
<b>Características selecionadas</b>	<b>População ocupada</b>		<b>População subocupada por insuficiência de horas</b>	
	<b>Absoluto</b>	<b>Proporção</b>	<b>Absoluto</b>	<b>Proporção</b>
<b>Brasil</b>	<b>91 449</b>	<b>100,0</b>	<b>6 458</b>	<b>100,0</b>
<b>Sexo</b>				
Homens	51 802	56,6	2 998	46,4
Mulheres	39 647	43,4	3 460	53,6
<b>Cor ou raça (1)</b>				
Branca	41 907	45,8	2 178	33,7
Preta ou parda	48 630	53,2	4 223	65,4

(1) Não estão apresentados os resultados para amarelos e indígenas  
 Fonte: IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, 2017.

Fonte: Agência IBGE Notícias (2018).

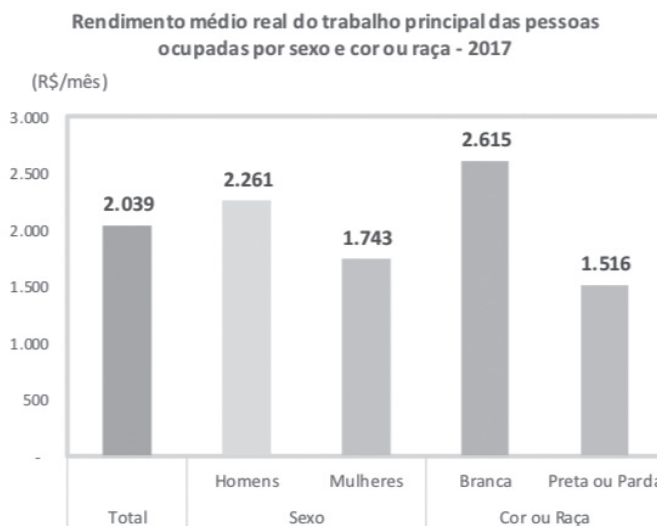
Da mesma forma, dentre a população ocupada, gênero e raça introduzem uma participação diferenciada, mais expressiva no trabalho informal em 2017 e com menores rendimentos, como se constata nas Tabelas 4 e 5 divulgadas pelo IBGE:

TABELA 4 – DISTRIBUIÇÃO POPULAÇÃO OCUPADA POR RAÇA NO BRASIL (2017)



Fonte: IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (2017).

TABELA 5 – RENDIMENTO DO TRABALHO EM PESSOAS OCUPADAS (2017)



Fonte: IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (2017).

Por fim, o aumento da pobreza, absoluta e relativa, com a concentração de renda e pífio desempenho econômico do país, testemunham o reflexo negativo da supressão do projeto de uma sociedade salarial.

Não por outra razão, o Banco Mundial<sup>12</sup> produziu um Relatório no qual aponta para a indispensabilidade de se adotar mais programas de transferência de renda na América Latina, de sorte a assegurar as necessidades das pessoas pobres e vulneráveis nesses períodos de crises cíclicas da economia mundial e brasileira. O projeto de desmonte dos marcos regulatórios trabalhistas apontam exatamente para o caminho oposto ao propugnado.

O futuro não será incerto; sem políticas públicas redistributivas a tendência é acirrar a pobreza e a injustiça social. E não vamos esperar que o mercado faça o encontro do sonho com a realidade. Essa agenda necessariamente deve passar pelo Estado.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRENCH, John. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

GOMES, Angela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moraes (Orgs.). *Arnaldo Süssekind, um construtor do direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Agência IBGE Notícias. *PIB tem resultado negativo de 0,2% no 1º trimestre de 2019*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24653-pib-tem-resultado-negativo-de-0-2-no-1-trimestre-de-2019>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

---

12 WORLD BANK GROUP. *Effects of the business cycle on social indicators in Latin America and the Caribbean: When dreams meet reality*. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/31483>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Síntese de indicadores sociais 2018: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Publicado em 05 dez. 2018. Disponível em: <[https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_mediaibge/arquivos/ce915924b20133cf3f9ec2d45c2542b0.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/ce915924b20133cf3f9ec2d45c2542b0.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MARINHO, Rogério. *Relatório da Comissão Especial*. Parecer ao Projeto de lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo. Câmara dos Deputados. Poder Legislativo. Brasília, 2017. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961)>. Acesso em: 01 jun. 2019.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Economia & Negócios. *Governo prevê 5 milhões de novos empregos com reforma trabalhista*. São Paulo, 3 mar. 2017. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-preve-5-milhoes-de-novos-empregos-com-reforma-trabalhista,70001686300>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de estatística e pesquisa do TST. *Recebidos e julgados na Justiça do Trabalho em 2018*. Publicado em 24 jan. 2019. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/23408293/Ano+de+2018.pdf/266a7b60-6210-27c1-cf56-153258f89ccb>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Recebidos e julgados na Justiça do Trabalho em 2017*. Publicado em 01 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/69bef26d-144a-7515-3342-d0a1f961c837>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Recebidos e julgados na Justiça do Trabalho em 2016*. Publicado em 21 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/c1be74b3-698d-1eac-48e9-cea6e0ba5610>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

UOL Notícias. Empregos e carreiras. *Desemprego no país sobe para 12,4% e atinge 13,1 milhões de pessoas*. Publicado em 30 mai. 2019. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/03/29/desemprego-trimestre-fevereiro-ibge.htm>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

WORLD BANK GROUP. *Effects of the business cycle on social indicators in Latin America and the Caribbean: When dreams meet reality*. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/31483>>. Acesso em: 01 jun. 2019.



## Filosofia política crítica: Direito e Estado

### *Critical political philosophy: Law and State*

Celso Luiz Ludwig<sup>1</sup>

RESUMO: Em perspectiva crítica, o texto apresenta argumentos e reflexões sobre o campo prático da racionalidade econômica capitalista, da política, da forma política estatal e da forma da subjetividade jurídica. A ideia central limitou-se (1º) a demarcar a categoria central do campo político, qual seja, a categoria do *poder político*, por ser a categoria fundamental para a elaboração de uma *filosofia política crítica*, em alguns de seus conceitos iniciais estruturantes; (2º) a demarcar algumas das categorias centrais do campo econômico capitalista, tais como trabalho vivo, trabalho objetivo, salário, mais-valia, enfim, a totalidade de sentido da lógica capitalista em conceitos também estruturantes; e (3º.) estabelecer sua relação com a forma política estatal e a forma da subjetividade jurídica derivadas, com ênfase nas conexões entre as três diferentes formas. E por fim, como conclusão, destacar alguns aspectos que estabelecem as racionalidades das conexões entre capitalismo, Estado e direito. A conexão mostra que a forma jurídica é distinta da forma política estatal, a despeito de guardarem uma relação estrutural de *conformação*, e que a subjetividade jurídica procede da forma econômica, ou seja, das relações mercantis, mas também se distingue dela.

---

1 Procurador aposentado do Estado do Paraná. Professor Doutor de Filosofia do Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER e da Universidade Federal do Paraná – UFPR.

PALAVRAS-CHAVE: Capitalismo; Direito; Estado; forma; sujeito.

ABSTRACT: In a critical perspective, the text presents arguments and reflections on the practical field of the capitalist economic rationality, of politics, of the state political form and the form of legal subjectivity. At first, the central idea was limited to demarcate the central category of the political field, that is, the category of political power, because it is the fundamental category for the elaboration of a critical political philosophy, in some of its initial structuring concepts; secondly, to demarcate some of the central categories of the capitalist economic field, such as living labor, objective labor, salary, surplus value, in short, sense of capitalist logic in its structuring concepts; thirdly, to establish its relation with the state political form and the form of juridical subjectivity derived, with emphasis on the connections between the three different forms. And finally, as a conclusion, highlight some aspects that establish the rationalities of the connections between capitalism, state and law. The connection shows that the legal form is distinct from the state political form, in spite of having a structural relation of conformation, and that legal subjectivity proceeds in an economic way, that is, of mercantile relations, but also different from each other.

KEYWORDS: Capitalism; Law; State; form; subject.

## 1. INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

O texto apresenta alguns aspectos reflexivos importantes para a compreensão da filosofia política de libertação. Em texto anterior, apresentei em linhas gerais a descrição do *campo político* de maneira

---

2 A primeira parte deste texto sobre o campo político, com pequenas alterações, já foi objeto de publicação anterior na obra: SOUZA, André Peixoto de (Org.). *Estado, poder e jurisdição*. Rio de Janeiro: GZ, 2015; a segunda parte é texto inédito.

bastante abstrata, considerando alguns momentos relevantes para uma política global, planetária, mas tendo em conta a preocupação especial desde a periferia, desde o Sul, e particularmente desde a América Latina. A intenção principal foi a de apresentar um esboço para uma *política crítica da libertação*.

A partir dessa ótica, a preocupação principal consiste em “localizar” o *Direito* e o *Estado* (e, por efeito, o Direito do Estado) no contexto do mundo moderno e contemporâneo, tendo em conta o *capitalismo*. Como o objetivo é o de uma *descrição crítica*, na forma de um inicial esboço, a arquitetônica geral dessa crítica da filosofia política da libertação terá uma parte *ontológica* e outra *crítica*, relacionadas aos temas, conceitos e categorias do *campo político* que tenham relação com a pretensão anunciada.

O ponto de partida para o objetivo traçado é a categoria fundamental da política de libertação: o *poder político*. A exigência de uma *crítica da filosofia política de libertação* instaura-se a partir do *poder político*. A *crítica da filosofia política da libertação* proposta particularmente por Enrique DUSSEL parte dessa categoria fundamental que organiza todo o sistema das categorias restantes do campo político<sup>3</sup>. O propósito primeiro é o de apontar e descrever os desdobramentos minimamente necessários dessa central categoria do campo político. Neste texto, o poder político terá como desdobramento os conceitos e temas de campo político, vida e vontade, *potentia* e *potestas*, o Estado e o Direito no capitalismo, ficando ainda muitos outros de fora, tais como poder *obediencial*, corrupção do político, legitimidade e povo.

Sob o ponto de vista geopolítico, essa produção teórica está localizada na periferia mundial, desde o *giro descolonial*, recordando e ao mesmo tempo divergindo do *giro linguístico* estudado por Richard Rorty e do *giro pragmático* de Karl-Otto Apel, pois exige uma nova descrição

---

3 DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación: arquitectónica*, v. II. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 12.

da política, em todos os momentos de sua arquitetônica, a começar pela categoria fundante do *poder político*.

Parece prudente ainda indicar que a *crítica da filosofia política da libertação* segue analogicamente uma arquitetônica semelhante à usada na *Ética da Libertação*, nos termos do pensamento de Enrique Dussel. Na *ética*, a elaboração teórica vai da *ordem ontológico-fundamental* – parte afirmativa – à *crítica* – parte *negativa* –, desde a exterioridade do Outro, desde os explorados e excluídos. Analogicamente, a descrição da *política da libertação* é feita desde os elementos *afirmativos* do campo político – o momento material, o momento formal, o momento factível – até a direção da *negatividade* – os diversos momentos da *crítica* material, formal e factível –, ou seja, da *ontologia* à *crítica*. Além disso, a analogia também ocorre na relação da *ética com os demais campos práticos*, e em particular na *política*. Dessa maneira, a *Ética da Libertação*<sup>4</sup>, na qual se descrevem os princípios e as categorias práticas e básicas necessárias, serve como *teoria geral* para os demais campos práticos, em particular para a compreensão da normatividade da *Política da Libertação*, guardando-se a analogia epistêmica necessária. Metodologicamente, verifica-se como cada campo, seja ele econômico, ecológico, cultural, racial, de gênero, e assim por diante, ajusta-se para *subsumir* as categorias em seu *campo* respectivo, em especial no *campo do político*. Dessa maneira, a *Ética* seria o nível abstrato, o *analogado* principal, de *todos os campos práticos*<sup>5</sup>, e, portanto, também do *campo político*. Esse entendimento, inclusive com algumas vantagens conceituais esclarecedoras, foi apresentado no livro *14 tesis de ética: hacia la esencia del*

---

4 DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

5 DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación: arquitectónica*, v. II, p. 14.

*pensamiento crítico* (2016)<sup>6</sup>, confirmando-se assim a interpretação da obra de Enrique Dussel como tendo na ética o ponto de partida.

É a partir desse contexto conceitual que a categoria do *poder político* será elaborada, juntamente com a forma estatal e a forma jurídica.

## 2. O PODER POLÍTICO

Como mencionado, o *poder político* é a categoria fundamental para a elaboração de uma *crítica da filosofia política crítica*. A partir e em torno dela se organiza todo o sistema das demais categorias necessárias ao *campo político*. Assim como todo *campo*, o campo político tem um fundamento. Esse fundamento é a vontade, mais propriamente, a vontade de viver. Como se vê, não é possível definir o *político* a partir de algum dos seus elementos isoladamente, mas levando em conta sempre o conjunto de seus elementos. Dessa maneira, o político deve ser visto como *totalidade*, sem, no entanto, reduzi-lo ao sistema vigente em determinada época. Então, sob o ponto de vista analítico e metodológico, a categoria da totalidade aparece como primeira na ordem da exposição do tema. As diferentes partes que compõem o conjunto da política conformam um campo como um todo, e assim cada uma das partes deve ser vista na referência de conjunto. Daí a necessidade de se lançar mão de diversas outras categorias. A totalidade é uma categoria importante para que se possa analiticamente dar conta da exposição do horizonte ontológico da ordem política vigente. Mas, ao mesmo tempo, não é suficiente. Pois, o que se persegue na reflexão nesse caso tem em mira constituir uma *crítica da filosofia política de libertação*. E, desde já, para tanto, além da totalidade, por não ser possível enclausurá-la sobre si mesma em permanente movimento autopoiético, exige-se a

---

6 DUSSEL, Enrique. *14 tesis de ética: hacia la esencia del pensamiento crítico*. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 15-25.

categoria da alteridade ou exterioridade para captar o sentido do que ocorre para além da ordem política vigente, matéria histórico-social e cultural que inaugura a possibilidade de uma *crítica política de libertação*. Portanto, a descrição do tema exige alguns desdobramentos conceituais a mais.

### 2.1. O campo político

Em primeiro lugar, aparece o campo político (ou o político) como importante determinação dessa racionalidade prática. A noção de *campo* permite estabelecer alguns limites e marcos do que seria propriamente o político. Assim, o campo pode ser definido como o espaço próprio do que é identificado como *político* (instituições, ações, conceitos, categorias, princípios e assim por diante). Cada uma das atividades práticas das pessoas tem também seu campo respectivo (familiar, econômico, profissional, esportivo ou jurídico, por exemplo). Portanto, a noção de campo permite *situar* a atividade prática em seu respectivo lugar, mas como *marco* inicial. Tal conceito, no entanto, não é suficiente, pois, cada prática intersubjetiva específica, como por exemplo a política, é uma ação que não se compreende inteiramente com a noção de campo. Para ser compreendida requer outras noções a mais, como a de sistema, subsistema, instituições, práticas e assim por diante. Portanto, no cotejo com tais conceitos, o campo pode ser visto como o espaço no qual se realizam as ações, mas também os sistemas, os subsistemas e as instituições típicas da política. Assim, o conceito de campo político passa a ter uma função interpretativa que permitirá situar os diversos níveis das ações e das instituições políticas, nas quais o sujeito atua como ator político, participante de múltiplos horizontes práticos. Nesse sentido, admitindo-se a existência de muitos e diversos campos, o sujeito como que atravessa diversos deles, ou seja, atua nos campos econômico, familiar, educacional, esportivo, comunitário, social, jurídico, religioso e também político. É importante ter em conta que *a realidade* também não se esgota nisso, ou seja, não se reduz a um conjunto de campos nos quais há sistemas, subsistemas, instituições e assim por diante. *A realidade* é constituída pelos possíveis *mundos, campos e sistemas*, mas ao

mesmo tempo sempre os *excede*, porque os três são constitutivos e abertos para a dimensão da intersubjetividade. Ela transcende as experiências, possibilitando a realização do *ainda não*. Os sujeitos estão imersos em redes intersubjetivas, em múltiplas relações. Assim, não há campos nem sistemas sem sujeitos, a não ser analiticamente. Nessa condição, o *campo político* está atravessado também pelos sujeitos que, porque intersubjetivos, atuam com *vontade* e certo poder. Dessa maneira, o *mundo* de cada um é formado por múltiplos *campos*, e cada campo está atravessado por outros campos, assim como cada campo por diversos *sistemas*. Essas distinções analíticas permitem pensar e diferenciar algumas situações típicas da política, como por exemplo quando se faz a referência ao campo político, que pode estar institucionalizado por um *sistema* liberal ou socialista<sup>7</sup>.

## 2.2. O fundamento do campo político

Partindo do entendimento, mencionado no início do capítulo, de que o fundamento do campo político é a vontade, é necessário, ainda que em síntese, compreender o sentido dessa *vontade*. *Vontade e vida* estão dialeticamente intrincados. A separação é apenas possível analiticamente. Afinal, o ser humano é um ser vivo, originariamente comunitário. Nesse sentido, a vontade sugere a concepção de um *ser humano vivo*. Um ser vivo impulsionado pela vontade de viver. Ou mais, a definição da condição humana como vivo. Nessa dialética forma-se uma espiral da vida. Por isso, como ser vivo, posso pensar e admitir que quero permanecer na vida, sob pena de negar a própria condição desse querer, razão pela qual as comunidades têm de lutar, porque sempre acossadas em sua vulnerabilidade pela morte. Tal condição de vulnerabilidade requer desde já e sempre uma exigência *econômica* porque o ser vivo tem necessidades na ordem da produção e reprodução cotidiana desta vida. Vive uma trágica

---

7 DUSSEL, Enrique A. *20 teses de política*. São Paulo: Expressão Popular, 2007, p. 17-20.

dialética de vida e morte. Tem que repor a energia gasta cotidianamente. Precisa de uma *economia política* neste caso, mas também de uma *política*. Sob o ponto de vista filosófico, o permanecer na vida, e esse *querer viver*, chama-se *vontade*. Viver, e viver em comunidade. Portanto, o *querer viver* ou a *vontade de vida* é a tendência originária dos seres humanos. No entanto, esse querer viver ocorre sempre numa intrincada e complexa rede de intersubjetividades, com múltiplas relações de poder. Assim, a vontade está na condição de fundamento dos entes políticos (como de resto de todos os entes práticos desejados). Portanto, considerando a espiral da vida, e se iniciarmos a descrição do vivente a partir da necessidade que a subjetividade vivente sente – captação emotivo-cognitiva pelo subsistema cerebral – da falta de um satisfator que venha a repor a energia gasta, ou seja, a falta de alimento, se requer também uma política que permita concretizar a esfera *econômica*. Em outros termos, o humano como vivente atravessa os diferentes campos, e é o ponto de referência de cada campo. O modo de realidade do ser humano como vivente é a condição original originante de todo campo, e como tal também do campo político<sup>8</sup>.

### 2.3. A vida e a vontade

Tomando como referência a ideia de Schopenhauer de que a *vontade de viver* está na base de todo querer, de toda motivação e de todo movimento, pode-se afirmar, segundo a concepção de Enrique Dussel, que o campo político se constitui no desenvolvimento desta originária vontade de viver do humano<sup>9</sup>. Portanto, vontade quer dizer vontade da vida para viver. E o querer da vida consiste em viver. Dessa maneira, a *ontologia do poder* passa pela vontade e pela vida. Por isso, para além da “vontade de

---

8 DUSSEL, Enrique A. *16 tesis de economia política: interpretación filosófica*. México: Siglo XXI Editores, 2014, p. 17-20.

9 DUSSEL, Enrique A. *Política da libertação 1: história mundial e crítica*. Passo Fundo: IFIBE, 2014, p. 21.

poder” dá-se (ou está), originariamente, a “vontade de viver”, como uma espécie de *condição condicionante condicionada do político*. Esta concepção do poder político na ordem da sua fundamentação é *positiva*, embora se saiba que se *corrompe* historicamente. A vontade de viver é a *potência que move*. A partir de seu fundamento a *vontade* empurra o vivente para a vida, para desta forma evitar a morte. Trata-se de reflexão ontológica porque não se ocupa primeiramente de algum aspecto da política (plano ôntico), mas do fundamento, ou seja, daquilo que sustenta algum aspecto, parte ou ente, ou seja, o fundamento consiste na totalidade das partes como um âmbito próprio. Este fundamento positivo do cerne do político com pretensão de verdade e legitimidade é de suma importância para que se possa depois fazer a crítica às práticas e descrições redutivas de poder<sup>10</sup>. Exemplo dessa situação ocorre quando a “vontade de poder” fecha-se sobre si mesma, quando a política passa a ser meramente *dominação*, situação que se define, portanto, neste caso, pela determinação secundária ou derivada do poder, já que pela ótica exposta, a *dominação* não está no cerne do poder, ela não é o *fundamento* do político.

Por isso, a vontade de viver necessita da política (como atividade) como uma mediação necessária para a produção, reprodução e desenvolvimento da vida. A *vontade de viver*, como marco inicial, é determinante para uma fundamentação de uma filosofia política de libertação.

Nesse ponto, a vida e a vontade de viver na condição de fundamento apresentam-se na ordem ontológica como descrição do ser vivente que é o humano. E, como tal, são ponto de partida para o critério de afirmação da vida, seja na dimensão dos necessários conteúdos que o viver exige, seja na dimensão da legitimidade definida como pretensão de validade quanto aos procedimentos para o viver comunitariamente, ou, por fim, como ações que

---

10 Para as descrições redutivas de poder, ver LUDWIG, Celso Luiz. *Política da libertação*: notas introdutórias a partir da filosofia de Enrique Dussel. In: SOUZA, André Peixoto de (Org.). Estado, Poder e Jurisdição. Rio de Janeiro: GZ, 2015, p. 29-58, item 2.5.

tornam a vida possível, ou ações possíveis para a vida concreta das pessoas nas diferentes dimensões do desenvolvimento do processo civilizatório. Invoca-se aqui uma espécie de *ontologia* do humano vivente (em analogia à ontologia do ser social lukacsiano<sup>11</sup>). Mas essa parte afirmativa tem como contraponto que o ser vivente humano concreto, isto é, como modo de realidade, apresenta-se como *negatividade*, como falta de realidade, ou então, como realidade pobre, faminta, oprimida, explorada, excluída. Em outras palavras, a vontade de viver que necessita da política para poder concretamente viver, em termos empíricos, mostra-se como um *não poder viver* para grande parte da humanidade, em especial daqueles que dependem da venda da *força de trabalho*, e que no *trabalho objetivado* do *capital* sofrem a injustiça da exploração pela *mais valia*, e a superexploração nos países economicamente (e politicamente) dependentes.

#### 2.4. O poder político como *potentia*

Ainda na ordem *positiva* da descrição do poder político, a potência surge como categoria decisiva para a compreensão da legitimidade do poder. Como moldura inicial, a descrição positiva do poder aponta inicialmente para o poder político como *potentia*. A *potentia* define-se como o poder político ainda *em si*, na comunidade política ou no povo, enquanto a *potestas* (que veremos posteriormente) é o exercício delegado do poder político institucionalizado, cinde-se entre o exercício *obediencial* do poder delegado e em exercício *autorreferencial*, fetichizado ou corrompido do poder político. Assim, em síntese, o político consiste no desdobramento do poder político em todas as suas dimensões, níveis, sistemas, esferas, fundamentalmente como *potentia* (o poder da comunidade política, ou criticamente do povo), expressada como *potestas* (como a determinação institucional da *potentia*),

---

11 LUKÁCS, György. *Para uma ontologia do ser social I*. São Paulo: Boitempo, 2012.

*disjunção* necessária, inevitável e ambígua por excelência de toda política<sup>12</sup>. Esta primeira disjunção guia a reflexão da *política da libertação*. A *potentia* refere-se ao poder da comunidade política, mas ainda como o que fica oculto, o ser oculto, enquanto a *potestas* faz referência ao poder delegado que aparece nas ações políticas institucionais, como sendo o ser que se mostra, a fenomenologia da política. O poder político como *potentia* é o poder político ainda não cindido, portanto, como se fosse o *poder em si*. Um poder ainda *indeterminado*, em possível analogia com o ser absolutamente indeterminado hegeliano. Assim como o ser ao determinar-se torna-se *ser-aí* porque se finitiza, também a *potentia* como poder originário indeterminado da comunidade política é o fundamento abismal da política. Tudo o que se refere ao político (no sentido do *campo político* como vimos) terá que se fundar em última instância nessa *potentia*<sup>13</sup>. No entanto, enquanto indeterminada, a *potentia* será *vazia*, ou então, será um não-ser, um não-poder. Pura *potentia* sem ato. Isso mostra que a comunidade política antes das obras é pura *potentia*, e, enquanto tal, necessita das realizações políticas que instauram a dimensão da *potestas*. Na definição de E. Dussel:

A *potentia* é o poder próprio da comunidade política; é (a) pluralidade de todas as vontades (momento material) ou da maioria hegemônica, (b) unida pelo consenso (momento formal discursivo), e que (c) conta com meios instrumentais para exercer seu *poder-de-por* mediações (momento das mediações, de factibilidade).<sup>14</sup>

Aparecem aqui três determinações da *potentia*. Primeiro, como uma espécie de *vontade geral* (em sentido mais radical do que o conceito de Rousseau) ou hegemônica (sentido de Gramsci) e que consiste na vontade de viver dos membros da comunidade, do povo. Trata-se de

---

12 DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación: arquitectônica*, v. II, p. 13.

13 Ibidem, p. 60.

14 Ibidem, p. 60, em livre tradução.

uma determinação *material* porque o conteúdo e a motivação do poder encontram seu fundamento na vontade de viver, como vimos. Segundo, para que as vontades dos membros da comunidade não se dispersem ou venham a perder força no isolamento, levadas pelos diferentes interesses, por vezes opostos, têm de se unir para alcançar objetivos comuns, para somar forças e alcançar maior *potentia*. Caso contrário, o resultado pode ser o da *impotência* pura e simples. E aqui está a importância da razão prático-discursiva. A comunidade assume a forma de comunidade comunicativa, e pela discursividade pode dar as razões das ações e também dar razão aos outros no momento dos acordos, como resultados argumentativos. O consenso deve ser o resultado de um procedimento no qual se garanta a participação de todos, como sujeitos livres, autônomos, racionais, com capacidade retórica suficiente para apresentar e defender seus pontos de vista democraticamente, para que haja solidez no consenso e na união das vontades, com a finalidade de resistir aos ataques, e ao mesmo tempo permitir as realizações políticas. Terceiro, é necessário mais, pois a comunidade unida consensualmente não é por si só o poder político. A *potentia* define-se também como faculdade do poder, e como tal significa o poder de usar mediações. Esta é uma importante e decisiva determinação. Trata-se das mediações instrumentais, técnicas, estratégicas, táticas, que permitem efetiva e empiricamente exercer os conteúdos e as formas da vontade geral e dos consensos fáticos produzidos. Como e o que produzir para manter a vida que quer viver? Como e a quem defender, se e quando atacado? Como conviver, cultural, espiritual, esportiva, religiosamente e assim por diante. A factibilidade estratégica, portanto, é a terceira determinação da *potentia*, ou do poder político como potência.

O poder como *potentia* é sempre da comunidade política, do povo. Quando ocorre de estar dominado, debilitado, intimidado, estamos diante do poder ilegítimo de quem o exerce, fetichizado, usurpado e espúrio porque corrompido politicamente. Enrique Dussel denomina:

[...] *potentia* ao poder que tem a comunidade como uma faculdade ou capacidade que é inerente a um povo enquanto última instância da soberania, da autoridade, da governabilidade, do político. Este poder como *potentia*, que como rede se desdobra por todo o campo político sendo cada ator político um nó (usando as categorias de M. Castells), desenvolve-se em diversos níveis e esferas, constituindo, assim, a essência e fundamento de *todo o político*.<sup>15</sup>

A *potentia* como o originário do poder (ou poder originário) como tal é o poder ainda indeterminado, um ainda não-algo, pelo que não há *falta*. O que ocorre, no entanto, é um poder sem existência real e empírica. Somente há ser, mas não *ser-aí*. Somente há poder, mas não *poder-aí*. O poder *potentia*, ao se tornar poder-aí, é poder *potestas*. Ou seja, a simples passagem a qualquer nível de institucionalização, por menor que seja, ou a qualquer organização de um membro da comunidade em relação a outro ou de uma comunidade em relação a outra abre a possibilidade da existência empírica real, da política como *ato*, e não mais mera *potentia*. É um desdobramento, como acréscimo, porque efetivamente realidade. Mas, também um desdobramento como *distância*. Nesse caso, a *potestas* distancia-se da *potentia*.

### 2.5. O poder político como *potestas*

Na aparência fenomênica do poder político, a *potestas*, na condição de exercício do poder delegado, é a que se apresenta de modo mais imediato. O que pode ser visto, ainda mais no mundo midiático, é a presença dos agentes políticos, dos parlamentares, presidentes, governadores, atuação dos partidos políticos, eleições, manifestações de movimentos nas ruas, ocupações, enfim, as mais diversas ações como expressões mais visíveis deste campo que é o político. É a dimensão mais direta e manifesta da política. No entanto, na parte oculta do ser da política, o poder é uma

---

15 DUSSEL, Enrique. *20 teses de política*. São Paulo: Expressão Popular, 2007, p. 29.

*faculdade*, uma *capacidade*, uma *potência*. É o ponto de partida. Mas, por ser vontade *indeterminada*, *é em si*, ainda não é real, empírica. O poder político como *potentia* precisa sair de si. E se a *potentia* é o poder *em si*, a *potestas* é o poder *fora de si*. É o movimento do poder consensual, o ser indeterminado (*Sein*) em si, que na condição de fundamento realiza-se como poder político manifesto, institucional, como ente determinado (*Da-sein*), exercício delegado de poder. Esse movimento, o da passagem do momento fundamental (*potentia*) para a constituição de um poder organizado (*potestas*), inicia-se quando a comunidade política se estabelece na condição de poder instituinte:

A necessária institucionalização do poder da comunidade, do povo, constitui o que denominaremos a *potestas*. A comunidade institucionalizada, ou seja, tendo criado mediações para seu exercício possível, cinde-se da mera comunidade indiferenciada. Esta cisão entre *potentia* e *potestas* (com B. Spinoza e A. Negri, mas ao mesmo tempo, outros além deles), entre (a) o poder da comunidade política como sede, origem e fundamento (o nível oculto ontológico) e (b) a diferenciação heterogênea de funções por meio de instituições que permitam que o poder se torne real, empírico, factível, que apareça no campo político (como fenômeno) é necessária, e marca a aparição antiga da política, sendo ao mesmo tempo o perigo supremo como origem de todas as injustiças e dominações. Graças a esta cisão, todo serviço político será possível, mas também toda a corrupção ou opressão inicia sua corrida incontrolável. O *ser* sucede o *ente*, e entra na história da justiça e seus opostos.<sup>16</sup>

O poder político cindido, agora como *potestas*, faz da política a longa história do exercício da *potestas* de maneira devida ou corrompida. Se o uso da *potestas* for devido, estamos diante da legitimidade do poder, caso não, ocorre a corrupção do político. Assim, o *ofício da política* encontra desde essa primeira cisão a possibilidade de dois caminhos diferentes: (a) o caminho do *nobre ofício da política* da *potestas* como desdobramento da

---

16 Ibidem, p. 32.

*potentia*, ou (b) o caminho do *ofício* corrompido do poder como *potestas* autorreferente, distante da *potentia*. De um lado, poder político legítimo, de outro, poder político corrompido.

Dessa maneira, o exercício do poder sempre é um momento determinado da *potestas*. E, como tal, é o mais variado possível. Desde a ainda quase indeterminação – gestos iniciais de atuação ou organização política mínima – até o exercício de poder estabelecido pelas instituições nas diferentes esferas, como no caso a esfera material (o ecológico, o econômico, o cultural), a esfera formal da legitimidade democrática (sistemas de governo, sistema jurídico) e também a esfera da factibilidade política (as instituições em geral, as microinstituições da *sociedade civil* – escolas, meios de comunicação –, da *sociedade política* – o Estado, poderes do Estado etc.). Nessa ótica, falar de exercício do poder tem o sentido de atualizar – tornar ato – alguma ou algumas das possibilidades institucionais. E se a atuação direta do poder pela comunidade política não deixa de ser um exercício de poder, não é possível o tempo todo a democracia direta. Trata-se do momento ideal do postulado, mas empiricamente impossível. Daí porque a necessidade do exercício delegado do poder:

*Delegado* indica que atua em nome do todo (universalidade) em uma função diferenciada (particularidade) empreendida com atenção individual (singularidade). O exercício *singular* (privado) de uma ação é a que se realiza em nome próprio. O exercício *delegado* (público) é a ação que se cumpre em função do todo. O fundamento de tal exercício é o poder da comunidade (como *potentia*). Aquele que exerce o poder o faz por outro (quanto à origem), como mediação (quanto ao conteúdo), para o outro (como finalidade).<sup>17</sup>

Nessa parte, portanto, está a interconexão da *potestas* com a *potentia*, como se fosse um permanente retorno daquela em sua aparência fenomênica

---

17 Ibidem, p. 34.

ao fundamento. Há uma proximidade, fonte de legitimidade, por meio do *poder obediencial*. No entanto, a *potestas* pode tomar outra direção, na qual o poder fetichiza-se, aliena-se da *potentia*, torna-se autorreferente como *potestas* e, nessa condição, distancia-se do fundamento de legitimidade. A objetivação ou alienação no sistema das instituições gera um exercício de poder ambíguo porque, embora ancorado na necessária *potestas*, produz o distanciamento, causa da corrupção do político, dada sua redução a *potestas*, e como tal o distorce porque afastado de sua origem, de sua fonte. O exercício delegado do poder, uma vez objetivado na exclusividade da positividade das instituições, alienado de sua fonte porque sem o retorno via poder obediencial, converte-se em sua negação, pois resta marcado como exercício fetichizado de tal poder (*potestas* distanciada da *potentia*).

Atualmente, o exercício do poder delegado – sua estruturação e organização – está intrinsecamente ligado à forma política estatal (Estado) e à forma jurídica (Direito).

### 3. O ESTADO, A FORMA POLÍTICA E A FORMA JURÍDICA<sup>18</sup>

O Estado tal como se apresenta hoje é uma manifestação especificamente moderna, típica da sociedade capitalista. E é a partir dessa referência

---

18 A partir deste capítulo, utilizo como guias de reflexão, embora não exclusivamente, os seguintes textos elaborados pelo jurista e jusfilósofo Alysson Leandro Mascaro: MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013; e, MASCARO, Alysson Leandro. *Direito, capitalismo e Estado: uma leitura marxista do direito*. In: KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto et al. (Orgs.). *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. São Paulo: Outras Expressões: Editorial Dobra, 2015, p. 45-61. Utilizo também na parte que apresenta interpretação filosófica da economia política a já citada obra: DUSSEL, Enrique. *16 tesis de economía política: interpretación filosófica*. México: Siglo XXI Editores, 2014.

que será aqui caracterizado. Embora se faça menção recorrente ao Estado em sociedades anteriores da história, nos modos de produção que precedem ao capitalismo não há Estado no sentido em que ocorre sua presença no sistema capitalista. Portanto, para o trato conceitual e estrutural do Estado, o capitalismo é o marco decisivo de existência e compreensão do Estado no espaço do campo político. No capitalismo, a produção e o controle da vida social são bem mais complexos do que nos modos de produção pré-capitalistas. A partir da modernidade, a dinâmica da reprodução pulveriza-se, razão pela qual em muitas situações o domínio econômico e o político não mais coincidem. Cada qual tem seu campo, e cada campo tem seu fundamento. Isso, no entanto, não permite vê-los como campos de uma autopoiese própria e sem relação. Pois, a reprodução capitalista necessita da esfera estatal. Sem ela tal reprodução não é possível. Assim, a compreensão do Estado como atualmente aparece somente se torna possível concretamente no contexto do capitalismo. Não se compreende o Estado a partir da Política, mas na lógica e na ontologia do capitalismo. Nas relações de produção capitalista (Marx, Dussel, Mascaro) realiza-se a separação dos produtores dos meios de produção, gerando uma rede de trabalho assalariado. Nesse contexto, a *mercadoria* torna-se a chave para desvendar analiticamente a especificidade do Estado como Estado capitalista. No capitalismo os produtos produzidos pelos produtores não são consumidos direta e imediatamente por eles. Os produtos não ficam reduzidos ao seu valor de uso. É nas *relações de troca de mercadorias* que se encontra a decifração da especificidade do Estado como fenômeno capitalista. É claro que o valor de uso tem importância decisiva, pois forma o conteúdo material da riqueza, qualquer que seja a forma social desta. Na sociedade capitalista o *valor de uso* constitui, ao mesmo tempo, o *suporte material do valor de troca*.

A partir dessa caracterização, torna-se possível a distinção entre *forma e conteúdo*. O conteúdo material “saco de trigo” na forma social feudalista é um *tributo* ou *dízimo*, enquanto na forma social capitalista é uma *mercadoria*. Os conceitos de conteúdo e forma permitem, por

um lado, em nível categorial, a distinção entre valor de uso (produtos) e valor de troca (produtos como mercadorias, uma forma específica do capitalismo); e, por outro lado, no nível das formações sociais (feudalismo, capitalismo) fazem referência a uma totalidade analítica. Por definição, o valor de troca de uma mercadoria é o que alguém recebe em troca por ela. Pressupõe, portanto, mercadorias numa relação de troca. É sabido que, atualmente, no capitalismo, as mercadorias, em geral, não são trocadas por outras mercadorias, e sim por *dinheiro*. Quando o produto do trabalho humano é trocado por outro produto (que também foi produzido por trabalho humano) adquire nessa relação a *qualidade* de ser um *valor de troca*. O produto (coisa ou serviço) adquire seu *sentido econômico* no momento da troca porque há valor de troca. Assim, a mercadoria é então o produto fabricado intercambiável e posto no mercado. A coisa (ou o serviço) real produzida é nesse instante uma mercadoria ou um ente econômico. O econômico se caracteriza como a *intercambialidade em ato* das mercadorias, produtos do trabalho humano em vista do consumo para a satisfação de necessidades. No intercâmbio de mercadorias torna-se necessária uma medida que funcione como unidade (uma mercadoria com características especiais, como por exemplo o ouro, a prata) aplicável à multiplicidade de produtos a serem medidos, denominado *dinheiro*, como valor equivalente universal em referência às mercadorias, que são particulares (quando isso ocorre falamos em preço da mercadoria, que nesse caso define o preço como sendo o valor de troca da mercadoria expresso em dinheiro). Empiricamente, as ações econômicas acontecem em comunidades concretas, nas quais as instituições econômicas em seu conjunto constituem sistemas econômicos. A ação econômica nesse sentido é sistêmica e como tal cumpre funções atribuídas na divisão do trabalho no ciclo da produção, da distribuição e do consumo. O ser humano é capaz de produzir mais do que necessita de imediato, razão pela qual o sistema econômico só se compreende em vista da gestão do excedente da produção. O campo econômico evoca imagens que se referem a diversos de seus elementos, como a *intercambialidade*, a *utilidade*, a *productibilidade*,

especialmente o dinheiro, que tem neste caso um lugar, um sentido com a totalidade do econômico, ou seja, o *campo econômico*. O campo econômico instrumentaliza-se em múltiplos *sistemas*. Uma primeira classificação procede a divisão entre *sistemas econômicos equivalenciais* e *sistemas econômicos não equivalenciais*. Nos equivalenciais, o excedente do produto é administrado em *comum* (ainda que não se trate de perfeição, nele opera-se um certo equilíbrio); nos sistemas não-equivalenciais, o excedente do produto é apropriado e gerido por uma minoria cada vez mais reduzida, num aumento progressivo de opressão, dominação e administração oligárquica do excedente.

O capitalismo é um sistema econômico não-equivalencial. Nesse sistema o excedente não é comum. O excedente é oligárquico. No sistema econômico capitalista o sujeito do *trabalho humano vivo* recebe em troca salário, troca desigual na medida em que o salário não remunera integralmente o trabalho. No contrato, o detentor do dinheiro oferece uma mercadoria (dinheiro) ao possuidor do trabalho em troca de outra mercadoria (força de trabalho). *Aparentemente* justo porque equitativo, e até equivalente. O dinheiro cobrirá o *valor do trabalho* (salário, o preço do trabalho por certo tempo). Porém, este é o mundo fenomênico, das aparências. O que ocorre concretamente (concreto como síntese de múltiplas determinações) é a *passagem do trabalho vivo ao trabalho objetivado* (morto) na totalidade de sentido do sistema econômico capitalista. Ocorre a subsunção do trabalho e do processo de trabalho na totalidade de sentido capitalista, momento que transforma o dinheiro em capital, passagem dialética do dinheiro ao capital que só se opera pela intervenção da *fonte criadora* (trabalho vivo do trabalhador), que porá valor a *partir do nada* tanto no dinheiro inicial (dinheiro como dinheiro) como no primeiro capital (do dinheiro como capital). O dinheiro torna-se (*trans-forma-se*) capital quando subsume o trabalho humano no processo do trabalho (no *dinheiro capital* há trabalho humano do trabalhador). O trabalho humano do trabalhador não é na *exterioridade* valor, e sim a *fonte criadora* de todo valor, este no sentido da totalidade do capital. Portanto, essa é mais uma

importante e decisiva distinção para se compreender o sistema capitalista para além de sua mera aparência. A diferença entre trabalho vivo e força (ou capacidade) de trabalho é fundamental para a compreensão da totalidade do sistema capitalista. É uma referência imprescindível para se definir o sentido da *mais-valia* (mais-valor) a partir também de elaboração teórica de Marx. Em síntese, essa categoria central da economia política capitalista define-se pela quantidade de valor que no *mais-tempo* (o tempo a mais) do trabalho (o além do tempo necessário), pela atividade do *mais-trabalho* (do trabalho a mais), o trabalhador *cria do nada* no capital, trabalho não pago pelo capital recém-originado ao não pagar com o salário o *mais-trabalho*. No mais-tempo há trabalho que não foi pago. É a categoria essencial, porém *oculta* e *secreta* do capital. A mercadoria pela intercambialidade ao ser vendida no mercado realiza mais valor que o gasto, gerando o que parece ser o lucro. O salário encobre uma desapropriação. O capital como totalidade tem uma essência constituída por múltiplas determinações, e as apontadas (em quantidade insuficiente) objetivam mostrar minimamente o sentido inicial de sua ontologia e de sua lógica na constituição de um sistema econômico específico. O sistema capitalista pressupõe o trabalho assalariado como dominante em relação a outros tipos de trabalho existentes em outros sistemas históricos. Significa que domina a maneira de produzir mercadorias por assalariados que produzem exclusiva ou predominantemente para o mercado, ou seja, há uma determinação prévia do sistema capitalista como tal. O que Marx mostra é que o sistema de assalariados capitalista tornou-se dominante, hegemônico.

Há, portanto, um *campo econômico*, com um específico sistema, que é o capitalista. E há um *campo político*, com a possibilidade de variados sistemas políticos (liberal, neoliberal, social, bem-estar social, entre outros). Como campos são distintos, porém, relacionados.

Ao passarem a ser mercadorias, os produtos (coisas e serviços) tornam-se mistérios (como *valor de uso* uma mesa é simplesmente uma mesa, mas *como mercadoria* torna-se misteriosa). Afinal, é o valor do produto que permite trocá-lo por outros, que o iguala a outros na condição

agora de *mercadoria*. Essa propriedade indica uma *forma* específica que os produtos assumem no sistema capitalista. Portanto, o caráter enigmático (fetiche) do produto do trabalho surge no momento da *forma-mercadoria*. Marx afirma que tal caráter enigmático surge da própria *forma*: a forma-mercadoria. Portanto, para efeitos de análise, o capitalismo como sociedade na qual predomina a lógica da mercadoria foi possível quando o trabalho também passou a ser mercadoria. Entre outras coisas, significa que o trabalho como mercadoria ocorre na medida em que o trabalhador é despossuído dos meios de produção, bem como do próprio trabalho, num processo de subsunção real do trabalho ao capital. É o trabalho como mercadoria.

O desenvolvimento do capitalismo – a própria necessidade de produção e reprodução das condições para a produção – engendra no processo do valor de troca determinadas formas necessariamente correlatas, tanto no nível social, como no político e no jurídico. A reprodução social dá-se por intermédio de *formas sociais*. O sistema capitalista move-se em torno de formas sociais, como valor, mercadoria, trabalho assalariado, subjetividade jurídica e outras. Essa lógica forja a necessidade do *contrato* nesse processo de troca entre as mercadorias, incluída a mercadoria trabalho. Para que o contrato não seja uma mera e exclusiva imposição de força bruta ou imposição unilateral de vontade, são necessárias formas específicas tanto no *campo político* como no *campo jurídico*. Ao contratar, ou para que possam contratar, é necessário que os indivíduos sejam juridicamente *sujeitos de direito*. A partir dessa condição, o campo político estranho aos sujeitos, tendo em vista sua racionalidade autopoietica própria, assegura e garante o reconhecimento da qualidade jurídica de tais sujeitos, o adimplemento do contrato, do capital, do trabalho e dos direitos subjetivos. Instaura-se assim, histórica e conceitualmente, no processo da totalidade capitalista uma *forma jurídica* e uma *forma política estatal*. A forma estatal e a forma jurídica são necessárias ao capital do sistema capitalista.

A forma política estatal é um *terceiro* que surge entre o capital e o trabalho, de maneira inexorável, um terceiro *específico* necessário na engrenagem em virtude da também específica lógica da totalidade

capitalista já apontada. Não se trata de qualquer terceiro (que poderia ser, eventualmente, alguma instituição, como a Igreja, ou um grupo privado outro), mas de um tipo específico de aparato da forma política que surge como Estado, unidade de poder que se diferencia do campo econômico caracterizado pelo antagonismo do capital e do trabalho; um terceiro garantidor político necessário no interior da produção e da reprodução econômica capitalista. O surgimento da forma-mercadoria e da forma política estatal não é mera coincidência, pois ocorre no mesmo processo concreto de produção no qual ambas instauram-se conjuntamente porque necessário. O capitalismo compreende-se na totalidade estruturada de suas determinações, e entre elas decisivas são essas *duas formas*, a forma econômica da mercadoria e a forma política estatal. São conjuntamente estruturadas, nelas o político emerge ligado ao econômico, sem que haja, entretanto, a redução de um ao outro. Nessa lógica, há uma relação necessária entre capitalismo e Estado. Nas sociedades pré-capitalistas, o poder político em seus diversos modos encontrava-se vinculado de maneira imediata ao campo econômico (escravidão, servidão). No capitalismo a forma de relação social da mercadoria opera uma forma de organização política diversa da lógica que demarca o campo econômico (círculo da produção, distribuição, consumo). A forma política estatal, no entanto, deriva da forma mercadoria, embora tenha que ser vista sempre de maneira relacional no sentido de um entrelaçamento dialético, no qual o político e o jurídico estabelecem-se no mesmo todo das relações de produção. Nessa visão, pode-se identificar o núcleo da forma estatal como aparato de poder político separado dos indivíduos, grupos e classes. Nessa diferenciação e separação concebe-se a identificação do Estado. Portanto, a forma política estatal só pode ser compreendida nessa sua relação com a forma-mercadoria, tendo em vista o processo de estreita ligação entre capitalismo e Estado.

Esse entrelaçamento da forma econômica e da forma política é permeado necessariamente pela luta de classe (Mascaro). A antes mencionada derivação da política em face da forma econômica capitalista

não ocorre no plano lógico. Ela é *material e estrutural*, desenhada pelas contradições das dinâmicas sociais de classes, indivíduos e grupos em conflito, em luta e em concorrência. A instauração da esfera econômica, política e jurídica das formas capitalistas é inevitavelmente conflituosa, contraditória e cheio de crises porque fundada numa lógica de exploração e de domínios de grupos e classes. A luta de classes materializa, tensiona e modifica as formas sociais em geral, e especialmente aqui a forma política estatal e a forma jurídica. Sabe-se que a forma política desde a modernidade não se limita ao Estado, mas nele se condensa, por ser o núcleo material da forma política capitalista.

De outra parte, há um entrelaçamento íntimo entre forma política e forma jurídica porque emergem da mesma fonte que provém do sentido da totalidade capitalista, em especial desde seu núcleo, como referido, conformando-se mutuamente. Ocorre igual processo de derivação. A partir das formas sociais mercantis origina-se a *forma jurídica*, como ocorre com a forma política estatal. Ambas remontam e decorrem da mesma lógica de reprodução econômica capitalista. São duas formas que se implicam mutuamente, com especificidades próprias. Assim como o campo econômico e o campo político são totalidades com múltiplas determinações e com fundamento próprio, também o campo jurídico estrutura-se como totalidade contendo muitas determinações e seu fundamento próprio, o que faz com que se esteja diante de sistemas que se diferenciam e, ao mesmo tempo, coimplicados estruturalmente. O núcleo da forma jurídica tem como determinação central o *sujeito de direito*, com seus diversos correlatos.

A tradição do juspositivismo compreende o Estado e o direito com óticas distintas de um mesmo fenômeno, quando não os identifica simplesmente. O Estado (soberano) institui o direito, valendo-se da *norma jurídica*. Se direito é norma, então o direito é o Estado (ciência juspositivista).

Segundo a mesma lógica juspositivista normativista, na linha de Kelsen<sup>19</sup>, o Estado como fenômeno do poder diferencia-se de outras formas de poder existentes na sociedade porque se valida pelas normas jurídicas. Estado e direito fundem-se, nessa perspectiva.

A descrição é diferente na teoria que compreende, na linha de Pachukanis<sup>20</sup> por exemplo, o núcleo da forma jurídica a partir do sujeito de direito. O sujeito de direito não advém do Estado. O sujeito de direito emerge, guarda conexão necessária e direta com a forma-mercadoria, ou seja, com as relações de produção capitalista. Assim como a forma política estatal deriva daquela, a forma jurídica também deriva, e entre essas duas há uma *conformação* (Mascaro). Então, o vínculo entre forma política e forma jurídica é de conformação a partir da derivação originária que reside na forma econômica (mercadoria), sem que haja a perda da especificidade de cada qual.

Há uma relação intrínseca entre a forma política atual e o capitalismo; entre a forma política estatal e o capitalismo; entre a forma jurídica e o capitalismo. A relação entre o direito e o capitalismo é necessária do ponto de vista material e estrutural. Não se pode compreender o direito senão inserido no quadro da sociabilidade capitalista. Trata-se de uma junção material e estrutural. Nesse sentido, assim como só há Estado no capitalismo, só há direito ou juridicidade (a forma-jurídica) no capitalismo, o que revela a especificidade histórico-social do direito (e também do Estado). No cerne dessa dinâmica está o movimento da mercadoria, e somente a partir dela estão dadas as condições da instauração da forma social direito (como a conhecemos e utilizamos). A articulação social que permite tal instauração é a capitalista, pois foi ela que possibilitou as relações de produção fundadas

---

19 KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

20 PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

no trabalho como mercadoria, a extração do mais-valor e a consequente lógica da totalidade do sistema. A instauração e repetida atualização da forma jurídica permite a reprodução das condições do sistema e a produção capitalista no sistema. O direito, assim, opera para a manutenção da exploração e das contradições do capitalismo. Assim compreendido, pode-se entender que no pré-capitalismo não existe a forma da subjetividade jurídica (pode e há algo diferente que recebe o nome de “direito”).

A relação intrínseca do direito revela que o fundamental do direito é a forma jurídica, e essa se encontra visceralmente conectada à forma mercantil. A forma jurídica, enquanto forma social, não é normativa (embora seja assim considerada pela teoria juspositivista), mas sim forma de subjetividade jurídica. Portanto, a forma jurídica institui-se no encadeamento estrutural das relações sociais capitalistas. No mercado, as relações de troca ocorrem entre sujeitos que portam mercadorias, matérias econômicas. A despeito de certa autonomia, tanto o Estado como o direito espelham de modo derivado uma relação prévia que se pratica no contexto e nas determinações que definem o campo econômico. Por efeito, a forma jurídica não é originariamente normativa, pois os sujeitos que trocam mercadorias (numa compra e venda) existem como tais antes da universalização da categoria de sujeitos de direito, ou até mesmo numa compreensão que viesse a retirar direitos subjetivos e deveres de normas jurídicas positivadas pelo Estado. Assim, a forma da subjetividade jurídica é uma forma social derivada da forma mercadoria, motivo pelo qual não é estatal e nem jurídica (no sentido normativo).

Dadas tais premissas, a subjetividade jurídica é a condição necessária oriunda dos portadores de mercadorias no momento das trocas no mercado. O capitalismo estrutura-se pela mediação de uma sujeição especificamente jurídica (resultante da lógica, já apontada, na e pela qual o trabalho torna-se mercadoria e é subsumido ao capital). É na e pela equivalência que se dá a condição formal da igualdade dos sujeitos contratantes – e na qual ocorre o ensejo da desigualdade econômica. É necessária a condição da igualdade para a desigualdade. É no plano da equivalência subjetiva (empregador/

empregado) que reside a extração do valor, da circulação da mercadoria, da dominação e da exploração.

No entanto, isso não significa que a subjetividade jurídica (porque derivada) venha apenas reforçar a subjetividade prévia. O elemento central da *subjetivação capitalista* está no *direito*:

Se for verdade que classe, grupo, estamento, nação, religião e política continuam a operar dentro do campo da subjetividade, reconfigurando-a, o átomo da produção capitalista e da circulação mercantil generalizada se dá no sujeito de direito. Por isso, por mais embaralhadas que sejam as delimitações de classe e grupo, a subjetividade jurídica não se abala e persiste como núcleo inquebrantável do capitalismo. Aquele que tem por direito e circula mercadorias é a peça central com a qual se constitui a dinâmica do capital.<sup>21</sup>

Assim, no fundamental, a *forma-sujeito de direito* é o elemento central da *forma-sujeito*, isso porque aquela é o espelho da *forma-mercadoria* e ao mesmo tempo a condição desta. Portanto, não se trata de um reforço à subjetividade social, e sim de uma determinação essencial. Ou seja, no capitalismo, a subjetividade é formada juridicamente. O direito é a mediação relacional formal, material e estrutural típica do capitalismo: ser sujeito de direito, dispor de direitos subjetivos, obrigações, liberdade de contratar, autonomia da vontade, são algumas das disposições que formam o feixe de fundo da identificação da subjetividade do capitalismo.

Como já repisado, as relações de produção capitalista e a circulação mercantil na totalidade do sistema capitalista determinam a forma da subjetividade jurídica, as lutas, as reivindicações. Até mesmo os antagonismos das classes, dos grupos e dos indivíduos são definidores do

---

21 MASCARO, Alysson Leandro. *Direito, capitalismo e Estado: uma leitura marxista do direito*. In: KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto et al. (orgs.). *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. São Paulo: Outras Expressões: Editorial Dobra, 2015, p. 52.

conteúdo jurídico<sup>22</sup>. E se no fundamental (para além das aparências) o direito é a forma da subjetividade jurídica (e esta o núcleo da subjetividade capitalista) – condição necessária da *forma-mercadoria* (exploração de trabalho assalariado e circulação de mercadoria, enfim, capitalismo) –, ela, forma da subjetividade jurídica, desdobra-se em múltiplos arranjos de conteúdo. Nessa seara, o direito revela as lutas, interesses, tensões, contradições, antagonismos que ocorrem entre as classes (burguesia e proletariado), grupos sociais (movimentos sociais variados) e indivíduos (sujeitos de direito na condição de pessoa física). É o momento em que as relações sociais passam a ser medidas pela lógica e por mecanismos jurídicos (ou seja, pela forma jurídica estatal – direito do Estado), sejam elas quais forem. Reivindicações, pautas, interesses e lutas, enfim, constituem-se e exercem-se nesse contexto marcado econômica, política e juridicamente (na forma econômica mercadoria, na forma política estatal e na forma jurídica da subjetividade). Por tal razão, as demandas mais inovadoras, transformadoras, emancipatórias e de libertação acabam submetidas e limitadas às formas sociais historicamente dadas, e estas conformadas pela mercadoria, pelo Estado e pelo direito, sempre nos limites do capitalismo e de sua pretensão de expansão ilimitada.

#### 4. CONCLUSÃO

Ainda considerando a *arquitetônica geral* da possibilidade e da necessidade de uma *crítica da filosofia política de libertação*<sup>23</sup>, o objetivo foi o de trazer argumentos e reflexões sobre o campo prático da racionalidade

---

22 Ibidem, p. 54.

23 Ver nota 2.

econômica capitalista, da política e da forma política estatal e da forma da subjetividade jurídica.

No texto que aqui finda, a ideia central foi a de demarcar (1º) a categoria central do campo político, qual seja, a categoria do *poder político*, por ser a categoria fundamental para a elaboração de uma *filosofia política crítica*, em alguns de seus conceitos iniciais estruturantes, tais como *campo político*, *vida e vontade*, poder político como *potentia*, e poder político como *potestas*; e, (2º) demarcar algumas das categorias centrais do campo econômico capitalista, tais como trabalho vivo, trabalho objetivo, salário, mais-valia, enfim, a totalidade de sentido da lógica capitalista em conceitos estruturantes (em que pese, mínimos), relacionando esse campo com a forma política estatal e a forma da subjetividade jurídica derivadas, com ênfase nas conexões entre as três diferentes formas.

Por derradeiro, pretendeu-se destacar alguns aspectos que estabelecem as racionalidades das conexões entre capitalismo, Estado e direito. Dada tal perspectiva, foi possível perceber e estabelecer que a forma jurídica é distinta da forma política estatal, a despeito de guardarem uma relação estrutural de *conformação*. De outra parte, pode-se observar que a subjetividade jurídica procede da forma econômica, ou seja, das relações mercantis, mas também se distingue dela.

Mais uma vez, dada essa configuração, a forma política estatal consolida-se pelas formas sociais da mercadoria, e, portanto, advém diretamente das relações capitalistas. Sendo assim, o Estado não deriva da burguesia, embora possa ser por ela controlado, o que via de regra acontece<sup>24</sup>. Embora o Estado no mais das vezes seja dominado pela burguesia, ele não é burguês, pois sua forma deriva fundamentalmente da

---

24 MASCARO, Alysson Leandro. *Direito, capitalismo e Estado: uma leitura marxista do direito*. In: KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto et al. (Orgs.). *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. São Paulo: Outras Expressões: Editorial Dobra, 2015, p. 57.

*forma-mercadoria*. É espelho da forma-mercadoria. Em rigor conceitual, o Estado é Estado capitalista. Da mesma maneira e pelas mesmas razões, o Estado também não é do proletariado, ainda que este possa estar com seu controle em algum período, o que não é comum acontecer. O Estado não é nem da burguesia nem do proletariado, e sim do capitalismo. O Estado é o Estado do capital capitalista. Por estar materialmente ligado às relações sociais capitalistas, por meio do Estado e do direito do Estado não se resolvem (materialmente) e não se superam as formas sociais do capital capitalista, mesmo quando as perspectivas políticas da forma política estatal e da forma jurídica apontam na direção emancipatória e de libertação, ou de demandas jurídico-políticas críticas, inclusivas, ideologicamente à esquerda, ou na ótica orientada pelo horizonte dos *direitos humanos*. Em outras palavras, o Estado e o direito (na forma política estatal e na forma jurídica capitalista), ou o direito do Estado, portam as mesmas conquistas e também os mesmos fracassos, conflitos, contradições, exclusões, injustiças típicas do sistema fundado na forma-mercadoria. Pelo entrelaçamento da forma política estatal e da forma jurídica ocorre um acoplamento com encaixe contraditório. Pois, por ser Estado do capital capitalista, o Estado pode tanto se opor à supressão de direitos já positivados, como ser alvo da insurgência contra si por demandas dos interesses da burguesia ou de grupos detentores do capital, na medida em que enseja garantir ou aumentar direitos sociais a trabalhadores.

No entanto, e por fim, a relação entre forma jurídica (direito) e forma estatal (Estado) é pavimentada pelas normas jurídicas e plasmada pela técnica jurídica, num processo de conformação normativa mútua. Nessa condição, o direito é direito de Estado, e este, Estado de direito.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APEL, Karl-Otto e al. *Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación*. México: Siglo Veintiuno, 1992.

\_\_\_\_\_.; DUSSEL, Enrique. *Ética del discurso y ética de la liberación*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

DUSSEL, Enrique D. *Ética da libertação – na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

\_\_\_\_\_. *20 tesis de política*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

\_\_\_\_\_. *Política da Libertação I: história mundial e crítica*. Passo Fundo: IFIBE, 2014.

\_\_\_\_\_. *Política de la Liberación: arquitectónica*, vol. II. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. *16 tesis de economía política: interpretación filosófica*. México: Siglo XXI, 2014.

\_\_\_\_\_. *14 tesis de ética: hacia la esencia del pensamiento crítico*. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto e outros (Orgs.). *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. São Paulo: Outras Expressões: Editorial Dobra, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LUDWIG, Celso Luiz. *Política da libertação: notas introdutórias a partir da filosofia de Enrique Dussel*. In: SOUZA, André Peixoto de (Org.). *Estado, Poder e Jurisdição*. Rio de Janeiro: GZ, 2015, p. 29-58.

LUKÁCS, György. *Para uma ontologia do ser social I*. São Paulo: Boitempo, 2012.

MARX, Karl. *Grundrisse*. Manuscritos econômicos de 1857-1858. Esboços da crítica da economia política. São Paulo: Boitempo, 2011.

\_\_\_\_\_. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

\_\_\_\_\_. Direito, capitalismo e Estado: uma leitura marxista do direito. In: KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto et al. (Orgs.). *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. São Paulo: Outras Expressões: Editorial Dobra, 2015.

PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

SOUZA, André Peixoto de (Org.). *Estado, poder e jurisdição*. Rio de Janeiro: GZ, 2015.



**Procurador do Estado, sim;  
Procurador do Governo, não!<sup>1</sup>**

***State attorney, yes;  
Government attorney, no!***

*Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>2</sup>*

RESUMO: O artigo analisa a atividade dos Procuradores do Estado para ressaltar a grandeza institucional e situar o lugar devido que é o da atuação conforme as leis, fazendo cumprir a Constituição. Aponta para a rejeição da atuação como Procuradores do governo, ressaltando que, se necessário, devem atuar contra os governos, ocupantes temporários do poder, para assegurar a conformidade com as leis, que geram estabilidade e

---

1 Texto especialmente preparado para a Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

2 Professor Titular aposentado de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR), Doutor (Universidade de Roma “La Sapienza”). Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas, Recife, Pernambuco. Advogado. Procurador do Estado do Paraná aposentado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

libertação, sobretudo em tempos de Estado mínimo neoliberal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Procurador do Estado; Estado; neoliberalismo; conformidade.

**ABSTRACT:** The article analyzes the conduct of State Attorneys to emphasize their institutional mission and indicates that they must act according to the laws, enforcing the Constitution. It points to the rejection of the idea of acting as government attorneys, emphasizing that, if necessary, they must act against those temporarily holding public offices, to ensure compliance with the laws, which generate stability and liberation, especially in times of minimal neoliberal state.

**KEYWORDS:** State Attorneys; State; neoliberalism; compliance.

## 1. INTRODUÇÃO

Há pouco tempo o ilustre Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior, então presidente da Associação dos Procuradores do Estado do Paraná – APEP, incitou alguns ex-Procuradores do Estado do Paraná a responderem perguntas que seriam publicadas no Jornal daquela Associação. E assim foi. O objetivo era que se falasse da experiência da vida profissional, de modo a se poder ter uma ideia do que se passou na carreira e o que, das respostas, poder-se-ia tirar como incentivo aos novos Procuradores.

Em que pese em um espaço reduzido, próprio de uma entrevista, foi possível elencar alguns argumentos que podem ser de serventia. Sobre eles, por outro lado, é possível desenvolver outras ideias – sempre ligadas àquelas matrizes –, de modo esclarecer pontos que possam não ter ficado límpidos como deveriam, se é que isso é possível fazer.

Duas perguntas, para tanto, são essenciais, razão por que devem ser reproduzidas aqui, de modo a que se não percam na fragilidade dos jornais e, assim, possam ser resgatadas com mais facilidade. Eis o conteúdo delas.

A primeira:

5. O Dr. integra o primeiro grupo de procuradores concursados a assumir a função na PGE? Quais suas principais contribuições? Fazendo um balanço de atuação, qual foi a mais importante e que marcou a sua trajetória profissional?

Depois de décadas é difícil indicar algo mais importante, porque o conjunto é que conta. Mas é possível fazer uma pálida trajetória que, sem dúvida, começa com o concurso. Isso – também – devemos aos mais velhos que nós. Eles, afinal, não fizeram concurso como nós porque não era necessário. Mas tinham ciência que para terem uma PGE forte e respeitada precisavam começar por ele, o concurso público de provas e títulos. Daí a importância fundamental do Prof. Ivan Ordine Righi que, apoiado por muitos, bancou o concurso, ou melhor, como Procurador-geral estabeleceu como regra (para nunca mais ser descumprida) o ingresso por um concurso público de provas e títulos constitucionalmente adequado e sério, mesmo porque sem seriedade a força dele se esvai. E assim se fez na PGE; e se faz. Hoje não conheço mais todos os Procuradores, mas tenho certeza que todos têm o mesmo orgulho que tenho eu de ter passado em um concurso assim, difícil, sério e que aprova os melhores. Algo do gênero dá sentido à isonomia constitucional. É como se você dissesse: seja pobre ou seja rico; seja daqui ou de acolá; se você estiver entre os melhores e passar, passou. Isso coloca o Procurador em uma posição de legitimidade tal que não permite nenhuma influência política que ele não permita ter e, mais, dá a ele uma responsabilidade extra, ou seja, de que não é Procurador do governo e sim Procurador do Estado. Isso me leva a uma questão um tanto tensa. Uma vez, já bastante alterado, meti a mão na mesa de uma sala de reunião numa Secretaria de Estado e disse ao Secretário, homem conhecido: “Não vou fazer nada disso! O senhor tem que entender que sou Procurador do Estado e não Procurador do seu governo”. Ele ficou zangado, muito zangado, para não dizer outra coisa; e foi embora sem me cumprimentar. Depois foi reclamar ao Procurador-geral e recebeu o que merecia: “Não vá se meter

com gente que sabe e que você, por algo assim, não pode atingir!” E tudo ficou por isso mesmo; mesmo porque o tal Secretário passou a me respeitar, pedindo-me diretamente várias coisas, “para não se perder pela burocracia”. Logo, um procurador não se deve burocratizar de forma alguma; não deve cumprir ordem de ninguém se não for estritamente dentro dos limites legais; não deve se subordinar aos ocupantes momentâneos de cargos e funções e, por evidente, não deve se corromper, porque isso é o fracasso de todos, antes de ser o desastre individual. A PGE só tem chance de ser forte e almejar o prestígio que quer ter se for assim: respeitada! Mas respeitada por sua autonomia e independência (dos seus órgãos, os Procuradores) e tecnicamente muito forte e sempre a serviço do Estado e seu fim último, o cidadão. Um Procurador, pelo lugar que ocupa, diz o Direito, razão por que é respeitado, tecnicamente forte e, por isso, grande; mas pode ser um despachante de papéis a serviço de algum governo espúrio, quando não corrupto e, pior, contra o cidadão. Isso aprendi logo com um grande amigo e chefe da Procuradoria Administrativa, assim que fui para lá: Ivan Curi! Já um senhor mais velho e com uma voz muito forte, dizia sempre: “Coutinho, na disputa do Estado com o cidadão, em especial o servidor, não devemos fraudar a lei, mas devemos pender para eles, o cidadão e o servidor, porque não só são mais fracos como, sobretudo, porque o Estado sempre fica com a parte melhor para si”. Que “turco” maravilhoso era aquele. Junto com o Procurador Amauri Guérios – outro grande amigo e que regulava na idade com o Ivan –, sabiam tudo da Administração Pública. E sempre foram dedicados a cumprir a lei; e sempre fazer o bem aos mais fracos, o que significa interpretar em favor deles. Que imensa satisfação sinto pensando nessa gente e no quanto aprendi com eles para o uso no Direito e na vida. Mais uma pequena história para terminar: pouco tempo depois que entramos fomos convocados ao Palácio: Manoel Caetano, Ruy Muggiati e eu. O governador estava possesso e queria processar criminalmente as professoras... que faziam uma manifestação ou uma greve contra o governo. Processar pela Lei de Segurança Nacional. (Risos... hoje). No fundo, ele queria uma *notitia criminis*. Da minha parte, não iria fazer aquilo nem morto

porque representava tudo contra o que nós lutávamos e não fazia sentido mudar por conta dele, Governador. Com Ruy (hoje um dos nossos grandes juízes e excelente desembargador) era o mesmo. E com Manoel Caetano nem pensar. Na minha cabeça, o problema maior seria segurar o Maneco que, por certo, iria dizer algum impropério ao pobre senhor Governador. E nós uns meninos de vinte e poucos anos. Mas não. Com muita calma fomos conversando e mostrando a ele que aquilo já não cabia mais nos anos 80; e ele se foi acalmando. No fim, alguém disse a ele que se quisesse, mesmo, pedir a intervenção da PF, não havia problema; e que ele podia fazer isso diretamente ao Superintendente, por telefone, porque se tratava de crime público e a notícia do crime podia chegar ao conhecimento daquela forma. Isso, talvez, tenha feito com que ele se desse conta de que estava se expondo sem necessidade; e que não devia nos usar para tanto. Mas se tivéssemos nos curvado, quem sabe hoje estaríamos marcados por esse labéu.

A segunda:

10. Como o Dr. avalia sua atuação como advogado?

Sou um advogado que acredita que a prática é a expressão da teoria. Não creio em quem não estuda. Aprendi isso com o maior professor da minha vida: José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra. Um gênio do magistério. E olha que fui aluno do Prof. Dr. Egas Dirceu Moniz de Aragão (ainda que no Mestrado, o que é muito diferente da graduação) e de Franco Cordero, no doutorado. Todos gênios. Lamartine (quanta saudade!), porém, execrava a prática porque ela, invariavelmente, estreita os pontos de vista e deixa poucas soluções factíveis. Isso não significa que se não possa revolver os problemas a partir dela; significa que os meios de solução, em geral, são estreitos, poucos; e com muita frequência deixam o freguês na mão. Não fosse isso, a prática burocratiza, o que é um desastre. Para um Procurador do Estado, por exemplo, burocratizar-se é, em pouco tempo, perder o sentido necessário da cidadania e, com isso, marchar ao lado do Estado como se ele fosse um oráculo. Por certo, ali, os deuses

são falsos; embora possam tranquilizar as mentes burocratizadas. Logo, um Procurador assim presta um desserviço ao próprio Estado, que se vê refém dos governos. Da minha parte, não nasci para isso. Sempre achei que a Procuradoria era, sobretudo, o que são os Procuradores. Sem sede, sem dinheiro, sem servidores, sem papel, sem cafezinho, sem nada, ela existiria e seria grande se os Procuradores fossem grandes, isto é, tivessem consciência do seu lugar constitucional e funcional e, nisso, tomassem o cidadão e a cidadania como a fonte primeira do seu agir. Eis, então, por que nunca me curvei; nunca me permiti burocratizado. Mas não se duvide: é o saber que liberta! Uma vez, como Promotor, meio que “acabei” com um júri quando, na resposta a um aparte de um advogado mais velho que insistia em dizer que ele, com quase quatro vezes mais idade que eu, sabia o que eu não podia saber sobre a inocência do réu... fui enfático, meio que falando alto (o que em mim é um tanto gritando – risos): “Dr., por favor. Não é um problema de idade. Afinal, como o senhor, o burro puxa a carroça vinte anos e não vira carroceiro!” Todo mundo riu; e o réu – que devia ser condenado –, foi, um tanto quanto sem saber se por conta da sua culpa ou do que tinha feito seu advogado, um pobre senhor mais velho... prático... Em suma, nunca quis ser melhor que ninguém mas, como disse antes, em algumas coisas “sou um japonês” e, por certo, não luto para perder. Só se pode ser assim se se sabe que não sabe; e por isso vai atrás, estudando. Muito, neste ponto, devo ao querido e saudoso Procurador do Estado Paulo Moacyr Wilhelm Rocha, um tanto também meu pai (quem o conheceu lembra que ele chamava a todos de “filhoooo”), nesta Curitiba tão fria quanto aos afetos. Paulão, naquele seu jeito carinhoso de ser, jamais deixou de cobrar que os que estavam em torno dele fossem bons; e sabia que isso decorria do estudo, razão pela qual insistia tanto nessa direção, ajudando (inclusive financeiramente) a muitos. Que saudade do Paulo... e seu Amendoim Japonês, um Fusca que não podia (ele também!) falar; da Procuradoria de Assistência Judiciária na Mateus Leme; dos nic-nics; de um tempo que se foi, para me deixar aqui a chorar.

## 2. UM OUTRO ESTADO: NEOLIBERAL

A partir dos anos 70 mas, sobretudo, dos anos 80, o Estado – como é notório – começou a girar na direção do modelo neoliberal. No Brasil, muito pouca gente tinha alguma noção disso; só que as diretrizes herdadas da modernidade estavam adequadas para serem ensinadas nas Faculdades de Direito e praticadas na direção da conquista de um Estado de Bem-Estar Social. Este era, porém, o inimigo a ser combatido pelas práticas neoliberais, sempre sob a acusação de que as mazelas apresentadas pelos países decorriam do exagero de promessas à cidadania, quem sabe oferecidas por políticos mal-intencionados. Era como se fossem “muitos” direitos, razão porque o Estado não tinha e não teria condições de cumprir. Solução: cortar direitos! E assim se começou a fazer, para a América Latina, baseados todos no Consenso de Washington, de 1989. A premissa, por evidente, era de todo equivocada. Havia – e há – um déficit fenomenal de cidadania, o que reflete, desde logo, como não poderiam ter aplicado as recomendações do Consenso de maneira uniforme, como se o Brasil tivesse a mesma problemática do Chile ou da Nicarágua; ou outro país qualquer.

As referidas recomendações vinham, sobretudo, dos norte-americanos e visavam implementar, nos países subdesenvolvidos, o modelo econômico neoliberal, o qual, como se sabe, era e é incompatível com as prescrições da Constituição da República de 1988. Isso gerou um paradoxo. Afinal, aplicava-se a CR ou as recomendações do Consenso, chegadas na periferia, como imposição, por instituições internacionais como o FMI e o Banco Mundial? Chegaram e foram aplicadas por sicários teleguiados e afinados com um discurso dissimulado que fazia e faz as pessoas acreditarem que o mal, para elas, era o melhor. Por outro lado, o mundo, boquiaberto, viu, na crise asiática de 97/98, a Malásia sair dela mais rápido que ninguém, aplicando medidas exatamente contrárias àquelas das precitadas recomendações. Fizeram, como que de propósito, tudo ao contrário; e deu certo. Mas os economistas tupiniquins da periferia (sobretudo eles; mas não só eles), treinados na Escola de Chicago,

fizeram vistas grossas porque já iam ganhando para si e seus senhores um caminhão de dinheiro, algo nunca imaginado. E todos – os cidadãos, por óbvio, mormente os menos favorecidos – pagando por isso, ou seja, por algo que não mudou em nenhum governo, de esquerda ou de direita, por sinal muito próximos quando o assunto é butim.

Era, todavia, um tempo de euforia com a novel CR e isso reforçava a certeza de que se poderia ter um regime democrático e uma sociedade mais equilibrada economicamente; e justa. As recomendações, porém, exigiam que se amputassem direitos, pregando, para o que aqui interessa, uma diminuição do Estado (principal garantidor das promessas constitucionais), ao qual se imaginou que pudesse ser um Estado mínimo. Erraram na dose, porém. O Estado encolheu e em alguns aspectos tornou-se, de verdade, mínimo; tanto quanto incapaz de cumprir o que a ele estava e está designado pela CR. Com isso, de um lado, a pobreza aumentou, o desemprego cresceu e os problemas se agudizaram em quase tudo que toca à esfera pública; de outro lado, a carga tributária aumentou – e aumenta –, mas os ricos são cada vez mais ricos e pagam menos tributos, assim como nunca tiveram tantas possibilidades de ter acesso àquilo que o Estado, no que importa (financiamentos), pode oferecer em benefícios aos cidadãos, imaginando que tudo sempre está sendo feito dentro da legalidade, embora a realidade nem sempre seja essa. As empresas, do seu lado, pagam muito, a começar pelas verbas trabalhistas; mas jogam tudo naquilo que transferem aos cidadãos, aumentando os seus lucros, mas, assim, em geral, não têm preços para concorrer no mercado internacional, logo, são ineficientes. Os mais pobres – todos sabem bem disso – pagam, proporcionalmente, a conta maior, o que se vê, só para começar, com aquilo que se dá com o ICMS. O pior, porém, contra as pretensões neoliberais, é que esse Estado pauperizado nunca foi tão ineficiente, o que afronta, descaradamente, o princípio reitor do seu sistema econômico, ou seja, aquele da eficiência, o qual ganhou foro constitucional com a famosa Emenda 19.

O desmonte do Estado, por outro lado, deu-se pela chamada desregulamentação (*deregulation*), a qual começou pelo afrouxamento

das leis que limitavam, por razões estratégicas, o livre comércio (tarifas alfandegárias, entraves comerciais, restrições aos investimentos estrangeiros etc.) e, assim, com uma dose mais forte que a pretendida (de novo), o país se tornou um servo do mercado, uma ordem natural espontânea (como queria Hayek) que para tudo é o modelo; quase como um deus. Nesse passo, porém, algo perverso: não se trata tão só do mercado idealizado pelos corifeus do neoliberalismo e sim, principalmente, por aquele (ou seria somente uma face dele?) que se move na *financeirização*, ou seja, faz o dinheiro render sem que seja necessário produzir nada. Movido pelo lucro – a qualquer custo –, não há, nele, lugar para uma condição humana como a *dignidade*. Mais uma vez, a Constituição é um estúpido obstáculo a ser superado. Para isso perceber basta que se leia o art. 1º dela.

O receituário neoliberal – já se provou – foi um equívoco. Depois, pelo menos, de três décadas, os países da América Latina estão, em alguns aspectos, não só mais pobres e subdesenvolvidos como, à evidência, piores que alguns países africanos, isso para não falar da Ásia e mesmo daqueles países que saíram de guerras recentes.

O referido receituário – para a AL capitaneado pelo Consenso de Washington – foi sendo implementado, sem quase nada de controle de constitucionalidade, pelos discípulos tupiniquins dos mestres neoliberais, que trataram de ampliar, em muitos aspectos (quase todos inconstitucionais), as referidas recomendações.

Tudo isso – e muito mais, como se sabe – gerou a entropia do sistema constitucional. O texto da CR segue em seu lugar mas, marcado pela anomia (no sentido de Durkheim), não tem a força que deveria ter. Ao invés da legalidade tem-se, com muita frequência, um *moralismo* absurdo, tanto quanto pernicioso porque gera, dentre outros fatores, essa invulgar insegurança jurídica pela qual se passa.

Não há, para o problema trazido pelo neoliberalismo, uma receita simples de solução, muito menos definitiva. Sabe-se, porém, que a estabilidade só é alcançada quando as regras da lei tiverem validade e eficácia, mesmo que isso, pelo olho neoliberal, possa parecer matéria superada. Seria

como dizer: o jogo tem regras e elas necessariamente devem ser cumpridas.

Eis por que é preciso ter presente que um Procurador do Estado há de ser um ferrenho defensor da legalidade e, com ela, da cidadania.

### 3. O PROCURADOR DO ESTADO NO ATUAL CENÁRIO

Como nunca aconteceu antes, o atual cenário de um Estado neoliberal cobra, dos Procuradores, a consciência de onde estão inseridos. E a partir daí uma atuação de qualidade (de certa forma demarcada pela aprovação em um concurso sério), que lhe dá a necessária legitimidade.

Com ela, ganha-se o lugar adequado para não se permitir nenhuma influência política. Nenhuma! Elas, porém, estão e estarão sempre presentes como o político do jurídico e, portanto, como parte ineliminável das questões jurídicas a serem tratadas. São, porém, dois âmbitos diferentes.

O aspecto político de uma PGE, então, deve ser tratado pelo Procurador-geral, o qual deve, pelo lugar que ocupa, sobretudo defender os Procuradores. Não se trata, simplesmente, de uma extensão do ato de aprovação de pareceres (dentre outros, obviamente), mas de um engajamento naquilo que foi aprovado, de modo a se poder ter consistência e força opinativa. Ora, o Procurador-geral exerce cargo de confiança do Governador, mas nem por isso deve manter com ele uma relação de servidão. Como Procurador do Estado, também ele exerce o cargo amparado pelas prerrogativas que o cercam, razão por que se deve impor quando a matéria, no âmbito do governo, for jurídica. Isso depende, por elementar, dele mesmo; e nada mais denuncia sua debilidade que a fraqueza que possa apresentar justo nessa questão. A Constituição (do Estado do Paraná), quando trata da matéria referente especificamente ao Procurador-geral, assevera, em seu art. 126, que ele, “chefe da instituição, é de livre nomeação do Governador, preferencialmente dentre os integrantes da carreira e gozará de tratamento e prerrogativas de Secretário de Estado”. O advérbio, como se vê, elimina a chance de exclusividade dos integrantes

da carreira ocuparem o cargo. Isso, talvez, fosse o ideal, mas, no fundo, não importa, porque depende mais das idiossincrasias do que da proveniência. Pode-se ter um excelente Procurador-geral vindo da advocacia; e outro péssimo, embora integrante da carreira. Como se pode intuir, o sujeito faz o cargo, engrandece-o ou enxovalha-o. O que vale, mesmo, é a consciência do sujeito (como colocado debaixo de) do “lugar” ocupado: *under the law*! E sem chance para a exceção (como suspensão da lei, como quer Agamben), ou “ponto fora da curva” (*ahead of the curve*, como querem os americanos), na forma retoricamente usada para tentar justificar a barbárie das inconstitucionalidades e ilegalidades.

O que se pode dizer do Procurador-geral em termos de vinculação à lei, deve-se dizer dos Procuradores da carreira. Sabem todos que os arts. 1º, 3º, 5º, 132 e 133 (principalmente) da Constituição da República regem o atuar de todos; da mesma forma que, no Estado do Paraná, os arts. 1º e 123 a 126 (principalmente) da Constituição do Estado do Paraná regem o atuar dos Procuradores do Estado. Não é pouca coisa.

O art. 1º de ambas as Constituições, no que aqui interessa, demarca os fundamentos e os objetivos, de modo a serem respeitados e colocados em prática no agir de todos. Nesse espaço navegam o Estado Democrático de Direito; a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CR), dentre outros, assim como, no âmbito estadual, na sua CE, além daqueles, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais; a defesa dos direitos humanos; a defesa, a igualdade e o consequente combate a qualquer forma de discriminação; a garantia da aplicação da justiça...; a busca permanente do desenvolvimento e da justiça social; o respeito incondicional à moralidade e à probidade administrativas; assim como a defesa do meio ambiente e da qualidade de vida.

Os Procuradores, antes de tudo, são advogados e, como tal, são “indispensáveis à administração da justiça, sendo invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (art. 133, CR). Por outro lado, como integrantes da OAB, devem “defender

a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas” (art. 44, I, do EOAB, Lei n. 8.906, de 04.07.94). Por evidente que se não trata de meras exortações despiciendas. No entanto, ao Procurador do Estado – sempre o Paraná como referência – tem mais.

Ora, pode-se projetar o atuar do Procurador do Estado, quem sabe principalmente, pelo texto do art. 124, da CE: “Compete à Procuradoria-Geral do Estado, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei: I – a representação judicial e extrajudicial do Estado e a consultoria jurídica do Poder Executivo”.

Em palavras simples: o cliente é o Estado do Paraná (eis a representação judicial e extrajudicial), mas também se opina juridicamente (*rectius*: a partir da lei) nos casos submetidos pelo Poder Executivo, do Estado do Paraná. Enfim, o ente demarca o atuar dos Procuradores do Estado. Com os fundamentos e os fins que as Constituições traçam, o EP tem Procuradores que devem fazer o esforço necessário para garantir que tudo aquilo que está previsto como dever ser seja, efetivamente, realizado. Isso não significa que vá ocorrer pois, de tanto em tanto, *dal dire al fare c'è in mezzo il mare*, como dizem os italianos. Mas garante que os Procuradores, sempre debaixo da lei, sejam do Estado, nunca dos governos, transitórios por definição.

Eis, então, a responsabilidade extra que cerca os Procuradores do Estado, isto é, serem Procuradores, mesmo, do Estado; e se necessário contra o governo, obviamente se esse se colocar contra as leis. São nesses instantes – quando ocorrem – que se vê a importância da legitimidade dos Procuradores do Estado, da sua independência, do volume do seu conhecimento e da respeitabilidade que angariam em razão da maneira adequada como se manifestam. É como se fossem uma reserva da cidadania a serviço do melhor funcionamento do ente estatal.

Isso mostra, por seu turno, a inescapável razão por que um Procurador do Estado não deve receber – e muito mesmo cumprir – ordem

de ninguém, ainda que superior hierárquico, se ela não for estritamente dentro dos limites legais. Todos os que dizem o direito – e o Procurador do Estado é um dos principais deles –, neste sentido têm e devem ter como que um autogoverno do espaço do seu agir, de modo a que estão vinculados à lei, mas não aos ocupantes momentâneos de cargos e funções. Ele (esse autogoverno do espaço do agir), como é sintomático, é absolutamente necessário, como uma reserva da cidadania (à qual, como órgãos, defendem, por serem o Estado), para, sempre que necessário, chamar, quem quer que seja, à razão constitucional e legal. Esse “lugar” de independência *sub legis* retrata por que o Procurador do Estado exerce função essencial ao Estado, excluído dela qualquer moralismo banal, em geral cínico.

Da mesma forma, tudo isso (que se projeta como um campo de proteção do Estado e do próprio Procurador dele) tende a se dissipar se o Procurador do Estado se burocratiza. De reserva da cidadania vira – ou tende a virar – um despachante de papéis que cumpre ordens e enxovalha a carreira. Por evidente, a um Procurador do Estado não cabe a prepotência, como a todos aqueles que, de certa forma, exercem um espaço de poder; da mesma forma que não cabe a submissão. Tais extremos são, a olhos vistos, incompatíveis com o equilíbrio que se precisa no atuar desses e nesses “lugares”. A burocratização, pois, é a maneira mais simples e comum de destruir o “lugar”, de extrema importância, que tem um Procurador do Estado.

Para além da burocracia, outra forma de aniquilar com o referido “lugar” é a corrupção. Seria despiendo dizer, mas se um Procurador do Estado se corrompe leva, com seu ato ilícito, não só sua reputação como, por evidente, a carreira toda. Os processos disciplinares, contudo, devem ser levados a efeito, sempre e sempre, dentro do *due process of law*. Não se pode exigir, por primário, para os outros, o que se não pode exigir para si. Isso é necessário lembrar (sempre) porque, em situações decorrentes de atos assim, mormente em tempos de notícias *online* e *fake news*, a tendência é um agir marcado pelo espírito de vingança e, a partir dele, construir-se espetáculos que denigrem o imputado de tal forma que,

quem sabe, jamais conseguirá recobrar a normalidade da vida, ainda que seja absolvido. Algo assim – é desnecessário dizer – é incompatível com a Constituição.

#### 4. RECEITAS DE ALGUÉM COM CERTA EXPERIÊNCIA

Ninguém desconhece que a prática burocratiza. Com ela, tende-se a perder o sentido que a cidadania impõe ao agir de um Procurador do Estado e, com isso, amesquinha-se o cargo e a função.

A forma mais importante – embora não seja a única – de fugir de uma prática burocratizante, é o estudo. Principal instrumento de trabalho de um Procurador do Estado é o conhecimento; e esse só é satisfatório com muito estudo. Muito; muito; muito. Para ainda se saber menos do que é necessário e que, portanto, remete a mais estudo. Em *ultima ratio*, a prática burocratiza e enclausura; o conhecimento a partir do estudo, liberta.

A liberdade que o conhecimento propicia arma o Procurador do Estado contra a intromissão ilegal e indevida das ingerências políticas, mas isso só é eficaz quando a fonte primeira do seu agir é o cidadão e a cidadania. Eles, como antes se viu, são a razão de ser do próprio Estado e, portanto, precisam ser preservados, se for o caso, contra o próprio Estado, quando o seu governo não age conforme a lei. Se for o caso, contramajoritariamente.

No mais das vezes, as questões decorrentes de problemas dessa ordem se resolvem, na via da hermenêutica, com uma exegese adequada, na qual o sentido não escape do texto legal. *Accountability*, quem sabe, como queria Dworkin. A respeitabilidade da interpretação de alguém decorre, como se sabe, do fato de que ela responda com um sentido que, antes, pode-se dizer que já estava no preceito da lei, a qual sempre tem vários, pelo próprio deslizamento das palavras. Fixar o sentido do contido na lei dessa forma garante um “prestar contas” possível e adequado (ainda que nem sempre seja o melhor, como imagina ser o intérprete), resplandecendo o lugar do poder. Está-se, veja-se bem, a ano-luz do arbítrio.

O dilema da interpretação e do intérprete não está no pensamento e, assim, no ato mecânico de fazer aflorar o melhor sentido, algo que se facilita com o maior conhecimento possível. Está, sim, naquilo que ideologicamente se faz antes, na via da sedução do cargo e sua aparente segurança, assim como (ou principalmente?) do efêmero poder que dele se desfruta. Sem nada dizer, isso coopta o vivente. É o poder condicionado, de Galbraith. Resultado: o Estado, um ente abstrato que só se faz equiparado à pessoa por força da lei (eis a pessoa jurídica), vira concreto e objeto de amor (eis o Objeto a, de Lacan), de modo tal que, em lide e nas questões que dela se extraem, vai defendido cegamente não só porque é mais fácil, mas porque se perdeu a dimensão correta dos seus fundamentos e objetivos, nos quais cidadão e cidadania dão as cartas. Há um erro de perspectiva em quem assim age; no mínimo.

O Estado, tenha-se sempre presente, não é um inimigo do cidadão e da cidadania, mas o seu garante-mor. As lides, questões e controvérsias nas quais se envolve vão resolvidas conforme a lei, que pode albergar o interesse do Estado e, da mesma forma, aquele do cidadão, quase sempre o mais débil na relação. Neste caso, o Procurador do Estado, de maneira desapaixonada e o distanciamento devido, deve procurar resolver os casos na própria esfera administrativa, de modo a evitar gastos indevidos mas, sobretudo, poupar os mais débeis de processo longos e custosos, nos quais perdem todos: o Estado, porque a conta a pagar sempre será muito maior (embora quase sempre paga por governos futuros, o que se não deve deixar de levar em conta); e o cidadão, porque não pode, com muita frequência, desfrutar do direito que tem. É preciso, portanto, ter coragem; e lutar contra a burocratizada posição de dizer “não” tão só porque é mais fácil.

Neste passo – e por ser imprescindível –, não se pode olvidar que cabe ao Procurador do Estado, quem sabe antes de todos, fazer o controle de constitucionalidade e convencionalidade das leis. É preciso, destarte, não permitir que as regras inconstitucionais e ilegais produzam efeitos no tempo, gerando problemas cada vez maiores, até serem declaradas inconstitucionais ou ilegais. O Estado, em definitivo, não pode se dar ao

luxo de se valer – ou deixar que alguém se valha – de leis assim, não raro produzidas de forma arbitrária e imoral. O ato do Procurador do Estado, nesses casos, com muita frequência gera grande desconforto, mas, sendo necessário, vai respeitado se o agir dele ocupar o “lugar” devido.

## 5. CONCLUSÃO

A Procuradoria é o que são seus Procuradores. A grandeza deles reflete a grandeza dela. Para serem grandes, os Procuradores devem ocupar o “lugar” que lhes é devido, conforme as leis e, neles, devem fazer valer a Constituição e demais leis, se necessário contra os governos, ocupantes temporários do poder.

Mesmo em um momento delicado de um Estado mínimo neoliberal, a Constituição e as leis seguem sendo o que salva, por gerarem estabilidade, razão por que não devem ser abandonadas, nem suspensas.

Em tempos assim, sombrios, de relações frequentemente díspares no que toca com a força dos protagonistas, é imprescindível recordar a afirmação do abade Lacordaire: nelas, a liberdade escraviza e a lei liberta.

De qual lado um Procurador do Estado está? Ou deve estar?

## **A regulação e a supervisão financeira na Europa e em Portugal após a crise de 2008**

### ***Regulation and financial supervision in Europe and Portugal after 2008 crisis***

*Jozélia Nogueira<sup>12</sup>*

RESUMO: A crise financeira de 2008 não somente afetou instituições financeiras do mundo todo, especialmente dos Estados Unidos e da Europa, como também prejudicou muitos depositantes e investidores. As falhas ou a ausência de regulação e de supervisão financeira impediram que a crise fosse percebida a tempo. A União Europeia identificou os motivos e as falhas e as corrigiu, reforçando a regulação e a contabilidade, conferindo maior autonomia à supervisão integrada entre os países membros, criando o Mecanismo Único de Resolução dos Bancos e o Fundo Europeu de Garantia de Depósitos, custeado pelos próprios Bancos. O Brasil também

---

1 Procuradora do Estado do Paraná. Procuradora Geral do Estado. Secretária da Fazenda do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestranda em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutoranda em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Professora e Consultora. Autora e co-autora de obras e artigos jurídicos.

2 Artigo publicado na *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, v. 11, n. 2, pp. 108-125, dez. 2017.

precisa rever e reforçar sua regulação e supervisão para evitar o risco sistêmico de novas crises que possam surgir.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Financeiro; Bancos; crise; Regulação. Supervisão.

**ABSTRACT:** The financial crisis of 2008 not only affected financial institutions around the world, especially the U.S and Europe, but also hurt many depositors and investors. The failure or absence of regulation and financial supervision have prevented the crisis to be perceived in time. European Union has identified the reasons and faults and then corrected, strengthening regulation and accounting, giving greater autonomy to integrated supervision among member countries, creating the Unique Mechanism for the settlement of banks and the European Deposit Guarantee Fund, funded by the banks themselves. Brazil also needs to review and strengthen its regulation and supervision to prevent systemic risk to new crisis as they arise.

**KEYWORDS:** Financial System; Banks; crisis; Regulation. Supervision.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo tem por objetivo analisar a Regulação e a Supervisão do Sistema Financeiro após a crise de 2008, ocasião em que foram identificadas as falhas e as necessidades de alterações na legislação e na atuação da fiscalização dos países da União Europeia, que trabalha para evitar prejuízos aos depositantes e investidores, prevenir os riscos sistêmicos e criar condições para que os países membros não precisem socorrer os bancos em eventuais novas crises que possam surgir.

A União Europeia promoveu e ainda promove importantes alterações no sistema regulatório e de supervisão europeu, tendo optado por um modelo comunitário, como veremos ao longo da exposição.

Também analisaremos a regulação e a supervisão financeira em Portugal, demonstrando como aquele país está enfrentando as consequências da crise de 2008, alterando sua legislação interna e transpondo as Diretivas da UE para se adequar ao novo modelo comunitário de regulação e supervisão. Embora algumas leis portuguesas conflitem com o novo modelo comunitário que está sendo implantado, a harmonização das legislações deve ocorrer em breve. O objetivo das alterações nas legislações europeias e nacionais na UE é evitar, no futuro, as consequências desastrosas da crise de 2008.

## 2. A CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL DE 2008

A crise financeira internacional que teve início nos Estados Unidos em meados de 2007 foi motivada pela alta inadimplência e desvalorização dos ativos, associados com hipotecas de alto risco (*subprime*), e passou a apresentar contornos sistêmicos após a falência do Banco Lehman Brothers, em setembro de 2008. O impacto nas economias de todo o mundo foi imediato. Essa crise já foi descrita, por muitos, como a principal do século porque os problemas financeiros surgiram ao mesmo tempo em países diferentes e seu impacto macroeconômico foi sentido em escala global, por causa da elevadíssima interconexão financeira.<sup>3</sup>

A grande surpresa quanto aos efeitos da crise de 2008 foi, em parte, motivada pelos próprios economistas, que até então sustentavam a total autonomia dos mercados para eliminar ou evitar problemas. Acreditavam que o mercado raramente se enganaria. Robert LUCAS, Nobel de Economia de 1995, chegou a declarar que “*o problema da prevenção da depressão foi resolvido*”. É bem verdade que nem todos os economistas tinham essa

---

3 FARHI, Maryse. *Crise financeira e reformas da supervisão e regulação*. In: Textos para discussão IPEA, n. 1581. Brasília: 2011, p. 7.

certeza, como era o caso de John Kenneth GALBRAITH, que mesmo não tendo presenciado toda a crise, sempre duvidou das afirmações dos seus pares.<sup>4</sup>

Para além dos graves problemas financeiros gerados a milhões de pessoas pelo mundo, o que a crise descortinou foram as deficiências dos mecanismos de supervisão e regulação financeira. As críticas foram dirigidas especialmente aos Bancos Centrais.

Havia a convicção de que os mercados eram eficientes e a governança corporativa, a gestão e o monitoramento dos riscos bancários haviam evoluído, estando aptos a evitar a ocorrência de crises sistêmicas como tais. As regras dos acordos de Basileia e as regras de âmbito nacional estavam essencialmente focadas na higidez financeira das instituições bancárias tomadas uma a uma e nos mercados, buscando corrigir eventuais disfunções, oriundas, segundo a teoria dominante, da assimetria de informações. Não se tinha noção da importância sistêmica da interação entre instituições bancárias e não bancárias.<sup>5</sup>

Além disso, o que se seguiu foi uma grande dificuldade em encontrar soluções para essa crise mundial. Se antes da crise alguns economistas defendiam que a Economia era a própria *vida*, posto que capaz de explicar “*quase tudo*”, depois dela foi preciso construir uma nova visão e uma nova interpretação da nova economia.

A esfera econômica tornou-se, sem dúvida, dominante na nossa existência, e essa importância implica grande responsabilidade pelas decisões tomadas no âmbito do Sistema Financeiro.

Dessa forma, o estudo da ética econômica, que nos anos 2000 ganhou relevância, voltou a interessar. A questão é: como devemos nos

---

4 CHANG, Ha-Joon. *Economia: guia do utilizador*. Tradução Luís Santos. Revisão científica Mário Centeno e Álvaro Novo. Lisboa: Clube do Autor, 2014, p. 20.

5 FARHI, Maryse, op. cit., p. 8.

comportar nas atividades de troca e de produção e como devemos definir coletivamente as regras legais a que essas atividades devem se subordinar?<sup>6</sup>

Percebemos o quão importante é não considerar a economia como um domínio isolado da vida social, até porque uma equivocada decisão econômico-financeira, na vida social, repercute para além da esfera individual de quem age, atingindo um número ilimitado de pessoas no mundo todo, exigindo, não raras vezes, investimentos públicos nas instituições privadas para evitar um mal maior à sociedade.

Uma questão que podemos colocar em causa é: agiram com ética os economistas e outros profissionais do mercado que geraram a crise financeira de 2008?

Não é possível dar uma resposta conclusiva a essa questão, embora a regulação do Sistema Financeiro, e sua eficiente supervisão, possa colaborar para que tais condutas nocivas ou antiéticas não voltem a ocorrer.

Ensina a doutrina que a ética social engloba a ética econômica, porque enquanto esta se refere ao comportamento individual e sua relação com as regras legais existentes, aquela trata das instituições sociais, que por sua vez produzem as leis às quais o indivíduo está sujeito e que, portanto, regulam o comportamento individual.

O que move o princípio ético é a coerência, ou seja, a preocupação de formular princípios que justifiquem nossos juízos morais em face às circunstâncias mais variadas. Se a resposta for positiva, justificando a decisão, se não for encontrado nenhum embaraço, ou seja, se houver a certeza de que o comportamento ou a ação não causará nenhum problema ou arrependimento, a decisão é ética. Esse procedimento tem origens socráticas e é defendido por John RAWLS como a busca de um equilíbrio refletido. Os comunitaristas, como WALZER, TAYLOR E SANDEL, para

---

6 ARNSPERGER, Christian; PARIJS, Philippe Van. *Ética econômica e social*. Tradução de António Joaquim Esteves e Conceição Soares. Paris: Éditions La Découverte & Syros, 2003. Porto: Edições Afrontamento, 2004, p.7.

citar alguns, embora não da mesma forma, buscaram interpretar a ética econômica e social com viés comunitário, censurando os liberais que defendiam uma perspectiva mais individualista.<sup>7</sup>

Alguns economistas sustentam que a economia é o estudo da escolha humana racional, outros a entendem como o estudo dos sistemas econômicos e outros ainda a conceituam pela metodologia ou pela abordagem teórica, mas certo é que o que queremos dela é a melhor explicação possível para os vários fenômenos econômicos que existem e suas consequências sociais.<sup>8</sup>

### **3. A REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NO DECORRER DO TEMPO E SUAS FALHAS**

O Estado se utiliza da regulação para controlar por meio de normas o mercado, corrigir suas falhas e interferir na força que ele tem na sociedade. É pela regulação que o Estado pode coibir os atos e as decisões antiéticas. No entanto, o Estado não pode, nem mesmo com a regulação mais eficiente, impedir que atos considerados antiéticos ocorram porque o mercado é dinâmico, o indivíduo e as empresas têm liberdade de agir naquilo que não lhes proíbe a lei. A conduta ética é uma escolha individual, que deve ser perseguida por todos, principalmente quando a decisão envolve consequências que atingem outras pessoas, mas não pode ser imposta ou totalmente monitorada pelo Estado, em todos os casos.

O mercado também tem que se autorregular. Por outro lado, a supervisão financeira visa justamente identificar tais condutas, que ilegais ou não, possam gerar efeitos desastrosos à economia e ao Sistema

---

7 Ibidem, p.10-12.

8 CHANG, Ha-Joon, op. cit., p. 21-28.

Financeiro, e uma vez identificadas, é preciso recomendar ou determinar novos comportamentos.

A forma de regulamentar o mercado mudou muito no decorrer dos anos e sua implementação variou de país para país. Na Europa ocidental, no período seguinte à Segunda Guerra Mundial, a regulação se deu mediante intervenções diretas na economia, assumindo o Estado um papel ativo de produtor direto de bens e serviços, criando empresas públicas com ativos empresariais nas áreas de telecomunicações, energia, transportes, que se transformaram em monopólios públicos. Os Estados Unidos não aceitaram a técnica intervencionista, e preferiram o caminho inverso (deixar o mercado se autorregular), para apenas regular alguns comportamentos dos empresários privados.<sup>9</sup>

O que ocorreu no Brasil foi uma cópia do modelo europeu ocidental: o Estado intervencionista.

A partir da década de 80 do século XX, o modelo de Estado proprietário foi sendo abandonado por problemas econômicos estruturais em diversos países da Europa, em razão de dúvidas sobre o modelo do “*welfare state*”, aliado a difusão de ideias de falhas do Estado, propostas pela Escola Econômica “*Public Choice*”, que defendia a incapacidade pública para alcançar a eficiência dos resultados pretendidos na esfera econômica e social (entendidas como falhas de governo ou falhas de eficiência).<sup>10</sup>

O Brasil também sofreu fortemente a influência para a redução do Estado gestor, e as privatizações tiveram início na década de 1990, sob muitas críticas.

A progressiva constituição do mercado único europeu exigiu dos Estados-Membros uma reestruturação das relações com o mercado e,

---

9 FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. *A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral*. In: *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Lisboa: Almedina, p. 13-14.

10 *Ibidem*, p.16.

assim, todos tiveram que rever o modelo de Estado gestor para eliminar obstáculos não-tarifários às relações econômicas entre os Estados.<sup>11</sup>

Desses fatores, em apertada síntese, decorreram privatizações de empresas públicas e um movimento progressivo de liberalização, impondo o fim de antigos monopólios públicos, iniciando, na Europa, com as telecomunicações na década de 1980. Embora alguns doutrinadores econômicos e jurídicos tenham entendido o fenômeno da liberalização como “desregulação” ou “desregulamentação”, não foi isso que sucedeu no plano europeu, no qual se instalou uma nova regulação econômica, com reforma qualitativa ou aprofundamento de modelos e estruturas de regulação, uma nova legislação e a abertura de determinados setores econômicos à concorrência.<sup>12</sup>

A nova regulação econômica, que se instalou em diversos países na mesma época, e a supervisão financeira existente deveriam acompanhar o mercado, especialmente o financeiro, sua atuação e os novos produtos que foram criados e livremente comercializados, apenas para garantir estabilidade às instituições financeiras e evitar prejuízos aos investidores e depositantes.

A noção de regulação econômica, segundo a doutrina, nada tem a ver com o ideário neoliberal, que lhe é posterior, e surge exatamente pelo motivo inverso, que é sua necessidade em razão da existência de falhas do mercado.<sup>13</sup>

A crise de 2008 não foi percebida pelo governo dos Estados Unidos, ou seja, a regulação, a supervisão do Sistema Financeiro e as suas Agências Reguladoras independentes não foram capazes de impedi-la, sequer de detectá-la previamente, no âmbito da supervisão prudencial. Assim, o Poder Público, mesmo defendendo a autorregulação do mercado, foi obrigado,

---

11 Ibidem, p. 17.

12 Ibidem, p. 20-21.

13 PINA, Carlos Costa. *Instituições e mercados financeiros*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 101.

não somente lá, como também em outros países, a socorrer os Bancos e empresas privadas para evitar prejuízos maiores à sociedade em geral.

Logo após a crise espalhar-se pelo mundo, o Grupo dos 20 (G-20) reuniu-se e divulgou a existência de um consenso entre os países-membros sobre a urgente necessidade de reformar profundamente a supervisão e a regulação financeira, no intuito de prevenir a ocorrência de eventos semelhantes.

A regulação e a supervisão financeira nunca acompanharam a evolução da arquitetura financeira internacional, suas práticas, seus instrumentos, seus produtos.

Ainda que todos tivessem plena consciência de que seria necessário reduzir ou controlar os riscos de reações em cadeia a partir de fenômenos localizados, que poderiam contaminar o Sistema Financeiro internacional com graves repercussões para a economia como um todo (risco sistêmico), duas correntes surgiram. A primeira opõe-se ao debate e defende que a autorregulação não apenas é suficiente para controlar os diferentes tipos de riscos que podem resultar em risco sistêmico, como mais eficiente. A segunda considera imprescindível adotar regulamentações prudenciais em escala internacional.<sup>14</sup>

O Sistema Financeiro que vimos surgir após a ruptura dos acordos de *Bretton Woods*, marcado por um processo de incessantes inovações financeiras, aumento dos fluxos internacionais de capitais, elevada alavancagem, alta volatilidade das principais variáveis financeiras e dos preços dos ativos, resultou na intensificação dos processos de desregulamentação dos mercados financeiros e da liberalização das contas de capital dos balanços de pagamentos, notadamente a partir da Inglaterra e dos Estados Unidos.

---

14 FARHI, Maryse. *Crise financeira e reformas da supervisão e regulação*, p. 8-9.

A crise descortinou várias percepções, dentre as quais, a de que os mecanismos de mercado, por si só, não são suficientes para engendrar estabilidade; ao contrário, severas disfunções contribuíram para a imensa acumulação de riscos que se seguiu. Até mesmo um dos maiores defensores da autorregulação, o ex-presidente do Federal Reserve (Fed) Alan GREENSPAN (2010), fez *mea culpa* ao declarar: “[...] a supervisão e regulação podem promulgar regras preventivas que tornem o Sistema Financeiro mais resistente diante de choques imprevisíveis”.<sup>15</sup>

O consenso do Grupo dos 20 (G-20) resultou de uma árdua negociação entre, de um lado, a União Europeia e as diversas economias emergentes e, de outro, os Estados Unidos. A União Europeia e as economias emergentes pretendiam a criação de um órgão regulador supranacional, enquanto os Estados Unidos concordaram apenas em reforçar seus sistemas regulatórios, além de aprofundar a cooperação internacional na matéria, por meio da modificação dos Acordos de Basileia. Esses acordos promovem a harmonização internacional das regras de supervisão e regulação bancária; têm por objetivo assegurar que os bancos mantenham capital suficiente para enfrentar crises econômicas. No entanto, são regras que continuam sustentadas por premissas de eficiência dos mercados e de gestão de riscos dos bancos, que se mostraram muito frágeis com a crise de 2008.<sup>16</sup>

#### 4. A REGULAÇÃO DA ECONOMIA EM PORTUGAL

As normas que tratam da regulação da economia, na atualidade, podem se revestir de duas formas:

- (i) um conjunto de normas de regulação econômica que visa à

---

15 Ibidem, p. 9

16 Ibidem, p. 22-23.

promoção de valores de mercado e de abertura de determinados setores econômicos à concorrência;

(ii) um conjunto de normas de regulação econômica que busca o equilíbrio entre valores de mercado e outros valores relacionados a interesses públicos, geralmente acolhido em cada constituição econômica, e que pode, por exemplo, defender a poupança, a informação, a defesa. Nesse conjunto de normas podem ainda existir outras normas com objetivos predominantemente sócio-econômicos, denominados por alguns autores, como Vital MOREIRA, de regulação social que se contrapõe à regulação econômica.<sup>17</sup>

O desenvolvimento da regulação seguiu em direção à lógica que rejeita as formas de ligação entre o Estado e a economia, sob o fundamento de que haveria uma necessidade mínima de intervenção do Estado no funcionamento da economia. Assim surgiram novas formas de organismos públicos para exercer as funções de regulação, com autonomia em relação ao Governo e à administração pública direta em geral. Esse modelo de regulação surgiu nos Estados Unidos no final do século XIX e início do século XX, com as “*independent agencies*” e “*independent regulatory commissions*”, conhecidas por serem entidades autônomas, não sujeitas ao poder do Presidente, tendo funções quase legislativas e quase jurisdicionais.<sup>18</sup>

O Reino Unido foi o primeiro país europeu a implantar o modelo estadunidense na Europa comunitária, em razão do desenvolvimento de programas de privatização e de liberalização e de medidas de reestruturação para a efetiva concorrência nas áreas de telecomunicações e energia, criando os organismos reguladores OFTEL e OFFER. A partir do final dos anos 80 e início dos anos 90, o mesmo modelo passou a ser implantado na

---

17 MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Apud FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luiz Silva, op. cit., p. 24.

18 FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva, op. cit., p. 27.

França e em outros países, com radicais transformações da administração pública tradicional.<sup>19</sup>

Podemos afirmar que temos três níveis distintos de instâncias públicas de regulação:

(i) nível governamental, que inclui Ministérios e vários outros departamentos governamentais na área econômica;

(ii) um segundo nível de organismos reguladores relativamente dependentes, correspondendo a espécies de institutos públicos com alguma autonomia funcional e financeira, mas sujeitos a superintendências governamentais ou a formas de tutela mais intensa;

(iii) um terceiro nível, qualificado como organismos reguladores independentes.

A expressão *organismos ou entidades reguladoras independentes* é criticada pela doutrina, com razão, segundo nosso entendimento, posto que seria mais adequada a terminologia *organismos reguladores autônomos*, sendo estes entendidos como *peçoas coletivas de direito público de tipo institucional com autonomia reforçada em relação ao governo e à administração pública direta e com independência em relação às entidades reguladas*.<sup>20</sup>

As autoridades reguladoras autônomas (ou independentes) podem exercer três tipos de poderes públicos: (i) poder normativo, e em certos casos funções quase legislativas, (ii) poder executivo e (iii) poder *parajudicial*. Esses poderes são exercidos nas esferas de atuação de cada uma das autoridades autônomas.

Essas esferas de atuação correspondem à (i) aprovação de regulamentos, (ii) supervisão, que compreende poderes de investigação, inspeção e ordens ou recomendações para a prática de determinados atos

---

19 Ibidem, p. 28.

20 Ibidem, p. 47 e ss.

ou comportamentos, podendo ainda desencadear processos judiciais, e (iii) aplicação de sanções.<sup>21</sup>

#### 4.1. A regulação em Portugal

Portugal editou a Lei n. 67/2013, denominada Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras (LQAR), com o objetivo de regular a atividade econômica dos setores privado, público e cooperativo.

A lei não diferencia, como deveria, a regulação econômica e a supervisão econômica, o que não passou despercebido na doutrina.<sup>22</sup>

A LQAR (Lei n. 67/2013) foi fruto do Memorando de Entendimento de 2011, celebrado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, que previa a elaboração de um estudo sobre as autoridades reguladoras, visando assegurar-lhes total independência e recursos próprios, além de uma estruturação baseada nas melhores práticas existentes ou conhecidas.

Esse modelo de regulação econômica independente, ou autônoma, é influência do modelo estadunidense, que acabou sendo introduzido nos Estados-membros da UE, por influência direta da própria União, logo após a sequência de privatizações e liberalização de vários setores econômicos, como antes já aduzido.

Ocorre que a expressão *autoridades reguladoras independentes* não está totalmente correta porque existe e é importante a dimensão de *accountability* e de prestação de contas (ou de esclarecimentos) das autoridades de regulação perante órgãos políticos democraticamente eleitos. Essa discussão existe até mesmo nos países de ordenamentos anglo-

---

21 Ibidem, p.31-32.

22 MORAIS, Luís Silva. *Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras* – algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira. In: Revista de Concorrência e Regulação, ano V, n.17, jan.-mar. 2014, pp. 99-137.

saxônicos, que originaram o modelo de autoridades reguladoras.<sup>23</sup>

A LQAR estabelece requisitos de atuação das Autoridades Reguladoras Autônomas.

O primeiro requisito é a *autonomia reforçada*, o que implica autonomia administrativa, financeira e de gestão; independência orgânica, funcional e técnica; recursos humanos; patrimônio próprio, e poderes de regulamentação, supervisão (fiscalização) e sancionatórios (art. 3º). O art. 45, n. 1, afasta a sujeição das Autoridades Reguladoras à superintendência ou tutela governamental, embora permita alguns poderes de intervenção governamental (n. 3 a 8 do art. 45). A permissão de alguns poderes de intervenção retira a plena autonomia de tais entidades reguladoras.

O segundo requisito é que a gestão financeira e patrimonial seja autônoma, como a empresarial, aplicando-se supletivamente o regime jurídico das entidades públicas empresariais (art. 4º, n. 2). No entanto, essa autonomia é limitada ou condicionada conforme o perfil financeiro e patrimonial, que pode ser diferenciado (art. 33 e ss).

O terceiro requisito diz respeito às condições para a criação das autoridades reguladoras e também para a sua extinção, fusão ou cisão (arts. 6º a 8º).

As entidades somente podem ser criadas se houver necessidade e interesse público, e ainda necessidade de independência para a prossecução das atribuições em causa, especialmente se houver condições de assegurar autonomia financeira de autossuficiência (art. 6º, n. 3).

Todos os requisitos serão identificados em *Estudo Prévio*, exigência que precede a criação das Autoridades Reguladoras por ato legislativo, o mesmo sendo exigido para sua extinção, fusão ou cisão.

A Lei não contém parâmetros específicos para fusões, reestruturações ou redistribuição de funções mais complexas, mas deveria contemplá-los

---

23 Ibidem, p.103.

porque o contexto europeu de fusões e reestruturações já tem precedentes, como os casos ocorridos na Espanha e na Holanda.<sup>24</sup>

Quando da edição da LQAR (Lei n. 67/2013) a doutrina<sup>25</sup> identificou em Portugal, analisando toda a legislação aplicável às autoridades reguladoras, que algumas gozavam de autonomia orçamental plena, aproximando-se das entidades públicas empresariais; algumas gozavam de autonomia orçamental mais limitada; e, outras entidades apresentavam autonomia orçamental muito reduzida.

Uma das críticas mais severas à LQAR está na previsão de poderes governamentais de intervenção, que podem comprometer a almejada autonomia reforçada. Tais intervenções decorrem da necessidade de aprovação prévia, pelo Governo, de orçamento, planos plurianuais, balanço e contas dos reguladores (art. 45, n. 4); e de aprovação prévia de outros atos com incidência financeira, mesmo que remeta para os estatutos da entidade (art. 45, n. 5).

Também será limitativo da autonomia das entidades o condicionamento da margem de apreciação para a realização de inspeções ou auditorias às circunstâncias que indiquem perturbações no respectivo setor de atividades (art. 42, n. 1).

Existem setores da economia, como o financeiro, que exigem a realização periódica e constante de inspeções, mesmo sem qualquer indício de perturbações no setor, sendo a supervisão prévia a mais eficiente. Também não se justifica a intervenção do governo nos processos de regulamentação das autoridades de regulação (art. 41, n. 1 e 2).

Existem casos em que a regulação *stricto sensu* coexiste com uma dimensão predominante de tarefas específicas de *supervisão econômica*,

---

24 Ibidem, p. 107, e, ainda, *Annual report on competition policy developments in the Netherlands* – 2012, October, 2013.

25 MORAIS, Luís Silva, op. cit.

exigindo um grau reforçado de autonomia funcional da autoridade. Essas autoridades não podem ter seu poder de regulamentação condicionado a intervenções do Governo, assim como devem ter liberdade para realizar inspeções, mas a LQAR prevê o contrário, como já explicitado anteriormente.<sup>26</sup>

É o caso do setor financeiro, no qual a dimensão de supervisão é fundamental para evitar problemas ou riscos sistêmicos.

Na LQAR, o Banco de Portugal (BP) foi excluído da intervenção do Governo, mas a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e o Instituto de Seguros de Portugal (ISP) foram mantidos.

Por outro lado, o Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF), criado pelo Decreto-Lei n. 228/2000, alterado em 2013 pelo Decreto-Lei n. 143, com sua regulamentação específica, ao contrário da LQAR, tem garantido um exercício adequado e reforçado de atividades de supervisão macroprudencial, dirigidas ao controle do risco sistêmico, situação que após a crise financeira internacional de 2007/2009 exigiu da UE uma reestruturação da arquitetura de regulação e supervisão financeira, para evitar que novas crises possam surgir ou prejudicar os Estados-Membros, os investidores e os depositantes das instituições financeiras.

A regulação e a supervisão de instituições financeiras possui duas dimensões: a prudencial e a de controle da conduta de mercado dessas instituições. Enquanto a dimensão prudencial visa ao controle e à verificação permanentes de indicadores de equilíbrio financeiro e à identificação de riscos de gestão, a dimensão de controle da conduta do mercado é indispensável para analisar o funcionamento do setor financeiro como um todo, porque sujeito a características únicas de interligação sistêmica.<sup>27</sup>

---

26 Ibidem, p.112.

27 LASTRA, Rosa; GARICANO, Luis. *Towards a new architecture for financial stability: seven principles*. In: COTTIER, Thomas; JACKSON, John H.; LASTRA, Rosa M. (ed.). *International law in financial regulation and monetary affairs*. Estados Unidos: Oxford University Press, p. 72 e ss.

## 5. A SUPERVISÃO FINANCEIRA NA UNIÃO EUROPEIA E EM PORTUGAL

O conceito de supervisão é, não raras vezes, utilizado como sendo o mesmo de regulação, no entanto, são realidades diferentes que podem ser conceituadas separadamente.

A regulação ou regulamentação corresponde ao enquadramento normativo da atividade das instituições e do funcionamento dos mercados.

A supervisão corresponde aos “[...] poderes atribuídos às autoridades competentes com vista à verificação do cumprimento tanto das normas prudenciais e de conduta – “*maxime*” protecção dos consumidores – que vinculam aquelas, como da observância de padrões (“*standards*”) e boas práticas aplicáveis”.<sup>28</sup>

A supervisão pode ser exercida quando já estão identificados problemas ou riscos de sua ocorrência, ou pode se antecipar a esses riscos e acontecer sempre que a autoridade julgar necessário. A supervisão prudencial (que se antecipa aos fatos ou riscos) não é exercida necessariamente com base em regras jurídicas, mas sim com vistas a preservar a liquidez e a solvabilidade das instituições, visando manter a estabilidade individual e sistêmica.

Opera-se, no que se refere à atividade bancária, na recepção de depósitos, na concessão de empréstimos, nas operações e serviços financeiros em geral, nos investimentos, na comercialização de seguros, na intermediação nos mercados financeiros, nos compromissos assumidos e na prestação de garantias.<sup>29</sup>

As deficiências da Regulação e Supervisão Financeira na União Europeia foram investigadas por autoridades e técnicos altamente

---

28 PINA, Carlos Costa. *Instituições e mercados financeiros*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 142.

29 *Ibidem*, p. 143.

especializados, resultando no Relatório Larosière, publicado em 2009, um ano após a crise financeira atingir a Europa.

O relatório propôs uma ampla reforma europeia, com uma Regulação Financeira de base supranacional, mantendo, no entanto, parcela essencial da Supervisão Financeira na esfera nacional, com coordenação europeia e exigências acrescidas quanto ao Estatuto dos Supervisores nacionais.

De início, foram implementadas na UE, a partir da orientação do Relatório Larosière, duas grandes alterações: a criação do Comitê Europeu do Risco Sistêmico (CERS) e do Sistema Europeu de Supervisores Financeiros (SESF).

A atividade bancária está sujeita a diversos riscos, ligados ao crédito, ao mercado, ao câmbio e ao endividamento externo.

Os riscos de (in)solvabilidade das entidades devedoras derivam do problema da concentração do crédito em clientes individualizados, o que exige análise constante da situação financeira do cliente para mensuração do risco.

Os riscos de mercado decorrem da diversificação da atividade financeira, da realização de intermediações, das transações em valores mobiliários por conta própria e da sujeição às variações de valor dos ativos determinadas pelo jogo dos agentes que operam no mercado.

Os riscos de câmbio, por sua vez, são uma consequência da internacionalização da atividade, sujeitando-a à influência do valor da moeda na (des)valorização dos ativos de que as instituições financeiras sejam titulares. Já os riscos de posição derivam da estrutura da carteira de títulos e das relações de dependência associadas às participações em outras entidades.<sup>30</sup>

O risco sistêmico pode ocorrer quando a estabilidade do Sistema Financeiro em geral sofrer algum abalo. Vários fatores podem desestabilizar

---

30 Ibidem, p.144.

o Sistema Financeiro, tais como a falta de garantias de solvabilidade e liquidez de uma instituição, a falta de confiança por parte dos depositantes em determinada instituição, a possibilidade dessa falta de confiança em uma instituição afetar outras instituições gerando um “efeito dominó” e os riscos de informações que podem abalar a confiança dos depositantes e a estabilidade sistêmica.

Até mesmo o efeito psicológico do comportamento dos depositantes pode gerar uma situação de crise na instituição bancária, transformando-se em um risco sistêmico.

Uma crise no setor financeiro pode desencadear sérias consequências, devido às ligações que se estabelecem entre as diversas instituições, financeiras ou não. Existem empresas dependentes dos bancos, que neles concentram seus depósitos e financiam-se. Falindo o banco sem que ele possa restituir-lhes os depósitos, também as empresas podem falir, em “efeito dominó”.

O Sistema Europeu de Supervisores Financeiros (SESF) foi criado no final de 2010 com o intuito de sanar uma das falhas identificadas no Relatório Larosière, qual seja a falta de harmonização da supervisão na UE, de uma fiscalização única, interligada entre os supervisores de todos os Estados-Membros. Concebido em rede, é constituído pelos supervisores financeiros nacionais e pelas três novas Autoridades Europeias de Supervisão, que formam um comitê conjunto.

As autoridades nacionais de supervisão não perderam sua competência, ao contrário, mantêm-na no âmbito dos Estados-Membros a que estão vinculadas, realizando a supervisão diária, ou corriqueira.

As novas Autoridades Europeias de Supervisão assumem as funções dos atuais Comitês de Supervisores e recebem responsabilidades adicionais, como funções consultivas e de aconselhamento, podendo emitir orientações e recomendações para implantação de práticas mais consistentes, efetivas e eficientes dentro do Sistema Europeu de Supervisores Financeiros, para garantir uma aplicação uniforme dos normativos de regulação financeira na UE. Têm papel importante no funcionamento dos Colégios de

Supervisores Nacionais, monitorando seu funcionamento e assegurando que se obtenha dos supervisores toda a informação necessária. Têm competência para realizar verdadeiros procedimentos de mediação (*lato sensu*) entre supervisores, a seu pedido ou por sua iniciativa.

Fazem parte das Autoridades Europeias: (i) Autoridade Bancária Europeia (EBA); (ii) Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA); e, (iii) Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA).

Essas instituições não foram concebidas para serem meras Agências Europeias, mas para exercer funções mais amplas, intergovernamentais (porque os membros dos Conselhos dos Supervisores Nacionais fazem parte dos Conselhos de Supervisores dessas Autoridades Europeias) e supranacionais (quanto ao seu financiamento, escrutínio e poderes).<sup>31</sup> Possuem independência reforçada e imparcialidade, atributos que alcançam também as autoridades de supervisão financeira nacionais.<sup>32</sup>

### 5.1. A Supervisão em Portugal

Portugal, como os demais Estados-Membros da UE, está implementando um estatuto de autonomia reforçada (ou independente) das autoridades nacionais de supervisão financeira, previsto em várias Diretivas setoriais, que alcançam os vários subsetores do Sistema Financeiro

---

31 MORAIS, Luís Silva. *Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras* – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira. In: *Revista de Concorrência e Regulação*, ano V, n. 17, jan.-mar. 2014, p.124.

32 A LQAR de Portugal não está totalmente em sintonia com esses atributos, posto que aquela legislação é aplicável à generalidade das autoridades de regulação econômica e contém diversas limitações à autonomia dessas autoridades, que em princípio deveriam ter autonomia reforçada ou independência. Concordamos com a doutrina que defende que a LQAR precisa de uma revisão e de adequações porque a redução da autonomia pode gerar sérias consequências na atuação dos agentes públicos de supervisão, que estarão limitados nas suas decisões.

(banca, seguros, fundos de pensões e mercado de capitais).

A transição para o Sistema Europeu de Supervisores Financeiros melhorou muito a autonomia reforçada dos supervisores nacionais, especialmente nos subsetores segurador e de fundos de pensão, ligados ao EIOPA, e de mercados de capitais, ligados a ESMA, depois da edição dos Regulamentos UE n. 1094/2010 e n. 1095/2010, respectivamente. O supervisor bancário (Banco de Portugal), integrado no Sistema Europeu de Bancos Centrais, e por exercer cumulativamente outras funções, no plano monetário especialmente, já tinha maior autonomia.

Para que o Sistema Europeu de Supervisores Financeiros funcione é preciso comunicabilidade das exigências de autonomia reforçada, ou seja, é preciso maior independência dessas autoridades, de modo a manter a coerência de todo o Sistema Europeu.

Assim, não será possível a sujeição das autoridades de supervisão dos subsetores segurador e de fundos de pensão (ISP) e de mercado de capitais (CMVM) às limitações de autonomia previstas na LQAR, que não sendo uma lei de valor reforçado, pode ser interpretada para não produzir consequências normativas de fato àquelas autoridades, sujeitas ao ordenamento da UE, que por sua vez lhes confere total autonomia. As leis portuguesas não podem contrariar as normas da UE, em razão do princípio da coerência.<sup>33</sup>

Embora a legislação portuguesa, em muitos pontos, esteja perfeitamente de acordo com a legislação da UE, como no caso do modelo tripartido (setorial), em outros pontos está em conflito.

Dois dos pontos de conflito são a criação do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF) e a criação pela UE de um controle de risco

---

33 MORAIS, Luís Silva. *Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras* – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira. In: *Revista de Concorrência e Regulação*, ano V, n. 17, jan.-mar. 2014, p.127-128.

sistêmico no setor financeiro, por meio da supervisão macroprudencial, que deve conviver com o pilar tradicional da supervisão microprudencial.

O pilar de supervisão macroprudencial determinou uma alteração no regime do CNSF, introduzida pelo Decreto-Lei n. 143/2013, de 18 de outubro, que prevê um reforço da coordenação das três autoridades setoriais de supervisão financeira, com ampliação das funções do CNSF, especialmente nas funções consultivas para com o Banco de Portugal, reconhecido como “autoridade macro prudencial nacional” pelo Decreto-Lei n. 228/2000, art. 2º, n. 1, alterado pelo Decreto-Lei n. 143/2013.

Além da função consultiva, também recebeu o CNSF funções reforçadas de coordenação dos supervisores financeiros nacionais, o que envolve reforço dos mecanismos de “troca de informações entre as autoridades de supervisão”. E, envolve também outras articulações funcionais para “análise e avaliação adequadas e atempadas dos riscos e das independências do sistema financeiro” (conforme o Decreto-Lei n. 228/2000, alterado pelo Decreto-Lei n. 143/2013).

Os supervisores financeiros necessitam da autonomia reforçada porque a supervisão macroprudencial envolve a divulgação de alertas (ou não) acerca dos riscos financeiros que possam gerar risco sistêmico, ponderando ao mesmo tempo efeitos diversos, de curto prazo, de desestabilização do setor financeiro e da própria economia em geral que possam advir desse tipo de alerta. Por outro lado, poderá ocorrer também pressão para que tais alertas, mesmo quando necessários e recomendados, não sejam divulgados.<sup>34</sup>

O Banco de Portugal teve sua Lei Orgânica alterada (DL n. 142/2013) para lhe atribuir novas responsabilidades, nos termos da Recomendação do Comitê Europeu de Risco Sistêmico – CERS/2011/3, em razão do mandato macroprudencial para as autoridades nacionais de supervisão financeira,

---

34 Ibidem, p.130.

que exige um regime de autonomia reforçada, ou maior independência na supervisão, inclusive quanto ao ISP e a CMVM, além do CNSF.

Como se vê, a supervisão financeira desde 2000, com essa nova configuração, inclusive no plano macroprudencial, não se confunde com a regulação econômica em sentido estrito.

## **6. A UNIÃO BANCÁRIA EUROPEIA E O MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO**

A União Bancária é um sistema de Supervisão e Resolução bancárias ao nível da UE que funciona com base em regras comuns.

Seus objetivos são (i) garantir que os bancos tenham capacidade de resistir a eventuais futuras crises financeiras; (ii) evitar situações em que o dinheiro dos contribuintes seja utilizado para salvar bancos em situação de insolvência; (iii) reduzir a fragmentação do mercado harmonizando as regras do setor financeiro; (iv) reforçar a estabilidade financeira na área do euro e na UE em geral.

Foi concebida sobre três pilares fundamentais: o Mecanismo Único de Supervisão, o Mecanismo Único de Resolução e o Sistema Comum de Garantia de Depósitos.

O Mecanismo Único de Supervisão (MUS) foi implementado a partir de 4 de novembro de 2014 com o objetivo de garantir a supervisão reforçada, a segurança e a solidez do sistema bancário europeu e promover a integração e a estabilidade financeira na Europa. É um órgão supranacional de supervisão dos bancos. Seu objetivo é a supervisão prudencial das instituições de crédito na área do euro e nos Estados-Membros da UE que não pertencem à área do euro, e que escolheram aderir ao mecanismo.

Suas atribuições são: (i) supervisionar o cumprimento dos requisitos prudenciais por parte das instituições de crédito; (ii) identificar fragilidades em sua fase inicial; (iii) garantir que medidas sejam tomadas para corrigir

as fragilidades detectadas, de forma a evitar que a situação transforme-se em uma ameaça à estabilidade financeira global.

É composto pelo Banco Central Europeu (BCE) e pelas autoridades nacionais competentes dos Estados-Membros da área do euro, que atuam em cooperação. No caso de Portugal, o Banco de Portugal.

O BCE supervisiona diretamente as instituições de crédito significativas, ou que podem gerar risco sistêmico, e as autoridades nacionais competentes supervisionam as restantes instituições de crédito, com a colaboração do BCE. No entanto, o BCE tem competência para assumir, a qualquer momento, a supervisão de instituições de crédito menos significativas, se entender necessário.

O Mecanismo Único de Resolução permite a resolução de instituições sem afetar a estabilidade sistêmica e a situação financeira dos países onde estas operam. É um sistema da UE para a resolução de instituições financeiras não viáveis, com custos mínimos para os contribuintes e para a economia real.

O Sistema Comum de Garantia de Depósitos contribui para minimizar a probabilidade de ocorrerem fenômenos como a corrida aos depósitos, que, numa situação de contágio, condicionariam rapidamente a liquidez do sistema bancário.

Os três pilares da União Bancária têm como pressuposto a existência de um conjunto único de regras prudenciais (“*single rulebook*”), que poderá ser flexibilizado por motivos de política macroprudencial, sujeito à coordenação ao nível da União Europeia.<sup>35</sup>

---

35 Disponível em: <<http://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/mecanismounicosupervisao/Paginas/default.aspx>> e <<http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/banking-union/single-supervisory-mechanism/>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

## 7. A UNIÃO BANCÁRIA EUROPEIA E AS MEDIDAS PARA PREVENIR OU REGULAR NOVAS CRISES FINANCEIRAS

A criação do um Sistema Europeu de Garantia de Depósitos (SEGD) veio reforçar a União Bancária, consolidar a proteção dos depositantes, promover a estabilidade financeira e reduzir ainda mais o vínculo entre os bancos e as respectivas entidades soberanas.<sup>36</sup>

Em novembro de 2015 foi apresentada uma proposta legislativa da Comissão para assegurar a garantia dos depósitos dos cidadãos na área do euro. A proposta foi acompanhada de uma comunicação na qual se definem outras medidas para continuar a reduzir os riscos que podem afetar o sistema bancário, a serem implementadas em paralelo com os trabalhos relativos à proposta relativa ao SEGD.

O principal objetivo é enfraquecer o vínculo entre os bancos e as entidades soberanas e pôr em prática as regras acordadas, segundo as quais os contribuintes não devem ser os primeiros a pagar pelos bancos em dificuldades.

O sistema será implantado ao longo de sete anos e em três fases.

A primeira fase consistirá em um resseguro dos Sistemas de Garantia de Depósitos (SGD) nacionais participantes em um primeiro período de três anos. A segunda fase consistirá em um sistema de cosseguro para os SGD nacionais participantes em um segundo período de quatro anos. Na fase final, o que se pretenderá é ter um seguro integral para os SGD nacionais participantes em base permanente, ou seja, um Sistema Europeu de Garantia de Depósitos de pleno direito, que está previsto para 2024.

O sistema inclui uma série de salvaguardas sólidas contra o “risco moral” e a utilização inadequada, a fim de incentivar os sistemas nacionais a gerir os seus riscos potenciais de forma prudente. Os sistemas nacionais

---

36 Em Portugal, vide: <<https://www.bportugal.pt/legislacao/lei-no-23-a2015-de-26-de-marco>>.

apenas terão acesso ao SEGD se adequarem suas legislações à legislação da UE, porque será esta legislação que regerá o sistema.

Os depositantes individuais continuarão a se beneficiar do mesmo nível de proteção (100 000 EUR).

O sistema será globalmente neutro em termos de custos para o setor bancário: as contribuições dos bancos para o SEGD podem ser deduzidas das respectivas contribuições nacionais para os sistemas de garantia de depósitos. Será ponderado pelo risco.

Os bancos aos quais estiverem associados maiores riscos pagarão contribuições mais elevadas do que os bancos mais seguros, sendo esse princípio aplicado com maior intensidade à medida que o SEGD for sendo gradualmente introduzido. Os ajustamentos pelo risco serão aplicados desde o início.

O sistema será acompanhado de salvaguardas rigorosas, tais como, apenas garantirá os SGD nacionais que estiverem totalmente em conformidade com as normas da UE, serão divulgadas medidas para a redução dos riscos, serão identificadas as posições em risco dos bancos sobre entidades soberanas individuais e serão reconhecidas as diversidades existentes.

O sistema será obrigatório para os Estados-Membros da área do euro cujos bancos encontram-se atualmente abrangidos pelo Mecanismo Único de Supervisão, mas também será aberto a outros Estados-Membros da UE que pretendam aderir à União Bancária.<sup>37</sup>

O Resseguro será a primeira fase das três etapas na evolução para o SEGD. A proposta da comissão começa com uma abordagem de tipo resseguro que durará três anos, até 2020. Nessa fase os SGD nacionais apenas poderão aceder ao fundos do SEGD depois de terem esgotado todos os seus próprios recursos. Além disso, e como em todas as outras fases,

---

37 In: European Commission/Banking and Finance. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/finance/general-policy/banking-union/european-deposit-insurance-scheme/index\\_en.htm#151124](http://ec.europa.eu/finance/general-policy/banking-union/european-deposit-insurance-scheme/index_en.htm#151124)>. Consultar MEMO/15/6153. Acesso em: 22 fev. 2016.

somente poderão aceder aos fundos se estiverem em conformidade com a Diretiva *Sistemas de Garantia de Depósitos*.

Os fundos do SEGD constituirão um suplemento de fundos para os sistemas nacionais, mas apenas até um certo nível.

Existirão salvaguardas para assegurar que os sistemas nacionais apenas possam aceder ao SEGD quando tal se justifique e para fazer face ao eventual risco moral. Concretamente, os fundos do SEGD só estarão disponíveis se o Estado-Membro em causa tiver aplicado na íntegra as regras pertinentes da Diretiva SGD. Todas as utilizações dos fundos do SEGD serão controladas. Caso se constate que um sistema nacional recebeu indevidamente fundos do SEGD, esses fundos terão de ser integralmente reembolsados.

O que se pretende com a primeira fase de resseguro é o enfraquecimento do vínculo entre os bancos e as respectivas entidades soberanas. Mas, isso não é suficiente para proporcionar aos sistemas nacionais uma garantia em que possam apoiar-se e assegurar-se de que todos os pequenos depósitos na União Bancária beneficiam-se do mesmo nível de proteção. É por esse motivo que é necessária uma segunda etapa, que será o cosseguro.

Após três anos como sistema de resseguro, o SEGD tornar-se-á, em 2020, um sistema progressivamente mutualista (“cosseguro”), ainda sujeito a limites e salvaguardas adequados contra possíveis abusos.

A diferença fundamental nessa fase é que os sistemas nacionais não serão obrigados a esgotar os seus próprios fundos antes de acederem aos fundos do SEGD. O SEGD estaria disponível para contribuir com uma parte dos custos a partir do momento em que fosse necessário reembolsar os depositantes de um banco, o que introduz um grau mais elevado de partilha de riscos entre os sistemas nacionais, através do SEGD. O contributo relativo do SEGD terá início em um nível relativamente baixo (20%) e aumentará ao longo de um período de quatro anos.

A terceira fase será de garantia integral, na qual haverá o aumento gradativo da parcela de risco assumida pelo SEGD para 100%.

O SEGD garantirá integralmente os SGD nacionais a partir de 2024, ano em que estarão plenamente em vigor o Fundo Único de Resolução e as disposições da atual Diretiva SGD.

O Fundo Europeu de Garantia de Depósitos será criado desde o início e será diretamente financiado por contribuições dos bancos, ajustadas pelo risco.

A gestão do Fundo Europeu de Garantia de Depósitos será confiada ao atual Conselho Único de Resolução.

As medidas de redução do risco não se restringirão à criação e à implementação do SEGD; a Comissão irá prosseguir com um pacote completo de medidas legislativas destinadas a reduzir os riscos e a assegurar condições concorrenciais equitativas na União Bancária, com os seguintes objetivos, não exaustivos: (i) reduzir as opções e poderes discricionários nacionais na aplicação das regras prudenciais, de modo a que o Mecanismo Único de Supervisão (MUS) possa operar o mais eficazmente possível; (ii) harmonizar os SGD nacionais; (iii) legislar com vista a implementar os elementos restantes do quadro regulamentar aplicável aos bancos acordado a nível internacional, nomeadamente para limitar a alavancagem deles, garantir-lhes um financiamento estável e melhorar a comparabilidade dos ativos ponderados pelo risco, bem como permitir a aplicação, até 2019, das recomendações do Conselho de Estabilidade Financeira sobre a capacidade total de absorção de perdas para os bancos, de modo a disponibilizar aos que estiverem em dificuldades os recursos adequados sem fazer apelo aos contribuintes; (iv) aplicar as regras atuais, de modo a reduzir ao mínimo a utilização de fundos públicos para manter a solvabilidade e resiliência do setor bancário; (v) conseguir uma maior convergência das leis em matéria de insolvência, como previsto no Plano de Ação para a União dos Mercados de Capitais; e, (vi) lançar iniciativas no que diz respeito ao tratamento prudencial da exposição dos bancos ao risco soberano, como por exemplo

limitar as posições em risco dessas instituições sobre uma mesma entidade soberana com vista a assegurar a diversificação dos riscos.<sup>38</sup>

## 8. CONCLUSÃO

A crise financeira de 2008 afetou as Instituições Bancárias do mundo, atingindo especialmente os Estados Unidos, onde tudo começou, e também os países europeus, porque ou não havia regulação suficiente ou, onde havia, não funcionou a contento.

Os Bancos Centrais, as normas de regulação e os supervisores financeiros não conseguiram detectar a tempo os problemas e as atividades desenvolvidas com os derivativos que não tinham lastro suficiente para dar segurança ao Sistema Financeiro. A crise foi sistêmica porque atualmente todas as instituições financeiras do mundo estão conectadas e realizando operações comuns ou assemelhadas.

As agências de *rating* ou foram coniventes e cooptadas ou não perceberam que a crise já estava instalada. Quem financiava tais agências eram os próprios bancos.

Empresas seguradoras chegaram a garantir que os derivativos que originaram a crise eram seguros e firmaram contratos para conferir legitimidade aos negócios. Tais derivativos foram emitidos várias vezes sobre a mesma hipoteca, a qual nem poderia ter sido concedida porque os tomadores dos empréstimos não tinham condições para sua contratação.

Tudo isso ocorreu porque os economistas pregavam e defendiam que o mercado conseguia se organizar e se autocontrolar, o que não se mostrou verdadeiro.

---

38 In: European Commission/Banking and Finance. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/finance/general-policy/banking-union/european-deposit-insurance-scheme/index\\_en.htm#151124](http://ec.europa.eu/finance/general-policy/banking-union/european-deposit-insurance-scheme/index_en.htm#151124)>. 2015/11/24. Consultar MEMO/15/6153. Acesso em: 22 fev. 2016.

Por outro lado, não somente a gestão dos bancos envolvidos e afetados era temerária na ocasião, como também a contabilidade não era confiável, o que induziu em erro os supervisores mais sérios.

Para evitar que a crise sistêmica afetasse em cadeia todo o Sistema Financeiro bancário e de seguros, os governos socorreram os bancos e as seguradoras, contrariando a máxima do autocontrole e do capitalismo, porque muitos foram salvos da falência e seus CEOs foram bem remunerados, enquanto os depositantes e investidores perderam seus recursos.

A União Europeia, logo que percebeu a crise e sua gravidade, providenciou estudos que resultaram no Relatório Larosière, apontando os motivos, as falhas e as sugestões de alterações na regulação e na supervisão.

Reforçada a regulação, a supervisão tornou-se integrada entre os países da União, e assim os supervisores passaram a atuar em países diversos de sua origem, garantindo autonomia.

A contabilidade das instituições financeiras foi reforçada na sua normatização e quanto à segurança dos dados.

Foi criado um Fundo Europeu de Garantia de Depósitos, ainda em construção, para garantir os depositantes e investidores, financiado pelos próprios bancos, de acordo com o risco que representam.

Foi criado o Mecanismo Único de Resolução dos Bancos.

Todas essas medidas e outras mais que foram detalhadas neste estudo visam conferir maior segurança ao Sistema Financeiro e evitar o risco sistêmico que prejudica tanto as pessoas que confiam seus recursos às instituições financeiras quanto os governos que, tendo que socorrê-las, deixam de investir em serviços públicos aos cidadãos.

Tais medidas são necessárias também no Brasil, que inserido no sistema bancário mundial, está sujeito aos riscos que afetaram os Estados Unidos e a Europa, pois crises como a de 2008 podem voltar a ocorrer, apesar dos ajustes já realizados, ante o dinamismo do mercado financeiro e a impossibilidade de evitar que gestões temerárias continuem ocorrendo.

No Brasil, também precisamos de reforço na regulação e na supervisão financeira, porque nosso país é continental e uma crise pode nos afetar profundamente.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADALET, Müge McGowan. *Overcoming the banking crisis in Ireland*. In: OECD Economics Department Working Paper, n. 907, 22 nov. 2011.

ARNSPERGER, Christian; PARIJS, Philippe Van. *Ética econômica e social*. Tradução de António Joaquim Esteves e Conceição Soares. Paris: Éditions La Découverte & Syros, 2003; Porto: Edições Afrontamento, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

CHANG, Ha-Joon. *Economia: Guia do utilizador*. Tradução de Luís Santos. Revisão científica de Mário Centeno e Álvaro Novo. Lisboa: Clube do Autor, 2014.

CONTI, José Maurício. *Levando o direito financeiro a sério: a luta continua*. São Paulo: Blucher, 2016.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Manual de direito bancário*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

FARHI, Maryse. *Crise financeira e reformas da supervisão e regulação*. In: Textos para discussão IPEA, n. 1581. Brasília, 2011.

FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia – introdução e perspectiva geral. In: *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Lisboa: Almedina, 2009.

FRANCO, António Luciano de Sousa. *Finanças públicas e direito financeiro*, v. I, 4. ed., 7 reim. Coimbra: Almedina.

HONOHAN, Patrick. *Resolving Ireland's banking crisis*. Trinity College Dublin and CEPR, The Economic and Social Review, v. 40, n. 2, pp. 207-231, 2009.

LASTRA, Rosa, GARICANO, Luis. Towards a new architecture for financial stability: Seven principles. In: COTTIER, Thomas; JACKSON, John H.; LASTRA, Rosa M. (ed.). *Internacional Law in financial regulation and monetary affairs*. Oxford University Press, 2012.

LIMA, Cláudia Raphaela Cova de. *A crise bancária irlandesa de 2008/2011*. Dissertação (Mestrado em Finanças e Economia Empresarial) – Escola de Pós-Graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro, 2012.

MORAIS, Luís Silva. *Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras* – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira. In: *Revista de Concorrência e Regulação*, ano V, n. 17, jan.-mar. 2014.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. 1. ed. Lisboa: Almedina, 1997.

PINA, Carlos Costa. *Instituições e mercados financeiros*. Coimbra: Almedina, 2005.

REGLING, Klaus; WATSON, Maxwell. *A preliminary report on the sources of Ireland's banking crisis*. Dublin: Government Publications Office, 2010.

## Estado e Direito entre cativos e cidadãos<sup>1</sup>

### *State and Law between captives and citizens*

*Luiz Edson Fachin<sup>2</sup>*

*Fernanda Bernardo Gonçalves<sup>3</sup>*

*“Senhor Deus dos desgraçados!  
Dizei-me vós, senhor Deus,  
Se eu deliro... ou se é verdade  
Tanto horror perante os céus?!...  
Ó mar, por que não apagas,  
Co’a esponja de tuas vagas  
Do teu manto este borrão?...”  
(O Navio Negreiro, Castro Alves)*

---

1 Artigo publicado em: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando Maluf; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coord.) *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 93-110.

2 Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

3 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Procuradora do Estado do Paraná. Assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal.

**RESUMO:** O artigo traz um resgate histórico dos povos escravizados, excluídos socialmente após a abolição da escravatura, e analisa-os frente ao instituto da cidadania dos estados democráticos a partir do século XX. Para tanto, demonstra-se o processo de reconquista do estatuto de humano desde a Lei Áurea de 1888 à Constituição Federal de 1988, destacando-se o papel das supremas cortes na busca pela igualdade para todos, independentemente de raça ou cor, e do debate quanto ao exercício das liberdades positiva e negativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** cidadania; escravidão; racismo; Constituição de 1988; abolição da escravatura.

**ABSTRACT:** This article intends to make a historical rescue of the slaves community, socially excluded after the abolition, and analyzes them in front of the citizenship institute of democratic states from the 20th century on. It aims to demonstrate the process of regaining human status since the Áurea Law of 1888 to the Federal Constitution of 1988, highlighting the role of the supreme courts in the search for equal conditions to everyone, no matter their race or color, and the debate on the exercise of positive and negative freedoms.

**KEYWORDS:** citizenship; slavery; racism; 1988 Constitution; abolition.

## **1. NOTA DE ENTRADA**

Desafio íngreme que se tem ao verter em palavras incursões sobre aspectos históricos que nuançam ou não raro caracterizam mesmo tempos de barbarismo é o de evitar reducionismos e enredos meramente retóricos. Por isso, as primeiras observações, neste singelo texto de anseios tão-só acadêmicos, estão adstritas a um percurso contido em elementos já conhecidos, e desse modo almejam obstar capturas de fenômenos históricos amortizados a experiências ou a instituições que integraram uma dada ordem social. Intenta, unicamente, situar-se num arco que

pode haurir o conceito que, na estação contemporânea, elevou a direito fundamental o alçar-se à cidadania, o que é incompatível com qualquer forma de aniquilamento, de *Versachlichung* ou “reificação”, de trabalho escravo, e também com prisões degradantes ou com banimentos.

Está situado, de tal forma, no campo do discurso e da prática da normatividade; não se guia por discernimentos morais subjetivos nem protagoniza despreocupação com imparcialidade. A narrativa, assim metodologicamente concebida, vigia a si mesma para não perpetrar mais injustiça sob as vestes teóricas de algo *serviável*, obsequioso ao cultivo do objeto e do encolher os ombros aos fatos.

Eis a razão pela qual o pilar inicial deste estudo procura captar aqueles que foram excluídos pela escravidão do *mundo dos sujeitos*, reduzidos à *coisa*, a objeto sob valor (como propriedade) ou sob preço (como instrumento de trabalho). Essa *morte* mais que civil deportou pessoas, sem liberdade, sem direitos políticos, transformando-os numa legião de pertences. O processo de reconquista do estatuto humano repta a refletir sobre o que, a rigor, é irrepresentável discursivamente, comendo, nada obstante, o sentido de humanidade possível, até porque “estamos sempre a caminho de ser”<sup>4</sup>.

Longe da força poética vibrante em Castro Alves, o essencial do que segue presta homenagem ao código normativo constitucional brasileiro que, em 1988, abriu portas para essa dimensão que realiza inclusões e rechaça exclusões.

Nesta narrativa, percorre-se, mediante juízo de realidade, fato e ideias sobre um tema de indiscutível relevo, ao longo dos séculos. Trata-se da questão da cidadania, que ocupa a teoria política e os estudos jurídicos. De fato, saber quem figura como detentor dos direitos reconhecidos, e em

---

4 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; WYKROTA, Leonardo Martins. *Nos corredores do direito*. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (coord.). (O) outro (e) (o) Direito. v.1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 27.

que medida seu exercício está assegurado, faz parte das teorizações dos mais diversos pensadores.

Sem exageros, desde Aristóteles, passando pelos clássicos como Hobbes, Rousseau, Stuart Mill, Tocqueville, Benjamin Constant, já se problematizou a temática dos direitos inatos àqueles que fossem reconhecidos como integrantes da comunidade política, bem como acerca da origem do poder exercido pelos governantes e da possibilidade de interferência de pessoas previamente reconhecidas como capazes de participar do exercício desse poder sobre os demais.

Sumariando essas preocupações, na perspectiva que esta narrativa toma, sem exclusão de outros baldrames filosóficos diversos ou até mesmo antagônicos, toma-se o que escreveu Isaiah BERLIN, autor que se insere já numa perspectiva liberal no século XX, no artigo *Two concepts of liberty*, ao traduzir a diferenciação entre a *liberdade negativa*, caracterizadora da modernidade liberal, e a *liberdade positiva*, que impele à participação política das pessoas. Berlin retoma a conhecida distinção já realizada por Benjamin Constant entre a liberdade dos antigos – como Rousseau a defendia sob a necessidade de autogoverno pelos cidadãos<sup>5</sup> – e a liberdade dos modernos – aquela que os liberta da indevida invasão estatal em suas vidas mediante a proteção e a defesa dos direitos individuais<sup>6</sup>.

---

5 BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty*. In: Four essays on liberty. London: Oxford Paperbacks, 1969, p. 131: “The ‘positive’ sense of the word ‘liberty derives from the wish on the part of individual to be his own master. I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men’s acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody; a doer – deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave, incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realizing them”.

6 Ibidem, p. 122: “I am normally said to be free to the degree to which no man or body of

Esse embate entre as chamadas liberdade negativa e liberdade positiva vem sendo o ponto central dos muitos teóricos que estudam a questão da cidadania, os quais propõem diferentes soluções ou mesmo composições temporárias a esse conflito.

Muito já se controverteu em alusão à trajetória da cidadania; uma questão quiçá mereça atenção ainda maior: a demanda dentro das sociedades ocidentais, inclusive depois que se tornaram democráticas. De fato, a escravidão de povos negros africanos fez-se presente em toda a Europa e em suas colônias americanas. No entanto, mesmo após a progressiva abolição da escravatura nesses países, a cidadania plena dos negros viu-se condicionada a obstáculos, muitos deles contidos em leis e em entendimentos jurisprudenciais.

No Brasil, a dificuldade em assegurar a negros e pardos a igualdade plena no exercício de todo o plexo de direitos assegurados à condição de cidadão brasileiro também se fez presente. A Lei Áurea de 13 de maio de 1888 não foi suficiente para incluir os negros como partícipes ativos da sociedade política da época, e mesmo após a Constituição da República de 05 de outubro de 1988, persistem desafios na busca por essa igualdade material.

No presente artigo, esse é o fio condutor da narrativa que segue: as questões acerca do exercício tanto da chamada liberdade negativa – aquela que diz respeito à área de preservação de uma individualidade posta à salvo da interferência estatal – quanto da denominada liberdade positiva – referente aos direitos de participação política na comunidade – não se situaram da mesma forma que em relação à população livre, ante o fato da escravidão.

---

men interferes with my activity. Political liberty in this sense is simply the area within which a man can act unobstructed by others. If I am prevented by others from doing what I could otherwise do, I am to that degree unfree; and if this area is contracted by other men beyond a certain minimum, I can be described as being coerced, or, it may be, enslaved.”.

Desde logo, afirma-se que houve um papel assumido pelo Direito nesse longo caminho em busca da cidadania plena a todos aqueles considerados formalmente aptos a exercê-la, entretanto faticamente tolhidos tanto no gozo desses direitos fundamentais, como na participação nos destinos da comunidade política à qual passaram a pertencer após a abolição.

Principiaremos a análise sob um olhar à experiência norte-americana, a fim de diferenciar a forma como aquela sociedade política, por meio de suas instituições jurídicas, lidou com a questão da escravidão dos negros e com a abolição da escravatura, bem como com a problemática da garantia da cidadania aos afro-americanos por meio da teoria do *separate but equal*.

A seguir, abre-se um tópico para analisar de que maneira a nossa sociedade política tratou de semelhante tema, desde as circunstâncias que resultaram na assinatura da Lei Áurea em 1888, até os desdobramentos da luta por reconhecimento pelos movimentos negros no Brasil.

Num terceiro momento, analisa-se a tarefa emancipatória à qual se alçou nosso regime constitucional vigente, concretizada por meio de diversos compromissos internacionais e leis internas, bem como de importantes decisões do Supremo Tribunal Federal para garantir condições de exercício de cidadania.

## **2. ELEMENTOS SOBRE A EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

Nos Estados Unidos, assim como no Brasil, a escravidão dos negros ocorreu, deixada como herança da colonização britânica e praticada efetivamente nos chamados Estados do Sul, nos quais a economia dependia fortemente da produção de insumos agrícolas que tinham a mão de obra escravizada como base da produção.

A organização política das treze ex-colônias, declaradas independentes da Inglaterra em 1776, ressaltava as competências amplas dos agora treze Estados, unidos por um poder central com atributos

reduzidos, situação que teve grande influência no tratamento da questão dos escravos naquele país.

Se, por um lado, é certo que a Constituição aprovada em 1787 não autenticava expressamente a escravidão nos Estados Unidos<sup>7</sup>, de outra parte, ela não a proibia e reconhecia, em alguns de seus artigos, a existência de escravos no território norte-americano. Como descreve Gilberto BERCOVICI:

Uma série de compromissos firmados entre os convencionais da Filadélfia fizeram com que a escravidão fosse protegida constitucionalmente por vários dispositivos inseridos no texto, limitando, inclusive, os poderes da União, mas sem ser jamais mencionada explicitamente. Apesar de a Constituição norte-americana não a mencionar diretamente, a “*peculiar institution*” da escravidão perpassa todo o texto (Waldstreicher, 2009, pp. 57-105).

Um exemplo é a chamada “cláusula dos três quintos”, prevista no artigo I, seção 2, que trata da representação dos Estados no Congresso Nacional. Segundo o texto constitucional de 1787, o número de representantes por Estado na Câmara dos Deputados, assim como a eventual tributação direta por parte da União, seria calculado a partir do número de pessoas livres, incluindo os vinculados a serviços compulsórios (como servidão) e mais três quintos de “*all other persons*”, excluindo-se os índios. “*All other persons*” eram os escravos, obviamente. A Constituição de 1787, portanto, não apenas admitia a existência de pessoas que não fossem livres, como beneficiava os proprietários de escravos e os Estados escravocratas, pois teriam um número maior de representantes, contabilizados também a partir de três quintos do número total de escravos. Outro dispositivo constitucional também vinculado à preservação da escravidão foi o da restrição imposta ao poder do Congresso Nacional de regular o comércio com outras nações e entre os Estados. De acordo com o artigo I, seção 9, o Congresso não poderia legislar sobre ou restringir

---

7 Nesse sentido, cf. SUNSTEIN, Cass R. *Dred Scott v. Sandford and its legacy*. In: GEORGE, Robert P. (ed). *Great cases in Constitutional Law*. Princeton University Press: Princeton, 1997, p. 65: “Let me now identify the great myths involving *Dred Scott*. The first and perhaps most important one was created by the *Dred Scott* case itself: The myth is that the original Constitution protected, supported, and entrenched slavery. On this view, the Constitution was emphatically pro-slavery. As a legal matter, this is a myth in the simple sense that it is false: the Constitution does not support or entrench slavery.”

a importação de pessoas (leia-se: o tráfico de escravos) por um prazo de vinte anos, ou seja, até 1808 (Fehrenbacher, 2005, pp. 28-47; Waldstreicher, 2009, pp. 3-10).<sup>8</sup>

Daí se depreende que, a despeito da ausência de previsão expressa autorizando a escravidão no texto constitucional original norte-americano, a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao interpretá-lo, conferiu diversas decisões no sentido de manter intacto o regime escravocrata nos Estados nos quais ele existia, tendo, no mais rumoroso desses casos, negado a cidadania a todos os negros e seus descendentes no território dos Estados Unidos.

Trata-se da decisão proferida pela Corte no Caso *Dred Scott v. Sandford* – 60 U.S. 393 (1856). Dred Scott era um escravo que pertencia ao Dr. Emerson, médico do Exército que residia no Estado do Missouri, no qual a escravidão era legal. Em razão do trabalho, mudou-se para o Estado do Illinois, e posteriormente para o território de Minnesota, e em ambos a escravidão era proibida. Retornando posteriormente ao Estado do Missouri com o proprietário, e agora já casado e com duas filhas, Dred Scott requereu judicialmente sua liberdade, com base em legislação federal que vedava a escravidão nos territórios federais, bem como no entendimento de que o ingresso de um escravo em território livre consistiria em sua libertação dessa condição.

Tendo intentado a demanda primeiramente em face de seu proprietário, teve a decisão favorável reformada por uma corte superior estadual, ingressando novamente com a ação perante uma corte federal, tendo sua pretensão denegada uma vez mais, chegando o caso à decisão da Suprema Corte.

No ano de 1853, a Corte chega a uma decisão por maioria, com dois votos dissidentes, no sentido de que um negro não poderia ostentar a condição de cidadão no território dos Estados Unidos, pois esta não fora a vontade dos constituintes, não tendo direito sequer a peticionar perante uma corte federal.

---

8 BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição invertida: a Suprema Corte americana no combate à ampliação da democracia*. Revista Lua Nova, São Paulo, n. 89, 2013, p. 115-117.

O voto do *Chief Justice* Roger Taney deixa explícita essa orientação:

The question is simply this: Can a negro, whose ancestors were imported into this country, and sold as slaves, become a member of the political community formed and brought into the existence by the Constitution of the United States, and as such become entitled to all the rights, and privileges, and immunities, guaranteed by that instrument to the citizen? One of which rights is the privilege of suing in a court of the United States in the cases specified in the Constitution.

(...)

The words “people of the United States” and “citizens” are synonymous terms, and means the same thing. They both describe the political body who, according to our republican institutions, form the sovereignty, and who hold the power and conduct the Government through their representatives. They are what we familiarly call the “sovereign people”, and every citizen is one of this people, and a constituent member of this sovereignty. The question before us is, whether the class of persons described in the plea abatement, compose a portion of this people, and are constituent members of this sovereignty? We think they are not, and that they are not included, and were not intended to be included, under the word “citizens” in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States. On the contrary, they were at the time considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges, but such as those who held the power and the Government might choose to grant them<sup>9</sup>.

Essa decisão enquadra-se à realidade escravista e de defesa do direito de propriedade vigente à época, dentro da qual se incluía o direito a possuir escravos.

Nada obstante, com a Guerra Civil que eclodiu entre os Estados escravistas do Sul, que pretendiam obter a secessão em face do governo da União, e os Estados livres do Norte, que permaneciam leais ao governo federal, entre os anos de 1861 e 1865, a vitória da União trouxe como uma de

---

9 60 U.S. 393 (1856).

suas primeiras consequências a abolição da escravatura em todo o território norte-americano, por meio da Décima Terceira Emenda à Constituição, ratificada já em 1865. Por sua vez, a Décima Quarta Emenda, dentre outras disposições, conferiu a cidadania a todos aqueles nascidos nos Estados, aí incluídos os ex-escravos e seus descendentes, tendo sido ratificada pelos governos estaduais em 1868, e sepultando o entendimento firmado pela Suprema Corte no caso *Dred Scott*<sup>10</sup>. Finalmente, em 1870 foi ratificada a Décima Quinta Emenda, atribuindo o direito de voto a todos os cidadãos, sem discriminação de raça ou cor, ou pela prévia condição de servidão.

As referidas emendas constitucionais representaram um enorme avanço no sentido da atribuição da cidadania formal aos negros, o primeiro passo ao exercício pleno dos direitos inerentes à essa condição. Nada obstante, por si sós, não asseguraram a modificação das condições materiais necessárias à equiparação entre os brancos naquele País, que sempre foram livres, e os ex-escravos e seus descendentes. Ademais, os juízes da Suprema Corte, apegados a uma interpretação originalista do texto constitucional, permaneciam dificultando à população negra a obtenção de uma igualdade real em relação à população branca.

Esse entendimento deduz-se do julgado da Corte no Caso *Plessy v. Ferguson* – 163 U.S. 537 (1896) – no qual a doutrina do *separate but equal* foi consagrada como constitucional pelos juízes da Suprema Corte. No caso, Homer Plessy, um cidadão de origem afro-americana, comprou uma passagem de trem num vagão de primeira classe no Estado de Louisiana, mas antes de iniciar a viagem foi convidado a mudar de vagão pelo condutor do

---

10 Amendment XIV: Section 1. “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state therein they reside. No state shall make or enforce any law, which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor to deny any person within its jurisdiction the equal protector of the laws.”

trem, pois aquele era um vagão destinado exclusivamente a pessoas brancas.

No julgamento do caso, nos termos da *opinion* proferida pelo Justice J. Brown, a legislação do Estado da Louisiana, ao determinar a segregação dos negros em vagões ou outros estabelecimentos, dos brancos, não violava a Décima Quarta Emenda, uma vez que os mesmos serviços eram prestados a todas as pessoas, ressaltando-se que, ausente a contrariedade ao texto constitucional, não havia autorização para que o Congresso pudesse invalidar uma lei estadual que regulava, a sua maneira, a alegada equiparação entre as raças<sup>11</sup>.

Em outras decisões posteriores, essa posição foi reforçada, mas gradualmente inicia-se um questionamento acerca dessa igualdade que determina a separação das raças sob o argumento de que a convivência poderia gerar danos sociais irreparáveis.

No campo da educação pública surge o caso que irá determinar a revisão de entendimento da Suprema Corte, já em 1952, questionando a separação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas ensejada por meio de leis estaduais, ao argumento dos efeitos deletérios que a segregação patrocinada institucionalmente causa nas crianças e jovens negros, levando ao sentimento de inferioridade e ao rebaixamento no

---

11 Da referida *opinion*, extrai-se o seguinte excerto: “So far, then, as a conflict with the Fourteenth Amendment is concerned, the case reduces itself to the question whether the statute of Louisiana is a reasonable regulation, and, with respect to this, there must necessarily be a large discretion on the part of the legislature. In determining the question of reasonableness, it is at liberty to act with reference to the established usages, customs, and traditions of the people, and with a view to the promotion of their comfort and the preservation of the public peace and good order. Gauged by this standard, we cannot say that a law which authorizes or even requires the separation of the two races in public conveyances is unreasonable, or more obnoxious to the Fourteenth Amendment than the acts of Congress requiring separate schools for colored children in the District of Columbia, the constitutionality of which does not seem to have been questioned, or the corresponding acts of state legislatures”.

*status* social dessas pessoas, situação que estaria em desacordo com os ditames da Décima Quarta Emenda.

Trata-se do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* – 347 U.S. 483 (1954) – cuja decisão foi a responsável pelo *overruling* da decisão do caso *Plessy*, consignando a inconstitucionalidade do tratamento sectário conferido aos negros pelos Estados norte-americanos. Em verdade, a decisão prolatada nesse caso pelo *Chief Justice* Earl Warren aplicou-se a outros quatro casos, envolvendo a mesma questão de fundo, qual seja, a contrariedade ao tratamento igualitário por meio da separação entre escolas para negros e escolas para brancos.

Ainda no ano de 1952 começaram as audiências para julgamento dos casos, determinando a Corte no ano de 1953 a realização de novas audiências com os representantes das partes, a fim de que respondessem a questões previamente formuladas sobre as origens e o alcance da citada Emenda constitucional. Em maio de 1954, o *Justice* Warren – nomeado no curso do processamento dos feitos – prolatou a decisão unânime dos juízes e, ressaltando a relevância do serviço público de educação, declarou a inaplicabilidade da teoria do *separate but equal* aos casos analisados:

We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other “tangible” factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does.

(...)

We conclude that, in the field of public education, the doctrine of “separate but equal” does not take place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore we hold the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment.<sup>12</sup>

---

12 347 U.S. 483 (1954).

Referida decisão, umas das mais importantes da história norte-americana, representou o maior questionamento de uma política institucionalizada de discriminação racial, que por décadas foi aceita pela Corte, a despeito das evidências históricas de perpetuação da condição de inferioridade dos negros naquele país. Se, por um lado, a transformação social necessária demanda mais que decisões da Suprema Corte para ser atingida<sup>13</sup> – haja vista os recentes protestos nos Estados Unidos contra o contínuo assassinato de jovens negros pela polícia –, não há dúvidas de que a conclusão do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* insere-se no contexto de luta do movimento negro do país, que desaguou na assinatura, em 1964, do *Civil Rights Act*, e em 1965 do *Voting Rights Act*, a proibir a discriminação racial no solo norte-americano e assegurar o direito de voto aos afro-americanos, resultado de contínuas lutas dos negros pelos direitos de cidadania naquele país, capitaneados por nomes como Martin Luther King.

### 3. O BRASIL EM MEIO A HERANÇAS

A escravidão também quebrou o Brasil, iniciando-se quando ele ainda era colônia de Portugal e perdurando até o final do Império, perfazendo um período de quase quatrocentos anos, tendo sido o país um dos últimos do Ocidente a abolir a prática.

---

13 Nesse sentido, ver MALTZ, Earl. *Brown v. Board of Education and Originalism*. In: GEORGE, Robert P., op. cit., p. 159: “Despite this innovations, the practical impact of *Brown* and its progeny on educational opportunities for African Americans has been less profound than some might have hoped. More than forty years after the decision, many African Americans continue to be educated in schools that are segregated in face if not by law, many of which are chronically underfunded and neste by problemas of violence and poverty”.

José Murilo de CARVALHO bem ensarta a dimensão do problema no que se refere à temática específica da cidadania:

O fator mais negativo para a cidadania foi a escravidão.

Os escravos começaram a ser importados na segunda metade do século XVI. A importação continuou ininterrupta até 1850, 28 anos após a independência. Calcula-se que até 1822 tenham sido introduzidos na colônia cerca de 3 milhões de escravos. Na época da independência, numa população de cerca de 5 milhões, incluindo uns 800 mil índios, havia mais de 1 milhão de escravos. Embora concentrados nas áreas de grande agricultura exportadora e de mineração, havia escravos em todas as atividades, inclusive urbanas. Nas cidades eles exerciam várias tarefas dentro das casas e na rua. Nas casas, as escravas faziam o serviço doméstico, amamentavam os filhos das senhas, satisfaziam a concupiscência dos senhores. Os filhos dos escravos faziam pequenos trabalhos e serviam de montaria nos brinquedos dos sinhozinhos. Na rua, trabalhavam para os senhores ou eram por eles alugados. Em muitos casos, eram a única fonte de renda de viúvas. Trabalhavam de carregadores, vendedores, artesãos, barbeiros, prostitutas.

Alguns eram alugados para mendigar. Toda pessoa com algum recurso possuía um ou mais escravos. O Estado, os funcionários públicos, as ordens religiosas, os padres, todos eram proprietários de escravos. Era tão grande a força da escravidão que os próprios libertos, uma vez livres, adquiriam escravos. A escravidão penetrava em todas as classes, em todos os lugares, em todos os desvãos da sociedade: a sociedade colonial era escravista de alto a baixo.<sup>14</sup>

Os portugueses já traficavam escravos de suas colônias portuguesas antes da divisada do território brasileiro, e diante da dificuldade de escravização dos indígenas que aqui viviam, teve início o transporte dos escravos vindos da África para trabalhar nas lavouras exportadoras.

Com a independência do Brasil em 1822, a prática da escravidão não se modificou no país, ainda que nenhuma lei do novo governo imperial

---

14 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 22.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 25-26.

a tenha estabelecido expressamente<sup>15</sup>. Nem mesmo a Constituição do Império de 1824 previa expressamente a existência autorizada de escravos no Brasil<sup>16</sup>, contudo, a escravidão e o tráfico continuaram a existir como base da economia nacional.

A Carta de 1824 também excluía os escravos da condição de cidadãos brasileiros, uma vez que em seu artigo 6, inciso I, confere esse *status* apenas aos ingênuos e libertos nascidos no Brasil. Estabelecia, ainda, o voto censitário, ao exigir determinada quantia de renda líquida para o exercício do voto e outra maior para o exercício dos mandatos de deputados e senadores, afastando os mais pobres e, obviamente, os escravos, do direito de escolher seus representantes e de participar do governo, consagrando assim o direito de propriedade como direito máximo tutelado pelo texto constitucional. É relevante mencionar, ainda, que o artigo 94, inciso I, vedava o direito de voto aos libertos, tornando a prerrogativa de eleição de representantes exclusiva à maioria branca.

---

15 Nesse sentido, ver PENA, Eduardo Spiller. *Pajens da casa imperial: juriconsultos, escravidão e a lei de 1871*. Campinas: Editora da Unicamp, 2001. O autor demonstra a existência de lacunas no ordenamento jurídico brasileiro imperial no que tange às questões derivadas da escravidão dos negros em nosso país, utilizando-se os juriconsultos pátrios, o Direito Romano, as ordenações portuguesas e mesmo os Códigos recém-promulgados nos países europeus, para colmatá-las e influenciar as decisões à época.

16 Nesse sentido, cf. ANDRADE, Bruno; FERNANDES, Bruno Diniz; CARLI, Caetano de. *O fim do escravismo e o escravo sem fim – colonialidade, direito e emancipação social no Brasil*. Revista Direito & Práxis, Rio de Janeiro, v. 16, n. 10, 2015, p. 567-568: “Às sustentações do escravismo no direito oitocentista brasileiro partem da premissa, na constituição de 1824, do direito à propriedade. Mesmo considerando o cativo uma propriedade, o sistema jurídico teve que se debruçar, principalmente em escala local, com uma série de fatores particulares que representavam a instituição de direitos reduzidos aos cativos. A inclusão de pequenos mecanismos, tendo em vista regular a relação senhor e escravo sob um regime mínimo de humanidade, partia do medo de uma haitinização do regime escravocrata brasileiro. [...] A escravidão não era institucionalizada diretamente na carta constitucional brasileira, mas sim indiretamente, através do direito à propriedade”.

Ao contrário do que ocorrera nos Estados Unidos, o caminho até a abolição completa da escravatura teve decisiva influência externa, capitaneada pela proibição ao tráfico negreiro pela Inglaterra, somada aos movimentos abolicionistas nacionais influenciados pelos ideais republicanos que vinham da Europa.

A primeira lei que pretendeu combater o tráfico de escravos no país data de 1831, mas como mesmo em sua vigência os escravos continuaram sendo trazidos ao Brasil, foi promulgada a Lei Eusébio de Queiroz, no ano de 1850, para dar fim à entrada de negros a serem escravizados no território brasileiro.

Outras duas leis se seguiram, como a Lei do Ventre Livre, de 1871, que previu a liberdade aos filhos de escravos nascidos após a data de promulgação da lei, além de possibilitar a aquisição da própria liberdade pelo cativo mediante o pagamento de uma soma em dinheiro e de estabelecer a obrigatoriedade de que o proprietário efetuasse a matrícula do escravo<sup>17</sup>. Posteriormente, veio a lume a Lei Saraiva-Cotegipe ou Lei dos Sexagenários, de 1885, que libertou os escravos maiores de sessenta anos de idade.

Referidas leis consistiram no paulatino resultado de lutas dos escravos e libertos pela obtenção de alforria ao maior número possível de escravizados. Como bem ressaltou Eduardo Spiller PENA:

Ao lado das reações mais violentas, toda uma rede de atitudes e estratégias de negociação, que abarcou até o âmbito público da segurança e da lei imperiais, foi tecida pelos escravos na defesa do que consideravam ser os seus direitos. Dessa maneira, além dos assassinatos, os roubos, a organização dos quilombos, o cultivo das roças autônomas, o tempo livre para a caça e a pesca, as “fugas reivindicatórias” (para as igrejas, no período colonial, e para as delegacias de polícia, a partir de meados do século XIX), os processos jurídicos em defesa da liberdade e outras evidências vêm sendo sistematicamente levantados e analisados

---

17 Ver SÁ, Gabriela Barreto de. *História do Direito no Brasil, escravidão e arquivos judiciais: análise da ação de liberdade de Anacleta*. Justiça & História, v. 10, n. 19-20, p. 81-82.

pelos historiadores, mostrando ter havido um espaço de autonomia e ação por parte dos escravos e libertos na defesa de costumes e direitos alcançados, diante das exigências desmedidas ou da defesa intransigente do direito de propriedade por parte dos senhores.<sup>18</sup>

Por um lado, é fato que a aplicação de referidas leis encontrava na força do direito de domínio daqueles que dispenderam montantes pelos escravos um contraponto de grande relevância<sup>19</sup>. Contudo, é interessante ressaltar que, de outra parte, esse arcabouço legal acabou por se tornar fundamento para as chamadas ações civis de liberdade, intentadas pelos negros a fim de obter, judicialmente, sua libertação.

---

18 PENA, Eduardo Spiller, op. cit., p. 27.

19 Cf. CASTRO, Alexandre de; VASCONCELLOS JÚNIOR, Antonio. *Cidadania negra: entre o jurídico e o sociológico*. Educação em Revista, Marília, v. 11, n. 1, jan.-jun. 2010, p. 70-71: “Contudo, a campanha abolicionista não cessou com o fim do tráfico, continuando no plano interno. As propostas de erradicação da escravidão de uma só vez não prosperaram: a estratégia foi de uma abolição da escravidão que permitisse a viabilização de interesses dos senhores proprietários, [...] que o processo de emancipação fosse lentamente encaminhado. [...]” (MENDONÇA, 1999, p. 291).

Essa estratégia seguiu com a Lei do Ventre Livre, de setembro de 1871 [...]. Tal lei continha em si um problema a ser resolvido, com respeito a esses filhos livres. Quem cuidaria do recém-liberto, já que sua genitora continuava na condição de escrava? A solução foi colocar [...] As crianças [...] sob o domínio exclusivo dos senhores de suas mães e obrigadas a prestar-lhes serviços até aos 21 anos [...]” (MENDONÇA, 1999, p. 102).

Para a definitiva erradicação do trabalho servil e a conquista da liberdade, por parte dos escravos, ainda faltava remover o empecilho desse tipo de trabalho, que se agarrava a um argumento do direito romano. [...]

O projeto vencedor, transformado em lei em setembro de 1885, resolveu a querela da propriedade contida na Constituição, prevendo uma indenização ao [...] fazendeiro que quisesse substituir o trabalho escravo pelo livre [...]” (QUEIROZ, 1999, p. 71), ou obrigando os escravos com mais de sessenta anos a prestar serviços gratuitamente aos seus senhores, como forma de indenização de sua futura alforria, até completarem os sessenta e cinco anos.”.

## Nas palavras de Gabriela Barreto de SÁ:

A vigência das Ordenações Filipinas e a ausência de legislação que regulasse a matéria de modo satisfatório possibilitavam as brechas legais que favoreciam as ações cíveis de liberdade. Vários foram os fundamentos jurídicos utilizados para respaldar tais ações. Dentre os tipos de ações mais recorrentes, destacamos as que apresentavam os seguintes fundamentos: tráfico ilegal; liberdade mediante pecúlio; fundo de emancipação; ausência de matrícula; manutenção da liberdade. Importante destacar que os referidos argumentos guardavam relação com as diversas leis referentes à escravidão, editadas no século XIX, mais notadamente a partir da década de cinquenta, com o crescimento do número de simpatizantes à causa abolicionista.<sup>20</sup>

Em 13 de maio de 1888, a Princesa Isabel assina a Lei Áurea, cujo artigo primeiro declara abolida a escravidão no Brasil, e o artigo segundo revoga as disposições em sentido contrário. A singeleza de referidas disposições encerra formalmente o ciclo da negação de dignidade aos negros escravizados no país, mas não teve o condão de extinguir as condições que dificultariam o exercício da cidadania plena aos agora ex-escravos.

Se, de uma parte, ao contrário do que aparentemente ocorreu nos Estados Unidos, o Estado brasileiro jamais editou leis institucionalizando um tratamento sectário aos negros e mulatos, por outro lado, o preconceito racial levou à segregação social dos ex-escravos.

Com a Proclamação da República no ano seguinte, a Constituição de 1891, ao abolir o voto censitário, conferiu aos negros o *status* formal de cidadania, juntamente com todos os demais brasileiros, mas vedava o direito de voto – e, portanto, de participação política, dadas as condições da época – à grande maioria da população, incluindo os recém-libertos, já que o alistamento eleitoral era proibido aos analfabetos<sup>21</sup>, condição na qual

---

20 SÁ, Gabriela Barreto de, op. cit., p. 80.

21 Circunstância essa somente modificada pela Emenda Constitucional n. 25, de 15 de

viviam quase todos aqueles libertados pela Lei Áurea.

No entanto, uma vez libertos e seus descendentes já nascendo livres dentro da República, a população negra brasileira também se organizou de modo a formar um movimento, o qual, nas palavras do historiador Petrônio José DOMINGUES, “vem empreendendo, dinamicamente, diversas estratégias de luta a favor da população negra”<sup>22</sup>.

O mesmo autor define o movimento negro como “a luta dos negros na perspectiva de resolver seus problemas na sociedade abrangente, em particular os provenientes dos preconceitos e das discriminações raciais, que os marginalizam no mercado de trabalho, no sistema educacional, político, social e cultural”<sup>23</sup>. Identifica, nesse íterim, três distintos momentos do movimento negro brasileiro.

Uma primeira fase se verifica no período entre a abolição da escravidão e o começo do Estado Novo de Getúlio Vargas, iniciando-se timidamente com a formação de grêmios culturais e artísticos e com o surgimento dos primeiros jornais voltados ao público negro<sup>24</sup>, e iniciando a busca por influência política por meio da Frente Negra Brasileira – FNB, fundada em 1931 na cidade de São Paulo. Essa primeira fase se inseria num paradigma de crença na existência de uma *democracia racial*, na qual negros e brancos conviveriam de forma pacífica, em uma miscigenação sem reflexos do racismo observado em outras sociedades políticas. Como consequência,

[...] o movimento social negro brasileiro, nessa primeira fase, teria como principal característica a busca pela inclusão do negro na sociedade, com um caráter “assimilacionista”, sem a busca pela transformação da ordem social; outra

---

maio de 1985, que possibilitou o voto, em caráter facultativo, aos analfabetos.

22 DOMINGUES, Petrônio José. *Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos*. Revista Tempo, Universidade Federal Fluminense, v. 23, 2007, p. 101.

23 Idem.

24 Ibidem, p. 103-105.

característica era a existência de um nacionalismo declarado pela Frente Negra Brasileira e por outras organizações da época.<sup>25</sup>

Com um viés distinto daquele que chegava a assemelhar-se às propostas mais próximas aos integralistas em termos de visão da sociedade, após a repressão política do Estado Novo, inicia-se uma segunda fase do movimento negro no Brasil, no seio da redemocratização, representada principalmente pela União dos Homens de Cor, em Porto Alegre, e pela criação do Teatro Experimental do Negro, no Rio de Janeiro, responsável este último grupo pela realização das Convenções Nacionais do Negro e do I Congresso do Negro Brasileiro, com grande influência dos movimentos descolonialistas africanos e das lutas travadas nos Estados Unidos.<sup>26</sup>

No ensejo da ditadura militar de 1964, inicia-se a terceira fase do movimento negro no país, descrita por Petrônio José Domingues no seguinte sentido:

A reorganização política da pugna anti-racista apenas aconteceu no final da década de 1970, no bojo do ascenso dos movimentos populares, sindical e estudantil. Isso não significa que – no interregno de recrudescimento da ditadura – os negros não tenham realizado algumas ações. [...]. Entretanto, tais iniciativas, além de fragmentadas, não tinham um sentido político de enfrentamento com o regime. Só em 1978, com a fundação do Movimento Negro Unificado (MNU), tem-se a volta à cena política do país do movimento negro organizado. Mas, afinal, como ocorreu esse processo?

---

25 PEREIRA, Amílcar Araújo. *A Lei 10.639/03 e o movimento negro: aspectos da luta pela “reavaliação do papel do negro na história do Brasil”*. Cadernos de História, Belo Horizonte, v. 12, n. 17, 2011, p. 31.

26 Cf. Idem, p. 35: “Da mesma forma que na fase anterior, como podemos perceber nos trechos citados acima, a inclusão da população negra na sociedade brasileira, tal como ela se apresentava, continuava sendo uma característica importante do movimento. Mas, por outro lado, a valorização de experiências vindas do exterior, principalmente da África e dos Estados Unidos, aparece com frequência em fontes das décadas de 1940 e 1950”.

No plano externo, o protesto negro contemporâneo se inspirou de um lado, na luta a favor dos direitos civis dos negros estadunidenses, [...] e, de outro, nos movimentos de libertação dos países africanos, sobretudo de língua portuguesa, como Guiné Bissau, Moçambique e Angola. Tais influências externas contribuíram para o Movimento Negro Unificado ter assumido um discurso radicalizado contra a discriminação racial.”<sup>27</sup>

De acordo com Petrônio Domingues, essa fase do movimento negro defende que somente dentro de uma sociedade mais igualitária seria possível combater o racismo e a pobreza. Nesse sentido, o MNU atuou em diversas frentes, tais como a revisão dos parâmetros de educação, pela inclusão de conteúdos relacionados à história da África e ao combate à discriminação; pela inclusão do dia 20 de novembro como Dia da Consciência Negra; pelo abandono da ideia de assimilação do negro na sociedade branca, lutando, ao revés, pelo reconhecimento de uma identidade étnica negra.<sup>28</sup>

A evolução de todos esses movimentos revela a importância do questionamento do mito da democracia racial no Brasil, e essa nova abordagem da temática acabou por influenciar a elaboração do texto constitucional vigente.

#### **4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA PERSPECTIVA**

A Constituição da República, promulgada a 5 de outubro de 1988, denominada por Ulisses Guimarães como “Constituição cidadã”, efetivamente, não ignora a existência de discriminação racial no território brasileiro, propondo à sociedade política brasileira seu enfrentamento e eliminação.

---

27 DOMINGUES, Petrônio, op. cit., p. 112.

28 Ibidem, p. 112-116.

De fato, desde 1969, encontra-se em vigor no Brasil a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela Organização das Nações Unidas no ano anterior, cujo artigo 1º assim dispõe<sup>29</sup>:

Artigo 1º

§1. Para fins da presente Convenção, a expressão «discriminação racial» significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Se, por um lado, desde 1969 o Brasil assumia perante a Comunidade Internacional um compromisso de luta permanente contra a discriminação racial e, de consequência, contra a negação dos direitos inerentes à cidadania a qualquer cidadão, por motivo relacionado à sua raça, de outra parte tratava-se do alto da repressão política no país, a dificultar sobremaneira as reivindicações de direitos por parte de toda a população.

Com a redemocratização, e a elevação do combate ao preconceito e à discriminação racial como objetivo fundamental da República (art. 3º, inciso IV), além do posicionamento da imprescritibilidade do crime de racismo no rol de direitos fundamentais do artigo 5º, em seu inciso XLII, é possível atribuir ao texto constitucional uma perspectiva de direitos de cidadania aos negros, mais do que a quaisquer das Cartas anteriores.

Ademais, as manifestações culturais afro-brasileiras foram expressamente protegidas pelo Estado brasileiro, nos termos do artigo 215, §1º,

---

29 Ressalte-se que apenas por meio do Decreto Legislativo 57, de 26 de abril de 2002, o Brasil reconheceu a competência do Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos assegurados pela Convenção, declaração esta promulgada pelo Decreto 4.738, de 12 de junho de 2003.

e suas formas de expressão e modos de criar, fazer e viver, recebem a tutela de patrimônio cultural brasileiro, conforme disposto no artigo 216, incisos I e II da Constituição. Ainda, o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias confere a propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos, um reconhecimento da importância dessa coletividade à formação do povo brasileiro.

No bojo desses 30 anos de vigência da Constituição da República, é fato que diversas foram as leis que se propuseram a encaminhar o processo de gozo pleno dos direitos de cidadania pelos negros e pardos brasileiros, tais como: Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor; Lei 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que determina a inclusão no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”; Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003, que disciplina o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades quilombolas de que trata o artigo 68 do ADCT; Estatuto da Igualdade Racial, instituído pela Lei 12.288, de 20 de julho de 2010; Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, que regulamenta o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio; e, a Lei 12.990, de 9 de junho de 2014, que dispõe sobre a reserva aos negros de vagas ofertadas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos na administração pública federal, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

De outra parte, o Supremo Tribunal Federal já foi instado a debater a constitucionalidade de alguns desses diplomas legais, tendo assentado em suas decisões a compatibilidade das medidas ao texto da Constituição. Foi o caso das Leis 12.711/2012 e 12.990/2014, restando assentada a ausência de mácula às políticas afirmativas de acesso ao ensino superior federal e aos cargos públicos, como se depreende das seguintes ementas:

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V – Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI – Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII –

Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014)

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. É constitucional a Lei n. 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua triplíce dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei n. 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante

a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. (ADC 41, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017).

Registre-se, ainda, a recente decisão da Corte, prolatada em 08 de fevereiro de 2018, que declarou a constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003, que regulamenta o procedimento de identificação e titulação de terras ocupadas por remanescentes de comunidades quilombolas, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239, cujo acórdão ainda não foi publicado, sendo redatora para o acórdão a Ministra Rosa Weber.

Evidentemente, nem a enunciação de direitos formulada no texto constitucional, nem os reforços operados pelas leis e decretos regulamentadores e decisões judiciais, mostram-se suficientes para a extirpação do racismo presente na sociedade brasileira, bem como para a erradicação dos males daí decorrentes, tais como a marginalização e os preocupantes índices de desenvolvimento humano da população negra em nosso país.

No ano de 2016, a relatora sobre Direitos de Minorias da ONU apresentou ao Conselho de Direitos Humanos um relatório acerca da

situação brasileira no tema, e as conclusões obtidas no que concerne ao retrato dos negros e pardos no Brasil mostra o tamanho do desafio que ainda aguarda solução:

89. However with regard to Afro-Brazilians, despite more than two decades of targeted policies and actions designed to advance their rights, there has been a failure to address the entrenched discrimination, exclusion, and poverty faced by these communities, particularly those living in favelas, periferias, and Quilombos, as well as other traditional communities. The statistical data reveals the disproportionate poverty and poor social and economic conditions experienced by many Afro-Brazilians. In key areas such as education, employment, health care and housing, Afro-Brazilians remain at the bottom of the socioeconomic ladder.

90. Racism and structural discrimination have a significant impact on the lives and opportunities available to Afro-Brazilians. They are a cause of marginalization and poverty and are directly linked to vulnerability and violence. While Brazilian society faces extraordinarily high levels of violence, regrettably this violence also has a clear racial dimension. Of further concern is that many deaths are perpetrated by arms of the State, including the military police, often with complete impunity.

91. In this connection, the Special Rapporteur also remains concerned about the increasing criminalization of Afro-Brazilians, as evidenced by their disproportionately high incarceration rates. This has been compounded by the “war on drugs”, which has led to a sharp rise in the incarceration of Afro-Brazilians, and the mainstream media, which present stereotypical images of Afro-Brazilians, often in connection with crime.

92. Significant efforts are also needed to ensure that Quilombo communities are able to have their lands demarcated, in accordance with the constitution. Furthermore, there is an apparent lack of full harmonization of the Government’s priorities for economic development with its commitments to the rights of Quilombo communities as well as other traditional peoples. This problem is manifested by the absence of adequate prior consultation and lack of implementation of the principle of free prior and informed consent in the planning and execution of major development projects such as dams, infrastructure projects, agribusiness crop production and natural resource extraction activities on the lands of these traditional communities.

93. With regard to religious minorities, Brazil remains a diverse society with a high degree of religious tolerance. One exception, however, are the reports of growing numbers of attacks against religious communities of African origin, such as Candomblé and Umbanda. Incidents include the burning of temples, the

desecration of Afro-religious symbols, and discrimination against peoples wearing traditional Afro-religious dress, including children in schools. Further efforts are needed to combat this phenomenon, and to ensure that Afro-religions are recognized and respected.<sup>30</sup>

O ordenamento constitucional que emerge após 1988 aponta caminhos e soluções às questões que a demanda por igualdade apresenta. No entanto, o campo de tensões e reconfigurações que permeia a concretização dos ditames da Constituição permanece aberto, e esse papel de viés emancipatório introduzido pela Carta Magna também se apresenta em constante construção; são palavras de Dora Lúcia de Lima BERTÚLIO:

Os estudos sobre os novos direitos que especificam as diversas condições humanas para além dos direitos civis, sociais e políticos, estão propostos nessa nova apreensão – quais direitos devem ser buscados e explicitados dentro daquela generalidade para, apreendidos, somarem-se ao seu conjunto. O exercício é o de desmembrar para incluir, como condição necessária à adequada constituição humana, os direitos raciais.<sup>31</sup>

Passados já 130 anos da promulgação da Lei Áurea, entre avanços e retrocessos, o porvir ainda remanesce repleto de reptos em busca da democracia racial, especialmente se se trata a *justiça dos homens* como *justiça restaurativa*<sup>32</sup>.

---

30 ONU. *Report of the Special Rapporteur on minority issues on her mission to Brazil*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/021/35/PDF/G1602135.pdf?OpenElement>> Acesso em: 24 mar. 2017.

31 BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *O “novo” Direito velho: racismo e Direito*. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129.

32 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; WYKROTA, Leonardo Martins. *Nos corredores do direito*. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (coord.). *(O) outro (e) (o) Direito*. v.1. Belo

## 5. NOTA DE FECHO

Nesta breve narrativa não se propôs nota de definitividade, nem testemunho ou confluência de parcialidade; o desígnio foi o de apresentar o longo caminhar em busca da efetivação de uma cidadania plena, por meio da igualdade racial. A despeito da abolição da escravidão, precedida por leis que intentaram diminuir o número de escravos no país, bem como de uma Constituição de feição progressista, somada a diversas leis e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, perdura o desafio de promoção de uma cidadania plena.

A ausência de políticas públicas e de leis protetivas aos direitos dos recém-libertos, já desde o final do período imperial, consistiu em embaraço à superação entre a pobreza e a miserabilidade. A melhora das condições econômicas e sociais também não teve o condão de debelar os dilemas que o racismo produziu, ao estabelecer dentro do imaginário social um lugar para o negro, a obstaculizar o pleno gozo dos direitos de cidadania fixados em nossas Cartas ao longo desses cento e trinta anos.

Retomando a conceituação de cidadania exposta no introito a este trabalho, ao se conjugar as dimensões da liberdade negativa e da liberdade positiva – na proposta de Isaiah Berlin –, esta breve incursão sobre a questão da cidadania do negro no período pós-escravidão intentou demonstrar que, mesmo dentro de sociedades democráticas, a fruição por completo dos direitos fundamentais e daqueles relativos à participação política não se concretizou de imediato, tão somente com a transposição dessa população à condição de livres no território brasileiro.

Verificou-se, ainda, que a luta pela igualdade assumiu papel primordial a possibilitar a equiparação real de direitos entre brancos e negros e que, ainda que o Direito em nosso país não tenha se proposto

---

Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 49.

explicitamente a fomentar a segregação entre distintas raças e etnias, como na experiência norte-americana, tanto lá como aqui, o preconceito dificultou a aplicação de leis e políticas públicas voltadas à redução das desigualdades de fundo racial.

Revela-se, porém, esse paradoxo aparente entre a essencialidade e a insuficiência do Direito na concretização dos ideais de cidadania plena a todos, e sobreleva de importância ao se constatar que, se o arcabouço jurídico não trouxe o fim das questões acima colocadas, de outra parte a ausência desses mecanismos de sindicabilidade de direitos é o que sinaliza, dentro de uma sociedade democrática, a possibilidade de inclusão dos direitos raciais dentro do debate aberto que caracteriza as sociedades plurais.

Ao contemplarmos a trajetória dos negros e pardos, de cativos a cidadãos, as garantias fundamentais obtidas em mais de dois séculos permitem apontar um caminho que, embora longe de representar o ponto final, servem de apoio no aplacar do borrão sonhado por Castro Alves. Aqui, expungir nódoas não é desvanecer pechas ou cicatrizes, pois memória se verte, acima de tudo, em responsabilidade, sob os limites e as possibilidades contidas no espaço normativo de sociedade juridicamente organizada nas balizas constitucionais da democracia.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Bruno; FERNANDES, Bruno Diniz; DE CARLI, Caetano. O fim do escravismo e o escravismo sem fim – colonialidade, direito e emancipação social no Brasil / The end of slavery and endless slavery. Coloniality, law and social emancipation in abolitionist Brazil. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 551-597, mar. 2015. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15415>>. Acesso em: 31 jan. 2018. doi:<https://doi.org/10.12957/dep.2015.15415>.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a Suprema Corte americana no combate à ampliação da democracia. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 89,

2013, p. 103-137. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452013000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000200005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 8 fev. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000200005>.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: *Four essays on liberty*. London: Oxford Paperbacks, 1969.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. O “novo” Direito velho: racismo e Direito. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 127-163.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 22.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CASTRO, Alexandre de; VASCONCELLOS JÚNIOR, Antonio. Cidadania negra: entre o jurídico e o sociológico. *Educação em Revista*, Marília, v. 11, n. 1, jan.-jun. 2010, p. 65-76.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Tempo*, Niterói, v. 12, n. 23, p. 100-122, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-77042007000200007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042007000200007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 9 fev. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-77042007000200007>.

MALTZ, Earl. *Brown v. Board of Education* and Originalism. In: GEORGE, Robert P. (ed.). *Great cases in Constitutional Law*. Princeton University Press: Princeton, 1997.

ONU. *Report of the Special Rapporteur on minority issues on her mission to Brazil*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/021/35/PDF/G1602135.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

PENA, Eduardo Spiller. *Pajens da casa imperial: jurisconsultos, escravidão e a lei de 1871*. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.

PEREIRA, Amílcar Araújo. A Lei 10.639/03 e o movimento negro: aspectos da luta pela “reavaliação do papel do negro na história do Brasil” – DOI: 10.5752/P.2237-8871.2011v12n17p25. *Cadernos de História*, Belo Horizonte, v. 12, n. 17, p. 25-45, out. 2011. ISSN 2237-8871. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/cadernoshistoria/article/view/P.2237-8871.2011v12n17p25>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

SÁ, Gabriela Barreto de. História do Direito no Brasil, escravidão e arquivos judiciais: análise da ação de liberdade de Anacleto. *Justiça & História*, v. 10, n. 19-20, p. 77-96, 2010.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (coord.). *(O) outro (e) (o) Direito*. v. I. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, 212 p.

SUNSTEIN, Cass R. *Dred Scott v. Sandford* and its legacy. In: GEORGE, Robert P. (ed). *Great cases in Constitutional Law*. Princeton University Press: Princeton, 1997.

## A DIFICULDADE EM VER QUE A COISA JULGADA PODE SER INVOCADA POR TERCEIROS<sup>1</sup>

*Luiz Guilherme Marinoni<sup>2</sup>*

### 1. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

A possibilidade de a coisa julgada – sobre questão ou sobre o pedido – ser invocada por terceiro nunca despertou interesse no *civil law*. Isso convida para a busca das razões que levaram essa doutrina a negligenciar tão importante problema. Por ter sido sempre vinculada às partes, a coisa julgada nunca foi analisada além dos limites dos casos em que *excepcionalmente* poderia incidir sobre terceiros. Talvez por isso a doutrina tenha insistido numa estreita aproximação entre a relação substancial discutida entre as partes e aquela de titularidade do terceiro, dificultando a visualização dos terceiros que podem ser beneficiados pela coisa julgada.

Pretende-se aqui demonstrar que o encarceramento dos efeitos benéficos da coisa julgada na moldura das partes, nos termos do conceito

---

1 Artigo originalmente publicado na Revista dos Tribunais, v. 108, n. 1000, pp. 425-449, fev. 2019.

2 Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Procurador do Estado do Paraná. Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Conselheiro da International Association of Procedural Law.

romano de coisa julgada, suprimiu o oxigênio necessário para a doutrina pensar na coisa julgada como algo que realmente “*vale perante todos*”, bem como evidenciar que a coisa julgada, para tutelar a autoridade do Estado, a coerência do direito e a segurança jurídica, necessita estar aberta aos terceiros que legitimamente podem invocá-la.

## 2. A INFLUÊNCIA DA IDEIA DE COISA JULGADA ENQUANTO TUTELA DE UM BEM

CHIOVENDA, ao refutar a doutrina que atribuiu força de coisa julgada à resolução incidental de questão, argumentou que essa doutrina esqueceu que a coisa julgada objetiva garantir a segura fruição de um bem da vida. Ao afirmar que a suposição de coisa julgada sobre questão nada mais é do que a supervalorização do elemento lógico do processo, Chiovenda enfaticamente advertiu que “*cosa giudicata non vuol dire giudizio, vuol dire bene riconosciuto o negato*”<sup>3</sup>.

Embora se tenha admitido que, diante da evolução do direito romano, a frase *res judicata* deixou de indicar apenas a coisa ou o bem e passou a expressar também o juízo, deixou-se claro que o bem da vida nunca se desligou do juízo, da sentença e da sua autoridade. Tanto é assim que Chiovenda afirmou que a *res judicata* refere-se justamente à sentença que se pronuncia “*su questo bene, accogliendo o respingendo la domanda*”<sup>4</sup>.

A relação entre coisa julgada e tutela de um bem da vida implicitamente admite que a coisa julgada deve recair sobre as partes

---

3 CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*. Saggi di diritto processuale civile, v. 3, Milano: Giuffrè, 1993, p. 238.

4 *Ibidem*, p. 245.

que disputaram o bem<sup>5</sup>. A ideia de tutela de um bem, ao tornar a coisa julgada indissociável da figura daqueles que disputaram a *res*, inviabilizou a sua análise enquanto valor que poderia ser invocado por terceiros. Aliás, quando a coisa julgada é limitada à solução do litígio e, portanto, despreza as questões prejudiciais, ela pouco tem a dizer aos terceiros<sup>6</sup>.

### 3. A REGRA DE QUE A COISA JULGADA É RESTRITA ÀS PARTES E A CONSEQUENTE PERSPECTIVA DE ENFOQUE DOS TERCEIROS

Apesar do conceito de coisa julgada ter sido forjado para assegurar os litigantes, o direito romano já admitia exceções à sua restrição *inter partes*<sup>7</sup> e grande parte do trabalho da doutrina nos séculos XIX e XX foi direcionado a tentar explicar a relação da coisa julgada com os terceiros.

Porém, a preocupação com os terceiros *foi antes de tudo uma decorrência da premissa de que a coisa julgada não pode interferir sobre a relação jurídica de quem não participou do processo*. A coisa julgada jamais

---

5 “La cosa giudicata non è altro che la *res iudicata*: questo apparente bisticcio vorrebbe mettere in evidenza, colla chiarezza della nostra lingua madre, quel sostantivo e quel participio di cui la frase si compone. La *res iudicata* non è infatti, a sua volta, che la *res in iudicium deducta*, dopo che fu *iudicata*; in altri termini è il bene della vita (proprietà, servitù, eredità, credito diritto alla divisione, alla separazione personale, all’annullamento di un atto giuridico ecc.) che è perseguito in giudizio, dopo che il giudicato lo ha riconosciuto o lo ha negato, e così è diventato incontestabile, *fnem controversiarum acceptit*.” (Ibidem, p. 234-235).

6 Lembre-se que, para Chiovenda, a proibição de rediscussão de uma questão só tem sentido para impedir a negação ou a diminuição do bem da vida obtido mediante a sentença que produziu coisa julgada. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, [1906] 1965, p. 916-917).

7 PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (storia). *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, 1969, n. 5.

foi vista como valor que, por ter importância perante todos, deve poder ser usufruído por quem não participou do processo, mas sempre foi pensada como algo que, por dizer respeito às partes, *eventualmente pode recair sobre terceiros, vinculados à parte em razão de suas peculiares posições perante o direito substancial*.

Lembre-se que a doutrina francesa do século XIX, atrelada à regra que foi delineada no art. 1.351 do Código Napoleão<sup>8</sup> – de que a coisa julgada reclama as mesmas partes –, disse que a identidade de partes deveria ser buscada na identidade jurídica e não na identidade física, desenvolvendo o que chamou de “representação imperfeita”, que foi aplicada aos herdeiros, aos sucessores a título particular e a outras pessoas consideradas como “partes”. Vale dizer que esta doutrina resolveu o problema dos terceiros mediante a ampliação do significado de parte.

A doutrina alemã do século XIX, vinculada às fontes romanas e, portanto, à regra geral de que a coisa julgada recai sobre as partes, influenciou a ZPO de 1877, que delineou exceções à regra de que a coisa julgada é restrita às partes (§§ 325-327, ZPO<sup>9</sup>). Mas o esforço dessa doutrina, limitado à instituição e ao desenvolvimento de exceções à regra, não permitiu ir além dos resultados a que chegou a doutrina francesa. Em outras palavras, os terceiros continuaram a ser vistos como aqueles que, em virtude de suas particulares posições, poderiam ser atingidos pela coisa julgada.

---

8 De acordo com o art. 1.351 do Código Civil francês, “l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité”. Ver POTHIER, Robert. *Traité des obligations*. In: Oeuvres de Pothier, v. I, Paris, 1830; POTHIER, Robert. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções*, Lisboa: Antonio J. da Rocha, 1849.

9 STEIN, Friedrich; JONAS, Martin. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Tübingen: Mohr Siebrek, 2015, § 325.

A doutrina italiana dos séculos XIX e XX seguiu, nas linhas básicas, as doutrinas francesa e alemã, reafirmando a regra de que a coisa julgada é *inter partes*, embora comporte exceções. O Código Civil italiano de 1865<sup>10</sup>, nos mesmos termos do Código Civil francês, exigiu para a configuração de coisa julgada a identidade dos três elementos da ação. O art. 2.909<sup>11</sup> do Código Civil italiano de 1942, por sua vez, limitou-se a dizer que a sentença passada em julgado produz efeitos entre as partes, os seus herdeiros e os denominados “*aventi causa*” (sujeitos equiparados às partes). Como é óbvio, esta norma não trouxe qualquer modificação à ideia central presente no código de 1865, já que a contemplação de exceções ou a tentativa de alargamento do conceito de parte *apenas reafirma a regra geral e evidencia que os terceiros são aqueles que excepcionalmente, em vistas das suas situações jurídicas, podem ser afetados pela coisa julgada*.

Como está claro, a doutrina italiana sempre esteve sujeita à noção de que a coisa julgada existe para servir às partes<sup>12</sup>. *Como resultado disso,*

---

10 O Código Civil italiano de 1865 reproduziu a norma do art. 1.351 do Código Civil francês, curiosamente sob o mesmo número 1.351: “l’autorità della cosa giudicata non ha luogo, se non relativamente a ciò che ha formato il soggetto della sentenza. È necessario che la cosa domandata sia la stessa; che la domanda sia fondata sulla medesima causa; che la domanda sia fra le medesime parti, e proposta da esse e contro di esse nelle medesime qualità”.

11 Art. 2.909, CC italiano: “l’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o *aventi causa*”.

12 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, p. 906 e ss; BETTI, Emilio. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*. Macerata: Bianchini, 1923, D. 42, I, 63; BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1929, I, p. 544 e ss; CARNELUTTI, Francesco. *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1923, I, p. 162 e ss; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, Padova: Cedam, 1936, p. 276 e ss; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 254 e ss; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1935; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*. Rivista di Diritto

a preocupação dos intérpretes manteve-se restrita à situação específica de determinados terceiros, que não poderiam passar indiferentes à coisa julgada. Esta doutrina, como é óbvio, não estava numa posição favorável para perceber que a coisa julgada deve servir a todos. Na verdade, a doutrina de *civil law* jamais conseguiu perceber que a coisa julgada tem um valor que transcende aquele que diz respeito às partes ou ao caso concreto.

O interessante é que a doutrina italiana, ao contrário daquela que resolveu o problema da limitação da coisa julgada às partes alargando o conceito de parte e valendo-se da ideia de representação, procurou distinguir o que incide sobre as partes daquilo que atinge terceiros, diferenciando a coisa julgada *inter partes* do fenômeno que abarca pessoas que não participaram do processo. Mais claramente, a doutrina italiana atribuiu ao caráter vinculante da sentença passada em julgado qualidades diversas, conforme relacionada às partes e aos terceiros<sup>13</sup>.

Para ilustrar, lembre-se que LIEBMAN, depois de precisar a diferença entre autoridade da coisa julgada e efeitos da sentença, concluiu com facilidade que a *coisa julgada* é restrita às *partes*, embora os *terceiros* possam ser atingidos pelos *efeitos da sentença*. É claro que essa distinção,

---

Processuale Civile, 1936; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1981; ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935.

13 “L’orientamento della dottrina italiana in questo secolo, seguito in massima dalla giurisprudenza, porta in generale ad ammettere che il giudicato possa in dati casi operare anche verso i terzi. Tuttavia l’idea dominante rimane, come nel secolo scorso, quella della limitazione alle parti dell’autorità del giudicato; soltanto che, mentre nell’Ottocento si cercava di far rientrare quei dati terzi nell’ambito della nozione di parte, con l’ausilio per lo più di una fittizia rappresentanza, di recente si è cercato di raffigurare il carattere vincolante del giudicato per i terzi come qualcosa di diverso da quello fra le parti, in modo che solo il secondo fosse da qualificare come autorità del giudicato e risultasse di conseguenza soggetto ai limiti, prima, dell’art. 1351 c.c. 1865, poi dell’art. 2909 c.c. 1942.” (PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, 1969, n. 30, p. 881).

apesar de seu importante valor conceitual, não poderia permitir olhar para outros terceiros. Na verdade, a doutrina de Liebman, no particular, por ter afirmado expressa e positivamente a regra de que a coisa julgada diz respeito às partes, *agravou a dificuldade de se ver a coisa julgada enquanto valor que pode ser usufruído por terceiros*<sup>14</sup>.

Os ordenamentos de *civil law*, ao reafirmarem a vinculação da coisa julgada às partes, obstaculizaram a percepção de que a coisa julgada, para desempenhar o seu papel perante a sociedade, pode e deve servir a todos que podem dela usufruir, não importando se foram partes ou se são titulares do direito tutelado ou de situação substancial dependente da coisa julgada.

É difícil encontrar, no âmbito do *civil law*, escritos que tenham se libertado da regra que vincula a coisa julgada às partes<sup>15</sup>. O peso do

---

14 “A distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada pode ter, por fim, grande importância para a revisão da doutrina sobre fenômeno muito complexo, o da influência que uma sentença pode exercer relativamente a terceiros [...]” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 79).

15 Uma amostra de sensibilidade ao valor de coisa julgada está presente nas doutrinas de Giovanni Pugliese e de Michele Taruffo. Pugliese, após aludir à admissibilidade da invocação da coisa julgada por aquele que não participou do processo nas Cortes estadunidenses, disse que esta tendência, *não obstante contrastante com os princípios do ordenamento italiano, deveria, num futuro próximo, constituir objeto de séria análise também na Itália* (PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, 1969, n. 32). Por sua vez, Taruffo argumenta que o art. 2.909 do Código Civil de 1942, ao contrário do art. 1.351 do código de 1865, não exige a identidade entre os sujeitos do segundo e do primeiro processo, mas se limita a aludir àqueles que são atingidos pela coisa julgada. Assim, a correta interpretação da norma não seria a de que a coisa julgada torna a decisão imutável e indiscutível *entre* as partes, mas a de que torna a decisão imutável e indiscutível *para* as partes, *de modo que a parte vencida estaria proibida de relitigar o decidido também em face de terceiro*, especificamente quando o julgamento do pedido – na ação em que presente o terceiro – depende do que foi decidido na sentença entre as partes. Embora Taruffo raciocine com base na coisa julgada sobre o pedido – e não a partir da coisa julgada sobre questão decidida incidentalmente –, *“a sua interpretação, em meio das discussões travadas no direito italiano, tem o grande valor de colocar a coisa julgada no seu*

tradicional conceito que vincula a coisa julgada aos três elementos da ação, especialmente às mesmas partes, ainda é sentido na grande maioria dos países de *civil law*, nos exatos termos do que acontecia no direito brasileiro anterior ao Código de Processo Civil de 2015. Aliás, a despeito da clareza das regras dos artigos 503 e 506 deste código, teme-se que essa carga ainda possa dificultar o descortinamento da *essência* da coisa julgada, em prejuízo da autoridade e da eficiência do Poder Judiciário e da idônea e eficiente distribuição de justiça aos brasileiros.

#### **4. A PERCEPÇÃO DE QUE O INTERESSE NA COISA JULGADA NÃO É APENAS DA PARTE E A SUPERAÇÃO DA REGRA DA MUTUALIDADE NO *COMMON LAW***

Antes da década de 1940, prevalecia nos Estados Unidos uma regra chamada de “mutualidade” (*mutuality*). Essa regra dizia que uma parte poderia invocar *collateral estoppel* contra outra apenas quando ambas tivessem participado do processo em que o *collateral estoppel* se formou. X só poderia invocar coisa julgada sobre questão contra Y quando o último pudesse, em caso de decisão inversa, invocar a coisa julgada contra X. Ou seja, poderia invocar a coisa julgada em seu benefício aquele que pudesse suportar o seu prejuízo.

A regra, assim, baseada num critério de proporcionalidade, limitava a coisa julgada às partes, assemelhando-se à regra do *civil law*. Se o *collateral estoppel* só pode ser invocado contra aquele que também pode argui-lo, a coisa julgada é obviamente restrita às partes. Foi nesse exato sentido que

---

*devido lugar*”. Ver TARUFFO, Michele. “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni*. n. II, Rivista di Diritto Processuale, 1972, p. 293 e ss.

se decidiu em *Triplett v. Lowell*<sup>16</sup>, gerando-se o famoso precedente que veio a ser revogado em *Blonder-Tongue*<sup>17</sup>, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos referendou o *nonmutual defensive collateral estoppel*, ou seja, a possibilidade de o réu, sem ter sido parte no processo em que o *collateral estoppel* foi formado, invocá-lo contra a parte vencida. Em *Triplett*, decidido em 1936, declarou-se que as regras do *common law* não poderiam proibir a relitigação da validade de uma patente por esta já ter sido declarada inválida em ação *contra um diferente réu*<sup>18</sup>.

A regra da mutualidade foi encampada pelo *Restatement of Judgments*<sup>19</sup> de 1942, que disse que aquele que não foi parte na ação em que proferido o julgamento não pode ser prejudicado, mas também não pode

---

16 *Triplett v. Lowell*, Supreme Court of the United States, 297 U.S. 638, 1936.

17 *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.

18 “Neither reason nor authority supports the contention that an adjudication adverse to any or all the claims of a patent precludes another suit upon the same claims against a different defendant. While the earlier decision may by comity be given great weight in a later litigation and thus persuade the court to render a like decree, *it is not res adjudicate and may not be pleaded as a defense* (...) We conclude that *neither the rules of the common law applicable to successive litigations concerning the same subject-matter, nor the disclaimer statute, precludes relitigation of the validity of a patent claim previously held invalid in a suit against a different defendant.*” (*Triplett v. Lowell*, Supreme Court of the United States, 297 U.S. 638, 1936).

19 Ao contrário do que se poderia pensar, tanto o *Restatement (First) of Judgments* quanto o *Restatement (Second) of Judgments*, embora se aproximem de um Código de Processo Civil, não são oriundos do Poder Legislativo. São frutos de trabalho do *American Law Institute*, elaborados por juristas reconhecidos na Academia, na Advocacia e nas Cortes, empenhados no estudo de temas que importam para o desenvolvimento justo e eficiente do processo. De modo que as suas regras não se impõem, embora sejam altamente respeitadas pelos advogados e pelas Cortes. Ver VESTAL, Allan D. *The restatement (second) of judgments: a modest dissent*. Cornell Law Review, v. 66, 1981, p. 464.

reclamar os benefícios de qualquer decisão de questão proferida na ação<sup>20</sup>.

Antes disso, porém, as Cortes já vinham se pronunciando em contrariedade à regra, estabelecendo exceções à mutualidade. Isso acontecia nos casos em que, depois de reconhecida a irresponsabilidade do condutor do automóvel, o autor vencido propunha nova ação contra o proprietário do veículo. Nessa situação, reconhecida pela doutrina estadunidense como exemplar na história da superação da regra da mutualidade, concedeu-se ao proprietário, réu no segundo processo, a possibilidade de invocar *collateral estoppel* para obstar o autor de relitigar a questão da culpa, decidida no primeiro processo<sup>21</sup>.

Entretanto, a primeira – e hoje célebre – decisão que questionou a validade da regra, sem pretender simplesmente estabelecer uma exceção, foi proferida pela Suprema Corte da Califórnia em 1942, quando do julgamento de *Bernhard v. Bank of America*<sup>22</sup>. Declarou-se que o problema estava em não se perceber que os critérios para admitir e proibir a invocação do *collateral estoppel* não podem ser equiparados. A ausência de percepção da distinção entre os critérios é que poderia justificar a proibição de a não-parte invocar a coisa julgada em seu favor, pois *não haveria motivo lógico para exigir que aquele que pode se aproveitar da coisa julgada tenha sido parte no processo em que a decisão foi proferida*<sup>23</sup>.

---

20 “a person who is not a party or privy to a party to an action in which a valid judgment [...] is rendered [...] is not bound by or entitled to claim the benefits of an adjudication upon any matter decided in the action” (§ 93, Restatement of Judgments, 1942).

21 Note, *Res judicata – mutuality of estoppel and privity rules in automobile negligence field*. New York University Law Quarterly Review, n. 18, 1941, p. 565 e ss.

22 *Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court of California, 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942.

23 “[...] There is no compelling reason, however, for requiring that the party asserting the plea of res judicata must have been a party, or in privity with a party, to the earlier litigation” (*Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court

A Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a validade da invocação do *collateral estoppel* por terceiro em duas ocasiões: em *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*<sup>24</sup>, decidido em 1971, e em *Parklane v. Shore*<sup>25</sup>, decidido em 1979. Embora a primeira decisão tenha afirmado o *nonmutual defensive collateral estoppel* e a segunda o *nonmutual offensive collateral estoppel*, o que importa é que, em ambos os casos, evidenciou-se a necessidade de os tribunais abandonarem a regra da mutualidade.

Em *Blonder-Tongue*, a Suprema Corte revogou parcialmente *Triplett* (o precedente que afirmou, em 1936, a possibilidade de a parte vencida voltar a afirmar a validade da patente contra outro adversário), *advertindo que a principal questão envolvida na discussão seria a da racionalidade de conceder mais de uma oportunidade para alguém discutir uma mesma questão, exigindo mais de uma decisão do Judiciário*. Declarou então que conceder múltiplas oportunidades para a discussão de uma mesma questão *constitui um atentado à lógica da administração pública e um descaso em relação aos males que a litigiosidade traz à economia e aos negócios privados*<sup>26</sup>.

Em *Parklane v. Shore*, a Suprema Corte fez questão de delinear o motivo da regra da mutualidade para mostrá-lo superado. Assim, lembrou que, sob o fundamento de que seria injusto permitir a invocação da coisa julgada por alguém que a ela não é sujeito, permitia-se à parte vencida relitigar a questão já decidida contra novos adversários. Mas logo depois observou que isso seria o resultado de uma confusão existente por detrás da concepção da regra da mutualidade, que dificultou ver a distinção entre

---

of California, 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942). Ver SCOTT, Austin. *Collateral Estoppel by judgment*. Harvard Law Review, v. 56, 1942; CURRIE, Brainerd. *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernherd doctrine*. Stanford Law Review, v. 9, 1957.

24 *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.

25 *Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979.

26 *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.

a posição da parte que litigou e foi vencida e a posição da parte que não teve oportunidade de discutir. Não eliminar essa confusão, retirando de cena a regra da mutualidade, *implicaria continuar a ver a decisão desfavorável à parte como uma “não-decisão” ou como uma autorização para ela livremente discutir a questão quantas vezes achar conveniente*<sup>27</sup>.

Como está claro, enquanto o direito estadunidense teve coragem para deixar de lado antigos princípios do *common law* e, assim, precisar o significado de coisa julgada, que se espalhou no dia a dia dos advogados, juízes e tribunais, o *civil law* ainda está submetido ao conceito romano de coisa julgada e, assim, não consegue ver que esta deve poder ser invocada por todos aqueles que são legítimos interessados na sua aplicação nos casos concretos.

Diante disto, interessa perguntar por que o direito estadunidense conseguiu ver e superar algo que na generalidade dos países de *civil law* é ainda é um dogma. O *civil law*, como visto, tem leis processuais que vinculam a coisa julgada às partes, o que enxuga o oxigênio da doutrina para pensar livre e adequadamente sobre o tema. Isso é verdade, porém não pode servir de desculpa a uma doutrina que tem consciência de que não pode ficar restrita a um dogmatismo despido de conexão com as necessidades da sociedade. De qualquer forma, o direito brasileiro é uma grata exceção no cenário do *civil law*, constituindo o código de 2015 uma clara demonstração de como o abandono das regras legais que guardam conceitos doutrinários *tradicionais superados* é importante para a adequação e a evolução do direito.

---

27 *Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979. Sobre a regra da mutualidade e sua superação no direito estadunidense, ver SHAPIRO, David. *Preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001, p. 48; ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*, New York: Foundation Press, 2009, p. 160; FRIEDENTHAL, Jack; MILLER, Arthur; SEXTON, John; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure – Cases and materials*. St. Paul: West, 2009, p. 1310 e ss.

Lembre-se, aliás, que o direito estadunidense pôde se libertar do jugo da mutualidade ou da restrição da coisa julgada às partes em virtude do empenho de uma doutrina que percebeu o real significado da coisa julgada sobre questão (*collateral estoppel*) e de um Judiciário atento à necessidade de uma eficiente administração da justiça e da tutela – inclusive econômica – dos cidadãos, para quem a coerência do direito e a segurança jurídica são valores que não podem ser negociados na mesa de disputa entre os conceitos doutrinários.

## 5. OS DIFERENTES MODOS DE VER A RELAÇÃO ENTRE A COISA JULGADA E OS TERCEIROS NO *CIVIL LAW* E NO *COMMON LAW*

PUGLIESE, quando analisa a eficácia da coisa julgada perante terceiros, toma em conta a classificação de Allorio – que, entre todas, seria “*la più felice*”<sup>28</sup>. Nesta ocasião, Pugliese lembra três espécies de casos considerados por Allorio<sup>29</sup>. Os casos em que a situação decidida no primeiro processo é prejudicial à situação objeto do pedido do terceiro; os casos em que esta segunda situação é a mesma daquela objeto da sentença do primeiro processo – em que a parte, enquanto substituto processual ou colegitimado, tinha o poder para deduzir a situação de que o terceiro era o titular; e, enfim, os casos em que restou decidida situação afirmada por titular de uma relação com a mesma origem, o mesmo conteúdo e a mesma parte contrária de outras várias relações, de que são titulares inúmeros terceiros<sup>30</sup>.

---

28 PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). Enciclopedia del Diritto, XVIII, 1969, n. 30, p. 883.

29 ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, p. 65 e ss.

30 PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). Enciclopedia del Diritto, XVIII, 1969, n.

Após observar que os últimos casos são assimiláveis à *class action*, Pugliese afirma que, tanto nos casos em que o sujeito que não participa do processo é titular ou cotitular da situação decidida, quanto naqueles em que ele é titular de uma situação reputada coincidente com a decidida (*class action*), o sujeito alheio ao processo é parte. Como é evidente, a preocupação de Pugliese está centrada na demonstração de que a coisa julgada pode atingir tais sujeitos sem abalar a norma do art. 2.909 do Código Civil italiano, que restringe a coisa julgada às partes, aos seus herdeiros e aos “*aventi causa*”<sup>31</sup>.

Quando se trilha a lógica da doutrina italiana que pensa em grupo de casos, obviamente não se questiona o conceito de coisa julgada; procura-se apenas, a partir do conceito romano de coisa julgada, explicar a sua incidência diante de situações particulares.

Nos Estados Unidos, entretanto, o raciocínio utilizado em torno da extensão da coisa julgada aos não partícipes do processo foi bastante diferente<sup>32</sup>. O problema da coisa julgada na *class action* tem íntima relação com o direito constitucional a um dia perante a Corte. Lembre-se que o famoso precedente firmado em *Hansberry v. Lee*, ao compatibilizar a *class action* com o devido processo legal, limitou-se a declarar a indispensabilidade da “representação adequada”, definindo-a como requisito constitucional imprescindível para a decisão atingir pessoas que não participaram diretamente do processo.

Esse precedente, é importante que se diga, foi fixado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1940<sup>33</sup>. Assim, muito antes dos precedentes

---

30, p. 883.

31 Idem.

32 ZEUNER, Albrecht; KOCH, Harald. *Effects of judgments (res judicata)*. International Encyclopedia of Comparative Law, v. XVI, p. 58 e ss.

33 *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115, 1940.

firmados em *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation* (1971)<sup>34</sup> e em *Parklane v. Shore* (1979)<sup>35</sup>, que declararam a validade do *collateral estoppel* em favor de terceiro ou a possibilidade de terceiro invocar coisa julgada<sup>36</sup> formada em processo de que não participou.

Tenha-se em conta que, na época de *Hansberry*, a regra da mutualidade – que proibia que aquele que não poderia ser prejudicado pudesse ser beneficiado pela coisa julgada –, embora já confrontada em alguns casos, sequer tinha recebido o impacto da decisão formulada pela Suprema Corte da Califórnia em *Bernhard v. Bank of America*<sup>37</sup>. Por esse motivo, a preocupação da Suprema Corte, em *Hansberry*, foi a de declarar que a exclusão de participação direta no processo depende de representação adequada.

Após as decisões que validaram a invocação da coisa julgada por terceiro que não participou do processo, quebrando de forma definitiva a regra da mutualidade, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi chamada a julgar *Richards v. Jefferson County* para decidir se a coisa julgada, formada em processo em que se discutiu direito de uma classe de contribuintes, mas em que participaram três pessoas não dotadas de representação adequada, poderia prejudicar todos os contribuintes, impedindo-os de voltar a litigar a questão<sup>38</sup>.

---

34 *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.

35 *Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979.

36 Fala-se em coisa julgada no lugar de *collateral estoppel*, embora este último constitua uma espécie da categoria *issue preclusion*, porque se tem claro que o que vale, na perspectiva comparativista, é a substância das coisas. Ver VAN HOECKE, Mark. *Methodology of comparative legal research*. Law and Method, 2015, p. 16.

37 *Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court of California, 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942.

38 *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996.

A Suprema Corte decidiu que a extensão da coisa julgada em prejuízo de todos os contribuintes constituiria violação do devido processo legal, garantido pela Décima Quarta Emenda. Mais precisamente, observou que a extensão dos efeitos prejudiciais àqueles que não foram adequadamente representados negaria *Hansberry v. Lee*, o precedente que inseriu a *class action* no quadro do *due process*<sup>39</sup>.

Mas é importante tocar na ferida: caso a questão, na ação proposta pelos três contribuintes, fosse favorável a todos os membros do grupo, o *collateral estoppel* (ou a coisa julgada sobre questão) poderia ser invocado por qualquer um dos terceiros ou por qualquer um dos membros que ficaram alheios ao processo. Tratando-se de direitos individuais que dependem de uma mesma questão, a coisa julgada formada sobre a questão na ação individual de X sempre pode ser invocada por qualquer um dos membros do grupo, não interessando se nessa ação estava (ou não) presente um representante adequado. Os titulares de direitos cuja tutela jurisdicional depende de coisa julgada sobre questão sempre podem invocá-la em seu favor, pouco importando quem esteve à frente do processo em que a coisa julgada foi formada.

Na essência, não há grande diferença entre a decisão que produz *collateral estoppel* e a decisão proferida na *class action*, na medida em que ambas são decisões de questão que dizem respeito a pessoas que não participam diretamente do processo. A diferença é que, na *class action*, a coisa julgada pode beneficiar e prejudicar a todos<sup>40</sup>, enquanto que o *collateral estoppel* pode apenas beneficiar.

Tanto a coisa julgada na *class action*, quanto o *collateral estoppel* em favor de terceiro, *exigiram apenas a percepção de que a coisa julgada*

---

39 *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996.

40 KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multy-party litigations*; ZEUNER, Albrecht; KOCH, Harald. *Effects of judgments (res judicata)*. International Encyclopedia of Comparative Law, v. XVI, p. 62 e ss.

*constitui valor que deve poder ser usufruído por todos, especialmente pelos membros do grupo.* Realmente, a *class action* também parte da premissa de que a coisa julgada pode ser invocada por terceiros (os membros do grupo), embora a sua legitimidade, enquanto procedimento que pode beneficiar e prejudicar, esteja condicionada à representação adequada.

A aplicabilidade do *collateral estoppel* em favor de terceiro requer apenas o confronto entre o processo em que a decisão foi proferida e aquele em que se pretende vê-la valer. Basta constatar se a questão do segundo processo é idêntica à decidida, bem como analisar se a questão foi discutida, decidida e foi necessária ao julgamento do pedido. Entretanto, o principal indicativo da aplicabilidade do *collateral estoppel* é negativo, ou seja, é o de que o *collateral estoppel* não pode prejudicar quem não teve o seu dia perante a Corte. *A regra, assim, é a de que a coisa julgada sempre pode ser invocada, inexistindo qualquer limite à sua extensão, desde que não traga prejuízo a quem não participou do processo.*

Perceba-se que o raciocínio de Pugliese não foi além do agrupamento, entre os casos em que a coisa julgada pode atingir quem não participou diretamente do processo, daqueles em que se decidiu situação afirmada por titular de relação com a mesma origem, conteúdo e parte contrária de outras inúmeras relações, de titularidade de não partícipes diretos do processo.

Desse modo a doutrina de *civil law* pôde explicar a coisa julgada enquanto fenômeno da ação de classe, em que direitos titularizados por membros de um grupo são discutidos. Esse raciocínio adequou a coisa julgada à tutela coletiva dos direitos individuais dos membros de um grupo. Porém, se a lógica do *civil law* sempre foi a de preservar a regra “coisa julgada-partes”, realmente não era possível ver a coisa julgada como algo proibitivo da possibilidade de o vencido voltar a relitigar a questão contra um terceiro, alheio ao processo em que a decisão foi proferida.

A percepção da diferença entre o modo de visualizar a relação entre a coisa julgada e os terceiros, nos Estados Unidos e no *civil law*, permite enxergar o motivo pelo qual o *civil law* viu apenas alguns terceiros. A regra da mutualidade dizia que a coisa julgada deveria ser aplicada de modo

recíproco, podendo ser invocada por uma parte contra a outra e não por um terceiro contra a parte. Essa regra foi quebrada quando se declarou que o terceiro, alheio ao processo em que formada a coisa julgada, pode invocá-la para impedir o vencido de rediscuti-la. Para tanto, evidentemente não foi preciso estabelecer qualquer identidade ou conexão entre as situações substanciais decididas e dos terceiros ou, mais claramente, não houve qualquer preocupação em manter intacta a regra de que a coisa julgada diz respeito às partes. Bem por isso, os terceiros do *common law* nada têm a ver com os terceiros do *civil law*. Os primeiros são aqueles que não participaram do processo em que a coisa julgada foi formada, mas têm interesse em invocá-la contra o vencido; os últimos são aqueles que estão atrelados à regra geral de que a coisa julgada é restrita às partes.

## 6. RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE COISA JULGADA: A POSSÍVEL INVOCAÇÃO PELO TERCEIRO CONTRA O VENCIDO

Chiovenda disse que “a sentença entre A e B *vale em relação a todos* enquanto é sentença entre A e B”<sup>41</sup>. Essa frase, ao que tudo indica, deriva das doutrinas de WACH<sup>42</sup> – que afirmou que, quando a sentença é proferida entre os legítimos contraditores, “a coisa julgada entre as partes se produz, enquanto tal, perante todos” – e de Mendelssohn BARTHOLDY<sup>43</sup>,

---

41 “[...] *così la sentenza fra A e B vale rispetto a tutti*, in quanto è sentenza fra A e B” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, p. 921).

42 WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozess*, v. 2. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 81 e ss; WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal*, v. 2. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 415 e ss.

43 BARTHOLDY, Albrecht Mendelssohn. *Grenzen der Rechtskraft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1900, p. 505 e ss.

que apontaram para uma tendência de compreensão da coisa julgada unicamente a partir da sua eficácia *objetiva*<sup>44</sup>.

É certo que a posição de Wach ou, mais claramente, a ideia de que a coisa julgada não tem limites subjetivos, não prevaleceu na Alemanha<sup>45</sup>, que se manteve presa à regra de que a coisa julgada diz respeito às partes, podendo excepcionalmente atingir terceiros. De qualquer forma, a frase de Chiovenda não apenas tomou uma dimensão diferente daquela originariamente proposta na Alemanha; ela ficou presa às partes e àqueles que, titulares do direito discutido ou de direitos a ele conexos, poderiam ser afetados pela coisa julgada<sup>46</sup>. E isso não só porque a doutrina italiana sempre buscou compatibilizar o significado de coisa julgada com a regra *inter partes*, presente no art. 1.351 do Código Civil de 1865 e no art. 2.909 do Código Civil de 1942.

Em determinada perspectiva, seria possível dizer que a frase de Chiovenda era inadequada à leitura do fenômeno da coisa julgada. Ora, é indiscutível que a sentença do juiz, enquanto ato de posituação do poder

---

44 PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). Enciclopedia del Diritto, XVIII, 1969, n. 29, p. 877. Ver o importante livro de TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006, fruto da tese com que conquistou a cadeira de Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo.

45 Segundo Liebman, a posição de Wach “logrou pouca repercussão e foi depois decididamente repelida de modo quase sumário por toda a doutrina tedesca posterior, *como contrária à tradição e ao direito positivo*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 82).

46 “Sebbene i risultati pratici possano non cambiare, l'impostazione del Chiovenda, influenzata dalla dottrina tedesca, risulta molto diversa da quella della dottrina italiana anteriore e dall'art. 1351 c.c. che la ispirava. Ma essa non giungeva fino a contraddire la regola della limitazione soggettiva del giudicato, rimanendo al di qua della conclusione del Mendelssohn Bartholdy e non approfondendo sufficientemente la spiegazione dell'oggetto del giudicato nei diversi casi e per le diverse categorie di terzi.” (PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). Enciclopedia del Diritto, XVIII, 1969, n. 29, p. 877).

estatal, deve ser respeitada por todos, independentemente da situação em que se encontram. O ato que resolve o litígio, assim como qualquer ato que expressa o poder do Estado, obviamente deve ser considerado por todos. Lida a frase nesse sentido, em que a ênfase recai no respeito à sentença judicial, ela não ajudaria muito na análise do tema da coisa julgada.

Ademais, Chiovenda, ao falar que a sentença, embora valendo para todos enquanto sentença entre A e B, não prejudica juridicamente os terceiros, fez ver que o valor que pode atingir os terceiros não se confunde com a coisa julgada, restrita unicamente às partes<sup>47</sup>. Aliás, como antes já dito, Liebman mais tarde sustentou de modo enfático que, enquanto a autoridade da coisa julgada é restrita às partes, o que atinge todos os terceiros é algo diverso, ou seja, é a eficácia da sentença<sup>48</sup>. Se a primeira estaria irremediavelmente vinculada às partes, o problema dos terceiros seria outro, relacionado aos efeitos da sentença. O que poderia ter efeitos além das partes, portanto, não seria a coisa julgada.

Distinguir a autoridade da coisa julgada dos efeitos da sentença para demonstrar que aquilo que pode valer para os terceiros é outra coisa, obviamente, fica muito longe de poder resolver o problema do significado de “coisa julgada perante todos”. Como é óbvio, distinguir conceitualmente a vinculação dos terceiros da vinculação das partes não tem importância quando se pretende deixar claro que os terceiros sempre podem se valer do valor que se expressa na invocação da imutabilidade e da indiscutibilidade de uma decisão.

A despeito de a maioria dos doutrinadores italianos do século XX não ter se escondido por detrás da diferença conceitual entre autoridade da coisa julgada e vinculação de terceiros, admitindo que o problema dos

---

47 PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). Enciclopedia del Diritto, XVIII, 1969, n. 29, p. 877 e ss.

48 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 79 e ss.

terceiros também está na coisa julgada, nunca foi bem explicado o que significaria dizer que uma decisão, que a princípio obviamente diz respeito às partes, *vale perante todos*<sup>49</sup>.

Não há dúvida que a doutrina de *civil law* não pôde precisar o significado de coisa julgada perante todos em virtude de ter sempre ligado a essência da coisa julgada à sua eficácia subjetiva. A discussão não poderia ir além da pergunta sobre a eficácia da coisa julgada diante daqueles que são titulares ou cotitulares do direito decidido ou daqueles que são titulares de uma situação que depende do direito decidido ou da coisa julgada<sup>50</sup>.

---

49 Carnelutti também trabalhou com a ideia de que a coisa julgada “*vale per tutti*”. Ao tratar da eficácia da coisa julgada, disse que a opinião majoritária confundiria a eficácia e o objeto da coisa julgada. “O objeto, não a eficácia, é limitado. O juiz, porque julga em torno a uma lide, decide *entre* as partes, mas não *para* as partes. A sua decisão *entre as partes vale para todos*” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, p. 275). O interessante é que Taruffo, para evidenciar a possibilidade de o terceiro se valer da coisa julgada, argumentou que a coisa julgada torna a decisão indiscutível *para as partes* (e não somente *entre as partes*), de forma que o vencido estaria proibido de relitigar o decidido perante terceiro (TARUFFO, Michele. “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni* n. II, *Rivista di Diritto Processuale*, 1972, p. 293 e ss). De qualquer forma, Carnelutti quis enfatizar que a decisão, porque proferida entre as partes e não (apenas) para as partes, “*vale per tutti*”.

50 Lembre-se que Carnelutti, numa primeira fase, viu a eficácia reflexa como algo que não tinha a natureza da coisa julgada, distinguindo eficácia direta e eficácia reflexa: “Il vero è dunque che, se la cosa giudicata non si estende oltre la lite *in iudicium deducta*, si espande abbondantemente al di là di questo limite. Si è per lungo tempo creduto e si continua a credere che tale espansione debba spiegarsi come una eccezione al principio della efficacia limitata del giudicato; e anche a questo proposito si parla di terzi rispetto ai quali avrebbe e di terzi rispetto ai quali non vale il giudicato. *Questa è, a mio avviso, una falsa strada*. (...) La teoria generale del diritto ha già chiarito un fenomeno così fatto in un campo più generale, che non sia quello della cosa giudicata, parlando di effetti giuridici riflessi. (...) Onde il compito della dottrina processuale *si limita a chiarire la natura di questa efficacia della sentenza oltre i confini della lite e a distinguerla da quella che propriamente si chiama la autorità della cosa giudicata; non più.*” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, p. 297, 299 e 300). Mais tarde, porém, unificou a natureza destas

Mais do que isso seria desnecessário a quem está atrelado a uma regra que diz que a coisa julgada recai sobre as partes ou sobre aqueles que podem ser equiparados à parte<sup>51</sup>.

A coisa julgada, além de ter significado que vai muito além das partes, constitui técnica processual destinada a, sobretudo, tutelar a segurança jurídica<sup>52</sup>, impedindo a modificação e a rediscussão do que o juiz decidiu. A coisa julgada não constitui algo que deriva exclusiva e necessariamente da sentença que julga o pedido nem diz respeito apenas às partes presentes no processo.

Compreender a coisa julgada como um atributo ou uma consequência necessária da sentença que resolve um litígio entre as partes é, antes de tudo,

---

eficácias, incluindo na mesma categoria a eficácia *inter partes* e a eficácia contra terceiros: “Che il giudicato, come qualsiasi altro fatto giuridico, spieghi i suoi effetti *erga omnes* non vuol dire che tutti ne sentano gli effetti allo stesso modo, cioè li subiscano con la medesima intensità. (...) Fu così che la scienza è dovuta passare attraverso la nota distinzione tra efficacia diretta e efficacia riflessa del giudicato, la quale è valsa, se è lecita una frase volgare, a salvare la faccia della massima tradizionale: i terzi sono bensì vulnerabili anch’essi, ma solo indirettamente, per riflesso o, se vogliamo dire, per ripercussione (...) *Sulla differenza tra efficacia diretta e efficacia riflessa, intorno alla quale ho ragione oggi di ricredermi, come è spiegato nel testo*, ho particolarmente insistito nella polemica con Liebman” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, p. 275 e ss).

51 A doutrina italiana sempre estudou o tema dos limites subjetivos da coisa julgada de forma incompleta ou parcial. “[...] da un lato, *si è fatto capo essenzialmente alla connessione sussistente tra il rapporto sostanziale dedotto in giudizio tra le parti e il rapporto sostanziale esistente tra una parte e un terzo, e non al rapporto tra il primo processo (tra le parti) e il secondo (tra una parte e il terzo)*. Dall’altro lato il tema degli effetti del giudicato nei confronti del terzo è sempre stato affrontato esclusivamente sotto il profilo delle conseguenze sfavorevoli che il giudicato formatosi tra le parti può produrre a carico del terzo, e non sotto quello delle eventuali conseguenze favorevoli che al terzo possono derivare dall’accertamento vincolante del rapporto esistente tra le parti”. (TARUFFO, Michele. “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni*, n. II, *Rivista di Diritto Processuale*, 1972, p. 293-294).

52 TALAMINI, Eduardo. *Cosa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 61 e ss.

algo incompatível com a tutela dos novos direitos. Ora, dizer que a coisa julgada pode ser *erga omnes* ou *ultra partes* simplesmente porque alguém tem legitimidade para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos demonstra que a coisa julgada tutela a segurança nos termos em que o legislador supõe adequados e, assim, que a coisa julgada pode tutelar muitos ou em alguns casos todos, independentemente de quem participou diretamente do processo em que a coisa julgada se formou.

O art. 103 do Código de Defesa do Consumidor exclui a coisa julgada quando o pedido de tutela de direitos difusos ou de direitos coletivos é julgado improcedente por insuficiência de provas. Nesses casos, a norma afirma expressamente que outro legitimado à tutela dos direitos transindividuais “poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (art. 103, I, CDC). A técnica da coisa julgada foi livremente utilizada pelo legislador de forma ainda mais benéfica aos terceiros em caso de tutela de direitos individuais homogêneos. Nesta situação, só há coisa julgada quando o pedido é julgado procedente, inexistindo coisa julgada quando o pedido é julgado improcedente. A coisa julgada, assim, apenas pode favorecer, jamais prejudicar os terceiros que não participaram diretamente do processo<sup>53</sup>. Como está claro, a coisa julgada é utilizada pelo legislador de acordo com as necessidades do processo justo e, por isso, não pode ser confundida com algo que decorre exclusiva e necessariamente da resolução de um litígio entre partes<sup>54</sup>.

---

53 Esclarece-se ainda que, “em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”. (§ 2º, art. 103, CDC).

54 Sobre a coisa julgada na ação declaratória de inconstitucionalidade, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional* (Sarlet, Marinoni e Mitidiero), 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1192-1211; MARINONI, Luiz Guilherme. *Die Wirksamkeit der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit – in welchen Fällen ist ihre gerichtliche Überprüfung möglich?* ZZPInt - Zeitschrift für Zivilprozess International Jahrbuch des

A ideia de que a coisa julgada é uma técnica à tutela da segurança fica ainda mais clara ao se observar o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, que diz que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator<sup>55</sup>. O art. 16 desvincula a coisa julgada dos terceiros que, titulares dos direitos tutelados em juízo pelo legitimado a tanto, potencialmente poderiam ser beneficiados pela coisa julgada. A coisa julgada, nesse caso, fica muito longe do que foi resolvido pela sentença.

Isso tudo evidencia que a coisa julgada pode ser utilizada de modo variado. O legislador brasileiro reconheceu já há algum tempo que a coisa julgada é um atributo que lhe permite tutelar normativamente a segurança jurídica à luz da sua percepção de “processo justo”<sup>56</sup>.

Mas o que realmente importa demonstrar é o significado de coisa julgada que “*vale em relação a todos*”. É possível enumerar vários pontos para demonstrar como a coisa julgada se afastou desta noção. *Como pano de fundo, considere-se que, como a coisa julgada foi vista como uma espécie de escudo contra os que pretendem desconsiderar a sentença, imaginou-se que esta não precisaria tutelar mais ninguém do que as partes e alguns poucos terceiros a elas vinculados na dimensão do direito substancial. A doutrina italiana, assim como a brasileira, no mínimo analisou a eficácia subjetiva da coisa julgada sem a devida abrangência, desconsiderando a potencialidade do seu uso em favor de terceiros.*

Esqueceu-se, em primeiro lugar, que a coisa julgada é inerente ao Estado de Direito e, portanto, deve ser utilizada para obstar a rediscussão

---

Internationalen Zivilprozessrechts, v. 18, 2014, p. 393 e ss.

55 Sobre o ponto, ver a relevante e correta crítica de ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: RT, 2013, p. 68 e ss, p. 301 e ss, p. 364.

56 Francisco Verbic, no direito argentino, realiza interessante análise da tutela coletiva do meio ambiente à luz do *collateral estoppel* estadunidense. Ver VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la ley n. 25.675*, Revista de Processo, v. 167, 2009.

do que o Estado já decidiu, não importando se o vencido está diante da parte com quem litigou ou diante de um novo adversário. *Deixar o Estado exposto à relitigação, apenas porque o vencido está litigando com outro, é negar autoridade ao que já foi decidido; é transformar a decisão estatal em uma opinião para o vencido, estimulando-o a litigar diante de outros adversários. Na verdade, é supor que a decisão judicial vale apenas para resolver o problema do vencedor, o que retira a possibilidade de o discurso jurídico estatal, peculiar ao processo jurisdicional, assumir o seu devido valor perante a sociedade. Se as decisões estatais devem ser respeitadas e confiáveis, não há como aceitar que o processo civil possa ser estruturado de modo a dar ao juiz a possibilidade de decidir várias vezes uma mesma questão para a mesma parte. A menos que se pretenda desconsiderar aqueles que estão atentos às decisões sobre os seus direitos. Realmente, se uma decisão pode variar, depois de ter declarado algo que é fundamental para a proteção do direito de muitos, estes não podem ter qualquer expectativa legítima em relação aos órgãos estatais instituídos para tutelá-los. Ora, quando se admite a rediscussão do decidido pelo simples fato de o vencido estar debatendo com outro, simplesmente se declara que o Judiciário não responde à sociedade, mas àqueles que imaginam que podem litigar tantas vezes quantos forem os seus adversários. Opta-se pela litigância desenfreada em detrimento da segurança jurídica e da tutela da confiança dos cidadãos nas decisões estatais<sup>57</sup>.*

Além do mais, quando a coisa julgada vale apenas para as partes, *nega-se a devida sanção estatal ao vencido*. A coisa julgada não pode se limitar a impedir o vencido de voltar a discutir com quem litigou. A sanção que deve advir da coisa julgada é a proibição de relitigação do decidido, seja com a antiga parte seja com qualquer outra pessoa. É no mínimo curioso afirmar que o perdedor só não pode voltar a litigar com quem já

---

57 MARINONI, Luiz Guilherme. *Cultura y previsibilidad del derecho* – La justificación de un sistema de precedentes en clave histórica moderna. México: Porrúa, 2016, p. 63 e ss.

discutiu. Essa afirmação teria fundamento se a lógica da distribuição estatal de justiça pudesse partir da premissa de que o vencido perde para o seu específico contendor e não porque é declarado judicialmente sem razão. *Quem é vencido num processo é declarado sem direito; não é simplesmente declarado um perdedor diante do vencedor.* Se a decisão, a despeito de ter sido proferida em processo entre A e B, declara que A não tem razão, ela obviamente deve valer em todos os processos em que A novamente alegar ter razão, pouco importando se diante de C, D ou outro qualquer.

Por fim, se uma decisão judicial revela o entendimento do Estado acerca de uma questão do interesse de muitos, não há razão para entender que este entendimento deva valer apenas no processo em que a decisão é proferida, como se fosse endereçado somente ao vencedor. A ideia de que a coisa julgada serve às partes e, especialmente, ao vencedor, *encobriu os verdadeiros destinatários da coisa julgada. Inexiste motivo sério para supor que a coisa julgada, enquanto expressão da tutela da segurança jurídica, possa proteger unicamente às partes, como se todos aqueles que dependem da decisão para a tutela jurisdicional dos seus direitos devessem ser alheios ou indiferentes à coisa julgada que lhes beneficia*<sup>58</sup>.

Note-se, por exemplo, que se a patente é declarada inválida na ação inibitória proposta por A contra B, não há racionalidade em permitir que

---

58 “Al riguardo, va subito precisato che il problema non riguarda soltanto l’efficacia del giudicato sulle questioni, bensì, da un punto di vista più generale, la possibilità per il terzo di valersi, contro una delle parti del primo processo, del giudicato formatosi su un punto deciso, in tale giudizio, in modo tale da produrre conseguenze giuridiche favorevoli al terzo medesimo. A differenza di quanto accade nell’ordinamento nordamericano, *dove dottrina e giurisprudenza hanno ampiamente affrontato il tema del giudicato nei confronti del terzo non solo dal punto di vista del vincolo che costui può subire per effetto del giudicato formatosi tra le parti, ma anche sotto il profilo della possibilità che il terzo si avvalga del giudicato a lui favorevole, un’elaborazione di questo secondo tema manca della nostra dottrina*”. (TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, n. II, Rivista di Diritto Processuale, 1972, p. 293).

A possa voltar a se basear na patente para propor ação inibitória contra C<sup>59</sup>. Como é óbvio, C também é destinatário da coisa julgada formada sobre

---

59 De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a ação inibitória, fundada no registro de patente ou marca, é de competência da Justiça Federal, uma vez que a questão da validade do registro, prejudicial para a ordem de inibição do uso, não pode ser decidida incidentalmente pela Justiça Estadual. Em sede de recurso repetitivo, a 2ª Seção, ao analisar se seria possível à Justiça Estadual impor ordem de abstenção de uso de marca com base na invalidade do seu registro perante o INPI, advertiu que, “quanto ao pedido de abstenção (inibição) do uso da marca, dúvida não há quanto à competência da Justiça Federal, até por decorrência expressa do artigo 173 da LPI, sendo a abstenção de uso uma decorrência lógica da desconstituição do registro sob o fundamento de violação do direito de terceiros”, e ao final decidiu dar provimento ao recurso especial “para, em reconhecimento da incompetência da Justiça Estadual, afastar a determinação de abstenção de uso de suas próprias marcas registradas” (REsp 1527232/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 05.02.2018). Nesta ocasião, a 2ª Seção, para fundamentar sua decisão, invocou acórdão da 3ª Turma, que analisou hipótese de ação inibitória em que a invalidade do registro foi alegada em contestação. Nesse caso, observou-se que, “ainda que a lei preveja, em seu art. 56, § 1º, a possibilidade de alegação de nulidade da patente como matéria de defesa, a melhor interpretação de tal dispositivo aponta no sentido de que ele deve estar inserido no contexto de uma ação autônoma, em que se discuta, na Justiça Federal, o próprio registro”, uma vez que “não faria sentido exigir que, para o reconhecimento da nulidade pela via principal, seja prevista uma regra especial de competência e a indispensável participação do INPI, mas para o mero reconhecimento incidental da invalidade do registro não se exija cautela alguma. [...] A discussão sobre a validade de um registro de marca, patente ou desenho industrial, nos termos da LPI, tem de ser travada administrativamente ou, caso a parte opte por recorrer ao judiciário, deve ser empreendida em ação proposta perante a Justiça Federal, com a participação do INPI na causa”. Com base nestes fundamentos, a 3ª Turma decidiu que a Justiça Estadual não tem competência para decidir sobre a questão da validade do registro de patente ou marca, nem mesmo incidentalmente e sem força de coisa julgada (REsp 1281448/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 08.09.2014). Assim, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a ação inibitória fundada em violação de registro de patente ou marca deve ser proposta perante a Justiça Federal. Portanto, como o juiz competente para a ação inibitória é também materialmente competente para a questão prejudicial que pode ser formada em virtude da alegação de invalidade do registro, a decisão da questão é apta a produzir coisa julgada, nos termos do art. 503, § 1º, III do Código de Processo Civil.

a validade da patente, na medida em que A está a dizer que C infringiu a patente. Na verdade, a coisa julgada é tão importante àqueles que podem ser ditos infratores da patente quanto ao litigante cujos argumentos foram concretamente reconhecidos no processo em que a patente foi declarada nula. Note-se que, *ao se excluir os terceiros do âmbito de proteção da coisa julgada, opta-se por uma irracional e indevida restrição da tutela da segurança a B*. Só B, e ninguém mais, poderia obstaculizar A de voltar a litigar com base na patente já declarada inválida, deixando-se todos os demais concorrentes de A vulneráveis aos males de uma litigação sem freios.

Todos os concorrentes de A devem ser destinatários da coisa julgada que invalidou a patente *pelo simples fato de que a decisão de invalidade não interessa somente ao vencedor, mas diz respeito a todos*, nesse caso especificamente àqueles que são concorrentes da parte que se diz titular da patente. Caso se entendesse pela restrição da coisa julgada a A e B, negando-se a sua invocação por terceiros, a justificativa deveria ser a de que apenas aquele que participou em contraditório, alegando e provando, pode se valer da coisa julgada, *vendo-se então a coisa julgada mais como uma conquista da parte do que como um mecanismo de tutela da previsibilidade e da confiança*.

Não há como não ver que a restrição da coisa julgada às partes obscureceu a sua própria razão de ser. Ora, a coisa julgada é, acima de tudo, requisito destinado a tutelar a autoridade do Estado, na medida em que uma decisão não constituiria positivamente do poder estatal caso pudesse ser modificada ou rediscutida<sup>60</sup>. Por ser atributo destinado a conferir

---

60 “O recrudescimento da decisão judicial, ápice do discurso jurídico, é imprescindível para que o próprio discurso tenha razão de ser e, assim, realmente exista enquanto discurso jurídico. A coisa julgada, portanto, não é uma regra preocupada com o conteúdo do discurso, mas sim uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo e, destarte, um discurso jurídico propriamente dito. Na verdade, se a discussão jurídica não tiver um termo a partir do qual a decisão não possa ser questionada, não haverá

autoridade às decisões judiciais, a coisa julgada, além de imprescindível à configuração do Estado de Direito, pode ser invocada por todos aqueles que, num processo jurisdicional, tem legítimo interesse em proibir a rediscussão do já decidido.

Em outras palavras, embora a coisa julgada se forme em processo entre A e B, ela é invocável, contra aquele que discutiu e restou vencido, por qualquer um que legitimamente dela possa usufruir. É este, e não outro, o significado que se deve extrair do velho ditado de que a coisa julgada, a despeito de firmada para a A e B, “vale perante todos”. A coisa julgada não vale perante todos apenas porque deve ser respeitada por todos. Fosse assim, não haveria sequer motivo para se perder tempo elaborando esta ou aquela frase. *A coisa julgada “vale perante todos” porque pode ser afirmada por todos que legitimamente podem invocá-la em face daquele que foi declarado sem razão.*

A coisa julgada, a princípio, pode beneficiar a todos, embora nunca possa prejudicar quem não participou do processo. Mas se a eficácia prejudicial é vedada já em nível constitucional, na medida em que ninguém pode ser prejudicado por decisão proferida em processo em que não pôde participar em contraditório, a eficácia favorável pode ser limitada ou não ou mesmo pode ter a sua incidência concreta remetida ao juiz do caso pelo legislador, sempre conforme a sua opção de processo civil adequado à tutela dos direitos.

Melhor explicando: a coisa julgada, em abstrato ou potencialmente, sempre pode ser invocada por aqueles que legitimamente dela podem

---

sentido em falar em discurso jurídico nem muito menos em realizá-lo. Ora, um discurso jurídico incapaz de se estabilizar é uma contradição em termos, já que o poder, fundamento do discurso jurídico, impescinde do recrudescimento. É por isto que um discurso aberto à eterna discussão jamais será um discurso jurídico ou um discurso do poder estatal, mas tão somente um discurso prático-geral.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*, São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 47-48).

usufruir. Entretanto, como a coisa julgada é uma técnica a serviço de valores constitucionais, especialmente da segurança jurídica, o legislador pode, impressionado pela *liberdade de litigar*, restringir a coisa julgada às partes sem incidir em inconstitucionalidade. *Porém, essa não é, sem qualquer dúvida, a melhor opção, já que não só desconsidera a tutela da confiança nas decisões estatais, mas sobretudo ignora a necessidade de coerência na distribuição do direito.* De modo que a opção do Código de Processo Civil de 2015, ao deixar clara a coisa julgada sobre questão (art. 503, CPC) e ao abrir a possibilidade da sua invocação pelo terceiro (art. 506, CPC), coloca o sistema brasileiro em uma posição de nítida vantagem no âmbito do *civil law*. Note-se que o art. 506 do código de 2015 *eliminou* a condição negativa para a extensão dos efeitos benéficos da coisa julgada aos terceiros, *então presente no artigo 472 do código de 1973*<sup>61</sup>. Isso constitui clara e insofismável prova da intenção do legislador de revestir a questão com coisa julgada e fazê-la invocável por terceiros.

Aliás, o momento é favorável para chamar a atenção para a norma que diz que, no caso de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada somente produz efeitos para beneficiar os representados e para prejudicar a parte adversa (art. 103, III, CDC). Essa norma só tem sentido quando se pensa na ação coletiva enquanto modelo processual voltado ao fortalecimento da tutela dos direitos individuais homogêneos, ou melhor, quando se vê importância na junção das pretensões individuais para se ter um único palco para o debate e um legitimado diferenciado (art. 5º, LACP e art. 81 do CDC) à tutela dos direitos. Porém, *quando relacionada unicamente à eficácia da coisa julgada, a norma assume*

---

61 CPC, 1973, Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, *não beneficiando*, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

*semblante estranho*. Se a coisa julgada não pode beneficiar o adversário do legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos, a conclusão é a de que o processo e a coisa julgada só têm razão de ser quando os terceiros podem ser beneficiados. Deixando-se de lado a discussão em torno de se é adequado expor aquele que já venceu a um sem-número de ações coletivas e individuais, há uma evidência incontestável: a norma do art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, perde racionalidade quando se tem presente que a coisa julgada, para beneficiar, não tem motivo para exigir um modelo procedimental específico ou um legitimado definido pela lei como adequado.

A verdade é que a coisa julgada, para beneficiar estranho ao processo, depende precisamente dos requisitos delineados no art. 503 do código de 2015, nitidamente inspirado no § 27 do *Restatement (Second) of Judgments*. A circunstância de o Código de Processo Civil ter buscado inspiração no direito estadunidense justifica ainda mais um novo conceito de coisa julgada, desatrelado da sua eficácia subjetiva.

A coisa julgada sobre questão apenas não se forma e, assim, não pode ser transportada para outro processo, seja entre as mesmas partes, seja entre um terceiro e a parte vencida, quando a questão não foi discutida em razão de revelia (art. 503, § 1º, II, CPC), não pôde ser devidamente discutida em virtude de alguma restrição atinente ao contraditório (art. 503, § 2º, CPC), não foi (adequadamente) decidida (art. 503, § 1º, CPC), não constituía um pressuposto necessário ao julgamento do pedido (art. 503, § 1º, I, CPC) ou quando o juiz que a decidiu não era dotado de competência, em razão da matéria ou da pessoa, para resolvê-la como questão principal (art. 503, § 1º, III, CPC).

Como deflui da própria dicção do art. 503, a compreensão da “nova” coisa julgada – que não mais se restringe ao pedido e não mais apenas objetiva vincular A e B – exige atenção ao fato de que a sua delimitação, depois de muito tempo, passou a depender do juiz do processo em que é invocada. Do absolutismo da regra que vinculava a coisa julgada às partes,

preocupando-se apenas com determinados terceiros, chegou-se a normas que transferiram, em boa medida, a eficácia da coisa julgada – tanto objetiva quanto subjetiva – às mãos do juiz.

## **Desconsideração da personalidade societária e responsabilização de terceiros na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção<sup>1</sup>**

### ***The disconsideration of societal personality and the accountability of third parties in Administrative Improbity Law and Anti-Corruption Law***

*Marçal Justen Filho<sup>2</sup>*

RESUMO: A Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) previu a responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados contra a Administração Pública. O presente artigo faz um exame de suas regras para permitir uma compreensão mais precisa da disciplina sobre temas similares da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração; personalidade societária; responsabilidade; Lei de Improbidade Administrativa; Lei Anticorrupção.

ABSTRACT: The Anti-Corruption Law (Law n. 12.846/2013) provided for the accountability of legal persons for acts of corruption committed against the Public Administration. This article examines its

---

1 O texto foi originalmente publicado na *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 3, set.-nov., 2018.

2 Mestre e Doutor em Direito Público pela PUCSP. Parecerista, Árbitro e Advogado.

rules to allow a more precise understanding of the discipline on similar themes of the Law of Administrative Improbability (Law n. 8.429/1992).

KEYWORDS: “Disregard” doctrine; corporate personality; responsibility; Improbability Administrative Law; Anti-corruption Law.

## **1. O ÂMBITO SUBJETIVO DE VIGÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE**

A Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei n. 8.429/1992) é orientada diretamente a reprimir condutas reprováveis praticadas por agentes administrativos, no desempenho de suas atividades funcionais. O art. 1º delimita o âmbito de vigência material do diploma, tal como se extrai do texto abaixo reproduzido:

Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

O agente ativo da infração da Lei de Improbidade é basicamente o “servidor público”, utilizada a expressão numa acepção amplíssima para indicar todo aquele investido da condição de exercício de poderes jurídicos pertinentes à Administração Pública.

Na sua disciplina imediata, a LIA não alcança a conduta dos sujeitos privados. Assim se passa porque toda e qualquer infração sancionável pela LIA pressupõe a participação de um agente público. Essa orientação foi reafirmada pelo próprio STJ, em decisão que despertou a atenção dos

especialistas (caso “Chatô”).<sup>3</sup> Naquele julgamento, ficou definido o seguinte:

IV – Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no polo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas. Precedentes (REsp 1.405.748, 1.<sup>a</sup> T., rel. Min. Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF4), rel. p/ acórdão Min. Regina Helena da Costa, j. 21.5.2015, DJe de 17.8.2015).

Muitas das infrações da LIA se aperfeiçoam mediante a atuação isolada de um agente público. Assim se passa nos casos em que o ocupante de uma função estatal prevalece-se de sua posição para auferir benefícios indevidos para si próprio.

Mas o art. 3º da LIA prevê a extensão do regime da improbidade administrativa também a sujeitos privados, nas hipóteses em que um sujeito privado participe da infração ou dela se beneficie indevidamente. O dispositivo tem a seguinte redação: “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

O STJ, no julgamento do REsp 1.405.748, acima referido, firmou o seguinte entendimento:

III - A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

---

3 Sobre o tema, confira-se: OLIVEIRA, Fernão Justen de. “*Chatô, o rei do Brasil*” e *improbidade administrativa sem agente público*. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC, n. 19, p. 59-73, jul.-ago. 2015.

Para os fins do art. 3º da LIA, é indiferente se o sujeito privado é pessoa física ou jurídica. O tratamento jurídico reservado a ambas as figuras é idêntico.

A LIA contempla uma hipótese de desconsideração da pessoa jurídica de modo expresso. No art. 12, incs. I a III, está determinado que o sancionamento pela improbidade poderá consistir na “proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário”.

A LIA afasta a distinção entre o sócio – condenado por improbidade – e as pessoas jurídicas em que tiver participação societária majoritária. Mas tal apenas se aplica para o específico efeito da proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

## **2. O REGIME DA LEI N. 12.846/2013**

A Lei n. 12.846 disciplinou um outro regime de combate à corrupção, tipificando condutas reprováveis praticadas por sujeito privado. A Lei tem por finalidade inclusive incorporar ao direito brasileiro as regras da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris em 1997 e promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 3.678/2000.

No art. 5º, a Lei Anticorrupção especifica as condutas infracionais, que envolvem práticas de corrupção (ainda que meramente tentadas). Os atos de corrupção referidos no art. 5º podem envolver a atuação exclusiva de sujeitos privados. Assim, por exemplo, existirá infração punível quando diversos agentes privados atuarem em conluio numa licitação. O aperfeiçoamento da infração não exigirá a participação de um agente público.

Mas haverá casos em que o ilícito resultará da atuação concertada entre agentes privados e públicos. Aliás, há hipóteses em que uma mesma conduta reprovável é tipificada pela LIA no tocante à conduta do agente

público e pela Lei Anticorrupção relativamente ao agente privado.<sup>4</sup>

A Lei Anticorrupção estabelece que a responsabilidade das pessoas jurídicas será objetiva, tal como se extrai do art. 1º, abaixo reproduzido: “Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Essa mesma orientação constou do art. 2º, cuja redação é a seguinte: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

Por outro lado, o art. 4º do diploma previu regras sobre a amplitude da responsabilidade da pessoa jurídica. No § 2º, ficou determinado o seguinte:

As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

Essas previsões têm despertado controvérsias, especialmente em vista da alusão à responsabilização objetiva da pessoa jurídica. O tema exige aprofundamento. A relevância da repressão à corrupção não autoriza ignorar a disciplina constitucional quanto à competência sancionatória do Estado. Portanto, toda e qualquer interpretação das regras deverá assegurar a compatibilidade da disciplina da Lei Anticorrupção com a Constituição.

A advertência acima é especialmente necessária para evitar a tentação da interpretação literal, conducente à prevalência de uma concepção não relacionada com a técnica jurídica. A aplicação da técnica jurídica permite uma interpretação mais compatível com a Constituição.

---

4 Nesse sentido, confirmam-se o art. 10, inc. VIII da LIA, e o art. 5º, inc. IV da Lei n. 12.846.

### 3. A QUESTÃO FUNDAMENTAL: A “RESPONSABILIDADE” DA PESSOA JURÍDICA

O aspecto fundamental a ser considerado reside em que a Lei n. 12.846 disciplina, de modo explícito e inquestionável, a **responsabilidade** das pessoas jurídicas por atos de corrupção. É indispensável, portanto, tomar em vista o instituto da responsabilidade para compreender adequadamente a questão.

#### 3.1. A “responsabilidade” na teoria geral do direito

A expressão “responsabilidade” é utilizada, na teoria geral do direito, para indicar uma posição jurídica de cunho acessório ou derivado, que envolve a submissão aos efeitos jurídicos decorrentes de certas condutas (principais ou originárias). A responsabilidade pode configurar-se como o dever de arcar com os efeitos danosos decorrentes de atos ilícitos (ou, em alguns casos, lícitos), com uma nítida dimensão de natureza patrimonial.

#### 3.2. A teoria dualista da obrigação no direito privado

No âmbito do direito privado, desenvolveu-se a teoria dualista da obrigação, que merece um relevante prestígio doutrinário.<sup>5</sup> Segundo essa concepção, a obrigação compreende duas manifestações distintas e inconfundíveis. Há o dever de prestar (débito), que corresponde à sujeição de uma pessoa ao desenvolvimento de conduta ativa ou omissiva em favor do credor. E existe a responsabilidade, que indica a sujeição (usualmente patrimonial) da mesma ou de outra pessoa à satisfação do direito do credor, em caso de inadimplemento do débito.

---

5 A formulação mais completa sobre a teoria dualista da obrigação encontra-se em COMPARATO, Fabio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964. Para um aprofundamento do entendimento do signatário, pode-se conferir *Sujeição Passiva Tributária*. Belém: CEJUP, 1986, p. 53-69.

A teoria dualista permite compreender a vinculação de terceiros à satisfação de débito alheio. Assim, por exemplo, o fiador não é titular do débito, mas apenas da responsabilidade patrimonial. A outorga de bem em hipoteca de dívida alheia é uma situação de responsabilidade de terceiro, delimitada objetivamente ao bem hipotecado.

### **3.3. Ainda a “responsabilidade” como um efeito jurídico**

A construção anterior facilita a compreensão de que o instituto jurídico da “responsabilidade” se relaciona com o efeito do descumprimento de uma conduta devida. Mesmo quando não se tratar precisa e exatamente de uma obrigação de direito privado, alude-se à “responsabilidade” para indicar a sujeição de um sujeito a um tratamento jurídico mais severo como decorrência da ocorrência de um evento indesejável – usualmente a prática de um ato ilícito.

### **3.4. A “responsabilidade civil”**

A procedência do raciocínio é evidente especialmente no caso da responsabilidade civil. A expressão indica o surgimento de uma obrigação de indenizar perdas e danos em virtude da infração à lei ou do inadimplemento contratual. A responsabilidade civil é uma derivação da ocorrência de um evento indesejável, que produz um dano que o direito determina que seja evitado ou ressarcido. Mesmo nos casos em que a lei estabelece a responsabilidade civil por ato lícito – o que configura exceção –, trata-se da decorrência da consumação de um dano indesejado pelo direito.

### **3.5. A “responsabilidade” da pessoa jurídica**

A avaliação da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica tem de ser examinada em face dessas características e da própria estrutura dessa categoria de sujeitos.

#### **3.5.1. A pessoa jurídica e sua existência abstrata**

O primeiro aspecto a ser destacado reside em que a pessoa jurídica

não é dotada de existência intrínseca e autônoma. Não é possível afirmar que a natureza da pessoa jurídica é idêntica à da pessoa física.

A pessoa física é o ser humano, dotado de um corpo físico e de elementos subjetivos, que configuram uma entidade complexa. A pessoa jurídica é uma organização de pessoas ou de bens, a que o direito reconhece a titularidade de posições jurídicas.

### 3.5.2. A atuação jurídica da pessoa jurídica

Justamente por isso, a pessoa jurídica apenas pode formar e exteriorizar a sua vontade por meio de pessoas físicas. A teoria do órgão, absolutamente prevalente, reconhece que os indivíduos são os órgãos de formação e de exteriorização da vontade da pessoa jurídica. Logo, a pessoa jurídica atua por meio de órgãos, cuja especificidade varia em função do tipo da pessoa jurídica.<sup>6</sup>

### 3.5.3. A “conduta” da pessoa jurídica

Portanto, a pessoa jurídica não age por si mesma. Todos os seus atos são materialmente praticados por seres humanos. Tais atos são imputados à pessoa jurídica, tal como se ela os tivesse “praticado”. Essa construção gramatical deve ser entendida com cautela para evitar distorções indevidas, como é evidente.

### 3.5.4. O ilícito da pessoa jurídica

Admite-se a prática de atos ilícitos pela pessoa jurídica. Tal se passa quando o indivíduo, que atua como órgão dela, adota conduta infringente da ordem jurídica.

---

6 A respeito da teoria do órgão, confira-se a obra do signatário: *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 112-113.

### 3.5.5. A culpabilidade da pessoa jurídica

Também se reconhece que a conduta ilícita da pessoa jurídica implica, como regra, um elemento subjetivo. Frank MODERNE indica que a culpabilidade que entranha a conduta do indivíduo que atua como órgão da pessoa jurídica é a ela imputada. Ou seja, a culpabilidade da pessoa jurídica se manifesta como a culpabilidade do agente que atua como órgão dela.<sup>7</sup>

### 3.5.6. A responsabilidade da pessoa jurídica

A pessoa jurídica “responde” por atos ilícitos ou defeituosos praticados por seus órgãos. Isso não significa que se admita a “conduta ilícita” da pessoa jurídica, mas sim que a infração é cometida pelo órgão da pessoa jurídica.

## 3.6. A responsabilidade “objetiva” prevista na Lei n. 12.846

Essas ponderações são essenciais para determinar o sentido da disciplina constante dos arts. 1º e 2º da Lei n. 12.846, quando estabelecem a responsabilidade “objetiva” da pessoa jurídica.

### 3.6.1. Ainda a ausência de responsabilidade intrínseca

Reitere-se, antes de tudo e uma vez mais, que não existe responsabilidade intrínseca da pessoa jurídica. Ou seja, não existe uma conduta física, própria, autônoma da pessoa jurídica, de que derivem efeitos jurídicos diretos. Existe, sempre, a questão da atuação do órgão.

### 3.6.2. A desnecessidade de culpa na atuação do órgão

Portanto, a responsabilidade “objetiva” da pessoa jurídica apenas poderia significar a desnecessidade da verificação de culpa na atuação do indivíduo que opera como órgão dela.

---

7 MODERNE, Frank. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 287.

### 3.6.3. A configuração do elenco de infrações

No entanto, é fundamental examinar a Lei n. 12.846 para observar que existe uma distinção jurídica que não pode ser ignorada. Os arts. 1º e 2º aludem à responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelas infrações previstas no art. 5º.

Ocorre que esse dispositivo enumera infrações cuja configuração exige um elemento subjetivo. Nenhuma das condutas lá referidas pode ser aperfeiçoada sem a presença de um elemento subjetivo reprovável. Se houvesse dúvida, bastaria examinar o elenco, que está abaixo reproduzido:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

O dispositivo refere-se em inúmeras passagens à figura da “fraude”, a qual apenas pode ser consumada mediante dolo. Assim se passa especialmente porque é juridicamente impossível a consumação de “corrupção” sem um elemento subjetivo reprovável.

#### 3.6.4. Ainda o elemento subjetivo do ilícito

É fundamental destacar que o elemento subjetivo integra o tipo do ilícito. Essa construção, que se pacificou no âmbito do direito penal, reconhece que a composição normativa do ilícito contempla não apenas elementos objetivos, mas também subjetivos.

Ou seja, a definição normativa de “fraude” contempla a conduta material maliciosa, que frustra os objetivos e as finalidades da disciplina normativa, mas também prevê a verificação de um elemento subjetivo, traduzido pela vontade e consciência de fraudar.

Portanto, a consciência e a vontade (o dolo) do agente, no caso concreto, são indispensáveis à consumação do ilícito porque a norma jurídica, ao construir o tipo, contemplou abstratamente a exigência do elemento subjetivo.

#### 3.6.5. A inviabilidade da tese da desnecessidade do dolo

Afirmar que a Lei n. 12.846 teria criado um ilícito destituído de elemento subjetivo configuraria não apenas uma violação ao Estado Democrático de Direito e à Constituição – que exige que toda e qualquer responsabilidade civil seja resultante de ilícitos compostos por um elemento subjetivo (ressalvada a situação prevista expressamente no art. 37, § 6º, da CF/88<sup>8</sup>).

---

8 Ainda assim, o signatário entende que a referência à responsabilidade civil objetiva do Estado não prescinde de um elemento subjetivo, ainda que objetivado. Não se trata simplesmente de atribuir ao Estado a responsabilidade pelo dano decorrente de quaisquer de suas ações ou omissões, mas de reconhecer que ao Estado compete um dever de diligência

Mais do que isso, implicaria uma contradição invencível, eis que o art. 5º da Lei n. 12.846 contempla um elenco de condutas cuja ilicitude é formada não apenas por atuações materiais e objetivas, mas também pelo elemento subjetivo reprovável.

A consumação do ilícito se faz por meio da atuação de uma pessoa física. Somente haverá o ilícito do art. 5º quando um indivíduo atuar de modo reprovável, praticando certas atividades materiais com a consciência e a vontade de violar a ordem jurídica.

#### 4. DISTINÇÃO ENTRE “AUTORIA” E “RESPONSABILIDADE”

É necessário diferenciar os conceitos de “autoria” do ilícito e de “responsabilidade” pelos efeitos jurídicos da conduta indesejável. Uma figura é o sancionamento pela prática do ilícito (autoria) e outra, com ela inconfundível, é a responsabilidade pelos efeitos da prática de ato ilícito cometido por outrem.

##### 4.1. Autoria: a prática do ato ilícito

A prática do ato ilícito implica a sujeição do agente infrator à sanção. Em tal hipótese, há uma relação direta entre a conduta reprovável e a reação da ordem jurídica. O sujeito é punido porque praticou a conduta ilícita.

Essa é a solução contemplada, por exemplo, no art. 3º da LIA, quando estabelece que a participação do sujeito privado no aperfeiçoamento do ilícito de improbidade produz a sua submissão ao regime sancionatório correspondente.

---

especial, cuja violação faz presumir a culpabilidade. Sobre o tema, confira-se *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 1213. Construção semelhante envolve a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção.

Em se tratando de pessoa jurídica, configura-se a autoria do ato ilícito quando o sujeito que atua como órgão dela pratica, em tal condição, uma conduta tipificada. Em tais hipóteses, o ato ilícito é diretamente imputado à pessoa jurídica, a qual é submetida às diversas sanções cabíveis.

Em tais casos, incide o regime jurídico punitivo, que compreende a exigência de culpabilidade, a pessoalidade da sanção e todas as demais características já expostas.

#### **4.2. A responsabilidade pela prática de ilícito**

Diversamente se passa nos casos em que se configura a responsabilidade pelos efeitos de infração por outrem cometida. Em tal hipótese, não se discute a prática da ilicitude pelo sujeito responsabilizado.

##### **4.2.1. Não exigência dos requisitos de sancionamento pela autoria**

O sujeito responsabilizado não é autor da infração. Por isso, não incidem os requisitos pertinentes à consumação da ilicitude. Tais requisitos são examinados a propósito da conduta do autor do ilícito.

##### **4.2.2. Ainda a questão da pessoalidade da pena**

Não se contraponha que a responsabilidade seria incompatível com a garantia constitucional da pessoalidade da pena. Essa ponderação é inaplicável porque a responsabilidade não envolve a extensão da pena a terceiro.

Precisamente em vista da garantia constitucional da pessoalidade das penas, a responsabilidade apenas pode se relacionar aos efeitos patrimoniais da ilicitude. O responsável não é sujeitado à punição cominada ao autor do ilícito, alternativa que apenas poderia ser aplicada se houvesse a sua configuração como tal.

Se o sujeito é responsável, então não é constitucionalmente cabível a aplicação a ele de penas reservadas para o autor do ilícito. Em face da ordem jurídica, apenas é admissível estabelecer que o sujeito arcará com os efeitos patrimoniais do sancionamento.

#### 4.2.3. A confirmação da tese: ainda o art. 4º, § 2º, da Lei Anticorrupção

A orientação acima referida é confirmada pela disciplina contemplada no já referido § 2º do art. 4º da Lei Anticorrupção, que determina que a responsabilidade de sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas restringe-se “à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado”.

Ou seja, a prática do ato de corrupção pode configurar crime e pode gerar sanções aos sujeitos que forem apontados como autores. Tais sanções, de natureza tipicamente expiatória, não podem ser aplicadas aos “responsáveis”. Assim se impõe em vista do princípio da personalidade da pena.

O responsável apenas pode ser submetido, portanto, à obrigação de responder patrimonialmente pela reparação do dano, tal como pelo pagamento da multa.

#### 4.2.4. A presunção da culpabilidade

Em última análise, não significa que o direito tenha efetivamente estabelecido uma responsabilidade objetiva, dispensando a existência de um elemento subjetivo reprovável. A solução jurídica é diversa: o direito presume a culpa da pessoa jurídica nos controles sobre os seus agentes. Incumbe à pessoa jurídica adotar todas as providências possíveis e necessárias para impedir qualquer conduta de um agente seu que dê oportunidade à corrupção.

### **5. A DISTINÇÃO ENTRE DESCONSIDERAÇÃO E RESPONSABILIDADE**

As considerações acima são relevantes para diferenciar as figuras da desconsideração da personalidade societária e da responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção.

### 5.1. Ainda a questão da autoria

A desconsideração da personalidade societária consiste num afastamento do regime jurídico próprio das entidades personificadas.<sup>9</sup> Isso pode conduzir à atribuição da conduta diretamente a um sujeito distinto da pessoa jurídica.<sup>10</sup> Em tais situações, existe uma solução no plano da autoria da conduta. É evidente que isso pode gerar efeitos no tocante à responsabilidade. Nesses casos de desconsideração, o ato será imputado (conjunta e concomitantemente) a um outro sujeito – o qual será responsabilizado pelos seus efeitos.

Diversamente se passa nos casos de responsabilização de uma pessoa jurídica por eventos praticados por outrem. Em tal hipótese, não se controverte sobre a autoria, mas apenas se estende a responsabilidade pelos efeitos da conduta alheia.

Um exemplo permite compreender a distinção. O art. 1.023 do Código Civil determina que: “Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária”. Essa regra não contempla a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade simples. Apenas estabelece que os sócios respondem pelas perdas da sociedade. Ou seja, o patrimônio pessoal dos sócios será vinculado à satisfação das dívidas de titularidade da sociedade simples. Não se discute a titularidade da dívida, que é inquestionavelmente da sociedade simples.

Diversamente pode se passar nas hipóteses comuns de desconsideração da personalidade societária. Nesses casos, a desconsideração é aplicada

---

9 Para uma avaliação mais aprofundada do entendimento do autor e da doutrina pertinente ao tema, consulte-se: *Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1986.

10 Nada impede que a desconsideração seja utilizada apenas para o efeito de extensão da responsabilidade por débitos alheios. Em tais casos, a desconsideração produzirá efeitos similares aos da extensão da responsabilidade.

em vista da utilização abusiva da pessoa jurídica, de modo a impedir a diferenciação entre a entidade personificada e o seu sócio.

### **5.2. A consagração da distinção na Lei n. 12.846**

As considerações anteriores não refletem uma criação doutrinária dissociada do direito positivo. A própria Lei n. 12.846 expressamente alberga a diferenciação entre responsabilidade estendida entre pessoas jurídicas e desconsideração da personalidade societária. O art. 14 do diploma consagra a seguinte regra:

A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Ou seja, a desconsideração societária é prevista formalmente na Lei n. 12.846 como uma solução jurídica distinta daquela estabelecida no art. 4º, § 2º, do mesmo diploma. A responsabilidade da sociedade controladora, controlada ou coligada pelos efeitos patrimoniais de atos de corrupção praticados por agentes de outras sociedades não se confunde com a desconsideração da personalidade societária.

Justamente por isso, o art. 14 determina que, nas hipóteses de desconsideração, todas as sanções pertinentes à autoria do ilícito serão impostas também aos sócios e administradores. Assim se passará porque a conduta ilícita será atribuída também a eles, hipótese muito distinta daquela contemplada no art. 4º, § 2º, da mesma Lei.

## **6. ALGUMAS COMPARAÇÕES ENTRE LIA E LEI ANTICORRUPÇÃO**

É útil estabelecer algumas comparações relativamente à disciplina da LIA e da Lei Anticorrupção, relativamente à temática de determinação de autoria e de responsabilidade pelos efeitos do sancionamento previsto.

### **6.1. A disciplina da LIA**

No âmbito da LIA, admite-se a desconsideração da personalidade da entidade societária envolvida na prática do ilícito, quando presentes certos requisitos. A previsão da responsabilidade automática e ampliada de outras pessoas jurídicas pelos efeitos de infrações cometidas é limitada.

### **6.2. A única hipótese de desconsideração formalmente prevista**

Como visto, o art. 12, incs. I a III, consagra a desconsideração automática da personalidade societária em termos muito específicos. Nos três dispositivos, está determinado que o sancionamento pela improbidade poderá consistir na proibição de contratar com o poder público ou de receber de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, “direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário”.

### **6.3. Pressupostos para a desconsideração**

Excluída a situação expressamente prevista no art. 12 da LIA, é pacífico que o sancionamento por improbidade administrativa não alcança de modo automático os sócios da pessoa jurídica demandada. Somente se admite a desconsideração para fins de participação na ação de improbidade se estiverem presentes pressupostos para tanto, os quais devem estar relacionados a práticas abusivas ou fraudulentas por meio da pessoa jurídica.

Há decisões nesse sentido do TRF da 5ª Região, nos termos abaixo reproduzidos:

1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para fins de responsabilização dos seus representantes, pressupõe - ainda que em juízo de superficialidade - a indicação comprovada de atos fraudulentos, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade. Precedentes do STJ. 2. Demais de não ter sido requerida pelo MPF, *in casu*, a desconsideração da personalidade jurídica da construtora [...] Ltda., muito menos levantado, na petição inicial, algum indício de desvio de finalidade de tal pessoa jurídica ou da confusão do seu patrimônio com os dos seus representantes, a simples referência, na sentença, de uma decisão anterior que, desmotivadamente, apenas afirma a existência de desvio de finalidade ou abuso de personalidade não é suficiente para se desconsiderar a existência da personalidade jurídica de uma empresa, mesmo tendo sido ela extinta, e admitir-se a responsabilidade do mero administrador. (...) (AC 200983050014198, 4ª T., rel. Des. Fed. Edílson Nobre, j. 26.5.2015, DJe de 3.6.2015).

(...) 1. Embargos infringentes opostos contra acórdão que reconheceu a ilegitimidade passiva ad causam de um dos demandados e determinou a sua exclusão do polo passivo da lide. 2. Hipótese em que a discussão diz respeito à possibilidade de responsabilização pessoal de um dos demandados, dirigente da pessoa jurídica que contratou com o ente público municipal. 3. Não consta dos autos elementos suficientes para se imputar a responsabilização pessoal do dirigente da pessoa jurídica BEMFAM – Bem-Estar Familiar do Brasil, beneficiada com o repasse de recursos públicos, como também não se descreveu qualquer ato capaz de demonstrar a conduta volitiva desse demandado nos atos ilícitos em discussão. 4. A transferência de recursos foi feita pelo ente público municipal em favor da pessoa jurídica prestadora do serviço, de forma que a BEMFAM é quem deve responder por eventual ressarcimento de dano constatado na condução do convênio. 5. Inexistência de indícios de desvio de finalidade da pessoa jurídica beneficiária dos recursos públicos, como também de confusão do patrimônio da pessoa jurídica com o de seu representante legal, o que impossibilita a desconsideração da personalidade jurídica para se imputar responsabilidade ao gestor da entidade beneficiada. 6. Embargos infringentes improvidos (EAC 20098308001891102, Pleno, rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, voto unânime, j. 29.5.2013, DJe de 7.6.2013).

No mesmo sentido, há decisão também do TRF da 3ª Região, abaixo transcrita:

[...] 1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa, pela qual se autoriza a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, é medida excepcional que

reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal. 2. Não se pode desconsiderar a existência da personalidade jurídica da empresa e admitir a responsabilização do sócio proprietário da empresa, pois não se comprovou que o ato lesivo, ora imputado ao agravado, seja de sua autoria, nem que agiu com fraude ou abuso de direito. Precedente do STJ. 3. Agravo de instrumento desprovido (AI 00447721420094030000, 3ª T., rel. Des. Fed. Nery Junior, j. 3.3.2011, DJe de 18.3.2011).

Portanto, a existência de uma condenação por improbidade relativamente à sociedade não produz efeitos em face de sociedade que recebesse parcelas de seu patrimônio a não ser que estejam presentes outros requisitos.

#### **6.4. Ainda a interpretação sistemática**

Esse entendimento decorre de que a posição jurídica de sócio do sujeito apenado não é abusiva ou irregular por si só. Nem a configuração de relação de controle, usualmente associada à posição de sócio majoritário, constitui fundamento suficiente para justificar a desconsideração da personalidade jurídica.

Assim se passa inclusive nos casos de subsidiária integral, em que há controle pleno da sociedade. O Direito admite como válida e legítima essa relação, assim como confirma a independência das personalidades jurídicas envolvidas, ao determinar que a subsidiária integral não se confunde com o seu único sócio. Logo, o patrimônio e a esfera jurídica da subsidiária integral não equivalem aos do seu sócio.

#### **6.5. A inviabilidade da frustração do entendimento**

Esse entendimento não pode ser frustrado mediante a desconsideração exclusivamente para fins de responsabilidade patrimonial.

Isso geraria uma solução despropositada. O ajuizamento em face do sócio de ação de improbidade em virtude de ações praticadas pela sociedade somente seria cabível se evidenciada a fraude que autorizasse

a desconsideração. No entanto, julgada procedente a ação, nos termos do novo CPC (Lei n. 13.105/2015), poderia haver um pedido autônomo ou, se tal se der no curso do processo, incidente específico para requerer a desconsideração da personalidade jurídica do réu, aplicando-se a sanção a outra sociedade que fosse por ele integrada. Ora, isso viola a lógica jurídica e as garantias fundamentais. A desconsideração apenas pode ser praticada quando houver a presença dos pressupostos correspondentes.

### **6.6. A inviabilidade da extensão da responsabilidade na LIA**

A LIA não adotou a solução contemplada na Lei Anticorrupção relativamente à extensão automática da responsabilidade da pessoa jurídica por atos reprováveis praticados por seus agentes. Nem contempla a responsabilidade abrangente do grupo societário pelos efeitos patrimoniais das infrações praticadas no âmbito de uma determinada sociedade. Os dois diplomas adotam soluções sancionatórias distintas, o que impede a extensão das soluções consagradas em um deles às infrações previstas em outro.

## **7. SÍNTESE SOBRE A LIA**

As sanções do art. 12 da LIA devem ser aplicadas de acordo com pressupostos fáticos específicos, valorados em face do caso concreto. Caberá verificar se existe algum vínculo específico entre o sujeito sancionado e a sociedade por ele controlada que legitime a imposição a ela de uma punição sem a existência de um elemento subjetivo próprio e específico.

Não se admite identificar a priori a atuação da pessoa jurídica e dos seus sócios. A improbidade administrativa imputável à pessoa jurídica não pode ser comunicada de modo automático à pessoa dos sócios ou de outras sociedades relacionadas. A desconsideração depende da presença de irregularidade, fraude ou abuso – ressalvada a expressa previsão dos incisos do art. 12 quanto à proibição de contratar e de receber benefícios fiscais ou creditícios.

A extensão da sanção à sociedade que tenha sócio seu condenado por improbidade administrativa implicaria instituir a desconsideração da autonomia da personalidade societária como regra. Os efeitos decorrentes da reprovabilidade da conduta do sócio majoritário, ainda que alheia às suas funções societárias, seriam automaticamente estendidos à pessoa jurídica.<sup>11</sup>

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMPARATO, Fabio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed., São Paulo: RT, 2018, p. 143.

\_\_\_\_\_. *Sujeição Passiva Tributária*. Belém: CEJUP, 1986.

\_\_\_\_\_. *Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1986.

MODERNE, Frank. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993.

---

11 Em sentido similar a propósito da inconstitucionalidade, manifesta-se MARCELO FIGUEIREDO: “[...] a personalidade jurídica do responsável (pessoa jurídica) por infração à probidade administrativa poderia ser descaracterizada quando houvesse abuso de direito, excesso de poder ou infração à lei. A lei em foco é radical, ao atingir com uma só penada a pessoa física e a jurídica, sem qualquer consideração a respeito de eventual conexão entre ambas as figuras – pessoa física e jurídica. Tal como vazado, o dispositivo se nos afigura inconstitucional, por ausência de proporcionalidade” (*Probidade administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 152).

OLIVEIRA, Fernão Justen de. “Chatô, o rei do Brasil” e improbidade administrativa sem agente público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, n. 19, p. 59-73, jul.-ago 2015.

## **Cláusula aberta de direitos fundamentais e o §3º do art. 5º da CF<sup>1</sup> – avanços e retrocessos**

### ***Open-ended clause of fundamental rights and the third paragraph of Article 5 of the Brazilian Federal Constitution – progresses and setbacks***

*Marcelene Carvalho da Silva Ramos<sup>2</sup>*

RESUMO: Busca-se aqui anotar os avanços e retrocessos pertinentes à *cláusula aberta* de direitos fundamentais, decorrentes especialmente da internalização de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, à luz dos §§1º, 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, nomeadamente quanto à expansividade dos direitos fundamentais incorporados e à força heterovinculativa dos instrumentos internacionais

---

1 O tema, sob outro enfoque, foi anteriormente abordado pela autora na obra *Princípio da proibição de Retrocesso Jusfundamental* – Aplicabilidade (Juruá, 2009) e integrou projeto de tese doutoral aprovado pelo Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2 Procuradora do Estado do Paraná (1988-2014); Docente de Direito Constitucional nos cursos de graduação e de pós-graduação licenciada pela Unicuritiba; Doutora em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito de Lisboa – FDUL (2008); Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (2001); Mestre em Democracia e Derechos Humanos en Latino-America pela Universidade Internacional de Andaluzia – UNIA (1998-2001); Especialista em Direito Contemporâneo pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura – IBEJ (1995).

aos Estados Constitucionais brasileiro e português, analisando, ainda, se de sua *expansão* pode resultar uma *compressão* dos direitos fundamentais já integrantes *do bloco de constitucionalidade*; destacando por derradeiro, o papel do Supremo Tribunal Federal na matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula aberta de direitos fundamentais; instrumentos internacionais; aplicabilidade; heterovinculatividade.

ABSTRACT: This paper seeks to note the relevant progresses and setbacks to the *open-ended clause* of fundamental rights, arising in particular from the internalization of international human rights treaties and conventions, in the light of paragraphs 1, 2 and 3 of article 5 of the Brazilian Federal Constitution, namely to the expansiveness of the incorporated fundamental rights and the heterovinculative force of the international instruments to the Brazilian and Portuguese Constitutional States, analyzing also, whether its *expansion* could result in a *compression* of the fundamental rights already constituent *of the constitutionality block*; highlighting by last, the role of Brazil's Supreme Court (STF) in the matter.

KEYWORDS: Open-ended clause of fundamental rights; international instruments; applicability; heterovinculativity.

## 1. INTRODUÇÃO

A temática da *cláusula aberta* em matéria de direitos fundamentais, em especial aqueles decorrentes da internalização de instrumentos internacionais de direitos humanos, não é nova na doutrina brasileira, tendo sido particularmente esquadrinhada a partir da Emenda Constitucional n. 45/04 (PEC da Reforma do Poder Judiciário), que introduziu preceito controvertido, suscitando debate longe de terminar, não só em virtude de sua inegável importância no constitucionalismo brasileiro contemporâneo e no direito comparado, mormente devido à posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Com efeito, o tema despertou especial interesse da comunidade jurídica com o enfrentamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento em que se discutiu a legalidade da prisão do depositário infiel, para esse efeito até então estendida ao alienante fiduciário, em face das disposições legais em confronto com as normas do *Pacto de San José da Costa Rica*, ratificado pelo Estado brasileiro em 1992, que admite apenas a prisão de devedor de alimentos.

Eis o que veio a preconizar o artigo 5º §3º da Carta Federal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

É inegável a intensificação do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos a partir das revoluções setecentistas, que legaram ao ocidente os ideais de liberdade, igualdade e solidariedade. Contudo, é ao término da Segunda Guerra Mundial, para se contrapor aos horrores que os regimes antidemocráticos protagonizaram, que haveria um despertar da “consciência jurídica universal” para a premência de uma declaração de direitos humanos que tivesse o reconhecimento de todos os Estados e fosse por todos eles garantida, despontando uma “orientação heterovinculativa da actuação dos Estados em matéria de respeito pelos direitos da pessoa humana” (OTERO, 2007, p. 362-363).

Convém aqui remarcar que a compreensão acerca do caráter e amplitude dos direitos fundamentais não-tipificados no catálogo constitucional, mas inseridos no ordenamento jurídico por meio da cláusula de abertura, é complexa e comporta uma multiplicidade de tratamentos, o que desde logo revela a sua importância no contexto dos direitos humanos fundamentais e, em especial, no que pertine à força heterovinculante das normas internacionais veiculadoras de direitos humanos e sua eficácia no direito interno.

Aliás, a própria noção de *direitos fundamentais*, bem assim, de *direitos humanos*, comporta uma equivocidade de sentidos, sendo

que essa vaguidade, indeterminação e imprecisão pode comprometer sua hermenêutica, daí a relevância em se estabelecer uma delimitação conceitual para o que sejam direitos fundamentais e direitos humanos, para os fins do presente ensaio.

Nesse diapasão, adotamos a concepção dos direitos humanos de uma forma ampla, como um “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos ao nível nacional e internacional” (PEREZ LUÑO, p. 44, 2005, em tradução livre).

De outra parte, os direitos fundamentais comportam uma conceituação mais restrita. Há ainda, uma tendência ao uso da locução *direitos humanos fundamentais*, no sentido de reforçar que se está a tratar dos direitos fundamentais incorporados ao ordenamento jurídico por meio da ratificação de instrumentos internacionais (OTERO, 2007, p. 40).

Aqui, tomaremos os direitos fundamentais como os direitos juspositivamente vigentes no ordenamento constitucional e integrantes do denominado *bloco de constitucionalidade*, nele incluídos aqueles que decorrem dos princípios e do regime adotados, e os provenientes dos tratados internacionais de que o país seja signatário, nos exatos termos do art. 5º, §2º, da Constituição: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Verifica-se que mencionado preceito constitucional, denominado pela doutrina de cláusula aberta ou expansiva de direitos fundamentais, para além de ter o escopo de reforçar a garantia aos direitos fundamentais, encontra-se replicado em várias constituições dos Estados Democráticos contemporâneos, e grosso modo, explica-se pela evolução do modelo estatal e do fenômeno da crescente internalização dos direitos humanos, tendo sua origem na IX Emenda à Constituição norte-americana: “[...] a enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada de

modo que se neguem ou restrinjam outros inerentes ao povo [...]”, em tradução livre.

A cláusula de abertura dos direitos fundamentais conduz à problematização da medida e do caráter *jus cogens* das normas de direitos humanos veiculados em instrumentos internacionais, a vincular o direito constitucional interno dos Estados-nacionais.

Destarte, no presente ensaio, busca-se anotar os avanços e retrocessos pertinentes à *cláusula aberta* de direitos fundamentais, decorrentes, em especial, da internalização de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, à luz dos §§1º, 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, nomeadamente quanto à expansividade dos direitos fundamentais incorporados e à força heterovinculativa dos instrumentos internacionais aos Estados Constitucionais brasileiro e português, analisando, ainda, se de sua *expansão* pode resultar uma *compressão* dos direitos fundamentais já integrantes *do bloco de constitucionalidade*; destacando por derradeiro, o papel do Supremo Tribunal Federal na matéria.

## **2. A CLÁUSULA ABERTA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E PORTUGUÊS: CONSIDERAÇÕES QUANTO À EXPANSÃO E COMPRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E QUANTO À FORÇA HETEROVINCULATIVA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS VEICULADORES DE DIREITOS HUMANOS**

As Constituições dos Estados constitucionais contemporâneos, como são exemplos os ordenamentos de Brasil e Portugal, plasmaram o que se pode designar de *cláusula expansiva* dos direitos fundamentais, pela qual se dá a integração ao ordenamento constitucional de outros direitos fundamentais, quer resultantes do próprio sistema de regras e princípios por ela adotados, quer direitos análogos, ou ainda decorrentes de acordos, convenções ou tratados de que sejam os respectivos Estados signatários.

Entre nós, o ingresso na ordem constitucional brasileira de outros direitos fundamentais além daqueles explicitamente prescritos na *Lex Superior*, resultantes dos princípios constitucionais ou que decorrem da interpretação da constituição como um sistema, pode também derivar da internalização dos instrumentos internacionais veiculadores de direitos humanos, como expressamente autorizado pelo § 2º do artigo 5º, CF.

Trata-se dos direitos fundamentais que ingressam na ordem jurídica por meio da *cláusula aberta* ou de *não tipicidade* dos direitos fundamentais – no direito brasileiro, por meio da previsão constitucional do art. 5º § 2º, CF, e, no direito português, pela prescrição do artigo 16/1, CRP (“Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”). Consagra-se, assim, a abertura constitucional a novos direitos fundamentais provenientes de outras fontes, em especial, para os fins deste texto, os tratados, convenções e declarações internacionais de direitos, em nítida demonstração de que o catálogo constitucional não é taxativo.

A temática da *cláusula aberta* em matéria de direitos fundamentais constitui campo amplo de reflexões, já que a partir de sua prescrição decorre o alargamento do rol de tais direitos no ordenamento constitucional, por um lado, e de outro, pode levar à compressão dos direitos fundamentais já plasmados no catálogo constitucional.

Dentre os vários aspectos do tema abordado, importa aqui perscrutar sobre se há efetiva expansão dos direitos fundamentais, operada pela possibilidade de abertura prevista constitucionalmente; em que medida os direitos humanos internacionais vinculam a ordem interna; e, ainda, se da ampliação pode resultar a compressão de outros direitos fundamentais, quais consequências podem advir e como evitar.

Nessa ótica, é cediço que as Constituições dos Estados Democráticos contemporâneos plasmaram um *feixe de direitos fundamentais*, incluindo *catálogos* de direitos individuais e coletivos de liberdades e direitos sociais, econômicos e culturais, e ainda outros direitos fora dos catálogos, de forma expressa ou implicitamente.

É o que tem sido designado como *bloco de constitucionalidade* e que assegura, por um lado, sua imutabilidade ou abolição pela via da reforma ou revisão constitucional e, por outro, sua abertura por meio de cláusula específica de recepção dos direitos humanos veiculados em instrumentos internacionais, como acordos, tratados e convenções, denominada de *cláusula aberta* em matéria de direitos fundamentais, como se vê no artigo 5º, § 2º da Constituição brasileira e no artigo 16/1 da Carta portuguesa.

Contudo, podendo os direitos fundamentais positivados na ordem constitucional vigente serem ampliados por meio da cláusula expansiva, devem ser bem sopesados o sentido e o alcance que a Constituição a ela confere, a fim de evitar a proliferação de direitos que não guardem a fundamentalidade que caracteriza a dignidade da pessoa humana, e que disso possa resultar a banalização desses direitos, como ocorre com o direito de antena de que gozam os partidos políticos em Portugal.

Um problema que atinge a aplicabilidade da cláusula de expansividade dos direitos fundamentais diz respeito à força hierárquico-normativa das normas internacionais de direitos humanos, a obrigar os Estados-nacionais à sua incorporação na ordem constitucional interna. E se correlaciona com a *cláusula maximizadora de eficácia* dos direitos fundamentais, em linha com o preceituado no §1º, art. 5º, CF: “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

Nesse sentido, tem-se robustecido na doutrina a defesa da força vinculante das normas de direitos humanos contidas nos instrumentos internacionais aos Estados nacionais, a partir de sua ratificação e internalização, reforçando a característica impositiva dessas normas internacionais.

Com efeito, uma hermenêutica constitucional evolutiva, de concretização dos princípios e garantias constitucionais, a partir de uma compreensão sistemática e axiológica, deve valorar o caráter *jus cogens* das normas transnacionais de direitos humanos, na perspectiva mesmo de *jus commune constitucional*, ou uma “Constituição global dos direitos humanos”, como de forma incipiente já se pode perceber em boa doutrina

(OTERO, 2010, p. 376 e ss.), pode resultar numa eficácia ótima da *cláusula aberta* a obrigar os Estados à sua adoção.

Em sintonia com a defesa do caráter heterovinculante dos direitos humanos, o constitucionalismo português produziu uma norma constitucional (art. 16/2) pela qual a Declaração Universal dos Direitos do Homem tem valor supraconstitucional, vinculando a interpretação e a integração dos direitos fundamentais prescritos na Carta Republicana de 1976 em harmonia com suas disposições: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

Esse preceito institui uma recepção não apenas material dos direitos humanos universais, mas também formal, em autêntica autossubordinação constitucional, em prol dos direitos humanos fundamentais globais. De acordo com OTERO (2010, p. 46), o artigo 16, n. 2, da Carta Portuguesa de 1976 “[...] mostra uma inequívoca vinculação à tutela internacional dos direitos fundamentais [...]”, ao estabelecer que “[...] as normas internas de direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, traduzindo uma manifestação heterovinculativa do legislador constituinte à Declaração [...]”.

Essa autolimitação constitucional parece traduzir uma consciência social sobre a imprescindibilidade de tutela, garantia e implementação dos direitos humanos fundamentais e constitui prova da maturidade da sociedade lusitana em relação ao papel que jogam esses direitos na construção da democracia e da paz social.

Se é certo que a *cláusula aberta* dos direitos fundamentais beneficia, pela recepção material, em especial, os direitos humanos com a tônica da universalidade, ou da regionalidade, por meio dos tratados e convenções internacionais de cariz regional, é importante, contudo, haver cautela na formulação e inscrição formal de novos direitos fundamentais nas Constituições.

Por isso, não menos importante é atentar para o problema que decorre diretamente do alargamento do rol de direitos, integralizados no

ordenamento jurídico interno por meio da *cláusula aberta*, o que demanda o cuidado de se estabelecer um traço de *fundamentalidade* que deve caracterizar esses tais direitos, sob pena de vulgarizá-los e com isso levar à indesejada compressão de direitos realmente fundamentais, inerentes à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a cada novo direito fundamental criado ocorre o fenômeno da *compressão* dos direitos já existentes, daí a doutrina já alertar para risco da *proliferação dos direitos fundamentais* e consequente *perda de suas características*, como no caso do designado “direito de antena dos partidos políticos” previsto na CRP/76, que se inseriu como direito fundamental dos partidos políticos constituídos em Portugal, consistente em utilização dos veículos de comunicação de forma gratuita para a propagação de seus objetivos e programas políticos (OTERO, 2007, p. 527 e ss.).

MIRANDA (2000, p. 166 e ss.), ao dissertar sobre a expansividade jusfundamental, admite que podem os direitos serem acrescidos aos que já se encontram prescritos constitucionalmente, mormente como medida de solidariedade, promoção das pessoas e correção das desigualdades, como se dá com o direito à educação prescrito no art. 74/2, a), CRP, que estabelece a incumbência do Estado em assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito, ressaltando o emérito constitucionalista que se tem verificado um alargamento da duração do ensino básico desde a vigência da Constituição de 1976. Todavia, alerta para o problema real que se verifica quando da criação ou atribuição de novo direito e suas implicações sobre os já existentes, já que nenhum direito é absoluto ou ilimitado e cada novo direito tem que coexistir com os demais direitos, sem quebra da unidade do sistema. E, assim, sustenta que apenas alguns direitos podem ser considerados fundamentais: “[...] são aqueles que por sua finalidade ou *fundamentalidade*, pela conjugação com direitos fundamentais formais, pela natureza *análoga* à destes [cfr. ainda o art. 17], ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem a nível da Constituição material”.

Assim, a unidade axiológica do bloco de constitucionalidade dos direitos fundamentais, a ser preservada, deve ser guia e farol para a integração dos direitos humanos internacionais no ordenamento constitucional.

### **3. A CLÁUSULA ABERTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A HIERARQUIA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

Como se viu, pela *cláusula aberta* do § 2º do artigo 5º, CF, constituem direitos fundamentais no ordenamento brasileiro, além daqueles expressos no texto da Carta Máxima, os que decorrem dos princípios por ela adotados, os que resultam da interpretação do Livro Democrático como um sistema homogêneo e os direitos humanos decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Interessa ao presente estudo perscrutar o alcance da cláusula de abertura, sua aplicabilidade e eficácia, particularmente dos direitos fundamentais provenientes dos instrumentos e convenções internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro, que até o advento do §3º, introduzido ao artigo 5º, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, eram incorporados à ordem jurídica brasileira por meio de decretos legislativos, situados na mesma hierarquia de lei ordinária.

Como vimos, a internacionalização dos direitos humanos é um processo gradativo e efetivo na história da humanidade, tendo ganhado evidente relevo após a Segunda Guerra Mundial e inegável reforço no contexto de repulsa da comunidade internacional aos Estados totalitários europeus e ditatoriais latino-americanos.

Nesse sentido, sobrevém a proclamação da Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, afirmando em seu preâmbulo a “[...] fé dos povos das Nações Unidas nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das

mulheres [...]” e estabelecendo como objetivo da Organização das Nações Unidas a “[...] promoção e estímulo pelo respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

Na mesma toada, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, asseverando em seu preâmbulo que o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo encontra-se no “[...] reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis”.

Já em seu artigo 1º, a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que “[...] todos os seres nascem livres e iguais em dignidade e em direitos [...]” e, em seu artigo 3º, reconhece a todos os indivíduos os direitos à vida, à liberdade e à segurança pessoal, sem prejuízo dos demais direitos de liberdade e garantias contra ingerência do Estado na esfera subjetiva privada.

Nessa linha, foram assegurados inúmeros direitos sociais pelas convenções da OIT — Organização Internacional do Trabalho, especificamente ligadas aos interesses dos trabalhadores, a que o Estado brasileiro aderiu, com o conseqüente ingresso de tais direitos na ordem jurídica interna brasileira.

Destacam-se, também, os direitos fundamentais previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, ratificado pelo Brasil em 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592, de 6 de dezembro de 1992, quando passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro.

Mencione-se, ademais, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996 e aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 56, de 19 de abril de 1995, designado *Protocolo de São Salvador*, que assegura: não discriminação; direito ao trabalho; condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho; direitos sindicais à greve, à previdência social, à saúde, ao meio ambiente sadio, à educação e à cultura.

Pois bem, sabemos que a integração à ordem jurídica brasileira dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro se dava unicamente pela edição de Decretos Legislativos, e que suas normas situavam-se nos mesmos planos de validade e eficácia em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

Assim, no sistema jurídico brasileiro, as ferramentas internacionais de direitos humanos não dispunham de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno, por isso, eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificavam quando a situação de antinomia com o ordenamento interno impunha, para a solução do conflito, a aplicação alternativa dos critérios cronológico ou de especialidade.

Ademais, em face do princípio da supremacia constitucional, não havia, no constitucionalismo brasileiro um *locus* favorável para a problematização da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Democrática, cuja primazia normativa sobre os atos de direito internacional era invariavelmente invocada por seus defensores.

Contudo, tal lógica não deveria se aplicar aos instrumentos internacionais de direitos humanos, quer por sua própria natureza, quer por expressa disposição constitucional do §1º, do art. 5º, CF, que consagra o princípio do efeito direto e o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados e convenções internacionais veiculadores de direitos da pessoa humana.

Esse cenário era anterior à Constituição Federal de 1988 e perdurou mesmo após sua edição, por duas décadas, por força de orientação da Pretória Corte, que relativizou a aplicação do princípio do efeito direto e o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos, que decorrem dos §§1º e 2º do art. 5º, CF.

Contudo, a denominada Reforma do Poder Judiciário, realizada por meio da Emenda Constitucional 45/04, que entre outras alterações acrescentou o §3º ao artigo 5º da Carta Federal, veio dispor que as

normas decorrentes de tratados e convenções de direitos humanos serão incorporadas ao direito brasileiro com *status* de emenda constitucional, desde que aprovados por votação em dois turnos, com maioria de três quintos, de ambas as Casas do Parlamento Federal.

Há muito, parte importante da doutrina constitucional brasileira (CANÇADO TRINDADE, 1997; PIOVESAN, 1996 e 2009) aponta para o *status* constitucional dos direitos incorporados por meio dos atos internacionais de direitos humanos, invocando o §2º do artigo 5º da Carta Federal, de sorte que estariam a salvo de serem alterados até mesmo por emenda constitucional, consoante o art. 60, §4º, inciso IV, CF.

Ademais, a própria Constituição Republicana de 1988 veio estabelecer a prevalência dos direitos humanos como princípio a nortear o Brasil nas suas relações internacionais, a teor do artigo 4º, inciso II, respaldando a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes do advento da Constituição de 1988, devam ser recepcionados como normas materialmente constitucionais, desde que não confrontem com a Lei Maior.

Já a clássica corrente doutrinária sustentava a supralegalidade dos direitos humanos internacionais (MELLO, 1994). Em consonância com essa linha de pensamento há, inclusive, algumas decisões do STF (HC 72.131 e 82.424, rel. min. CARLOS VELLOSO), mas é certo que essa tese nunca foi majoritária na Suprema Corte brasileira.

Alteração significativa dessa lógica poderia ter ocorrido pela via judicial, tendo como pano de fundo o julgamento da prisão civil por dívida. Contudo, o Supremo Tribunal Federal perdeu, por ora, a oportunidade de redesenhar a posição dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

A controvérsia travada na cena judicial brasileira, notadamente a partir da Emenda Constitucional, a propósito da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel face ao Pacto de São José da Costa Rica, recolocou em evidência a questão da hierarquia jurídica dos tratados e convenções internacionais acerca de direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira.

A discussão mirou no conflito entre, de um lado, o art. 7º, da CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 11, do PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (que não permitem a prisão civil do depositário infiel) e, de outro, a CF, art. 5º, inc. LXVII (que prevê a prisão civil do depositário infiel).

As bases jurídicas que sustentaram a discussão eram constituídas pelo denominado Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, que proíbe a prisão civil por dívida, excetuada a do devedor de pensão alimentícia, dispondo no artigo 11: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

Esse confronto esteve na pauta do Supremo Tribunal Federal, nomeadamente, nos Recursos Extraordinários n. 466.343-SP e n. 349.703-RS e em sede de *Habeas Corpus*, HC 87.585, tendo o Plenário do STF entendido legal a prisão civil apenas para o devedor de pensão alimentícia, não mais para os casos de alienação fiduciária ou qualquer tipo de depositário infiel. Para este último, há previsão constitucional de prisão civil, assim como para o devedor de pensão alimentícia, o que contraria, entretanto, instrumentos internacionais que permitem a prisão civil apenas em caso de inadimplência de pensão alimentícia.

Com efeito, a Suprema Corte brasileira poderia ter procedido a uma viragem paradigmática no entendimento que firmou durante os últimos longos anos (desde a década de 1970), passando a conferir valor constitucional às normas internacionais veiculadoras de direitos humanos.

Contudo, prevaleceu o entendimento do ministro GILMAR MENDES de que as normas desses tratados são supralegais, estando situadas em plano jurídico hierarquicamente abaixo da Constituição Federal e acima da legislação infraconstitucional. Pela tese vencedora, a prisão do depositário infiel continua existindo no plano constitucional, mas o Pacto de São José da Costa Rica paralisa a eficácia da lei que a regulamentava.

Conquanto se tenha avançado algumas posições na pirâmide normativa ao se estabelecer que as normas de direitos humanos veiculadas em instrumentos internacionais têm hierarquia supralegal, estas, contudo,

só assumirão caráter constitucional uma vez submetidas ao rito legislativo das propostas de emenda constitucional, qual seja, aprovação por dois terços das duas Casas do Congresso Nacional, consoante o §3º, art. 5º, CF.

Destaque teve o voto do ministro CELSO DE MELLO, revendo posição anteriormente adotada e evidenciando a diferenciação entre os tratados internacionais sobre direitos humanos dos demais instrumentos internacionais, de ordem eminentemente econômica.

Nessa hermenêutica, os tratados internacionais sobre assuntos em geral subordinam-se à mesma hierarquia da legislação ordinária, já os que veiculam proteção aos direitos humanos, sendo o Brasil signatário, têm valor constitucional, desde que não contrariem a Constituição Federal, nem violem as garantias fundamentais.

O voto superado propôs a seguinte fórmula, consoante a época de sua internalização no ordenamento nacional: (i) aqueles subscritos pelo Brasil antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 têm índole constitucional, pois foram materialmente recepcionados pelo § 2º do artigo 5º, CF; (ii) o mesmo dispositivo se aplica para os tratados assinados a partir da promulgação da Constituição até o advento da Emenda Constitucional 45/04; (iii) a partir da emenda, os tratados precisam ser aprovados de acordo com as regras previstas para o processo legislativo das propostas de emendas constitucionais, para integrar a Constituição.

**4. A CLÁUSULA ABERTA DO §2º, ART. 5º, CF, O §3º,  
INSERIDO NO ART. 5º PELA EMENDA CONSTITUCIONAL  
N. 45/04, E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
AVANÇOS E RETROCESSOS**

Cabe aqui refletir se a Constituição pós-reforma avançou ou retrocedeu de maneira, inclusive, inconstitucional em matéria de direitos fundamentais frente à cláusula anteriormente prevista e não revogada de expansividade insculpida no §2º, art. 5º, e o postulado da aplicabilidade

imediate dos tratados e convenções internacionais, que decorre do §1º, do art. 5º, CF.

Como visto, o antológico voto proferido pelo ministro CELSO DE MELLO em 11/03/2008, no julgamento do *Habeas Corpus* 87.585-TO e Recursos Extraordinários n. 466.343-SP e n. 349.703-RS, reconhecendo o valor constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, poderia redefinir uma polêmica que existe há décadas na doutrina e jurisprudência pátrias acerca do *status* normativo ou nível hierárquico dos direitos internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal emprestou aos tratados, incluindo-se os de direitos humanos, o valor de direito ordinário (RE 80.004-SE, rel. Min. CUNHA PEIXOTO, j. 1.6.77). A paridade legal ficou, assim, consagrada na corrente majoritária da Excelsa Corte, e foi reiterada pelo STF mesmo após o advento da Constituição de 1988 (STF, HC 72.131-RJ, ADI 1.480-3-DF).

Como mencionado, a Emenda Constitucional n. 45/2004 autorizou que os tratados de direitos humanos assumam *status* de emenda constitucional, desde que seguido o procedimento contemplado para as emendas constitucionais: votação de três quintos, em dois turnos em cada Casa Legislativa, consoante veio dispor o §3º, art. 5º, CF.

No voto proferido no HC 87.585-TO e RE 466.343-SP, em 12/03/2008, o ministro CELSO DE MELLO afastou-se de seu antigo posicionamento (ADI 1.480-DF), menos favorável à heterovinculatividade dos direitos humanos, que, se tivesse prevalecido, significaria importante evolução reconhecendo o valor constitucional dos direitos humanos internacionais que ingressam pela *cláusula aberta* do §2º do art. 5º da Constituição Republicana.

Por ora, no conflito entre lei ordinária e tratado internacional de direitos humanos de que faça parte o Brasil, as duas posições – da supralegalidade dos tratados, sustentada pelo min. GILMAR MENDES, e da constitucionalidade, defendida pelo min. CELSO DE MELLO –

são convergentes, ao menos na medida em que conduzem a um mesmo resultado no plano fático, qual seja, os tratados estão situados em posição hierarquicamente acima da lei ordinária e retiram-lhe a validade quando o direito inferior conflita com o superior.

Em síntese, a partir do julgamento reportado, pode-se afirmar que se colheu algum avanço, no sentido de que tratados de direitos humanos devem ser incorporados no Direito interno brasileiro como *direito supralegal* (voto prevaemente do min. GILMAR MENDES no RE 466.343-SP), tendo por parâmetro entendimento consolidado por décadas de paridade normativa entre instrumentos internacionais de direitos humanos e legislação ordinária.

Sobretudo, parece indicar, com fulcro no voto superado, que o STF em futuros julgamentos poderá vir a reconhecer a incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem interna como norma constitucional, validando a cláusula aberta de recepção material desses direitos no ordenamento constitucional, consoante inscrito no § 2º, art. 5º da CF.

Há importante consequência prática que decorre dessa orientação jurisprudencial, repita-se, consistente, em suma, em que os direitos humanos inscritos nos instrumentos de direito internacional estão acima da legislação ordinária e, portanto, em situação de confronto, preponderam sobre ela, dada primazia normativa estabelecida pela posição hierárquica superior de supralegalidade. É absolutamente irrelevante se o direito ordinário é precedente ou posterior ao tratado: em ambas as hipóteses, desde que conflitante com o direito humano inscrito internacionalmente, afasta-se a sua aplicabilidade, por ineficácia ou validade da norma legal interna.

Isso se dá porque a incompatibilidade vertical ascendente que ocorre entre o direito legal interno e o direito humano internacional resolve-se em favor da norma hierarquicamente superior, a norma internacional, que produz *efeito paralisante* da eficácia da norma inferior.

Interessante ponto que suscita debate é o do conflito entre tratado, acordo ou convenção de que o Estado brasileiro seja parte ou signatário, e a Carta Federal, o que não só pode ocorrer em caso de evolução na orientação

pretoriana, reconhecendo o valor constitucional das normas de direito internacional de direitos humanos, como diante de sua incorporação sob o rito procedimental exigido para emendas constitucionais, consoante o §3º, art. 5º, CF.

No já pluricitado voto lançado no HC 87.585-TO e REs 466.343-SP e 349.703-RS, o ministro CELSO DE MELLO estabeleceu a distinção entre tratados de direitos humanos e tratados internacionais de outra natureza e entendeu que os primeiros contam com valor constitucional e os demais não, fruindo apenas da paridade com a lei ordinária.

Procedeu ainda a outra fundamental distinção no que diz respeito aos tratados de direitos humanos, levantando duas hipóteses: (i) o tratado não restringe nem elimina qualquer direito ou garantia previsto na Carta Cidadã, e sim explicita-o ou amplia o seu exercício; (ii) o tratado conflita com a Lei Fundamental, restringindo ou suprimindo ou ainda impondo modificação gravosa ou eliminando um direito ou garantia constitucional.

Por evidente que na primeira hipótese contemplada, a validade da norma internacional é indiscutível, já que ela está complementando a Constituição Federal, especificando um direito ou garantia ou ampliando o seu exercício. Nesse sentido: RHC 79.785-STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Todas as normas internacionais que especificam ou ampliam o exercício de um direito ou garantia constitucional passam a compor o chamado bloco de constitucionalidade, que é a somatória dos direitos fundamentais que são recepcionados materialmente pela Constituição, adicionando-se àqueles formalmente previstos, em face dos seus valores plasmados e dos princípios adotados pela *Lex Maior*.

Ao contrário, quando o tratado restringe, suprime ou impõe modificação gravosa ou ainda elimina um direito ou garantia constitucional, restou proclamado no reportado voto a primazia da Constituição Federal. Aplica-se, por essa hermenêutica, sempre a norma mais favorável ao exercício do direito ou da garantia fundamental.

Tal solução, contudo, não se aplica ao constitucionalismo português, ante a regra de interpretação da constituição conforme as normas da

Declaração Universal dos Direitos do Homem, cristalizada no artigo 16, n. 2, CRP. Confira-se em OTERO, 2007, p. 364 e ss.:

Salvo melhor opinião, o art. 16, n. 2, não autoriza semelhante solução. A citada disposição estabelece um relacionamento entre as normas da Constituição e a DUDH, que traduz um verdadeiro casamento “para o bem e para o mal”. Ou seja: o princípio da interpretação em conformidade com a DUDH é uma regra que determina uma obrigação directa ao intérprete, independentemente dos resultados dessa mesma interpretação. Admitir solução contrária seria uma fraude ao art. 16, n. 2: a Constituição deixaria de ser interpretada de harmonia com a DUDH, passando esta a ser interpretada com o sentido (mais favorável) resultante da Constituição.

Por derradeiro, interessante discussão que merece melhor aprofundamento é o de se tomar o §3º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, que exige quórum qualificado de dois terços em dois turnos das duas Casas Legislativas, para a integração formal de norma internacional de direitos humanos, em contraposição aos §§1º e 2º do mesmo artigo 5º da CF/88, que preconiza o efeito direto e a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, inclusive decorrentes de instrumentos internacionais, incorporados como normas materialmente constitucionais, para refletir sobre a hipótese de incompatibilidade da emenda constitucional que representa gravame à aprovação das ferramentas transnacionais de direitos humanos.

Parece que estamos diante de duas ordens de incompatibilidade do §3º, art. 5º, e a Constituição Federal: de uma ponta, (i) com o §1º, art. 5º, CF, na medida em que restringe a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais; de outra, (ii) na medida em que, pela dicção do §2º do art. 5º, os direitos humanos veiculados nos instrumentos internacionais, uma vez internalizados na ordem jurídica nacional, desfrutam de natureza constitucional, ainda que tão só materialmente.

Essa reflexão ainda está por se verticalizar, já que, por meio da hermenêutica constitucional evolutiva, norteadas pela unidade axiológica da dignidade da pessoa humana, o próprio §2º do art. 5º constitui

*cláusula aberta* em direitos fundamentais, pela qual as normas de direitos internacionais de direitos humanos têm valor constitucional e, por isso, devem ingressar no ordenamento interno em paridade hierárquica com as normas constitucionais.

## 5. À GUIA DE CONCLUSÃO

A temática da *cláusula aberta em matéria de direitos fundamentais* ainda suscita avanços, em especial no constitucionalismo brasileiro, e particularmente na perspectiva pretoriana, ainda refratária ao reconhecimento do valor constitucional dos direitos da pessoa humana provenientes dos instrumentos internacionais.

Se, por um lado, temos uma doutrina em prol do valor constitucional dos direitos humanos veiculados nos instrumentos internacionais de que o Estado brasileiro seja signatário, independentemente de sua recepção formal como norma constitucional, por outro lado, vimos colhendo tímidos avanços na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a concretização do postulado de eficácia direta e de maximização da eficácia da cláusula de expansividade, bem assim, o valor constitucional dos direitos humanos agregados à ordem jurídica brasileira, insculpidos no art. 5º, §§1º e 2º, CF, lamentavelmente permanecem mitigados pela Excelsa Corte.

Assim, a tarefa do constitucionalismo contemporâneo, particularmente brasileiro, na demanda por eficácia da *cláusula aberta* de direitos fundamentais, parece encontrar resposta pela via da força hierárquico-normativa a vincular os Estados constitucionais aos instrumentos internacionais veiculadores de direitos humanos, invocando seu caráter de norma *jus cogens*.

De outro vértice, impõe-se atentar para o problema que pode vir a decorrer diretamente da aplicação da *cláusula expansiva*, qual seja, a proliferação dos direitos que ingressam no ordenamento jurídico interno, o que impõe a detecção do traço característico de *fundamentalidade* de

tais direitos, sob pena de vulgarizá-los e com isso levar à desnecessária *compressão* de direitos realmente fundamentais.

Nesse sentido, são essencialmente direitos fundamentais os que guardem valores compatíveis com aqueles integrantes do *bloco de constitucionalidade*, ou seja, materialmente constitucionais, inerentes à dignidade da pessoa humana.

A partir do julgamento do STF nos recursos extraordinários e *habeas corpus* que tiveram por pano de fundo a prisão do depositário infiel, no confronto entre o estabelecido pela Carta Federal e o Pacto de San José da Costa Rica, temos duas hierarquias de normas de direitos fundamentais provenientes de tratados e acordos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro: (i) normas de direitos fundamentais supralegais, ou seja, situadas abaixo da Constituição, na pirâmide normativa, e (ii) normas de direitos fundamentais que fruem de equivalência às emendas constitucionais, nos exatos termos do §3º, art. 5º, CF, inserido pela EC 46/04.

Desse emblemático julgamento temos pouco a festejar, eis que houve apenas um acanhado avanço, tomando-se por base anterior posicionamento da Corte Constitucional, de simetria normativa, longe ainda de triunfar o valor constitucional das normas de direitos humanos integradas ao ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, na hipótese de não se verificar o quórum de três quintos para aprovação em dois turnos pela Câmara e pelo Senado Federal previsto para a reforma constitucional, teremos dois cenários: (i) aprovação com quórum de maioria simples, preconizado para leis ordinárias (como o Decreto Legislativo), e então redundar em ser considerada norma de caráter supralegal, situando-se abaixo das normas constitucionais e acima das leis ordinárias, na pirâmide normativa interna, ou (ii) ser incorporada como norma constitucional, com aplicação imediata, a teor dos §1º e 2º do art. 5º, CF.

No caso da internalização como norma materialmente constitucional, teríamos evidente avanço. Porém na outra hipótese formulada, estaríamos na exata situação anterior à EC 45/04, e consentânea com a atual orientação

jurisprudencial do STF, segundo a qual, a norma de direitos humanos incorporada paralisa a eficácia da lei ordinária que a contrarie, impedindo sua aplicação, ante seu caráter de supralegalidade.

Contudo, é possível alimentar a expectativa de que a *cláusula aberta em matéria de direitos fundamentais* no constitucionalismo brasileiro esteja em evolução, ainda que lenta, no que se refere à sua aplicabilidade. Em que pese o decênio já transcorrido, a sinalização de que o Supremo Tribunal Federal poderá, em próxima decisão, quiçá, avançar no sentido da paridade constitucional entre as normas internacionais de direitos humanos e as normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais funda-se no voto vencido.

Em suma, restou consignado no mencionado voto suplantado, que: (i) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 foram recepcionados pela Constituição como norma materialmente constitucional, isto é, de valor e conteúdo constitucional; (ii) os tratados e convenções internacionais veiculadoras de direitos humanos ratificados pelo Brasil após a referida Emenda Constitucional e desde que observado o *iter* procedimental prescrito no § 3º, art. 5º, CF, ou seja, o processo legiferante para as emendas constitucionais, têm equivalência de emenda à Constituição, com todas as consequências da incorporação formal, inclusive a submissão ao controle de constitucionalidade.

Contudo, a atual orientação situa a Corte Suprema brasileira em flagrante e vedado *retrocesso jusfundamental*, a impedir a aplicabilidade imediata do direito fundamental, aniquilando a regra constitucional garantidora da maximização de sua eficácia direta, na medida em que o §3º inserido no art. 5º pela E.C. n. 45/2004 exige um *iter* procedimental mais rigoroso à internalização do direito humano veiculado em tratado ou convenção internacional, impondo condição mais onerosa à sua agregação na ordem doméstica do que aquela preceituada pelo §2º do mesmo art. 5º, a pretexto de alçar-lhe ao *status* de norma formalmente constitucional.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais – introdução geral*. Lisboa: Principia, 2007.

ARDANT, Philippe. *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*. 19. ed. Paris: L.G.D.J., 2007.

AZZARITI, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vs. I, II e III. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, 1999 e 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Metodologia ‘fuzzi’ e ‘camaleões normativos’ na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CLAES, Erik; VANDAELE, Arne. L'effet direct des traités internationaux – une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme. *Revue Belge de Droit International*. Bruxelles: Bruylant, 2001-2002.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier, 2008.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição portuguesa. *Revista Ab Uno Ad Omnes*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas, 1995.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

HALL, Kermit L.; ELY JR, James W. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decision*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

HERDEGEN, Matthias. La protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Fédérale. In: FROMONT, Michel (org.). *Les cinquante ans de la République Fédérale d’Allemagne*. Paris, pp. 115 e ss., 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Sérgio Fabris Editor, Rio Grande do Sul: BR, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Lisboa: Almedina, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDEIROS, Rui. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado português. In: *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 – evolução constitucional e perspectivas futuras*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, nov. 2001.

\_\_\_\_\_. *A Constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. O Estado de Direitos Fundamentais português: alcance, limites e desafios. *Anuário Português de D. Constitucional*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed., v. 1, 2004.

MIRANDA, Jorge. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição. In: *Estudos sobre a Constituição*. v. 1. Lisboa: Liv. Petrony, pp. 49 e ss., 1977.

\_\_\_\_\_. As relações entre Ordem Internacional e Ordem Interna na actual Constituição portuguesa. *Revista Ab Uno Ad Omnes*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Internacional Público*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Principia, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. v. IV, Coimbra: Coimbra, Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio: Ed. Forense, 2005.

\_\_\_\_\_; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOREIRA, Isabel. Por uma leitura fechada e integrada da Cláusula Aberta dos Direitos Fundamentais. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Lisboa: Livraria Almedina, 2003.

MOTA, Henrique. Le principe de la “Liste Ouverte” en matière de Droits Fondamentaux. In: *La Justice Constitutionnelle au Portugal*. Paris: Economica, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana. v. II. In: *Dignidade e inconstitucionalidade, dignidade e ciências da vida, dignidade e consentimento, dignidade e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OTERO, Paulo. Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais? *Revista O Direito*. Lisboa, v. III-IV, jul.-dez.1990.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional português, identidade constitucional*. v. I. Coimbra: Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. *Revista Ab Uno Ad Omnes*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1061 e ss., 1998.

\_\_\_\_\_. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

\_\_\_\_\_; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo, RT, 2010.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais, funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais. *Revista O Direito*, ano 140, v. II. Lisboa: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental: aplicabilidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation – Federal Courts and the Law*. New Jersey: Princeton University Press, 1998.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4, jul.-dez. 2004.

\_\_\_\_\_. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, 2006.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*. México: SEPS – Secretariado Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004.

VIEIRA ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, Almedina, 2007.



## **Segurança jurídica e instituições eficazes na Lei n. 13.655/2018 a partir das metas do ODS 16**

### ***Legal certainty an effective institutions in the Law 13.655/2018 starting in the ODS 16 goals***

*Alan José de Oliveira Teixeira<sup>1</sup>*

RESUMO: Ante a conjuntura de insegurança jurídica perpetuada por meio do ativismo judicial e pelo hipercontrole da administração pública, o vigor da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro reflete a possibilidade de se proporcionar maior segurança jurídica e administrativa na esfera do direito público. Nesse passo, o presente trabalho objetiva estudar os efeitos irradiados pelas alterações ocorridas na LINDB, tendo em vista seu propósito legislativo de assegurar maior previsibilidade às

---

1 Graduando em Direito pelo UNICURITIBA. Membro da Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo – RIJDA (2019). Membro do grupo de pesquisa “Pacto Global e Agenda 2030 na perspectiva dos Direitos sociais na Constituição Brasileira (1988)”, além de Monitor da disciplina de Teoria do Direito, ambos sob orientação da Prof<sup>a</sup>. MSc. Maria da Glória Colucci, assim como membro do grupo de pesquisa “Tributação da Economia Digital”, vinculado ao Centro de Estudos sobre Justiça, Tributação e Economia – CEJUTE, da Universidade Católica de Brasília – UCB, sob orientação do Prof. Dr. Maurício Timm do Valle, e do grupo de estudos “Constitucionalismo Abusivo e Erosão Democrática”, vinculado ao NINC/UFPR, sob orientação da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Eneida Desiree Salgado. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-0604-4149>.

decisões judiciais que dizem respeito ao direito público. Ainda, verifica o possível alinhamento da alteração legislativa ao décimo sexto Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU. Para esse fim, um estudo teórico das principais bibliografias jurídico-administrativas foi necessário, principalmente dos comentadores da nova LINDB. Buscou-se a realização de uma pesquisa jurídico-normativa, com a investigação dos textos legais, estudo de casos, livros e artigos científicos pertinentes à investigação proposta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle judicial da administração pública; ato administrativo; ativismo judicial; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; ODS 16.

**ABSTRACT:** Given the conjuncture of legal insecurity perpetuated through judicial activism, the hyper-control of public administration and the definition by the judiciary of the political agenda of the other constituent powers of the State, a study is urgently made of the limits of this control, especially when administrative acts that are substantially political or governmental. With the vigor of the new Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, which sought to provide greater legal and administrative security in the sphere of public law, relevant is the analysis of its interpretative implications in the field of control of the political act, given its hermeneutical purposes. In this step, the present work aims to study the effects irradiated by the changes that occurred in the LINDB in the jurisdictional control of the acts of government, in view of its legislative purpose of ensuring greater predictability to judicial decisions that pertain to public law. To this end, a theoretical study of the main legal-administrative bibliographies was necessary, mainly from the commentators of the new LINDB. Recent jurisprudence on the matter, both of administrative bodies and judicial bodies, has also been considered. We sought legal-normative research, with the investigation of legal texts, case studies, books and scientific articles pertinent to the proposed research.

**KEYWORDS:** Judicial control of public administration; administrative act; judicial activism; Law of introduction to the norms of Brazilian law; SDG 16.

## 1. INTRODUÇÃO

Vive-se atualmente no Brasil uma conjuntura de insegurança jurídica. Isso porquanto não se vislumbra uma jurisprudência uníssona nos tribunais acerca de matérias objetivas do Direito. Frequentemente ocorrem tentativas de otimizar esse cenário pela via legislativa, como é o caso das alterações feitas recentemente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

As alterações trazidas pela Lei n. 13.655/18, publicada em 26 de abril de 2018, tiveram por objetivo proporcionar segurança jurídica e efetividade ao Direito Público. Com isso, a LINDB passou a conter dispositivos disciplinando e orientando a interpretação jurídica do Direito Público brasileiro.

Assim, o presente trabalho busca estudar os efeitos e as repercussões das mudanças trazidas pela nova Lei de Introdução na interpretação e na decisão jurídica do Direito Público.

Além disso, visualizando-se o alinhamento dos propósitos da Lei com a construção de instituições eficazes, discorre a respeito da importância dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, notadamente o ODS 16, da ONU.

Para isso, um estudo teórico das principais bibliografias jurídico-administrativas foi necessário, principalmente dos comentadores da nova LINDB. A jurisprudência recente acerca da matéria, tanto de órgãos administrativos como de órgãos judiciais foi igualmente considerada. Buscou-se a realização de uma pesquisa jurídico-normativa, com a investigação dos textos legais, estudo de casos, livros e artigos científicos pertinentes à investigação proposta.

## 2. ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELA NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO: UMA TENTATIVA DE APRIMORAR A SEGURANÇA JURÍDICA

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi originariamente intitulada Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/42). A mudança de redação ocorrida na Lei de Introdução com a publicação da Lei n. 12.376/10 foi de extrema relevância: a nova lei passou não apenas a tratar de Direito Privado, mas também de Direito Público.

Disciplinando os demais textos normativos, a LINDB é acima de tudo uma lei “sobredireito” (*lex legum*)<sup>2</sup>. Assim, a Lei de Introdução prevê a maneira de aplicação da legislação no tempo e no espaço, o seu sentido lógico e as fontes do direito, complementando a Constituição<sup>3</sup>.

A Lei em comento ainda serve de norte interpretativo e integrativo do ordenamento jurídico brasileiro, sem, contudo, reger diretamente as ações ou omissões dos indivíduos<sup>4</sup>. Em suma: “[...] a LINDB dirige-se àqueles que tenham a competência de aplicar outras leis, como ocorre com membros da Administração Pública, magistrados e árbitros”<sup>5</sup>.

Nesse contexto, com o intuito de diminuir a insegurança jurídica que permeia especialmente as relações com a Administração Pública, surge o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 349/15, que quando da tramitação na Câmara dos Deputados passou a ser denominado Projeto de Lei (PL)

---

2 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral*. v. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1.

3 *Idem*.

4 RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 13.

5 *Idem*.

n. 7.448/17<sup>6</sup>. Com a sanção presidencial, em 26 de abril de 2018, a Lei n. 13.655/18 foi publicada, acrescentando 10 (dez) artigos à LINDB.

Entendendo que “chegou a hora de mudar a velha lei de introdução”, Carlos Ari SUNDFELD e Bruno Meyerhof SALAMA asseveram que “[...] é preciso reconhecer que atualmente há vetores de ordem ideológica, política e jurídica que levam o Judiciário a ter que se preocupar cada vez mais com consequências agregadas de suas decisões”<sup>7</sup>.

Os referidos autores se remetem às consequências jurídicas, administrativas e práticas da decisão, cuja exigência de observância e indicação se encontram expressas nos arts. 20 e 21 da nova LINDB.

Todavia, em que pese que a mudança legislativa tenha muitos pareceres favoráveis dos juristas e estudiosos da Administração Pública, também ensejou manifestações contrárias e resistências, especialmente dos órgãos de controle<sup>8</sup>.

De fato, alterações legais dessa envergadura, notadamente na Lei que orienta a aplicação do direito, necessitam de estudos que verifiquem os impactos que essa mudança de paradigma na decisão jurídica causará.

Sobre a importância da LINDB, a Nota Técnica n. 01/2018, divulgada pela Associação dos Membros de Tribunais de Contas do Brasil

---

6 Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 7.448-A, de 2017. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1614971.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

7 SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 209-211, abr.-jun. 2016, p. 210.

8 Cf. ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. Nota Técnica n. 01/2018. Brasília, DF, 10 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017Atricon-Audicon.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

– ATRICON, expõe: “A Lei das Leis Civas resistiu a regimes, a formas e a reformas de governo e experimentou incólume a passagem de cinco das oito Constituições brasileiras. Seu texto está verdadeiramente gravado no recôndito mais íntimo do Direito brasileiro [...]”<sup>9</sup>.

Dessa forma, qualquer alteração no texto normativo da Lei de Introdução significa uma reorientação jurídica, um novo modo de proceder que atinge diretamente a atividade decisória.

E essa orientação, no caso em tela, apesar de reordenar a aplicação do direito, quando vista à luz das alterações propostas pela nova LINDB, pretende uma releitura do Direito Público.

### **2.1. Valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão**

Disserta-se inicialmente a respeito do art. 20, da Lei em questão. Vê-se que, pela nova Lei de Introdução, não se pode decidir com fundamento em valores jurídicos abstratos sem se observar as consequências práticas da decisão<sup>10</sup>. Mas o que são valores jurídicos abstratos? E o que se entende por consequências práticas da decisão?

Inicia-se a investigação sobre os valores jurídicos abstratos. A Lei não apresenta nenhum conceito legal sobre o termo. Mas se são valores jurídicos abstratos, a partícula “jurídicos” afasta qualquer pretensão a um

---

9 Cf. ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. Nota Técnica nº 01/2018. Brasília, DF, 10 de abril de 2018, p. 2. Disponível em: <<http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017Atricon-Audicon.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

10 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018).

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018).

moralismo político<sup>11</sup>. Se os valores são jurídicos, devem estar previstos no ordenamento jurídico. E se são abstratos, será que isso significa que existem valores jurídicos não-abstratos (concretos)?

Em um primeiro momento parece inclusive ser possível associar “valores jurídicos abstratos” ao que se conhece por conceitos jurídicos indeterminados. Isso porque tal expressão é uma fórmula ampla utilizada com frequência no direito, tal como quando se trata de boa-fé, justo preço, ordem pública, entre outros<sup>12</sup>.

Na esteira de Odete MEDAUAR, que discorre sobre os conceitos jurídicos indeterminados, indeterminado não é o conceito<sup>13</sup>. O Direito sempre usou fórmulas amplas. O que ocorre na verdade “[...] é a impossibilidade de identificar ‘a priori’ todas as situações que se enquadram na fórmula. Mas, no momento em que uma situação ou fato aí se enquadram, efeitos ou consequências jurídicas ocorrem”<sup>14</sup>.

O grande perigo na referência a esses conceitos em um Estado Democrático de Direito é a confusão cada vez mais comum do intérprete-

---

11 Na esteira de Emerson Gabardo: “Para que alguma proposição ínsita a uma concepção moral social implique consequência interna no Direito é necessário um caminho formal árduo e rigoroso, cujo filtro será a Constituição. Nesta perspectiva, torna-se completamente absurdo sequer imaginar que uma única autoridade pública poderia interpretar o sistema, alterando-o substancialmente, em razão de suas concepções pessoais de justiça (por maior que fosse a sua boa intenção).” Cf. GABARDO, Emerson. *Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 17, n. 70, pp. 65-91, out.-dez. 2017, p. 74.

12 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 133.

13 *Ibidem*, p. 134.

14 *Ibidem*, p. 133.

juiz entre discricionariedade jurídica e discricionariedade administrativa, sendo a primeira mais danosa ao Direito<sup>15</sup>.

Assim, se a intenção do legislador (aferida por meio do projeto de lei) foi assegurar maior previsibilidade e efetividade ao Direito Público, não se afigura lógica nenhuma conclusão no sentido de conferir maior indeterminação na decisão.

Estudiosos do projeto de lei tentaram traçar parâmetros razoáveis de interpretação acerca do comando constante do art. 20 da LINDB. É o caso de Carlos Ari Sundfeld e Bruno Meyerhof Salama, que entendem ser possível conceber “valores jurídicos abstratos” como sinônimo para princípios<sup>16</sup>.

Todavia, a dicção “princípios” já se encontrava no art. 4º da LINDB<sup>17</sup>, mas se optou por não a repetir. Isso permite afirmar que o sentido de “valores jurídicos abstratos” pode se distinguir do sentido de princípios ou ampliá-lo.

A hermenêutica mais crítica percebe que os princípios só se realizam a partir de uma regra. Assim, não há princípio sem alguma regra, pois se se acreditar na existência de princípios sem regras, acredita-se também na existência de normas sem textos<sup>18</sup>. Lenio STRECK ensina que os princípios servem como um fechamento interpretativo, sendo,

---

15 “E não confundamos essa discussão – tão relevante para a teoria do Direito – com a separação feita pelo Direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados, ambos diferentes de atos arbitrários. Trata-se, sim, de discutir – ou, na verdade, pôr em xeque – o grau de liberdade dado ao intérprete em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica jurídica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. São Paulo: A Casa, 2017, p. 54.

16 SUNDFELD; SALAMA, loc. cit., p. 210.

17 Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

18 STRECK, 2017, p. 244.

assim, uma dificuldade à discricionariedade judicial<sup>19</sup>, e, acrescenta-se: um entrave à insegurança jurídica.

E sobre aplicação de “valores” no Direito, denota-se que se trata apenas de uma opção de caráter pessoal do juiz, o que inviabiliza o controle racional, permitindo um decisionismo político por parte dos tribunais<sup>20</sup>.

Quanto ao consequencialismo positivado por “consequências práticas da decisão”, não pode ser entendido pura e simplesmente como todo e qualquer fator extrajurídico. Na verdade, “Tais consequências são atinentes aos direitos e fatos atrelados ao processo, ou seja, relativos a elementos trazidos aos autos pelas partes. Não se trata de ilação nem de futurologia, mas sim de responsabilidade no exercício da função pública”<sup>21</sup>.

Ademais, é possível afirmar que o pragmatismo trazido pela expressão em análise surge em resposta à judicialização e ao ativismo judicial. Isso porque pesquisas jurídicas recentes indicam um padrão de inconsequência nas decisões proferidas pelos juízes brasileiros, notadamente no que se refere às políticas públicas<sup>22</sup>.

A exemplo, Natalia Pires de VASCONCELOS averiguou em tese de mestrado a existência de decisões judiciais que obrigam a Administração Pública a alguma prestação, e nesse caso são “[...] acompanhadas do risco iminente de uma sanção forte que atinge tanto a instituição como o gestor”<sup>23</sup>.

---

19 Idem.

20 Ibidem, p. 118.

21 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. *Respostas aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n. 7.448/2017*. 2018, p. 6. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

22 Cf. VASCONCELOS, Natalia Pires de. *Judiciário e orçamento público: considerações sobre o impacto orçamentário de decisões judiciais*. 167 f. Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

23 VASCONCELOS, Natalia Pires de, op. cit., p. 49.

Conclui a pesquisadora que existem dificuldades não apenas jurídicas, mas institucionais em “[...] pressupor custos de direitos sociais em relação a outros direitos apenas no âmbito teórico”<sup>24</sup>. E, nesse campo, referindo-se aos casos de orçamento público, vê que

Apesar das temidas consequências da decisão sobre as receitas estaduais, o Congresso encontra meio de cumprir a decisão e reverter seu possível impacto, adotando solução intermediária que modifica o fundo, sem modificar significativamente o repasse de verbas<sup>25</sup>.

Ou seja, existem consequências práticas de uma decisão judicial no orçamento público que muitas vezes não são observadas pelo julgador. Mas, então, o que se propõe é uma análise econômica do direito, nas decisões judiciais?

O alerta dos juristas Emerson GABARDO e Ligia Maria Melo e CASIMIRO acerca do reducionismo da análise meramente orçamentária no Brasil não pode ser ignorado: “As necessidades são ilimitadas e os recursos limitados. Em uma análise pragmática, todavia, há uma imensa distância entre a ‘inexistência’ de recursos e sua ‘má distribuição’<sup>26</sup>.

Nesse passo, uma análise econômica adequada do direito levaria em consideração os postulados de necessidade e escassez e, principalmente, que uma política de incentivos pode, aos poucos, reduzir custos, e, assim, o Estado poderia ser mais eficiente<sup>27</sup>.

---

24 MARQUES NETO, op. cit., p. 128.

25 Ibidem, p. 129.

26 GABARDO, Emerson; CASIMIRO, Ligia Maria Melo e. *Uma análise econômica do direito à moradia*. Revista Internacional de Direito Ambiental. v. 4, n. 11, mai.-ago. 2015, pp. 53-74, p. 69.

27 Ibidem, p. 70.

Assim, há que se ressaltar a vinculação de indicação das consequências práticas da decisão ao fato de se decidir por valores jurídicos abstratos. Daí se denota que a veiculação das consequências práticas deve partir do que estiver contido nos autos do processo judicial, mas não se limitar a ele. É nessa linha que as repercussões devem ser consideradas.

## 2.2. Demonstração da necessidade e da adequação da decisão

A demonstração da necessidade e da adequação da decisão não é nada mais nada menos do que a enunciação, na LINDB, dos atributos do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade<sup>28</sup>. Nessa toada, o parágrafo único do art. 20 da Lei impõe que a motivação da decisão deverá observar tais atributos, em face das possíveis alternativas<sup>29</sup>.

Denota-se da redação do texto da lei que o único escape do intérprete-juiz para se eximir de motivar considerando a proporcionalidade seria a situação em que a decisão não impõe nenhuma medida ou não invalida ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Há sem sombra de dúvidas uma vastíssima bibliografia sobre o tema da proporcionalidade, mas sua aplicação sempre foi um problema jurídico. Isso porque uma investigação filosófica nunca dá a palavra final nesse campo<sup>30</sup>.

---

28 TORRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica e limites do âmbito de aplicação do Princípio da Proporcionalidade*. In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo et al. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 136.

29 Art. 20. [...]. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018).

30 ZANITELLI, Leandro Martins. *Proporcionalidade, comparabilidade e fórmula do peso*. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 22, n. 1, jan.-abr. 2017, p. 278-301, p. 298.

Assim, a referida mudança na Lei de Introdução pode na verdade implicar uma imprecisão jurídica ainda maior, pois se está obrigando (e, assim, autorizando) o juiz a decidir conforme o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade em uma gama considerável de situações, com exceção do referido escape em uma leitura *contrario sensu* da lei.

Mas, novamente, se a alteração pretende a segurança e efetividade jurídicas, interpretações no sentido de alargar a imprecisão já existente não se fazem racionais. Assim, uma breve incursão no que seria uma decisão que considere a necessidade e adequação de seu dispositivo à luz das alternativas é necessária.

Acerca da adequação, Thiago MARRARA afirma que significa “[...] um mandamento de correlação lógica entre o ato estatal (ato administrativo, normativo ou ato material) e a finalidade pública que o justifica”<sup>31</sup>. Assim, se tal mandamento deve agora ser observado pelo juiz, a decisão judicial deve sempre assegurar o cumprimento do interesse público.

Além disso, o administrativista entende que, em relação à necessidade, há que se verificar, frente às alternativas fáticas, qual solução é a mais branda para se atingir a finalidade pública<sup>32</sup>. Ou seja: qual das alternativas atinge a finalidade pública? Depois desse exercício, qual das alternativas é a menos danosa?

Esse também é o entendimento de Egon Bockmann MOREIRA, que trabalha os conceitos acima à luz da classificação adotada por José Joaquim Gomes CANOTILHO<sup>33</sup>.

---

31 MARRARA, Thiago. *O conteúdo jurídico do princípio da moralidade*: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 171.

32 *Ibidem*, 2012, p. 172.

33 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 94-95. No mesmo sentido, Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito*

Seguindo esse raciocínio, resta clarear o que seria então “interesse público”. Esse também é tema de muitas controvérsias, tendo sido objeto de elucidação de juristas como Celso Antônio Bandeira de MELLO, Marçal JUSTEN FILHO, Humberto Bergan ÁVILA, Gustavo BINENBOJM, entre outros<sup>34</sup>.

Todavia, a investigação feita pelos juristas paranaenses Emerson Gabardo e Daniel HACHEM, pretendendo uma “crítica da crítica”, parece se alinhar ao propósito de segurança jurídica da Lei n. 13.655/18. Na linha dos administrativistas clássicos, entendem que interesse público é: “Aquele resultante da parcela coincidente dos interesses individuais de determinada sociedade, externado pela dimensão coletiva desses interesses e fixado pelo próprio Direito positivo cuja ontologia é constitucional”<sup>35</sup>.

Com isso, ao considerar a adequação e necessidade da medida, o juiz deve verificar a sua legalidade, seu atendimento à finalidade legal, além de ter que optar pela medida menos danosa, se houver.

A título de ilustração, no âmbito do controle jurisdicional da administração, a necessidade e a adequação, como atributos da

---

*Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2011, p. 269-270.

34 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009; JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, São Paulo, v. 26, p. 124-127, 1999; ÁVILA, Humberto Bergan. *Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, v. 24, pp. 159-180, 1998; e, BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 239, Rio de Janeiro, 2005.

35 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel. *O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica* In: BACELLAR FILHO, Romeu F.; HACHEM, Daniel (Org.). *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 155-201, p. 195.

proporcionalidade – em atenção ao que sustenta Heleno Taveira TORRES sobre a proporcionalidade da segurança jurídica<sup>36</sup>, ao estudar Paulo BONAVIDES – podem ser entendidos como garantia ou “controle da aplicação de restrições infraconstitucionais a direitos e liberdades fundamentais”<sup>37</sup>.

Assim também ocorre com a decisão jurídica que arbitra danos ao erário, pelo fato de se presumi-los frente à legalidade<sup>38</sup>. Desse modo, deve a dosimetria ser feita considerando a legalidade estrita, mas com respeito aos direitos fundamentais, que se fazem valer com a previsibilidade do caso, evitando-se indícios sem vinculação com a situação jurídica posta.

Em uma visão holística da nova LINDB, a tentativa de proporcionar maior segurança jurídica no Direito Público foi uma tentativa de tornar

---

36 TORRES, 2013, p. 134.

37 Ibidem, p. 136.

38 Constitucional, administrativo e processo civil. Improbidade administrativa. Dispensa indevida de licitação. Comprovação. Prejuízo ao Erário. Dano presumido. Aplicação das penas nos ditames da Proporcionalidade e Razoabilidade. Sentença reformada. 1. O prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação ou de sua não realização é presumido, consubstanciado na impossibilidade da contratação da melhor proposta, o que é buscando com a licitação. Precedentes do STJ. 2. Em que pese o reconhecimento do dano presumido, incabível o ressarcimento ao erário com base em valor hipotético, sendo possível a adequação, no entanto, da base de cálculo da multa cível, em observância ao caso concreto e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. Em relação a dosimetria das sanções, devem ser alteradas para aplicação tão-somente de multa cível equivalente a 2 (duas) remunerações e majoração da suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos, bem como a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos, direta ou indiretamente, por 05 (cinco) anos. 4. Apelação do MPF parcialmente provida e apelação particular improvida. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. Apelação em Ação Civil de Improbidade Administrativa. Acórdão. Relator: Desembargador Federal André Luis Maia Tobias Granja. Apelante: Ministério Público Federal. Julgamento em: 07/03/2018. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=pdf&tipo=1&coddoc=443337>>. Acesso em: 25/07/2018.

mais restritiva a atuação dos órgãos de controle, restritiva porquanto mais fundamentada e robusta a decisão controladora<sup>39</sup>.

### **2.3. Posicionamento de Marçal Justen Filho**

Marçal Justen Filho, em artigo científico sobre o tema, disserta a respeito do art. 20 da LINDB. O administrativista entende que a finalidade do art. 20 da Lei é reduzir o subjetivismo e a superficialidade das decisões estatais, obrigando aquele que decide a considerar as circunstâncias do caso concreto<sup>40</sup>.

### **2.4. Consequências jurídicas e administrativas da decisão de invalidação e a regularização proporcional e equânime dos seus efeitos**

O próximo dispositivo a ser compreendido é o art. 21, da LINDB<sup>41</sup>,

---

39 VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. *O impacto interpretativo da Lei nº 13.655/2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa-fé para inovar na Administração Pública*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 16, n. 62, pp. 1-284, jul.-set. 2018.

40 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: *Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 13-41, nov. 2018. ISSN 22385177. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

41 Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018)

no qual impera a obrigação de a decisão de invalidação indicar as consequências jurídicas e administrativas no caso, além das condições para regularização proporcional e equânime nesse contexto.

De acordo com a administrativista Odete Medauar, são as consequências mais comuns do controle: a suspensão de atos ou atividades; a anulação; a imposição de fazer; a imposição de se abster de algo; a imposição de pagar; e/ou, a imposição de indenizar<sup>42</sup>. São essas as consequências jurídicas e administrativas mais comuns da decisão.

Observando os dispositivos da nova lei, conforme aventado, parece haver aqui um princípio de consequencialismo e pragmatismo, que inclusive já pode ser observado em determinadas decisões judiciais no Brasil<sup>43</sup>.

## 2.5. Posicionamento de José Vicente Santos de Mendonça

José Vicente Santos de MENDONÇA, comentando o art. 21 da LINDB, afirma que há hoje no Brasil uma cultura de hipercontrole público. Tal cultura é identificada segundo cinco aspectos do controle: vagueza, opinião, performance, disputa e incremento<sup>44</sup>.

Vale destacar que o jurista defende que houve uma alteração do estilo da decisão, da sua gramática, e que isso busca educar e constranger o

---

42 MEDAUAR, op. cit., p. 239.

43 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari*. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Org.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016, p. 31.

44 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 43-61, nov. 2018, p. 45. ISSN 2238-5177. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77649>>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

jugador, melhorando positivamente a decisão pela invalidade<sup>45</sup>.

## **2.6. Nova interpretação ou orientação e o dever das autoridades de buscar a segurança jurídica**

Estuda-se neste ponto do trabalho os artigos 22, 23, 24 e 30 da LINDB. A opção por reunir esses dispositivos normativos não foi aleatória. Os quatro mandamentos a serem analisados têm um papel importante na segurança jurídica.

O art. 22<sup>46</sup> enseja alteridade por parte do controlador, que deve sopesar as dificuldades e obstáculos do gestor na sua atividade administrativa. Deve-se ainda considerar as circunstâncias práticas, a natureza, a gravidade, os danos e a dosimetria de sanções relativas ao mesmo fato.

O art. 23<sup>47</sup> prevê que a decisão jurídica que pretenda inovar, desvirtuar-se ou enfrentar orientação consolidada sobre norma de conteúdo abstrato deve prever regime de transição.

---

45 Ibidem, p. 55.

46 Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

47 Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

O art. 24<sup>48</sup> pretende que o intérprete-julgador contextualize as normas e entendimentos vigentes à época do fato, devendo levar em consideração quando da revisão de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cujos efeitos já ocorreram.

O art. 30<sup>49</sup> consubstancia a necessidade de esforço das autoridades públicas para proporcionar maior segurança jurídica no Direito e na atividade pública, inclusive por meio de instrumentos jurídicos já conhecidos (súmulas, regulamentos e consultas).

Nesse passo, faz-se relevante registrar o que determinados teóricos do Direito Público entendem por segurança jurídica.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, tal concepção jurídica existe lado a lado à proteção da confiança, sendo elementar ao Estado de Direito<sup>50</sup>. Além disso, é com a garantia de segurança jurídica que o cidadão consegue

---

48 Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018)

49 Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (Incluído pela Lei n. 13.655, de 2018)

50 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2011, p. 256.

conduzir, planificar e conformar sua vida de forma autônoma<sup>51</sup>.

Nessa mesma linha, Romeu Felipe BACELLAR FILHO entende a previsibilidade como elemento constitutivo da segurança jurídica, evitando-se assim uma “administração de surpresas”<sup>52</sup>. Ademais, a ideia de segurança no Direito estaria submetida ao princípio da legalidade<sup>53</sup>. Em uma abordagem sobre a segurança jurídica na seara da Administração Pública, afirma o administrativista: “A atuação da Administração Pública deve ser sempre marcada por uma pauta previsível, não havendo lugar para ciladas, rompantes ou açodamentos [...]”<sup>54</sup>.

Conforme aventado, as alterações propostas pela Lei 13.655/18 objetivam maior segurança jurídica no Direito Público brasileiro. Para isso, os dispositivos normativos acrescentados à LINDB trouxeram (em alguns casos, resgataram) algumas orientações de interpretação.

## 2.7. Posicionamento de Eduardo Jordão

Eduardo JORDÃO, estudando o art. 22 da LINDB, argumenta que o dispositivo é um “pedido de empatia” com o gestor público. Há, assim, prevenção na situação de o julgador se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, pois há que se considerar os ônus que o administrador enfrenta<sup>55</sup>.

---

51 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, loc. cit.

52 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr.-jun. 2010, p. 300.

53 Idem.

54 Idem.

55 JORDÃO, Eduardo. *Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77650>>. Disponível

## 2.8. Posicionamento de Floriano Marques Neto

Floriano MARQUES NETO, um dos idealizadores do projeto de lei que deu origem à Lei nº 13.655/18, comentando o art. 23, afirma que sua incidência ocorre nas três esferas (administrativa, controladora e judicial), além de orientar a atividade dos três poderes que constituem o Estado, tendo a lei uma dimensão bastante alargada<sup>56</sup>.

## 2.9. Posicionamento de Egon Bockmann Moreira

Escrevendo a respeito dos objetivos do art. 30, da LINDB, Egon Bockmann Moreira concebe que pretende o dever de criação de precedentes *lato sensu* (nas esferas administrativa, controladora e judicial), funcionando como critérios de racionalidade, legitimidade e institucionalidade da decisão pública<sup>57</sup>.

## 3. CONSTRUÇÃO DE INSTITUIÇÕES EFICAZES (ODS 16)

A Agenda 2030 é uma declaração que foi adotada e ratificada por 193 países-membros das Nações Unidas, como o Brasil, no ano de 2015.

---

em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 20 jan. 2019, p. 70.

56 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 93-112, nov. 2018. ISSN 2238-5177. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77651>>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651/74314>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

57 MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. *Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 243-274, nov. 2018. ISSN 2238-5177. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77657>>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657/74320>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

Tem origem nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), que deveriam ter sido atingidos naquele ano. Nesse documento, existem dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), assim como as respectivas 169 metas. Tais objetivos devem ser atingidos até o ano de 2030<sup>58</sup>.

Dentre os ODS, existe o ODS 16, que trata da construção de instituições eficazes, foco deste texto. Mais especificamente, o ODS 16, tendo em vista o acesso à justiça e a construção de instituições responsáveis, possui o seguinte enunciado: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”<sup>59</sup>.

Das metas relativas ao ODS em tela, destaca-se a 16.6 como sendo a mola propulsora da ideia de segurança jurídica estudada na presente pesquisa, que dita: “16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis”<sup>60</sup>.

Nesse sentido, a segurança jurídica, como promotora do desenvolvimento de instituições eficazes – destaca-se justamente pela garantia de previsibilidade e qualidade das decisões judiciais –, é uma perspectiva institucional de relevância prática para a consecução dos fins do ODS 16 no Brasil, notadamente no contexto da nova LINDB. Espera-se que, com as novas orientações da LINDB – sem olvidar aquelas que podem trazer ainda mais incerteza –, a referida consciência, não apenas do judiciário, mas das instituições em geral e dos gestores, concretize-se.

---

58 ONU BRASIL. A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

59 ONU BRASIL. Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. 13 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

60 Idem.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dissertou-se a respeito das alterações propostas pela nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Vislumbrou-se o propósito da tentativa de aprimorar a segurança jurídica no âmbito do Direito Público, por intermédio da adoção de diversos critérios interpretativos que agora devem ser observados tanto por órgãos de controle administrativo ou judicial, como pelos próprios administradores públicos.

Por meio do estudo do posicionamento recente de juristas, como Marçal Justen Filho, José Vicente dos Santos Mendonça Filho, Eduardo Jordão, Floriano Marques Neto e Egon Bockmann Moreira – que escreveram sobre as mudanças na LINDB após a sua publicação –, além da consideração de julgados administrativos e judiciais que já enfrentaram a nova lei em seus fundamentos decisórios, fez-se algumas considerações acerca das orientações interpretativas da lei.

Raciocinou-se que os “valores jurídicos abstratos” referenciados pelo texto legal da lei em voga podem ser entendidos como os princípios jurídicos e os conceitos indeterminados em geral, em atenção ao contexto da redação pretérita da LINDB e a introduzida pela alteração legislativa. Assim, o princípio da moralidade, o desvio de finalidade, etc., são identificados como essa espécie de valor. O propósito legislativo foi, então, tornar esses valores concretos, reais.

Nesse passo, o intérprete-juiz que pretender fazer uso desse reforço argumentativo deve explicitar o conteúdo desses valores e, a partir disso, sua aplicabilidade ao caso a ser julgado. O próximo passo seria a indicação das consequências práticas da sua decisão e, para isso, pode o intérprete valer-se do conhecimento científico, de base empírica, quando for o caso.

Viu-se que o termo “necessidade e adequação da decisão” exige do julgador a aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, o que reforça algo já consolidado no direito vigente, muito embora ainda seja obtusa a sua aplicação. Com a nova lei, de olho em seu objetivo de segurança jurídica, esse mandamento não legitima qualquer ponderação.

Esse raciocínio deve ser transparente e constar da decisão em item específico.

O mesmo se pode dizer da regularização proporcional e equânime, que exige a consideração dos interesses gerais quando da invalidação de um ato administrativo. Isso quer significar que – fazendo uso do exemplo de José dos Santos Mendonça Filho –, a regularização deve ser adequada no caso de recuperação da validade de determinado decreto de utilidade pública: indica-se a republicação, e não a compra e venda. Os interesses gerais são os interesses de todos, além das partes envolvidas.

Firmou-se que as consequências administrativas e jurídicas da decisão são as consequências expressas pelo judiciário e administração pública, respectivamente, em sua seara decisória, abrangendo direitos, deveres e sua execução.

Ultimou-se que nova interpretação ou orientação jurídica deve ser precedida de período transitório, justamente em vista da mudança de entendimento, tendo em vista que as ações, orientações, pareceres e atividades jurídicas em geral levam em conta o entendimento majoritário, consolidado e perpetuado pelos órgãos judiciais, quando existentes.

Averiguou-se que as alterações vigentes na LINDB ensejam uma releitura do Direito Público atenta ao cenário de insegurança jurídica retratado por ele. Argumentou-se que as alterações da nova LINDB são orientações que, levadas a sério, podem tornar mais segura a atuação judicial.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. Nota Técnica n. 01/2018. Brasília, DF, 10 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017Atricon-Audicon.pdf>>. Acesso: 20 mar. 2019.

ÁVILA, Humberto Bergan. Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, v. 24, pp. 159-180, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr.-jun. 2010.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 239, Rio de Janeiro, 2005.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 7.448-A, de 2017. Inclui no Decreto-Lei n 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1614971.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2011.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*. Belo Horizonte, ano 17, n. 70, pp. 65-91, out.-dez. 2017.

\_\_\_\_\_; CASIMIRO, Ligia Maria Melo e. Uma análise econômica do direito à moradia. *Revista Internacional de Direito Ambiental*. v. 4, n. 11, mai.-ago. 2015, pp. 53-74.

\_\_\_\_\_; HACHEM, Daniel. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (Org.). *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 155-201.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77650>>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 13-41, nov. 2018. ISSN 22385177. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, v. 26, p. 124-127, 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 93-112, nov. 2018. ISSN 2238-5177. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77651>>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651/74314>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

\_\_\_\_\_; et al. *Respostas aos Comentários Tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n. 7.448/2017*. 2018. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

MARRARA, Thiago. O conteúdo jurídico do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: \_\_\_\_\_ (Org). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77649>>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Org.). *Transformações do Direito*

*Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 243-274, nov. 2018. ISSN 2238-5177. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77657>>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657/74320>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Processo administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ONU BRASIL. *A Agenda 2030 e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)*. Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/agenda2030.php>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Objetivo 16*. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

PUGLIESE, Willian. *Precedentes e a Civil Law brasileira: interpretação e aplicação do Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, pp. 209-211, abr.-jun. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica jurídica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. São Paulo: A Casa, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. v. 1, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TORRES, Heleno Taveira. Segurança jurídica e limites do âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade. In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo et al.

*Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro.* São Paulo: Atlas, 2013.

VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. O impacto interpretativo da Lei nº 13.655/2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa-fé para inovar na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 16, n. 62, pp. 1-284, jul.-set. 2018.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. *Judiciário e orçamento público: considerações sobre o impacto orçamentário de decisões judiciais.* 167 f. Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ZANITELLI, Leandro Martins. Proporcionalidade, comparabilidade e fórmula do peso. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 22, n. 1, pp. 278-301, jan.-abr. 2017.



## **O Direito Financeiro e a Constituição de 1988: passado, presente e futuro<sup>1</sup>**

### ***Public Finance Law and the Constitution of 1988: past, present and future***

*José Mauricio Conti<sup>2</sup>*

*Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues<sup>3</sup>*

RESUMO: Este artigo foi publicado originalmente em 2018 por ocasião do aniversário de 30 anos da Constituição de 1988. Nesse contexto, propõe-se a analisar, não apenas o papel exercido pelo Direito Financeiro na história do Brasil, de 1808 aos dias de hoje, como também em que medida a Constituição de 1988 tem transformado as finanças públicas do país.

---

1 Artigo originalmente publicado em: BEÇAK, Rubens; PRADO, João Carlos Navarro (Coord.). *Reflexões sobre os 30 anos da Constituição de 1988: mutações e reformas constitucionais*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 394-413.

2 Livre-Docente, Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da USP. Juiz de Direito em São Paulo.

3 Doutorando em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, com temporada de pesquisa (“*visiting researcher*”) na Universidade de Toronto/Canadá. MSc in Regulation (Financial and Commercial Regulation) pela London School of Economics and Political Science – LSE. Procurador do Estado do Paraná.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Financeiro; perspectiva histórica; Constituição de 1988.

**ABSTRACT:** This article was first published in 2018 for the 30th Anniversary of Brazil's current Constitution, enacted in 1988. In such context, it aims to analyse not only the role played by Public Finance Law in Brazil's history, from 1808 to the present days, but also the extent to which the Constitution of 1988 has transformed the country's public finance.

**KEYWORDS:** Public Finance Law; historical perspective; Constitution of 1988.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito Financeiro foi seguramente um dos ramos do Direito mais privilegiados nestes 30 anos de vigência da Constituição de 1988. Em razão de diversos fatores, entre os quais a elevada inflação vigente no período que antecedeu a promulgação da Constituição, que inviabilizava a existência de um sistema de contas públicas com um mínimo de segurança e confiabilidade, a importância que assumiu nesse período marca a história desse ramo do Direito.

A estabilização da moeda, associada a uma evolução no sistema de contabilidade pública e ao desenvolvimento das normas de gestão fiscal responsável, fizeram com que nosso país entrasse definitivamente no caminho de estabelecer uma organização de suas contas públicas que nunca havia sido experimentada.

Neste texto, far-se-á um breve histórico da evolução do ordenamento jurídico em matéria de finanças públicas e das mudanças que foram introduzidas a partir da Constituição de 1988.

Durante o período de vigência do novo Texto, as importantes mudanças ocorridas, especialmente a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal, deram uma nova dimensão ao Direito Financeiro. Suas normas

passaram a ter uma importância e uma respeitabilidade nunca antes vistas. Mas as dificuldades financeiras experimentadas levaram e levam a conflitos que precisam ser superados, sem que o ordenamento jurídico seja ferido, o que tem se mostrado um grande desafio, como se verá.

A falta de eficácia de boa parte das normas de Direito Financeiro, especialmente as que se voltam ao planejamento e à gestão, mostra que a cultura da gestão fiscal responsável ainda não se incorporou plenamente à administração pública, evidenciando haver um longo caminho a percorrer, com obstáculos que precisam ser vencidos.

É o que se pretende demonstrar neste texto, que, em breves linhas, propõe-se a traçar uma visão panorâmica sobre o antes, o durante e o depois da Constituição de 1998 em matéria de Direito Financeiro.

## **2. HERANÇA HISTÓRICA: DE DOM JOÃO VI À NOVA REPÚBLICA**

Parece razoável dizer que a trajetória do Direito Financeiro brasileiro inicia-se, propriamente, com a vinda da Família Real para o Brasil em 1808. Não que, antes disso, inexistisse atividade financeira pública em nosso país: decerto arrecadavam-se receitas e realizavam-se despesas para a satisfação de necessidades públicas. Faltava, isto sim, uma normatização jurídico-financeira própria do Brasil, destacada do ordenamento dedicado ao Erário português e a suas instituições. Até porque o Brasil, como se sabe, era ainda uma colônia lusitana.

Em 1808, quando chega ao Rio de Janeiro, D. João VI vê-se obrigado a reproduzir, no Brasil, toda a estrutura burocrática antes instalada em Lisboa. Vale recordar que o monarca não veio sozinho: além de sua família, acompanharam-no cerca de 15 mil portugueses, muitos dos quais provenientes dos mais altos estratos da sociedade imperial, como nobres,

sacerdotes, desembargadores e Ministros de Estado<sup>4</sup>. Como bem dizem SCHWARCZ e STARLING, “[...] não eram indivíduos isolados que fugiam às pressas, e sim a sede do Estado português que mudava de endereço, com seu aparelho administrativo e burocrático, seu tesouro, suas repartições, secretarias, tribunais, arquivos e funcionários”<sup>5</sup>. Desse modo, por força das circunstâncias, o Brasil passou a ter uma Administração Pública para chamar de sua, embora ainda mantivesse o *status* de colônia, situação que viria a se alterar apenas em 1815, quando elevado à categoria de Reino Unido a Portugal e Algarve<sup>6</sup>.

Em 28 de junho de 1808, já em solo tupiniquim, D. João VI edita o famoso Alvará de criação do Erário Régio brasileiro, “[...] com as mesmas prerrogativas, jurisdição e inspeção, autoridade, obrigações, e incumbencias especificadas na Carta da Lei de 22 de Dezembro de 1761 que estabeleceu o Real Erario de Lisboa” (art. 1º). No mesmo ato, criava-se também o Conselho da Fazenda, o qual teria “[...] as mesmas prerrogativas, honras, privilégios, autoridade e jurisdição no Estado do Brazil e ilhas adjacentes, que tinha e exercitava o Conselho da Fazenda de Portugal” (Título VI, I)<sup>7</sup>.

Mais do que apenas criar o Erário Régio e o Conselho da Fazenda, o Alvará era um verdadeiro código de Direito Financeiro, com

---

4 As estimativas variam, mas diversas fontes indicam o número de 15 mil expatriados, contingente que também incluiria comerciantes abastados que resolveram acompanhar a frota real por conta própria. Cf. SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 166-167.

5 *Ibidem*, p. 163.

6 Só então o Brasil tornou-se oficialmente a sede do Império Português, embora oficiosamente já o fosse (cf. SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M., op. cit, p. 189).

7 BRASIL. Alvará de 28 de junho de 1808. Cria o Erário Régio e o Conselho da Fazenda. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1891. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18319>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

disposições detalhadas sobre receitas, despesas e sua devida contabilização. Sua relevância histórica transcende o fator pioneirismo, revelando características que marcam até hoje o nosso Direito Financeiro, como o patrimonialismo<sup>8</sup> e a falta de efetividade normativa<sup>9</sup>.

Pré-constitucional e pré-moderno, o Alvará refletia o patrimonialismo que estava nas bases do Antigo Regime português e que perdura ainda hoje nas entranhas da Administração Pública brasileira, ainda que sob roupagem diversa. Ao longo do Alvará, D. João VI dita normas em primeira pessoa, referindo-se constantemente ao Erário como extensão de sua propriedade pessoal (“a minha Real Fazenda”, “o meu Real Erario”, diz o monarca), sem qualquer cuidado com a separação entre público e privado, tão cara aos Estados modernos. Trata-se do Direito Financeiro impregnado pela “economia moral do dom”, que prescreve a distribuição das riquezas conforme as regras da sociedade da corte, ditadas pelos deveres

---

8 Segundo Rubens Campante, em leitura da obra de Raymundo Faoro, “[...] o instrumento de poder do estamento é o controle patrimonialista do Estado, traduzido em um Estado centralizador e administrado em prol da camada político-social que lhe infunde vida. Imbuído de uma racionalidade pré-moderna, o patrimonialismo é intrinsecamente personalista, tendendo a desprezar a distinção entre as esferas pública e privada. Em uma sociedade patrimonialista, em que o particularismo e o poder pessoal reinam, o favoritismo é o meio por excelência de ascensão social, e o sistema jurídico, *lato sensu*, englobando o direito expresso e o direito aplicado, costuma exprimir e veicular o poder particular e o privilégio, em detrimento da universalidade e da igualdade formal-legal” (cf. CAMPANTE, Rubens Goyatá. *O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira*. Dados, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, pp. 153-193, 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582003000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582003000100005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 30 abr. 2018. Para uma visão crítica do conceito de patrimonialismo na literatura nacional, cf. VILLAS BOÂS FILHO, Orlando. *Teoria dos Direitos e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

9 Falta de efetividade apontada por CONTI, José Mauricio. *Levando o Direito Financeiro a sério: a luta continua*. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2018, p. 9.

morais e afetivos do governante, detentor da Fazenda<sup>10</sup>.

Curiosamente, as normas racionalizadoras e modernizantes do Alvará, que poderiam gerar frutos positivos para a economia do país, especialmente as que diziam respeito à contabilização das receitas e despesas, permaneceram sem qualquer efetividade por longo período, evidenciando a costumeira distância entre norma e realidade, ainda hoje verificada no cotidiano da administração financeira do Brasil. Para que se tenha uma ideia de algumas das (boas) intenções do Alvará, convém transcrever o item 1 de seu Título II, que apontava as razões e as finalidades do método de escrituração e contabilidade então adotado:

I. Para que o methodo de escripturação, e formulas de contabilidade da minha Real Fazenda não fique arbitrario, e sujeito à maneira de pensar de cada um dos Contadores Geraes, que sou servido crear para o referido Erario: ordeno que a escripturação seja a mercantil por partidas dobradas, por ser a unica seguida pelas Nações mais civilisadas, como por ser a mais clara, e a que menos logar dá a erros e subterfugios, onde se esconda a malicia e a fraude dos prevaricadores.

O excerto transcrito é admirável por diversos motivos. Emanado por um monarca absolutista, o ato poderia nem sequer vir acompanhado de justificativa. No entanto, D. João VI não só justificou o ato, como o fez fundamentado em boas razões: a garantia de uniformidade dos registros contábeis, o alinhamento com as melhores práticas globais e o anseio de dificultar atos de corrupção.

No entanto, como mencionamos anteriormente, a ordem real não foi suficiente para efetivar a intenção expressa no Alvará. Em 1914, mais de cem anos após a edição do Alvará e já sob regime constitucional e republicano, o Brasil ainda não havia implementado o método das partidas

---

10 Nessa linha, cf. PEREIRA, Luís Fernando Lopes; KANAYAMA, Rodrigo Luís. *As finanças públicas oitocentistas de Portugal e Brasil (1808-1826)*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out.-dez. 2010.

dobradas<sup>11</sup>, até hoje o mais recomendado pela Ciência Contábil<sup>12</sup>.

A inércia foi interrompida em meados daquele ano apenas em razão da crise econômica pela qual passava o Brasil: com as exportações de café e borracha em queda diante da concorrência internacional, o governo federal ambicionava negociar urgentemente um empréstimo de reestruturação da dívida externa com banqueiros londrinos, mas estes condicionavam a operação ao exame do balanço do Tesouro nacional, a fim de que pudessem verificar a situação financeira do Estado brasileiro. Contudo, para a decepção do governo brasileiro, o balanço das contas públicas não era feito desde 1905 e, ainda assim, não havia qualquer esperança de que os balanços existentes houvessem observado o método das partidas dobradas!<sup>13</sup> Tudo sob o pálio da Constituição de 1891, notória no campo do Direito Financeiro por institucionalizar em sede constitucional o Tribunal de Contas de União, a quem caberia “[...] liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso” (art. 89). Não que a culpa fosse da Corte de Contas: por conveniência política e talvez pela vagueza do dispositivo constitucional, que nesse ponto retrocedia em relação à Constituição Imperial de 1824<sup>14</sup>,

---

11 ADDE, Tiago Villac et al. *A Comissão das Partidas Dobradas de 1914 e a contabilidade pública brasileira*. Revista Contabilidade & Finanças, São Paulo, v. 25, edição especial, pp. 321-333, 2014.

12 Convém apontar que o método das partidas dobradas é o adotado pelo art. 86 da Lei n. 4.320/1964, hoje vigente: “Art. 86. A escrituração sintética das operações financeiras e patrimoniais efetuar-se-á pelo método das partidas dobradas.”

13 ADDE, Tiago Villac et al, op. cit., p. 325-326.

14 A esse respeito, confira-se o teor do art. 172 da Constituição de 1824: “Art. 172. O Ministro de Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros Ministros os orçamentos relativos ás despesas das suas Repartições, apresentará na Camara dos Deputados annualmente, logo que esta estiver reunida, um Balanço geral da receita e despesa do Thesouro Nacional do anno antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despesas publicas do anno futuro, e da importancia de todas as contribuições, e rendas publicas”. Em 1831, bem antes

os sucessivos governos republicanos simplesmente não prestavam contas ao Tribunal ou ao Congresso, inclusive após a introdução, em 1911, de legislação que tratava da tomada de contas pela instância parlamentar<sup>15</sup>.

Diante da situação de premente necessidade em que se encontrava o país, instaurou-se a dita “Comissão das Partidas Dobradas”, capitaneada por contadores do Estado de São Paulo, que viriam a concluir o balanço do Tesouro ao final de 1914<sup>16</sup>. Tal episódio, quase anedótico, bem ilustra outras mazelas perenes da gestão fiscal do Brasil, como a falta de clareza sobre as receitas e os gastos públicos, o endividamento contínuo, a fragilidade do sistema de controle das finanças públicas, o caráter antidemocrático da gestão financeira, assim como a tomada de decisões ao sabor das urgências e das circunstâncias, sem apreço pelo planejamento prévio da ação governamental<sup>17</sup>.

Por muitas vezes, ao longo da história, o Brasil voltaria a reincidir nos mesmos lapsos.

Bem mais adiante, na metade dos anos 80 do século XX, a situação das finanças públicas no Brasil não pareceria muito diferente daquela existente no Primeiro Reinado e na República Velha, predominando o patrimonialismo, o caos e o improvisado na gestão das contas públicas, que

---

da criação do Tribunal de Contas, o controle das contas públicas passou a ser exercido pelo recém-criado Tribunal do Tesouro Público Nacional, situado no Poder Executivo. Cf. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 38.

15 Segundo Speck, somente a Constituição de 1934 mudaria esse quadro, com a previsão explícita da obrigatoriedade de prestação de contas ao Congresso. Cf. SPECK, Bruno Wilhelm, op. cit., p. 59-60.

16 ADDE, Tiago Villac et al, op. cit., loc. cit.

17 Sobre as referidas mazelas e a necessidade de superá-las, cf. CONTI, José Mauricio. *Levando o Direito Financeiro a sério: a luta continua*. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2018, p. 105-113, 233-237.

pouco diziam sobre o real estado das finanças do país.

Desde meados dos anos 60 do século XX, e não por acaso, a confusão nas finanças públicas nacionais era alimentada pela hipertrofia do Poder Executivo nas arenas monetária, fiscal e orçamentária<sup>18</sup>.

Em 1964, a Lei n. 4.595 extinguiu a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), substituindo-a pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), “[...] com a finalidade de formular a política da moeda e do crédito como previsto nesta lei, objetivando o progresso econômico e social do País”. Criou-se também o Banco Central, a fim de executar e fiscalizar as decisões tomadas pelo CMN.

O que deveria ser um passo modernizante, no entanto, revelou-se um desastre nacional. Por pressões diversas, o Banco do Brasil continuou funcionando também como autoridade monetária, exercendo-a por meio da controvertida “conta-movimento”. A conta-movimento deveria ser uma solução provisória, com “[...] o objetivo de efetuar o simples registro dos pagamentos e recebimentos realizados pelo BB por conta dos serviços que trocasse com o recém-criado BC”<sup>19</sup>. Na prática, todavia, tornou-se uma espécie de “direito de saque” do Banco do Brasil contra o Banco Central<sup>20</sup>. Imagine-se, por exemplo, que o Banco do Brasil concedesse empréstimo de 1.000 cruzeiros em um dia, mas só captasse 700 cruzeiros: os 300 cruzeiros

---

18 O cenário que narramos a seguir é contado em detalhes por GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, p. 83-103; LEITÃO, Miriam. *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 79-108; LOCHAGIN, Gabriel Loretto. A unificação dos orçamentos públicos pela Constituição de 1988. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.) *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*. São Paulo, 2011, p. 187-202.

19 GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, p. 89.

20 *Ibidem*, p. 90.

restantes eram debitados na conta-movimento e cobertos por títulos da dívida pública emitidos pelo Banco Central. Este último, por seu turno, também englobava funções de fomento à política agrícola, o que ampliava ainda mais a gastança do dinheiro público, que parecia não ter fim<sup>21</sup>.

Em 1971, a Lei Complementar n. 12 daria contornos definitivos a esse arranjo ao retirar do orçamento aprovado pelo Congresso as operações de crédito referentes à colocação e resgate de títulos públicos, decorrentes do giro da dívida pública interna. Na realidade, com base no diploma complementar, o Banco Central passaria a emitir títulos públicos sem controle parlamentar para quaisquer finalidades, inclusive com o intuito de cobrir déficits extraorçamentários de caráter tipicamente fiscal e/ou creditício, no âmbito da conta-movimento com o Banco do Brasil<sup>22</sup>. Vale ressaltar que tais operações eram registradas apenas no chamado “orçamento monetário”, sob o controle do CMN. Com isso, a Lei Complementar n. 12/1971 esvaziou por completo o Orçamento Geral da União aprovado pelo Congresso, transformando o CMN, de uma vez por todas, no principal ator das finanças públicas do Brasil<sup>23</sup>, a despeito de não possuir *status* constitucional.

Nesse contexto, o CMN tornou-se uma espécie de “balcão de negócios” colonizado por representantes dos mais diversos setores da economia, como o industrial e o agrícola, sempre ávidos pelos inesgotáveis recursos nacionais autorizados pelo órgão<sup>24</sup>. Basicamente, fabricava-se dinheiro à custa de endividamento público, resultando disso a alta inflação que assolava o país, com efeitos deletérios para a maior parte da população, alijada do processo de expropriação de recursos

---

21 LEITÃO, Miriam, op. cit., p. 87.

22 GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia, op. cit., p. 92.

23 Ibidem, p. 90-92.

24 Idem.

públicos que se dava no âmbito do CMN<sup>25</sup>.

A multiplicidade orçamentária era a norma: além do esvaziado Orçamento Geral da União (OGU) e do heterodoxo orçamento monetário, existiam ainda o orçamento das empresas estatais e a chamada “conta da dívida”, tornando praticamente impossível qualquer tentativa de consolidação das contas fiscais<sup>26</sup>. Como se não bastasse, quase 200 anos após a edição do Alvará régio de D. João VI, a República brasileira ainda carecia de um órgão central devotado ao Tesouro, algo impensável para qualquer democracia desenvolvida.

Nem tudo é tragédia no Brasil, entretanto. A partir de 1986, a redemocratização do país e o esgarçamento do modelo descrito levariam à realização de reformas institucionais importantes. Por iniciativa de servidores públicos engajados e com o apoio dos gestores e políticos então no comando do país, a conta-movimento do Banco do Brasil foi extinta e as funções de fomento do Banco Central eliminadas. Paulatinamente, as contas do orçamento monetário passaram a confluir para o OGU votado pelo Congresso Nacional<sup>27</sup>. Por meio do Decreto n. 92.452, de 10 de março de 1986, criou-se enfim a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), órgão que passaria a centralizar a programação financeira, bem como as operações de tesouraria, a gestão da dívida pública e os registros contábeis da União. No mesmo Decreto também seriam previstos o desenvolvimento do SIAFI, verdadeira revolução tecnológica na gestão das finanças do Brasil, bem como a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, detalhada ao final do ano pelo Decreto n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986.

---

25 O parasitismo em torno do CMN é bem retratado em diversas obras. A título de exemplo, além de LEITÃO, Miriam. *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2011, cf. também VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. *A administração do “milagre”: o Conselho Monetário Nacional, 1964-1974*. Petrópolis: Vozes, 1987.

26 GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia, op. cit., p. 94.

27 GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia, op. cit., p. 121.

Após tantos percalços, o Brasil começava a criar as condições de possibilidade de um Direito Financeiro democrático e efetivo. Faltava o passo mais importante: a constitucionalização do novo modelo.

### **3. A CONSTITUIÇÃO DAS FINANÇAS PÚBLICAS EM GESTAÇÃO: O PROCESSO CONSTITUINTE DE 87/88**

A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada no dia 1º de fevereiro de 1987 e concluiu seus trabalhos 20 meses depois, em 05 de outubro de 1988, quando promulgada a Constituição até hoje vigente.

De acordo com o primeiro regimento interno da Assembleia, os trabalhos seriam elaborados inicialmente por 24 subcomissões atreladas a oito comissões temáticas, cada qual com três subcomissões. As comissões temáticas redigiriam projetos sobre as suas áreas e os remeteriam a uma Comissão de Sistematização, que se encarregaria de aglutinar as propostas em um novo projeto, o qual seria submetido ao crivo do Plenário, em dois turnos de votação<sup>28</sup>.

O tema das finanças públicas foi tratado em duas comissões temáticas diversas. A principal delas era a Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças (doravante referida como CF), cujas três subcomissões eram as seguintes: V-a, sobre Tributos, Participação e Distribuição das Receitas (“SubT”, para os nossos propósitos), V-b, sobre Orçamento e Fiscalização Financeira (“SubO”) e V-c, sobre Sistema Financeiro (“SubSF”). A outra Comissão dedicada parcialmente ao tema

---

28 Para um relato cuidadoso do processo constituinte, inclusive com referências à posterior atuação do grupo interpartidário conservador conhecido como “Centrão”, que redefiniria os trabalhos da Constituinte por meio da Resolução 03, de 05 de janeiro de 1988, cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 162-163.

das finanças públicas (especificamente a matéria orçamentária) era a Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, por meio de sua Subcomissão do Poder Legislativo<sup>29</sup>.

De acordo com José Roberto AFONSO, o processo constituinte referente às finanças públicas ficou circunscrito a um número reduzido de parlamentares (basicamente aqueles atuantes nas comissões e subcomissões acima descritas), cujo trabalho sobreviveu sem maiores alterações até o texto final<sup>30</sup>.

A preocupação básica desses parlamentares era a retomada do protagonismo do Poder Legislativo, o que se explica, em grande medida, pelo fato de que os Constituintes também eram membros regulares do Congresso Nacional<sup>31</sup>. Naturalmente, o próprio clima de redemocratização também parecia favorecer a ampliação dos poderes do Congresso e das instâncias de controle como um todo, a exemplo do Tribunal de Contas da União, que soube explorar a estrutura permeável e descentralizada da Assembleia Constituinte para avançar seus pleitos<sup>32</sup>.

Quanto ao Poder Legislativo em si, vale destacar a importância que passou a ter (ao menos em tese) no planejamento e no processo orçamentário, em contraste com o que se observava durante o regime

---

29 O descritivo das subcomissões e comissões, bem como as abreviaturas adotadas foram colhidos de AFONSO, José Roberto. *Orçamento e finanças públicas na elaboração da Constituição da República de 1988*. Texto de Discussão n. 87. FGV IBRE, dez. 2015, p. 4-5.

30 AFONSO, José Roberto. *Orçamento e finanças públicas na elaboração da Constituição da República de 1988*. Texto de Discussão nº 87. FGV IBRE, dez. 2015, p. 7.

31 *Ibidem*, p. 8.

32 Nessa linha, cf. ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2016, p. 77-78. Segundo AFONSO, José Roberto, *op. cit.*, p. 30, a prerrogativa de sustação de ato do Executivo sem a sua prévia anuência teria sido um exemplo de vitória para o Tribunal de Contas da União.

militar. A lei de diretrizes orçamentárias (LDO), em especial, foi pensada exatamente para fazer do Congresso o local de reflexão sobre as grandes opções alocativas da União, tal qual um pré-orçamento<sup>33</sup>.

O aperfeiçoamento do sistema normativo de planejamento foi um dos grandes avanços experimentados pela Constituição de 1988. Além do planejamento de âmbito nacional, previsto no art. 174<sup>34</sup>, o sistema de planejamento orçamentário da administração pública foi organizado em três leis específicas: o plano plurianual – PPA, de médio prazo, previsto para o período equivalente<sup>35</sup> ao de um mandato, obrigando o Chefe do Poder Executivo a estabelecer formalmente as prioridades alocativas, com aprovação do Poder Legislativo; a LDO, já citada, fazendo um verdadeiro elo entre o PPA e o orçamento, de modo a criar vínculos e dar segurança jurídica e efetividade ao sistema de planejamento do setor público. A ela foram sendo acrescentadas funções que a tornaram um dos mais importantes instrumentos jurídicos do Direito Financeiro para a administração pública,

---

33 AFONSO, José Roberto, op. cit., p. 18-20.

34 O planejamento a que se refere o art. 174 da Constituição tem natureza econômica e dimensão nacional, abrangendo inclusive o setor privado, como esclarece o dispositivo: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Por outro lado, o planejamento orçamentário, formado pela tríade PPA-LDO-LOA, aplica-se à administração pública de cada ente federativo, não tendo caráter nacional (ou seja, o PPA e demais leis orçamentárias da União aplicam-se apenas à esfera federal, cabendo a cada Estado e Município a elaboração de suas próprias leis de natureza orçamentária). Sobre o tema, cf. CONTI, José Mauricio. *O planejamento orçamentário da Administração Pública no Brasil*. Tese de titularidade. Faculdade de Direito da USP, edição do autor, São Paulo, 2017, p. 49-70.

35 Equivalente, mas não coincidente, já que o PPA tem vigência até o final do primeiro mandato presidencial subsequente, como esclarece o art. 35, §2º, do ADCT. Sobre as questões relacionadas a essa opção do Constituinte, cf. CONTI, José Mauricio. No primeiro ano de mandato não se cumprem promessas. In: CONTI, José Mauricio. *Levando o Direito Financeiro a sério: a luta continua*. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2018, p. 131-134.

especialmente após a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, entre as quais tem se destacado a previsão das metas fiscais.

Aperfeiçoamentos também ocorreram na lei orçamentária. Suprimiram-se os orçamentos administrativos: a lei orçamentária anual passou a abranger o orçamento fiscal, o orçamento da seguridade social e o orçamento de investimentos das empresas estatais<sup>36</sup>. Em acréscimo, ampliou-se também o poder de emenda parlamentar ao orçamento, incluindo-se emendas formais e substantivas, estas limitadas à hipótese de anulação de outras dotações, preservadas aquelas destinadas ao pagamento de pessoal e encargos, serviço da dívida e transferências interfederativas obrigatórias<sup>37</sup>. O demonstrativo de renúncias de receitas, associado às limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, deu maior seriedade

---

36 Diz a Constituição no art. 165, §5º:

“Art. 165, §5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.”

37 Eis o dispositivo: “Art. 166, §3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.”

ao trato desse tema, que sempre foi objeto de atenção por parte do sistema de fiscalização, mas sem ter os instrumentos adequados para evitar e punir os abusos e desvios cometidos.

Entre outras disposições relevantes, como a regionalização do planejamento orçamentário e do gasto público em geral<sup>38</sup>, a Assembleia Nacional Constituinte de 87/88 fez do Banco Central a única autoridade monetária (art. 164, *caput*) e depositária das disponibilidades de caixa da União (art. 164, §3º), alijando o Banco do Brasil dessas tarefas, embora houvesse pressão em tal sentido<sup>39</sup>. Providência também importante, nesse campo temático, foi a consagração, em sede constitucional, de que o Banco Central não deveria conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não instituição financeira (art. 164, §1º, da CF 88). Com isso, a antiga função de fomento do Banco Central ficou inviabilizada.

Infelizmente, o que se observou ao longo desses anos foi a não aplicação dos dispositivos legais tal como previstos. Vários deles tornaram-se verdadeira “letra morta”. Aos planos plurianuais pouca atenção se tem dado, e na esfera municipal, e mesmo em muitos estados da federação, transformaram-se em documentos meramente formais, sem qualquer efetividade, evidenciando não haver propriamente uma falha na concepção do sistema, mas na sua aplicação, tornando-se este um dos mais relevantes desafios a serem vencidos nos próximos anos, como voltaremos a destacar nos itens seguintes.

Poucos foram os avanços no âmbito do planejamento nacional. Os planos nacionais e regionais previstos no art. 174 nunca chegaram a

---

38 O art. 165 §1º da Constituição prevê expressamente a regionalização do PPA, nos seguintes termos: “A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”.

39 AFONSO, José Roberto, *op. cit.*, p. 14.

ser elaborados, deixando um vácuo inaceitável na forma de condução do país, que não tem definidos com clareza seus rumos, nem as prioridades e os caminhos que pretende seguir para atingir os objetivos fundamentais fixados no art. 3º da Constituição.

Apenas alguns setores tiveram algum avanço, como é o caso da Educação, prioridade que foi contemplada com a obrigação de formular um plano nacional decenal, atualmente em sua segunda edição. Mas cuja efetiva aplicação também tem deixado a desejar.

#### **4. 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS**

A Constituição de 1988 chegou e, com ela, a esperança de que muitos dos problemas históricos do Direito Financeiro nacional fossem solucionados. Quão exitosa teria sido a nossa Carta Magna ao longo destes 30 anos?

É indubitável que o aniversário da Constituição vigente deve ser celebrado. Afinal, passamos de um cenário de completa indiferença à Constituição para outro em que a Lei Maior é invocada, debatida e empregada por atores institucionais e pela sociedade civil para a defesa de suas prerrogativas e para a implementação de suas pautas, especialmente no campo das finanças públicas. Quando se buscam receitas para o ensino, por exemplo, é ao art. 212 da Constituição que se recorre<sup>40</sup>.

---

40 Segundo o art. 212, caput, da CF 88, “[...] União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Sobre as vinculações orçamentárias e seus limites, cf. CONTI, José Mauricio. *Vinculações orçamentárias não são a panaceia dos problemas*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., 2018, p. 177-180.

Quando se questiona algum suposto excesso do Tribunal de Contas da União, as competências previstas no art. 71 da Constituição são logo recordadas (por todas as partes em litígio, aliás)<sup>41</sup>. Se os parlamentares estão insatisfeitos com o grau de execução de suas emendas orçamentárias, a solução passa pela reforma constitucional<sup>42</sup>. Mesmo o traumático *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, que viria revelar um enorme descaso com as contas públicas, teve por fundamento hipótese de crime de responsabilidade prevista no art. 85, VI, da Constituição (ofensa à lei orçamentária)<sup>43</sup>. Em suma: são fartos os exemplos de que a atual Lei Magna importa, não se tratando de um mero exemplar de constituição semântica, que a tudo acomoda<sup>44</sup>.

Apesar dos pontos positivos, alguns problemas crônicos permanecem, como já tivemos oportunidade de mencionar no item anterior.

A falta de efetividade ainda é manifesta. Se a Constituição não merece a pecha de semântica, tampouco é o caso de qualificá-la como normativa, para usarmos outra categoria cunhada por Karl Loewenstein<sup>45</sup>.

---

41 Sobre a importância dos Tribunais de Contas, cf. CONTI, José Mauricio. *Tribunais de Contas são os guardiões do dinheiro público*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 257-261.

42 O que foi feito pela EC 86/2015, que instituiu as chamadas “emendas parlamentares impositivas”. Para uma defesa das prerrogativas orçamentárias do Poder Legislativo, ainda antes da promulgação da referida Emenda, cf. CONTI, José Mauricio. *Emendas ao orçamento e o desequilíbrio de poderes*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 189-192.

43 Cf. CONTI, José Mauricio. *Agressões ao Direito Financeiro dão razões para o impeachment*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 349-354.

44 Segundo a classificação de Karl Loewenstein, constituições semânticas são aquelas que, nas palavras de Sarmento e Souza Neto, “além de não serem capazes de limitar o exercício do poder político, funcionam como instrumento para legitimação de regimes contrários à tradição democrática do constitucionalismo”. Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 61-62.

45 O adjetivo é autoexplicativo: “constituições normativas são as que efetivamente

É dizer: a nossa Constituição ainda carrega um déficit de normatividade que atrapalha o avanço civilizatório do país.

Parte dessa falha pode ser atribuída à inércia do próprio Poder Legislativo. O mesmo Congresso Nacional que tanto lutou por retomar suas prerrogativas em matéria de finanças públicas até hoje não editou a lei complementar prevista no art. 165, §9º, da Constituição<sup>46</sup>. Sem esse diploma, a administração financeira e orçamentária do país ainda é regida em larga medida pela vetusta Lei n. 320/1964, cujas lacunas são evidentes, especialmente no campo orçamentário, já que o sistema tridimensional integrado por plano plurianual (PPA), lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e lei orçamentária anual passou a existir nesses moldes apenas com o advento da atual Constituição<sup>47</sup>.

Note-se que o PPA, concebido para dispor sobre o planejamento orçamentário de médio prazo, até hoje não foi regulamentado por lei

---

conformam o processo político e as relações sociais, sendo objeto de plena observância pela sociedade”. Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, op. cit., p. 61.

46 Confira-se o teor do dispositivo constitucional:

“Art. 165, §9º Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

III - dispor sobre critérios para a execução equitativa, além de procedimentos que serão adotados quando houver impedimentos legais e técnicos, cumprimento de restos a pagar e limitação das programações de caráter obrigatório, para a realização do disposto no §11 do art. 166. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 86, de 2015)”.

47 Sobre o tema, cf. CONTI, José Mauricio. *Direito Financeiro precisa avançar e a hora é agora*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 233-237. O problema já havido sido mencionado no início dos anos 90 do século XX por SERRA, José. *As vicissitudes do orçamento*. Revista de Economia Política, v. 13, n. 4, 1993, p. 143-149.

complementar<sup>48</sup>, razão pela qual tem sido objeto de diferentes modificações e experimentos a cada edição<sup>49</sup>.

Diante da clara defasagem da Lei n. 4.320/1964, órgãos do Poder Executivo federal, como a Secretaria do Tesouro Nacional, avocam para si a competência para editar normas gerais de finanças públicas, em franco desrespeito aos princípios da separação de Poderes e do federalismo<sup>50</sup>. Paralelamente, e também para preencher lacunas do sistema de normas gerais de finanças públicas, a lei de diretrizes orçamentárias tem sido usada recorrentemente para a veiculação de regras incompatíveis com o seu caráter transitório e que nenhuma relação possuem com a sua função constitucional básica, de estabelecer parâmetros para as grandes decisões alocativas<sup>51</sup>.

E não é só: a inércia do Poder Legislativo estende-se para o campo da dívida pública, pois até hoje o Senado não regulamentou o limite do montante da dívida consolidada da União<sup>52</sup>, exigido pelo art. 52, VI,

---

48 O art. 3º da LRF, que regulamentaria o PPA, foi vetado pelo então Presidente da República.

49 CONTI, José Mauricio. *Direito Financeiro precisa avançar e a hora é agora*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 247.

50 CONTI, José Mauricio. *Irresponsabilidade fiscal ainda persiste 15 anos após a publicação da Lei*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 330.

51 CONTI, José Mauricio. *Direito Financeiro precisa avançar e a hora é agora*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., pp. 233/237. Em igual sentido, OLIVEIRA, Weder. *Gênese, funcionalidade e constitucionalidade da Lei de Diretrizes Orçamentárias*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, edição do autor, 2016, p. 261-264. No mesmo sentido, cf. SERRA, José. *As vicissitudes do orçamento*. Revista de Economia Política, v. 13, n. 4, 1993, pp. 143-149.

52 O limite é objeto do Projeto de Resolução do Senado (PRS) n. 84/2007, ainda em tramitação. A esse respeito, v. CONTI, José Mauricio. *Direito Financeiro precisa avançar e a hora é agora*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 236.

da Constituição<sup>53</sup>. Obviamente, a ausência desse limite não convém à responsabilidade fiscal.

Há que se destacar, durante a vigência do novo texto, um dos mais, se não o mais, relevante fato para o Direito Financeiro: a estabilização da moeda, ocorrida em meados de 1994, com o Plano Real, e a consolidação do sistema de responsabilidade na gestão fiscal, materializado com a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, em 5 de maio de 2000. Mas que, como se verá, representa outro problema de monta, ainda não equacionado adequadamente no Brasil.

A Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000, tornou-se um verdadeiro marco para as finanças públicas do Brasil ao estipular normas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, em consonância com os artigos 163 e 169 da Constituição. A LRF, como passou a ser conhecida, seria o complemento ideal para a estabilização monetária que já se realizara em 1994, tendo sido cumprida com relativo êxito durante a primeira década de sua vigência. Embora os resultados concretos da LRF sejam objeto de questionamentos por parte da literatura especializada, o fato é que se criou ao menos uma cultura de responsabilidade fiscal no Brasil, tornando menos árduo o ônus de se justificar o controle da dívida e dos gastos públicos<sup>54</sup>.

---

53 Eis o teor do dispositivo constitucional citado:

“CF88, art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

54 Sobre os limites da LRF e seus efeitos mais simbólicos que práticos, v. OLIVEIRA, Weder. *O equilíbrio das finanças públicas e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Lei de Responsabilidade Fiscal: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar n. 101/00*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 407-447.

Tal paradigma inverteu-se nos últimos anos com a política de expansionismo fiscal promovida pelos governos mais recentes, com resultados extremamente danosos para a economia brasileira e para a própria governança do país.

Em 2013, até mesmo a imprensa internacional já estava ciente de que o governo se tornara adepto de manobras contábeis diversas para cumprimento (artificial) das metas fiscais previstas na Lei de Responsabilidade e estipuladas anualmente por anexo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)<sup>55</sup>. Em 2014, uma das maquiagens contábeis mais famosas foi batizada com nome e sobrenome: “pedalada fiscal”. No caso, pagamentos de responsabilidade do governo federal, como benefícios previdenciários e sociais (e.g. bolsa família), eram feitos por bancos públicos, geralmente Banco Brasil e Caixa Econômica Federal, sem que o Tesouro lhes tivesse efetuado os devidos repasses, tal como um “cheque especial”<sup>56</sup>, operação de crédito vedada pelo art. 36 da LRF<sup>57</sup>. As pedaladas fiscais, juntamente com a abertura de créditos suplementares em desacordo com a lei orçamentária federal de 2015<sup>58</sup>, seriam objeto do pedido de *impeachment*

---

55 À época, o *Financial Times* chegou a falar de um “Brazil’s monetary jeitinho”, fato comentado em CONTI, José Mauricio. *Carnaval financeiro: contas “maquiadas” não vão tornar nosso país mais bonito*. In: CONTI, José Mauricio. *Levando o Direito Financeiro a sério: a luta continua*. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2018, p. 313-316.

56 CONTI, José Mauricio. *Atenção caro leitor, pedalar faz mal à saúde*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 317/320.

57 Segundo o art. 36 da LRF, “é proibida a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo.”

58 No caso, a lei orçamentária federal de 2015 – Lei n. 13.080/2015 – estipulava que a abertura de créditos suplementares deveria observar certos requisitos, como a meta de resultado primário fixada no anexo de metas fiscais da LDO. Embora ciente de que a meta não seria cumprida, a presidente editou decretos de suplementação orçamentária. Ao final do exercício, sabedora de que a meta não seria cumprida caso apurada nos moldes

que viria a ser acolhido pelo Senado em 31 de agosto de 2016<sup>59</sup>.

Os efeitos das pedaladas fiscais e afins revelaram-se tão nocivos que, em 15 de dezembro de 2016, promulgou-se a Emenda Constitucional 95, que instituiu o “Novo Regime Fiscal” – basicamente “[...] uma regra de limitação dos gastos primários ao valor efetivamente pago no ano anterior, corrigido apenas pela inflação, medida pelo IPCA”<sup>60</sup>. Uma inovação que parece acreditar na força simbólica da Constituição para refrear algo que a LRF não foi capaz de impedir: a indisciplina fiscal. Terá êxito ou será mais uma regra “para inglês ver”?

A irresponsabilidade fiscal não se restringiu aos limites da União, manifestando-se em inúmeras entidades subnacionais, em especial o Rio de Janeiro, cujo governador, em 17 de junho de 2016, editou um exótico decreto de calamidade pública financeira, admitindo que o Estado não teria condições de honrar compromissos relacionados às Olimpíadas e às Paralimpíadas daquele ano<sup>61</sup>. Durante os 12 meses seguintes, como resposta

---

em que se encontrava, a presidente apresentou projeto de lei, afinal aprovado como Lei n. 13.199/2015, cujo propósito básico era alterar a meta de resultado primário de um superávit de 66 bilhões para um déficit de 49 bilhões, de modo a legitimar a abertura de créditos suplementares feita anteriormente. Quando instado a se manifestar sobre a prestação de contas governamentais de 2014, quando o governo já havia procedido daquela maneira, o TCU considerou ilegítimo o procedimento adotado pelo governo federal. Cf. TCU, Acórdão n. 2.461/2015 – Plenário.

59 Sobre os fundamentos jurídicos do *impeachment*, cf. CONTI, José Mauricio. *Agressões ao direito financeiro dão razões para o impeachment*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 349-354.

60 A proposta é explicada e defendida por OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. *O que há de bom na proposta do novo regime fiscal?* In: Consultor Jurídico (online), 22 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/contas-vista-bom-proposta-regime-fiscal>. Acesso em: 30 abr. 2018.

61 Cf. CONTI, José Mauricio. *Crise leva as finanças públicas ao “estado de calamidade”*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 365-369.

à crise dos Estados e do Distrito Federal, duas novas leis complementares seriam aprovadas: a Lei Complementar n. 156/2016, possibilitando a renegociação das dívidas estaduais previstas na Lei n. 9496/1997 e na MP 2192-70/2001, e a Lei Complementar n. 159/2017, instituindo o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal, com uma série de medidas (art. 2º) e vedações (art. 8º) destinadas ao reequilíbrio das contas públicas dos aderentes<sup>62</sup>. Espera-se que essas leis colaborem para a superação da crise dos Estados, que é grave.

Muitos outros problemas e retrocessos poderiam ser aqui indicados, o que nos é impossível fazer dada a limitação de espaço. De qualquer forma, por sua recorrência e consequente importância para a definição do próprio caráter nacional, o fenômeno do patrimonialismo nas finanças públicas merece uma nota particular (sem trocadilhos).

Como visto, a apropriação do público pelo privado tem marcado a história das finanças públicas brasileiras, remontando à era colonial. O republicanismo não foi capaz de combater essa tendência. Quase um século após a proclamação da República, a Constituição de 1988 foi precedida por um longo período de primazia do Conselho Monetário Nacional (CMN), do Banco Central e do Banco do Brasil na concessão arbitrária e pouco transparente de subsídios diretos ou indiretos, via crédito, aos mais diversos setores da economia, sem transparência, controle de caixa ou supervisão parlamentar, ignorando-se por completo o orçamento da União<sup>63</sup>.

---

62 O tema foi tratado em detalhes por CONTI, José Mauricio. *Um salve pela recuperação financeira do Estado do Rio de Janeiro!* In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 377-382.

63 É assustador o relato de GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 92: “Os encargos financeiros sobre a dívida mobiliária da União; os subsídios diretos – como os do trigo, petróleo, programas de açúcar e álcool – ; os subsídios indiretos via crédito – crédito rural, exportação e pequenas e médias empresas –; a cobertura de avais do Tesouro Nacional às empresas estatais, aos estados e aos municípios; a cobertura de deficiências de caixa do

A Assembleia Nacional Constituinte de 87/88, como visto, buscou mitigar essa anomalia ao plasmar, no texto da Constituição, medidas importantes que a União já se empenhava em adotar pela via infraconstitucional, como a unificação dos orçamentos públicos, a supressão da autoridade monetária do Banco do Brasil, antes viabilizada pela infinita “conta-movimento”<sup>64</sup>, e a eliminação das funções de fomento à economia e de financiamento do déficit público até então desempenhadas pelo Banco Central<sup>65</sup>.

A fim de dificultar renúncias de receitas e subsídios questionáveis, explicitou-se ainda, no art. 165, §6º, como medida de transparência fiscal, que “o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”, sobre o qual já nos referimos anteriormente.

Esse dispositivo constitucional, posteriormente robustecido pela LRF<sup>66</sup>, elenca diversas categorias de “*off-budget expenditures*”, isto é, operações que acabam por não figurar no orçamento público na condição de despesas propriamente ditas, geralmente porque não geram desembolso de recursos<sup>67</sup>.

---

Sistema Nacional da Previdência e Assistência Social, bem como as frequentes operações de socorro ao sistema financeiro privado foram grandes programas de gastos assumidos quase automaticamente pelo Tesouro, por simples decisão do CMN. Apesar de volumosos e com grande potencial desestabilizador sobre o sistema, esses gastos não foram programados pelo OGU, não sendo, dessa forma, submetidos à aprovação do Congresso Nacional.”

64 Assim, de acordo com o caput do art. 164 da Constituição, “a competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central”.

65 De acordo com o art. 164, §1º, da CF88, “é vedado ao banco central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.”

66 Cf. art. 14 da LRF.

67 Sobre o tema, cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O Direito dos gastos públicos no*

Não geram desembolsos, mas acarretam custos altíssimos ao Erário: em 2016, segundo o Tribunal de Contas da União, as renúncias de receitas atingiram o montante projetado de R\$ 377,8 bilhões, assim distribuídos: R\$ 213,1 bilhões de benefícios tributários, R\$ 57,7 bilhões de benefícios tributários-previdenciários e R\$ 106,9 bilhões de benefícios financeiros e creditícios<sup>68</sup>. Bem por isso, são objeto de cuidado por parte da Constituição, da LRF e dos órgãos de controle.

Nada disso impediu, porém, que benefícios creditícios<sup>69</sup> indevidos e mal justificados voltassem a ocupar as manchetes dos jornais, especialmente após a instauração da CPI do BNDES e a posterior delação premiada de executivos da JBS, revelando as relações espúrias travadas entre o setor empresarial e o BNDES, sucessor do Banco do Brasil e do Banco Central na distribuição arbitrária de recursos públicos para gozo exclusivamente privado<sup>70</sup>.

O BNDES, por sinal, bem que tentou contornar o controle externo do TCU alegando, por meio de mandado de segurança impetrado no

---

*Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 58-73.

68 Os dados foram colhidos de relatório que instrui a apreciação das contas governamentais do exercício de 2016. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/contas-do-governo-da-republica-exercicio-de-2016.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

69 Os benefícios creditícios foram assim definidos pelo TCU, Acórdão n. 1718/2005, Plenário, rel.: “[...] os gastos decorrentes de programas oficiais de crédito que oferecem condições mais acessíveis para os tomadores de empréstimo que os recursos oferecidos no mercado financeiro, também denominados subsídios implícitos ou indiretos, em função de não constarem no Orçamento Geral da União, embora se ressalte o aspecto de que os recursos do Tesouro a eles alocados têm taxa de retorno inferior ao seu custo de captação (ou seja, há um custo sendo suportado)”. O trecho transcrito foi colhido de GOMES, Emerson Cesar da Silva, *op. cit.*, p. 65.

70 Cf. CONTI, José Mauricio. *A delação da JBS, o BNDES, as salsichas e a promiscuidade nas relações financeiras e BNDES tem o dever de colaborar com a transparência dos gastos públicos*. In: CONTI, José Mauricio. *Levando o Direito Financeiro a Sério: A Luta Continua*. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2018, p. 39-43 e 337-342, respectivamente.

STF, que suas operações estariam recobertas pelo sigilo bancário previsto na Lei Complementar n. 105/2001. A Suprema Corte brasileira, muito apropriadamente, indeferiu a ordem com base na soberania popular assegurada pelo art. 1º da Constituição, bem como nos princípios constitucionais da administração pública resguardados pelo art. 37, enfatizando que “[...] o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos”<sup>71</sup>.

Mais recentemente, chamam atenção as palavras do Ministro do TCU Augusto Sherman CAVALCANTI ao descrever o apoio financeiro do BNDESPar (subsidiária do banco de fomento) ao Grupo JBS para aquisição da empresa norte-americana Swift<sup>72</sup>:

[...] o conjunto de indícios é no sentido de que o BNDESPar utilizou-se de recursos caros para o país e para os contribuintes para viabilizar a aquisição de uma empresa norte-americana pela JBS, sem análise aprofundada de viabilidade econômica do investimento, concedendo recursos em montante superior ao necessário, sem acompanhamento posterior adequado da operação, por meio da aquisição de ações da referida empresa com ágio que não se justifica frente às informações carreadas aos autos, e, especialmente, sem qualquer análise dos benefícios que tal operação poderia trazer para o país e para seus cidadãos. (Acórdão n. 800/2017 – Plenário)

Desse episódio percebe-se claramente que o passado ainda se faz presente em nosso país, ocupando as entranhas da Administração Pública. Já não vivemos em um reinado pré-constitucional. O Brasil saiu do patrimonialismo, mas o patrimonialismo não saiu do Brasil. É preciso mudar.

---

71 STF, MS 33340, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 03-08-2015.

72 O trecho transcrito também consta de CONTI, José Mauricio. *A delação da JBS, o BNDES, as salsichas e a promiscuidade nas relações financeiras*. In: CONTI, José Mauricio, op. cit., p. 42.

## 5. PERSPECTIVAS: O DESAFIO QUE É COMBATER UM PASSADO QUE INSISTE EM SE REPETIR

O que se pode constatar após 30 anos de vigência da Constituição promulgada no dia 5 de outubro de 1988 é que estamos diante de um documento que produziu avanços consideráveis sob o ponto de vista normativo no âmbito do Direito Financeiro. No entanto, estes avanços ainda não se fazem sentir em sua inteireza, pois a realidade insiste em desacoplar-se do ordenamento jurídico vigente.

Fatos se sucedem para demonstrar que fazer valer o ordenamento jurídico é um desafio constante e permanente. Tentativas de tolher o poder fiscalizatório e punitivo dos tribunais de contas aparecem a todo instante. Formas de escapar do rigor da legislação fiscal restritiva por mecanismos de “contabilidade criativa” não cessam e são cada vez mais sofisticadas. As técnicas de aproveitamento de benefícios fiscais e especialmente creditícios aperfeiçoam-se.

O Direito Financeiro vive sob constante ataque, e fica evidente que a cultura da gestão fiscal responsável ainda não se impôs como deveria, fazendo da preservação de nossa Constituição nessa área uma luta dura, difícil e incessante, porém necessária para que a Lei Maior de 1988 tenha suas normas de Direito Financeiro preservadas para períodos muito mais extensos que os próximos 30 anos.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADDE, Tiago Villac et al. A Comissão das Partidas Dobradas de 1914 e a contabilidade pública brasileira. *Revista Contabilidade & Finanças*, São Paulo, v. 25, número especial, pp. 321-333, 2014.

AFONSO, José Roberto. *Orçamento e finanças públicas na elaboração da Constituição da República de 1988*. Texto de Discussão n. 87. FGV IBRE, dez. 2015.

BEÇAK, Rubens; PRADO, João Carlos Navarro (Coord.). *Reflexões sobre os 30 anos da Constituição de 1988: mudanças e reformas constitucionais*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

BOÃS FILHO, Orlando. *Teoria dos Direitos e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Alvará de 28 de junho de 1808. *Cria o Erário Régio e o Conselho da Fazenda*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1891. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18319>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, pp. 153-193, 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582003000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582003000100005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 mar. 2018.

CONTI, José Mauricio. *O Planejamento orçamentário da Administração Pública no Brasil*. Tese de titularidade. Faculdade de Direito da USP, edição do autor, São Paulo, 2017.

CONTI, José Mauricio. *Levando o Direito Financeiro a sério: a luta continua*. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2018.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O Direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015.

LEITÃO, Miriam. *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

LOCHAGIN, Gabriel Loretto. A unificação dos orçamentos públicos pela Constituição de 1988. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.) *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*. São Paulo, 2011, pp. 187-202.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. O que há de bom na proposta do novo regime fiscal? In: *Consultor Jurídico* (online), 22 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/contas-vista-bom-proposta-regime-fiscal>>. Acesso em 30 abr. 2018.

OLIVEIRA, Weder. O equilíbrio das finanças públicas e a Lei de Responsabilidade Fiscal. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Lei de Responsabilidade Fiscal: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar n. 101/00*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 407-447.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes; KANAYAMA, Rodrigo Luís. As finanças públicas oitocentistas de Portugal e Brasil (1808-1826). *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out.-dez., 2010.

ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SERRA, José. As vicissitudes do orçamento. *Revista de Economia Política*, v. 13, n. 4, 1993, pp. 143-149.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. *A administração do “milagre”*: o Conselho Monetário Nacional, 1964-1974. Petrópolis: Vozes, 1987.

## O novo processo coletivo brasileiro

### *The new Brazilian's collective process*

*Thiago Simões Pessoa<sup>1</sup>*

RESUMO: O presente estudo versa sobre a redefinição do conceito de processo coletivo, a fim de analisar outras formas de tutela coletiva de direitos e sua incorporação ao modelo e sistema de processo coletivo brasileiro. Para tanto, é realizada uma análise comparada de outros ordenamentos jurídicos, bem como os avanços no direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Processo coletivo; tutela coletiva; novos direitos; direito comparado; técnicas de tutela coletiva.

ABSTRACT: The present study deals with the redefinition of the concept of collective process, in order to analyze other forms of collective tutelage of rights and its incorporation into the Brazilian collective process model and system. To do so, a comparative analysis of other legal systems is carried out, as well as the advances in Brazilian law.

---

1 Procurador do Estado do Paraná. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado pela Universidade Católica Dom Bosco.

KEYWORDS: Collective process; collective guardianship; new rights; comparative law; techniques of collective tutelage.

## 1. INTRODUÇÃO

A partir do século XX, o mundo passou por uma transformação social. As relações antes locais, passaram a se desenvolver de forma interconectada pelo mundo, ganhando espaço as empresas multinacionais. Grande parte desse fenômeno se deu em razão do desenvolvimento desenfreado da tecnologia, que proporcionou o encurtamento das fronteiras, o aumento da produção em massa e a criação de empresas de importância global.

Esse fenômeno repercutiu de diversas formas na vida social dos indivíduos. No âmbito do direito consumidor, “[...] o mundo virtual modificou hábitos de consumo, mudou o tempo do consumo, agilizou as informações e expandiu as possibilidades de publicidade, agravando os conflitos de consumo e a própria vulnerabilidade”<sup>2</sup>. No âmbito do direito ambiental, a revolução verde trouxe a tecnologia para o campo, tornando a natureza um mero insumo de produção em massa a ser utilizada ao bel-prazer da humanidade. Assim, o aumento da produtividade não significou redução da produção, mas sim o aumento desenfreado do consumo e a consequente expansão da exploração do meio ambiente<sup>3</sup>.

Assim, surge um novo ramo do Direito para fazer frente a essas novas demandas sociais impostas pela modernidade, visando conferir proteção a um grupo muitas vezes indeterminado, qual seja o Direito difuso e coletivo. Os “[...] interesses ‘difusos’ são interesses fragmentados

---

2 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

3 MILARÉS, Carlos. *De como a natureza foi expulsa da modernidade*. Revista Crítica do Direito, São Paulo, v. 66, 2015, p. 100.

ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor”<sup>4</sup>. Registre-se que esse novo ramo se inclui dentre os direitos transindividuais, encontrando-se abrangidos dentre “os direitos fundamentais de terceira dimensão”<sup>5</sup>.

Nada obstante, não foi só a parte substancial do direito que se viu alterada com as mudanças operadas na sociedade no século XX. Diante das novas mudanças no campo do direito material, também coube ao processo apresentar respostas efetivas a essas novas demandas.

Portanto, “[...] para que se possa falar em efetividade do processo, o ordenamento jurídico deve estar munido de mecanismos convergentes à tutela de todos os direitos que afloram na sociedade moderna”<sup>6</sup>, motivo pelo qual mudanças de paradigmas foram necessárias. E é nesse contexto que nasce o processo coletivo, cujos conceito e abrangência atual diante da vigência do Novo Código de Processo Civil buscar-se-á desenvolver neste trabalho.

## 2. O PROCESSO COLETIVO

### 2.1. Noções introdutórias

Diante do cenário global atual, composto pela dinamização das relações, o surgimento dos novos direitos, bem como o desenvolvimento de uma espécie de litigância de massa, coube ao processo civil repensar suas premissas, dando origem ao ramo do processo coletivo.

---

4 GARTH, Bryant; CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 26.

5 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 276.

6 TUCCI, José Rogério Cruz e. “*Class action*” e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 1.

Para se ter uma ideia do aumento da jurisdicionalização dos conflitos, ao menos no Brasil, é possível analisar os números dos processos nas Cortes Superiores, notadamente o STJ e STF.

Segundo dados oficiais<sup>7</sup>, em 1989, foram distribuídos ao STJ apenas 6.103 novos processos, sendo que em 1990 já foram 14.087 novos processos e em 1991 o número já era de 23.368. Registre-se que em 2012 esse número passou para 289.524 novos processos distribuídos na Corte.

Atualmente, os números também assustam. Segundo Relatório de Atividades elaborado pelo STF<sup>8</sup>, no ano de 2017 foram autuados 103.650 novos processos, havendo um acervo final em dezembro do mesmo ano de 45.437 processos. Registre-se que somente quanto a recursos extraordinários e suas decorrências, como agravo interno e agravo em recurso extraordinário, somaram-se um total de 85.018 processos recursais, sendo que em 2016 o total era de 77.418 processos recursais, havendo, portanto, um aumento de recursos de um ano para o outro.

Cabe esclarecer que a situação é ainda mais grave quando se considera o Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup>, que, no ano de 2017, recebeu o total de 332.284 novos processos, dentre competência recursal e originária. Deste total, 179.698 são Agravos em Recursos Especiais, sendo ainda 68.143

---

7 RELATÓRIO ESTATÍSTICO do STJ no exercício de 2012. Documento eletrônico. p. 20. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=185>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

8 RELATÓRIO DE atividades 2017 [recurso eletrônico]: Supremo Tribunal Federal/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018. p. 32. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/RelatorioAtividadesSTF2017.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

9 RELATÓRIO ESTATÍSTICO do STJ no exercício de 2017. Documento eletrônico. p. 15-19. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

Recursos Especiais, o que demonstra a alta taxa de subida dos recursos extraordinários às Cortes Superiores.

Inicialmente, para a questão dos novos direitos substanciais transindividuais, fora conferida uma tutela processual difusa e coletiva, por meio de instrumentos processuais coletivos. Esse cenário fora retratado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth como a segunda onda renovatória, pela qual se enfrentava “[...] o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres”<sup>10</sup>.

Posteriormente, para o problema da massificação dos interesses individuais, buscou-se uma tutela molecular das demandas individuais mediante ações coletivas (ações para tutela de direitos individuais homogêneos), reunindo-se via ficção jurídica interesses individuais, por meio de uma tutela unificada<sup>11</sup>.

Nada obstante, revelou-se insuficiente a tutela molecular dos interesses individuais, o que se deu por uma série de fatores a serem analisados futuramente no presente texto. Assim, não só no Brasil, como em outros países do mundo, como Estados Unidos, Alemanha e Inglaterra, foram criados outros instrumentos para conferir um tratamento unificado das demandas individuais repetitivas a fim de proporcionar maior segurança jurídica, eficiência, duração razoável do processo e isonomia nas relações processuais. No Brasil, tais instrumentos são evidenciados no Novo Código por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Julgamento de Recursos Repetitivos.

Desse modo, no presente trabalho, adota-se a classificação que considera para fins de conceituação de processo coletivo tanto as ações

---

10 GARTH, Bryant; CAPPELLETI, Mauro, op. cit., p. 49.

11 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4., 11 ed. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 76.

coletivas como os instrumentos de resolução agregada de conflitos (agregações administrativas)<sup>12</sup>.

No Brasil, essa também é a posição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., para quem:

O processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um *grupo* (comunidade, categoria, classe, etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo<sup>13</sup>.

Ademais, os próprios autores são expressos em afirmar que essas situações jurídicas coletivas podem dar azo a tutela tanto por meio de ações coletivas, como pela formação de um grupo somente a partir da técnica de julgamento de questões repetitivas<sup>14</sup><sup>15</sup>.

Portanto, há uma convivência de diversas formas de processo coletivo, cuja pertinência dependerá do caso concreto e dos direitos a serem protegidos, sendo certo que o fim último da jurisdição é conferir

---

12 CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). Francisco Verbic (Trad.). *Principios del derecho de los procesos colectivos (principles of the law of aggregate litigation)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (The American Law Institute), 2014, p. 11. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3734/15.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

13 *Ibidem*, p. 31.

14 DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR, Hermes, *op. cit.*, p. 66.

15 Para uma análise mais aprofundada, cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções*. Revista de Processo, São Paulo, v. 256, jun. 2016, p. 209-218.

uma adequada tutela do direito material, devendo se ater às necessidades dele e possuindo caráter instrumental<sup>16</sup>.

## 2.2. Modelos de processo coletivo pelo mundo

### 2.2.1. O processo coletivo nos Estados Unidos

Os Estados Unidos foram responsáveis por apresentar a maior contribuição ao sistema coletivo brasileiro, por meio do desenvolvimento das Class Actions. Porém, essa conhecida forma de processo coletivo não é a única no âmbito norte-americano para a resolução de litigâncias de alta escala, convivendo com instrumentos como *multi-district litigation*, *formal consolidation*, *informal agregation* e *bankruptcy*<sup>17</sup>.

#### 2.2.1.1. As *class actions* nos EUA

Inicialmente, vale mencionar que as ações coletivas possuem como principal antecedente histórico a *group litigation* inglesa, sendo os primitivos escritos desenvolvidos por Joseph Story, ao estudar as mencionadas ações inglesas<sup>18</sup>. Porém, as ações de grupo encontraram nos Estados Unidos seus grandes precursores e desenvolvedores da matéria.

Menciona-se que será realizada uma análise das *class actions* no âmbito federal norte-americano, uma vez que também cabe aos Estados-membros legislar sobre processo, apesar de serem grandemente

---

16 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v.1, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 128.

17 HENSLER, Deborah R. *Revisiting the monster: new myths and realities of class action and other large scale litigation*. Duke Journal of Comparative & Internacional Law, v. 11, 2001, p. 182. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djCIL/vol11/iss2/3/>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

18 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 65.

influenciados pelas *Federal Rules of Civil Procedure*<sup>19</sup>.

As *class actions* norte-americanas se encontram regulamentadas no bojo da *Rule 23*, com alterações posteriores, do *Federal Rules of Civil Procedure*<sup>20</sup>, no qual se encontram seus pré-requisitos, tipos de ações permitidas e outras regulamentações. Esse modelo de processo coletivo fora idealizado para a tutela de direitos semelhantes aos nossos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não sendo recomendável a atribuição de nomes aos diferentes tipos de *class actions*, tendo a doutrina norte-americana classificado-os a depender de sua previsão na *Rule 23*<sup>21</sup>.

Na doutrina especializada norte-americana<sup>22</sup>, afirma-se que as *class actions*, via de regra, são utilizadas em matérias como direitos do consumidor, matérias relacionadas a seguros e *antitrust*, meio ambiente, ações de indivíduos contra empresas em razão de prejuízos causados por seus produtos ou conduta (*mass torts*), bem como matérias relacionadas a direitos civis, como direitos de presos, direitos políticos, questões trabalhistas e outros.

Ainda sobre o funcionamento das *class actions*, Janet Cooper<sup>23</sup> afirma que esse tipo de tutela funciona basicamente pelo oferecimento de incentivos aos advogados (honorários advocatícios) para levar ao Poder

---

19 SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 108.

20 Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

21 GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 141.

22 ALEXANDER, Janet Cooper. *An introduction to class action procedure in the United States*. In: Presented conference: debates over Group Litigation in comparative perspective. Genebra, July 21-22, 2000, p. 3. Disponível em: <<https://www.law.duke.edu/groupplit/papers/classactionalexander.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

23 *Ibidem*, p. 2.

Judiciário essas demandas, sendo uma forma de fiscalização privada, na qual se reúnem indivíduos lesados, buscando a reparação de prejuízo ou mesmo o encerramento de uma prática lesiva.

Registre-se que existem três tipos de *class actions*, podendo elas ser do tipo (b)(1), (b)(2) ou (b)(3). Inicialmente, cabe esclarecer que não existem maiores distinções entre as ações do tipo (b)(1) e (b)(2), “[...] uma vez que o procedimento e os requisitos de ambas são basicamente os mesmos”<sup>24</sup>. Ademais, poderia se dizer, a grosso modo, que enquanto “[...] as ações do tipo (b)(3) são predominantemente voltadas para a tutela de pretensões de caráter pecuniário ou indenizatório (*damages*), as ações do tipo (b)(1) e (b)(2) são predominantemente voltadas para pretensões de caráter declaratório ou injuntivo (*equitable relief*)”<sup>25</sup>.

Quanto aos requisitos para o ajuizamento das *class actions*, Janet Cooper<sup>26</sup> afirma que são basicamente quatro: *numerosity*, *commonality*, *typicality* e *adequacy of representation*. Porém, as *class actions for damages* (b)(3) devem ainda preencher outros dois requisitos, quais sejam:

First the questions that are common to the class must predominate over any questions that affect only individual class members. This requirement assures that the class will be “sufficiently cohesive to warrant adjudication by representation”. Predominance is judge on the basis of how trial time and focus will be spent. Second, class treatment must be “superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy.”<sup>2728</sup>

---

24 GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 142.

25 *Ibidem*, p. 143.

26 ALEXANDER, Janet Cooper, *op. cit.*, p. 4.

27 *Ibidem*, p. 5.

28 Tradução livre: Primeiro, as questões que são comuns para a classe devem predominar sobre as questões que afetam individualmente outros membros da classe. Este requisito

No tocante aos requisitos gerais para todas as *class actions*<sup>29</sup>, a *numerosity* ocorre quando o grupo for tão numeroso que torna inviável o litisconsórcio; a *commonality* está presente quando as questões de direito ou de fato são comuns ao grupo; a *typicality* ocorre quando os pedidos e defesas dos representantes forem típicos de grupo; e, por fim, a *adequacy of representation* se dá quando o representante for adequado para a representação do grupo.

Vale esclarecer que, diferentemente do direito brasileiro, a demanda é proposta inicialmente de forma individual, sendo que somente após a certificação (conferência do preenchimento de seus requisitos) pelo juízo do caso é que a demanda adquire *status* coletivo, e, caso não certificada, esta pode seguir na forma individual<sup>30</sup>.

Por fim, após julgada a demanda, caso ela não seja finalizada por meio de um acordo entre as partes, transitará em julgado, sendo a coisa julgada *pro et contra*, ou seja, produzindo efeitos a todos os membros do grupo, independentemente de participação no processo judicial e do resultado da demanda judicial (procedente ou improcedente). Porém, para que essa coisa julgada se opere é necessário o preenchimento de dois requisitos: 1. A notificação dos representados, nos casos das *class actions for damages*, para que possa exercer o seu direito de exclusão (*right to opt out*); 2. Representação adequada<sup>31</sup>.

---

garante que a classe seja “suficientemente coesa para garantir o julgamento por representação”. Predominância é necessária para verificar o tempo e o foco do julgamento. Segundo, o tratamento de classe deve ser “superior a outro método disponível para um julgamento justo e eficiente da controvérsia”.

29 CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de Processo Coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodim, 2018, p. 26-27.

30 GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 192.

31 PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados*

Entretanto, recentemente, vem crescendo também nos Estados Unidos um movimento pela restrição na utilização das *class actions*. Robert H. Klonoff<sup>32</sup> elenca alguns dos motivos para o declínio das *class actions* nos EUA, como o maior rigor na análise do preenchimento dos requisitos para demanda coletiva, como *numerosity, commonality, adequacy of representation, typically (predominance)*; a homologação de acordos realizados entre as partes; e, a possibilidade de eliminação da possibilidade de interposição de *class actions* por meio de cláusulas em contratos que impõem a utilização da arbitragem como meio de resolução do conflito.

#### 2.2.1.2. Outros instrumentos do processo coletivo norte-americano

Como já se afirmou no item 2.2, existem diversas formas de processo coletivo, uma vez que a complexidade da sociedade moderna impôs a edição de novos meios para conferir a adequada tutela do direito material.

Nos EUA, a situação não é diferente. Diante do grande número de processos judiciais, o país vivencia uma substituição da utilização das tradicionais *class actions* por algumas formas de litígios agregados<sup>33</sup>. Nesse cenário, ganha espaço algumas formas de litigância, a exemplo do *Multi-district litigation, formal consolidation, informal aggregation e bankruptcy*.

O *multi-district litigation* (MDL) fora inserido no Direito norte-americano em 1968, por meio da seção 1407 do título 28 do USC – United States Code, e tem como pretensão a reunião de ações civis envolvendo uma

---

Unidos. Salvador: Juspodim, 2013, p. 109-111.

32 KLONOFF, Robert H. *The decline of Class Actions*. Washington University Review, 2013, v. 90, issue 3, p. 734-735. Disponível em: <[https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=6004&context=law\\_lawreview](https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=6004&context=law_lawreview)>. Acesso em: 13 fev. 2019.

33 MULLENIX, Linda S. *Aggregate litigation and the death of democratic dispute resolution*. Northwestern University Law Review, 2013, v. 107, n. 2, p. 537. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1063&context=nulr>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

ou mais questões comuns de fato entre distritos distintos num mesmo juízo para fins de coordenação ou consolidação da fase de instrução (*pretrial*)<sup>34</sup>.

O maior benefício do MDL é proporcionar uma produção unificada de provas, evitando repetições desnecessárias, sendo que após a resolução das questões referentes ao *pretrial* pelo juízo, via de regra, as ações devem retornar ao juízo inicial para realização do julgamento (*trial*)<sup>35</sup>. Assim, proporciona-se uma análise técnica por um único juízo, notadamente quanto à produção da prova, sendo uma forma de coletivização da prova.

Frise-se que esse sistema fora inicialmente criado para a Justiça Federal norte-americana em 1968, porém, recentemente, foi adotada por inúmeros entes da Federação, com a criação de MDL ou procedimentos coordenados estaduais<sup>36</sup>.

Além do MDL, principal forma de tratamento de litígios agregados, outros autores identificam algumas outras formas de tratamento coletivo de questões, como *consolidated trials*, *bankruptcy* e *informal aggregation*.

*Consolidated trials* são casos repetitivos sob a responsabilidade de um único juízo, que, diante de questões comuns, pode reuni-los para julgamento conjunto<sup>37</sup>. Porém, segundo a mesma autora, não há nos EUA uma pesquisa que confira precisão ao número de *consolidated trials* em

---

34 CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de Processo Coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodim, 2018, p. 37.

35 SHERMAN, Edward F. *The MDL model for resolving complex litigation if a class action is not possible*. Tulane Law Review, v. 82, n. 6, p. 1-2, 2008. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1407588](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1407588)>. Acesso em: 13 fev. 2019.

36 Ibidem, p. 7.

37 HENSLER, Deborah R. *Revisiting the monster: new myths and realities of class action and other large scale litigation*. Duke Journal of Comparative & Internacional Law, v. 11, 2001, p. 187. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/3/>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

litígios de larga escala nos EUA<sup>38</sup>.

Quanto à *bankruptcy*, vislumbra-se que se trata de casos de empresas em situação de falência, nos quais são firmados acordos para pagamentos dos devedores e demandantes que preenchem certos requisitos. A autora ainda afirma que inúmeras empresas se utilizaram de procedimentos de *bankruptcy*, a exemplo dos processos envolvendo amianto e defeitos em implantes de silicone nos EUA<sup>39</sup>.

Por fim, quanto aos casos de *informal litigation*, a autora ainda afirma que, em situações envolvendo *mass torts*, é comum, quando já há um entendimento prévio quanto ao valor de certos tipos de ações, a elaboração de negociações e acordos em massa para pagamento dos lesados sem diferenciar a natureza das demandas e com pouca litigância<sup>40</sup>.

Insta frisar ainda que os EUA vivenciam um sistema de *common law*, no qual os precedentes possuem força vinculativa, o que também, ainda que indiretamente, pode contribuir para a resolução de casos repetitivos posteriores à edição do precedente.

### 2.2.2. Alemanha

Também como nos Estados Unidos, a Alemanha não se conteve apenas com um sistema único de processo coletivo, apresentando ao menos dois importantes procedimentos para a tutela desses casos: as *verbandssklagen* (ações associativas) e o *musterverfahren* (procedimento-padrão).

Porém, diferentemente dos EUA, que possui um sistema ligado ao *common law*, a Alemanha se encontra mais diretamente ligada a um sistema de *civil law*, havendo algumas características que distinguem o primeiro do modelo germânico, que incluem “[...] pre-trial Discovery, trial

---

38 Ibidem, p. 188.

39 Idem.

40 Idem.

by a jury, American rule on costs, and, last but not least, class actions”<sup>41</sup>.

### 2.2.2.1. As *verbandsklagen* ou ações associativas

As *verbandsklagen* ou ações associativas são a forma de processo coletivo que mais se assemelha as *class actions* norte-americanas, tendo sido introduzida na Alemanha originalmente em 1896, no *Act against Unfair Competition*, estendida para outros casos sob o *Unfair Competition Act* em 1965, em 1977 pela Law Regulating the Use of Standard Contract Terms e atualmente com previsão no *Act on Injunctive Relief* de 2002<sup>42</sup>.

As ações associativas na Alemanha possuem um reduzido campo de aplicação, uma vez que são utilizadas, via de regra, na luta contra a concorrência desleal e nas cláusulas gerais dos negócios previstos em determinados contratos<sup>43</sup>. Ademais, os atos que autorizam as ações associativas preveem um número limitado de organizações para promover seu ajuizamento<sup>44</sup>.

Ainda se esclareça que uma das marcas das ações associativas alemãs “[...] é a sua imprestabilidade para a persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos”<sup>45</sup>, não havendo “até o presente momento, qualquer instrumento processual coletivo voltado para as providências condenatórias em relações as obrigações de pagar”<sup>46</sup>.

---

41 BAETGE, Dietmar. *Class actions, group litigation & other forms of collective litigation*. Germany, 2007, p. 2. Disponível em: <[http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany\\_National\\_Report.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2019.

42 Ibidem, p. 4-5.

43 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

44 BAETGE, Dietmar, op. cit., p. 6.

45 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, op. cit., p. 117.

46 Idem.

### 2.2.2.2. O *Musterverfahren* ou procedimento modelo

Em 1991, o sistema processual alemão incluiu no Estatuto da Justiça Administrativa o parágrafo 93, com a previsão do *Musterverfahren*<sup>47</sup>. Em seguida, ele foi introduzido no âmbito do mercado imobiliário, com a edição da lei sobre procedimento-modelo nos conflitos jurídicos do mercado de capitais, porém, com vigência temporária, inicialmente até 2010, e atualmente prorrogado até 2020<sup>48</sup>.

Sobre as razões da origem do procedimento-modelo na Alemanha, Juliana Provedel Cardoso assim se pronuncia:

A edição da KapMug decorreu do caso concreto das ações da empresa Deutsche Telekom. Nos anos 1999 e 2000, foram inseridas ações da Telekom no mercado acionário, que, pouco tempo depois sofreram uma considerável desvalorização. Os acionistas insurgiram-se judicialmente em face da Telekom “argumentado especialmente que as indicações contidas no prospecto informativo eram errôneas ou lacunosas”.

O ajuizamento de milhares de demandas individuais na Alemanha, sobretudo perante o Tribunal de Frankfurt, gerou demora nos julgamentos e reclamações dos autores. A situação culminou, em 2004, com “a proposição de um recurso direto de constitucionalidade perante o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), por parte de alguns autores que se queixavam de uma lesão à garantia da razoável duração do processo”. O Tribunal Constitucional mencionou, para os órgãos judiciais envolvidos, a possibilidade de empregar o julgamento do procedimento-modelo para a prestação jurisdicional.<sup>49</sup>

Como característica, esse procedimento proporciona o julgamento pelo rito de um procedimento-modelo, no qual o objetivo é formar uma decisão coletiva acerca de questões de fato ou de direito comuns, sendo que

---

47 Ibidem, p. 123.

48 Idem.

49 CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de Processo Coletivo: As ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 42-43.

a Corte somente analisa as questões comuns, cabendo ao juízo competente o julgamento dos processos individuais<sup>50</sup>.

Esse procedimento funciona basicamente em três fases. Na primeira, é realizado o pedido de instauração pelas partes (não cabe o pedido pelo juiz), com os devidos apontamentos quanto aos pontos controvertidos e a indicação do escopo de tratamento coletivo, demonstrando que a lide possui repercussão extraprocessual<sup>51</sup>.

Na segunda fase, é verificada a admissibilidade pelo juízo de origem, que, reconhecendo o seu cabimento, profere decisão solicitando ao tribunal de hierarquia superior a sua atuação<sup>52</sup>. O Tribunal, após determinar a instauração do incidente, procede a escolha de líder para os diversos autores e outro para o réu ou réus, que atuarão diretamente na Corte, traçando estratégias processuais para a melhor solução do litígio<sup>53</sup>. Ademais, deve o Tribunal publicar a instauração do procedimento-modelo e determinar a suspensão de todos os processos que veiculem a questão a ser decidida<sup>54</sup>.

Por fim, na terceira fase, após o julgamento do procedimento-modelo pelo Tribunal, os processos retornam ao juízo de origem para o julgamento dos processos individuais<sup>55</sup>.

Assim, como se pode observar, por meio desse procedimento-modelo, as demandas individuais são julgadas pelo juízo de origem, havendo uma análise em abstrato da tese jurídica ou das questões de

---

50 Idem.

51 Ibidem, p. 44.

52 Idem.

53 Idem.

54 Ibidem, p. 45.

55 Idem.

fato comum pelo Tribunal Superior, o qual não possui competência para proceder ao julgamento das demandas individuais.

Esclareça-se ainda que esse procedimento-modelo fora utilizado como inspiração para a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Brasil, constando referência ao instituto expressamente no bojo da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015<sup>56</sup>. Nada obstante, como se verá *infra*, o IRDR brasileiro possui características próprias que em muito se diferem do procedimento-modelo alemão.

### 3. O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

Como já adiantado linhas atrás, no presente trabalho adota-se como marco teórico a linha de pensamento que considera processo coletivo tanto as ações coletivas, como os incidentes de julgamento de casos repetitivos, compostos pelos recursos especiais e extraordinários repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Nada obstante, é possível verificar na linha histórica de desenvolvimento do processo coletivo brasileiro que as ações coletivas foram a primeira forma de coletivização de demandas conhecidas pelo sistema.

#### 3.1. As ações coletivas no Brasil

Inicialmente, em 1965, foi editada a Lei n. 4.717, a qual disciplinava o cabimento da ação popular, ainda que de forma restrita à tutela do patrimônio público, este entendido originalmente como bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico dos entes pertencentes à

---

56 BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. In: *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 30. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 14 fev. 2019.

Administração direta e indireta, consoante redação originária do art. 1º, §1º, do mencionado instrumento legislativo.

Posteriormente à edição da Lei, o recentemente falecido e um dos maiores nomes do direito processual brasileiro José Carlos Barbosa Moreira<sup>57</sup> teve uma contribuição “marcante para o desenvolvimento da consciência e da problemática relacionada com a questão dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos”<sup>58</sup>.

Assim, na década de 1980, ainda surgem outras importantes previsões legislativas e constitucionais acerca da tutela dos direitos coletivos. Em 1981, são publicadas a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Lei Orgânica do Ministério Público, ambas prevendo a legitimidade do *parquet* para apresentação de ações civis públicas para tutela do meio ambiente<sup>59</sup>. Registre-se que, em 1985, fora editada a Lei de Ação Civil Pública, estendendo a proteção coletiva para, além do meio ambiente e do patrimônio público, a proteção do direito do consumidor.

Ainda na década de 1980, é editada a Constituição Federal de 1988, que ampliou o objeto da ação popular, bem como elevou a nível constitucional “[...] as ações populares, nos termos do art. 5º, LXXIII, as ações civis públicas, conforme art. 129, III, e as ações de mandado de segurança coletivo, objeto do art. 5º, LXIX e LXX”<sup>60</sup>.

Por fim, em 1990, é editado o Código de Defesa do Consumidor, responsável por um dos grandes avanços à proteção coletiva no Brasil,

---

57 Para maiores esclarecimentos: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A proteção jurídica dos interesses coletivos*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 139, jan.-mar. 1980, p. 1-10. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43129/41792>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

58 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 200.

59 *Ibidem*, p. 201.

60 *Ibidem*, p. 203.

definindo os conceitos de direito difuso, coletivo e individual homogêneo, bem como estabelecendo inúmeras regras processuais para o trato do processo coletivo, motivo pelo qual alguns autores entendem-no como um “Código de Processo Coletivo Brasileiro”<sup>61</sup>.

Esclareça-se que, ainda na década de 1990 e seguintes, surgiram inúmeros outros diplomas normativos contemplando regras para proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, dentre outros.

Diante desse emaranhado legislativo de normas com finalidade única de conferir proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a doutrina nacional passou a defender a tese de que “[...] aos processos coletivos se aplicaria a teoria sobre os microsistemas [...]. Assim, existiria no direito positivo brasileiro, já configurado, um ‘microsistema processual coletivo’”<sup>62</sup>.

Cabe registrar que, apesar dos inúmeros diplomas normativos, estabelecendo ações tipicamente coletivas, também é possível a utilização de qualquer outro instrumento processual disponível no sistema, como decorrência do princípio da não taxatividade, sobre o qual se discorrerá a seguir.

Ainda assim, vale frisar que o sistema de ações coletivas no Brasil apresenta peculiaridades próprias se comparado com o sistema das *class actions* norte-americanas. Assim, diferentemente do direito norte-americano, o Brasil previu a definição de conceitos, como direitos coletivos, não taxatividade e atipicidade, disciplinou a legitimação por substituição processual (legitimados coletivos, via de regra), bem como tratou da extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os

---

61 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4., 11 ed. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 53.

62 *Ibidem*, p. 56.

direitos individuais, o que torna as ações coletivas brasileiras diferenciadas das demais<sup>63</sup>.

### 3.2. O julgamento de casos repetitivos

Nada obstante o desenvolvimento das ações coletivas no Brasil, viu-se (análise das estatísticas de processos no STJ e STF na década de 1990 até hoje – *supra*) que o número de processos judiciais não diminuiu, pelo contrário, somente aumentou gradualmente no decorrer dos anos.

Nesse contexto, buscou-se novas propostas para amenizar o número de processos distribuídos a cada ano, bem como a procura por novas fórmulas de tratamento de questões coletivas. É nesse contexto que surgem, ainda no sistema do Código revogado, a repercussão geral e o julgamento de recursos repetitivos.

No que se refere, inicialmente, à repercussão geral, como mencionado, muito embora inserida na Constituição Federal por obra a EC n. 45/2004, apenas em 03 de maio de 2007 passou a ser exigida no Supremo Tribunal Federal. Quanto à sistemática dos recursos especiais repetitivos, inserida no Código de Processo Civil pela Lei n. 11.872/2008, foi regulamentada pela Resolução n. 07/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

A novidade, contudo, é que, diferentemente do que se passou com as tentativas anteriores, acima relatadas, as duas técnicas, da repercussão geral e dos recursos repetitivos, testadas nos últimos anos de vida do CPC revogado, efetivamente conseguiram reduzir a quantidade de processos que chegaram àquela Cortes. O

---

63 ZANETI JR., Hermes. *Três modelos de processo coletivo no direito comparado: class actions, ações associativas/litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro”*. Revista Eletrônica de Processos Coletivos, Porto Alegre, v. 5, n. 3, trimestre 01/07/2014 a 30/09/2014. Disponível em: <[https://www.academia.edu/16746386/Tr%C3%AAs\\_Modelos\\_de\\_Processo\\_Coletivo\\_no\\_Direito\\_Comparado\\_Class\\_Actions\\_A%C3%A7%C3%B5es\\_Associativas\\_Lit%C3%ADgios\\_Agregados\\_e\\_o\\_Processo\\_Coletivo\\_Modelo\\_Brasileiro](https://www.academia.edu/16746386/Tr%C3%AAs_Modelos_de_Processo_Coletivo_no_Direito_Comparado_Class_Actions_A%C3%A7%C3%B5es_Associativas_Lit%C3%ADgios_Agregados_e_o_Processo_Coletivo_Modelo_Brasileiro)>. Acesso em: 16 fev. 2019.

duplo arsenal mantido no novo CPC, ganhou mais um protótipo com o Novo CPC: o incidente de resolução de demandas repetitivas.<sup>64</sup>

E assim, a partir de 2007, podemos afirmar que convivem no sistema brasileiro duas formas de processo coletivo, uma composta por ações coletivas propriamente ditas, sob um regime de substituição processual, e outra composta por incidente de julgamento de casos repetitivos, no qual se busca a tutela molecular de questões comuns, antes analisadas de forma atômica.

A definição de “julgamento de casos repetitivos” vem prevista no art. 928 do Código de Processo Civil, que o define como sendo a decisão proferida em Incidente de Julgamento de Demandas Repetitivas (IRDR) e Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, sendo certo que essa forma de julgamento abrange questões de direito material ou processual.

O IRDR vem regulamentado nos art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil, e se trata de um incidente, por meio do qual um Tribunal “[...] julga por amostragem demandas repetitivas, que tenham por objeto controvertido uma mesma e única questão de direito”<sup>65</sup>. Registre-se que selecionado o caso, ou conjunto deles, o Tribunal passa ao seu julgamento, aplicando-se posteriormente o resultado do julgamento do caso paradigma a todos os demais casos idênticos<sup>66</sup>.

Esse procedimento somente pode ser requerido pelo juiz de ofício, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, conforme prevê o art. 977, do CPC.

---

64 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual*. ZANETI JR., Hermes (Coord.). Coleção Repercussões do Novo CPC: processo coletivo. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 627-628.

65 TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 2. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 726.

66 Idem.

De outro lado, os recursos especiais e extraordinários repetitivos, disciplinados nos art. 1.036 e seguintes do Código de Processo, tratam-se de incidentes por meio dos quais os Tribunais Superiores (STF e STJ) selecionam recursos dessa natureza para julgamento por amostragem, aplicando-se o resultado a todos os demais casos com questões idênticas<sup>67</sup>.

Entretanto, diferentemente do IRDR, os recursos repetitivos não possuem legitimados para proceder ao seu pedido de instauração previsto no Código. Porém, nada impede que os legitimados do IRDR e os legitimados coletivos para as ações coletivas ingressem com o presente pedido, aplicando-se a regra do microsistema coletivo de forma subsidiária.

### **3.3. O direito ao processo coletivo adequado ao caso concreto como decorrência do direito de ação**

Vale esclarecer que o processo é instrumental face o direito material tutelado, sendo o direito de ação um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, mediante processo justo<sup>68</sup>.

É cediço que os direitos coletivos se classificam de diversas formas, porém, a classificação mais conhecida é aquela constante do Código de Defesa do Consumidor, prevista em seu art. 81, que assim prescreve:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe

---

67 Ibidem, p. 640.

68 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 3. ed., v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 347.

de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;  
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.<sup>69</sup>

Esclareça-se que existe pouca controvérsia na doutrina acerca da natureza coletiva dos direitos difusos e coletivos, uma vez que são “transindividuais (sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis”<sup>70</sup>. Porém, existe fundada controvérsia acerca da natureza ontologicamente coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Uma primeira corrente, capitaneada por autores como Fredie DIDIER JR. e Hermes ZANETI JR.<sup>71</sup>, consideram os direitos individuais homogêneos direitos propriamente coletivos, e não direitos individuais coletivamente tratados por questões de eficiência e acesso à justiça. Entretanto, essa não é a visão adotada no presente trabalho.

A segunda corrente, adotada como norte neste estudo, entende que os direitos individuais homogêneos são direitos individuais, “[...] cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo”<sup>72</sup>.

Sergio Cruz ARENHART também apresenta uma fundada crítica à classificação dos direitos individuais homogêneos à luz do direito material, adequando-os à classe dos direitos individuais com tratamento coletivo. Nesse sentido:

---

69 CÓDIGO DE Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2019.

70 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 34.

71 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4., 11 ed. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 80-81.

72 ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 35.

Com efeito, pouco importa para caracterização dos direitos individuais homogêneos que os interesses em questão sejam indivisíveis ou de caráter indisponível. Não são esses elementos que caracterizam os direitos individuais como homogêneos. De fato, nada há na lei que autorize esse entendimento, nem há qualquer outra razão que assim o reclame. Substancialmente, a assimilação da ideia de direitos individuais homogêneos a uma suposta natureza indisponível do interesse tem sua origem numa deturpação decorrente da interpretação sobre a extensão da legitimidade dada ao Ministério Público para a tutela desses interesses.<sup>73</sup>

Assim, os direitos individuais homogêneos tratam-se em verdade de direitos individuais que reclamam um tratamento coletivo diante das peculiaridades do caso concreto, visando conferir um acesso à justiça maior.

Ademais, com o desenvolvimento de ambas as formas de processo coletivo (ações coletivas e julgamento de casos repetitivos), reforça-se ainda mais sua natureza de direitos individuais coletivamente considerados para tratamento processual, uma vez que não se exige mais a criação de uma ficção que os adeque à legitimidade do Ministério Público para a apresentação de ações coletivas.

Insta registrar ainda que recentemente a doutrina brasileira também avançou consideravelmente no tocante aos distintos casos envolvendo direitos transindividuais, tendo Edilson VITORELLI classificado os litígios em: a) litígios transindividuais de difusão global (aqueles em que o dano não atinge diretamente qualquer pessoa, havendo um baixo grau de conflituosidade<sup>74</sup>); b) litígios transindividuais de difusão local (as lesões atingem, de modo específico e grave, determinado grupo ou grupos,

---

73 ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 139.

74 VITORELLI, Edilson. *Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo coletivo*. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 89-92.

apresentando grau médio de conflituosidade<sup>75</sup>; c) litígios transindividuais de difusão irradiada (as lesões afetam diretamente indivíduos, porém, estes não compõem nenhum grupo anterior, apresentando alto grau de conflituosidade)<sup>76</sup>.

Nesse ponto, cabe frisar que, apesar do autor classificá-los todos como litígios transindividuais, ainda se trata de uma classificação útil, uma vez que não classifica os litígios de acordo com a natureza do direito material, mas sim de acordo com a complexidade e a conflituosidade das lesões ocorridas.

Assim, existem diversos direitos e litígios, sendo que a cada caso será necessária uma forma de tutela diferenciada. Ademais, ganha especial destaque os “litígios transindividuais de difusão irradiada”, uma vez que, em razão da grande conflituosidade, torna-se difícil a união de todos os interesses por meio de ações coletivas, optando muitas vezes os autores por manter suas respectivas ações individuais.

É nesse viés que ganham espaço os procedimentos coletivos alheios às ações coletivas, uma vez que buscam conferir maior celeridade à prestação jurisdicional coletiva, bem como se adequam melhor a determinados casos concretos do que as ações coletivas tradicionais. Portanto, caberá ao caso concreto determinar qual forma de prestação jurisdicional coletiva será a mais adequada, seja por meio de ações coletivas, seja por meio do julgamento de casos repetitivos.

Assim, o direito fundamental de ação que abrange o direito a uma prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, também abrange o direito ao processo coletivo adequado às peculiaridades do caso concreto, devendo o legislador criar meios coletivos adequados e o julgador apresentar formas típicas e atípicas para conferir o melhor julgamento da

---

75 Ibidem, p. 93-96.

76 Ibidem, p. 97-105.

situação coletiva conflituosa, seja se utilizando de ações coletivas, seja se utilizando do julgamento de casos repetitivos, ou mesmo da somatória de ambos os modelos.

#### **4. NORMAS FUNDAMENTAIS DO NOVO PROCESSO COLETIVO**

Como já abordado em tópico precedente, existe no país a formação de um microsistema coletivo que deve ser aplicado a todos os procedimentos coletivos existentes, incluindo, portanto, as ações coletivas e os julgamentos de casos repetitivos. Nesse microsistema coletivo, a doutrina identifica algumas normas fundamentais (princípios e regras), utilizando como marco teórico as lições de Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr.<sup>77</sup>

##### **4.1. Regra da legitimação adequada**

A primeira norma fundamental analisada é a regra da legitimação adequada. Por meio dessa regra, busca-se “[...] que esteja a classe/ grupo/ categoria bem representada nas demandas coletivas, quer dizer, representada por legitimado ativo ou passivo que efetivamente exerça a situação jurídica coletiva em sua plenitude”<sup>78</sup>.

Assim, no bojo das ações coletivas, deve o substituto processual ser efetivamente representante da classe, devendo inclusive existir controle judicial de sua legitimidade. De outro lado, no âmbito dos casos repetitivos, a legitimação adequada também é prevista em lei, porém, não a um substituto coletivo, mas sim àqueles expressamente previstos no Código,

---

77 DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvim, v. 4, 11 ed., 2017, p. 104-129.

78 *Ibidem*, p. 106.

como o Ministério Público, a Defensoria Pública e as partes, como previsto para o IRDR no art. 977, do NCPC.

Registre-se, nesse ponto, como já abordado em tópico precedente, que, como não há norma que define os legitimados para a apresentação do pedido de instauração do incidente de julgamento de recursos repetitivos, deve se aplicar subsidiariamente as regras do microssistema coletivo, de modo a tornar legitimados àqueles previstos para o IRDR e para as ações coletivas.

Vale frisar também que, em razão do princípio da legitimidade adequada, afigura-se preferível ao escolher a causa piloto para julgado nos casos repetitivos que ela se trate de uma ação coletiva, o que é corroborado pelo teor do enunciado 615 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “[...] na escolha dos casos paradigmas devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais [...]”<sup>79</sup>.

#### **4.2. Regra da ampla informação e publicidade adequada**

A segunda regra é a necessidade de ampla informação e publicidade a todos os membros da coletividade, seja para o exercício de seu direito de *opt out* (ações coletivas), dando andamento as suas respectivas ações individuais, ou de seu direito de *opt in* (julgamento de casos repetitivos), no qual somente aqueles que efetivamente ingressarem com suas demandas judiciais serão beneficiados pela decisão.

Registre-se que nesses dois sistemas a disseminação da informação age diferentemente, tendo em vista que nas ações coletivas a coisa julgada somente atinge para beneficiar, enquanto no julgamento de casos repetitivos a coisa julgada opera-se individualmente nas demandas individuais.

---

79 ENUNCIADOS DO Fórum Permanente de Processualistas Civis. Florianópolis, p. 76, 24-26 mar. 2017. Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

Assim, no primeiro (ações coletivas), a informação e a publicidade contribuem para que os sujeitos individuais possam tomar conhecimento da demanda coletiva, escolher entre a tutela individual, caso disponível, ou aguardar para se aproveitar de eventual coisa julgada coletiva.

De outro lado, quando se tratar de julgamento de casos repetitivos, os litigantes individuais devem tomar conhecimento para que possam ingressar com suas respectivas ações individuais (ou mesmo desistirem de seus processos ajuizados, caso o precedente não lhes seja favorável), uma vez que não há a formação de coisa julgada decorrente do simples julgamento do incidente.

#### **4.3. Princípio da competência adequada**

Ainda temos o princípio da competência adequada, por meio do qual, a grosso modo, existem juízos distintos a depender da disseminação das lesões (litígios locais, regionais ou nacionais), regra essa aplicada às ações coletivas.

De outro lado, para os casos repetitivos, a competência adequada é preenchida pela atribuição a um órgão diferenciado do Tribunal para julgamento dos incidentes, uma vez que a decisão será aplicada a todos os demais casos suspensos, devendo atender parâmetros como “coerência, consistência, universalidade, objetividade, suporte, replicabilidade e contraditório aprofundado”<sup>80</sup>.

---

80 PESSOA, Thiago Simões; FERREIRA, Luan Mora. *O rol do agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil e o dever do Superior Tribunal de Justiça de criar precedentes universalizáveis*. In: DREHMER, Anna Paula; FONSECA, Gabriel Vargas Ribeiro da (Orgs.). *Institutos de Processo Civil em perspectiva*. Foz do Iguaçu: IDESF, 2018, p. 171. Para maiores informações, cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press; PUGLIESE, William Pugliese. *Princípios da Jurisprudência*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

#### 4.4. Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva

Seguindo a análise, há o princípio da indisponibilidade da demanda coletiva. Por meio desse princípio, é vedada a desistência da ação coletiva. Sendo certo que caso o legitimado desista, caberá ao Ministério Público ou a outro legitimado coletivo dar prosseguimento ao feito<sup>81</sup>. Porém, esse princípio possui uma especial aplicação no bojo do julgamento dos casos repetitivos.

No âmbito dos casos repetitivos, prevalece a teoria de que o Brasil adotou o modelo de caso-piloto, no qual o “[...] Tribunal, portanto, além de fixar a tese jurídica ainda julgará a causa, o que demonstra tratar-se de causa-piloto e não causa modelo. Essa é a posição compartilhada por Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Bruno Dantas”<sup>82</sup>. Assim, nesse ponto o IRDR se diferencia de seu predecessor do Direito alemão. Registre-se que existe doutrina em sentido contrário, ao menos no tocante ao IRDR<sup>83</sup>.

Nada obstante, existe uma possibilidade, em razão do princípio da indisponibilidade do processo coletivo, em que se afigura possível que a tese venha a julgamento em abstrato (caso-modelo), caso exista a desistência do recurso da parte, cabendo ao Ministério Público assumir o incidente<sup>84</sup>.

#### 4.5. Outros princípios

Ademais, há o princípio da primazia do julgamento de mérito, pelo qual o julgador deve sempre priorizar o julgamento do mérito da questão,

---

81 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvim, v. 4., 11 ed., 2017, p. 116-117.

82 CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de Processo Coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodvim, 2018, p. 137-138.

83 Por todos: TEMER, Sofia. *O incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 68.

84 CARDOSO, Juliana Provedel, op. cit., p. 160.

sanando eventuais irregularidades processuais, se possível<sup>85</sup>.

Cabe mencionar que a doutrina especializada ainda traz outros princípios e regras aplicáveis ao processo coletivo, como o dever de reparação integral do dano<sup>86</sup>; o princípio da não taxatividade ou atipicidade do processo coletivo<sup>87</sup> (possibilidade de utilização de qualquer procedimento existente para a melhor tutela do direito material coletivo, o que inclusive legitima a inclusão do julgamento de casos repetitivos como forma de processo coletivo); e, o princípio da predominância de aspectos inquisitoriais no processo coletivo<sup>88</sup>, por meio do qual se confere maiores poderes ao magistrado no bojo da demanda judicial, em razão do grande interesse público que envolve as demandas coletivas.

## 5. CONCLUSÃO

As relações jurídicas a partir do século XX alteraram-se profundamente. Podemos identificar a massificação das relações sociais, o surgimento de novos direitos, bem como o aumento da judicialização dos conflitos perante o Poder Judiciário.

O processo civil, como instrumento para a consecução do direito material, não pode estar alheio às alterações sociais e materiais, devendo acompanhar o desenvolvimento da sociedade, sob pena de se tornar inábil a conferir uma proteção adequada.

Desse modo, torna-se insuficiente o modelo de processo coletivo voltado somente para as ações coletivas, uma vez que a tutela molecular

---

85 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, op. cit., p. 113.

86 Ibidem, p. 120.

87 Ibidem, p. 121.

88 Ibidem, p. 125.

como antes feita, direcionada apenas para processos qualificados, não atende a todos os anseios da sociedade, sendo necessário acrescentar ao conceito de processo coletivo também técnicas processuais de tratamento coletivo, as quais podem se desenvolver ou não no bojo de uma ação propriamente coletiva.

Nesse viés, surgem no Brasil técnicas de julgamento coletivo, a exemplo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Julgamento de Recursos Repetitivos, as quais devem ser abrangidas pelo processo coletivo, bem como se tornarem objeto de pensamento por parte de uma racionalidade coletiva.

A partir desses institutos, busca-se conferir eficiência ao julgamento das demandas judiciais, por meio do estabelecimento de precedentes após um julgamento qualificado, decorrente de uma racionalização coletiva, o qual deve ser replicado posteriormente aos demais processos existentes, sejam eles individuais ou coletivos.

Porém, não se deve esgotar o conceito de processo coletivo apenas nessas técnicas já positivadas, devendo ser pensado para o futuro também outras técnicas processuais coletivas a fim de abranger outras fases processuais, a exemplo da instrução probatória.

Portanto, o processo coletivo deve acompanhar os reclames da sociedade moderna, composta por uma dinamização das relações, conferindo uma resposta adequada e célere aos conflitos, indo ao encontro do escopo social da jurisdição, qual seja a busca pela paz social.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Janet Cooper. An introduction to class action procedure in the United States. In: *Presented conference: Debates over group litigation in comparative perspective*. Genebra. July 1-26, p. 3. Disponível em: <<https://www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2019.

ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BAETGE, Dietmar. *Class actions, group litigation & other forms of collective litigation*. Germany, 2007, p. 2. Disponível em: <[http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany\\_National\\_Report.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de Processo Coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2018.

CORDERO, Jorge A. Sánchez. *Principios del derecho de los procesos colectivos* (principles of the law of aggregate litigation). Francisco Verbic (Trad.). México: Universidad Nacional Autónoma de México (The American Law Institute), 2014. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3734/15.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvim, v. 4, 11 ed., 2017.

\_\_\_\_\_. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, pp. 209-218, jun. 2016.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

GARTH, Bryant; CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HENSLER, Deborah R. Revisiting the monster: new myths and realities of class action and other large scale litigation. *Duke Journal of Comparative & Internacional Law*, v. 11, pp. 179-213, 2001. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/3/>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

KLONOFF, Robert H. The decline of Class Actions. *Washington University Review*, 2013, v. 90, issue 3, pp. 739-838. Disponível em: <[https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=6004&context=law\\_lawreview](https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=6004&context=law_lawreview)>. Acesso em: 13 fev. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 3 ed., 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MILARÉS, Carlos. De como a natureza foi expulsa da modernidade. *Revista Crítica do Direito*, São Paulo, v. 66, pp. 88-105, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 139, pp. 1-10, jan.-mar., 1980. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43129/41792>> Acesso em: 14 fev. 2019.

MULLENIX, Linda S. Aggregate litigation and the death of democratic dispute resolution. *Northwestern University Law Review*, 2013, v. 107, n. 2, pp. 511-564. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1063&context=nulr>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

PESSOA, Thiago Simões; FERREIRA, Luan Mora. O rol do agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil e o dever do Superior Tribunal de Justiça de criar precedentes universalizáveis. In: DREHMER, Anna Paula; FONSECA, Gabriel Vargas Ribeiro da (Orgs.). *Institutos de Processo Civil em perspectiva*. Foz do Iguaçu: IDESF, 2018.

PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: Juspodivm, 2013.

PUGLIESE, William Pugliese. *Princípios da Jurisprudência*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

RELATÓRIO DE atividades 2017 [recurso eletrônico]: Supremo Tribunal Federal/Supremo Tribunal Federal – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018, p. 32. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/RelatorioAtividadesSTF2017.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

RELATÓRIO ESTATÍSTICO do STJ no exercício de 2012. Documento eletrônico, p. 20. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=185>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

RELATÓRIO ESTATÍSTICO do STJ no exercício de 2017. Documento eletrônico. p. 15-19. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 623-640.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SHERMAN, Edward F. The MDL model for resolving complex litigation if a class action is not possible. *Tulane Law Review*, v. 82, n. 6, pp. 1-29, 2008. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1407588](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1407588)>. Acesso em: 13 fev. 2019.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de Processo Civil*. v. 2. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TEMER, Sofia. *O incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “Class action” e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Coleção repercussões do Novo CPC: processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 49-107.

ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: *class actions*, ações associativas/ litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro”. *Revista Eletrônica de Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, trimestre 01/07/2014 a 30/09/2014. Disponível em: <[https://www.academia.edu/16746386/Tr%C3%AAs\\_Modelos\\_de\\_Processo\\_Coletivo\\_no\\_Direito\\_Comparado\\_Class\\_Actions\\_A%C3%A7%C3%B5es\\_Associativas\\_Lit%C3%ADgios\\_Agregados\\_e\\_o\\_Processo\\_Coletivo\\_Modelo\\_Brasileiro](https://www.academia.edu/16746386/Tr%C3%AAs_Modelos_de_Processo_Coletivo_no_Direito_Comparado_Class_Actions_A%C3%A7%C3%B5es_Associativas_Lit%C3%ADgios_Agregados_e_o_Processo_Coletivo_Modelo_Brasileiro)>. Acesso em: 16 fev. 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



## **Análise da aplicação da Súmula n. 331 do TST aos convênios administrativos**

### ***Analysis of the application of Brazilian Superior Court of Labour's Precedent n. 331 to administrative agreements***

*Víctor Augusto Lima de Paula<sup>1</sup>*

RESUMO: O presente ensaio busca analisar criticamente a aplicação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho às situações que envolvem convênios administrativos, levando em consideração o atual contexto jurídico brasileiro, marcado pela reforma significativa da Lei n. 6.019/74, pelos pronunciamentos recentes do Supremo Tribunal Federal e pela evolução da legislação aplicável a certas formas de convênio. Pela delimitação do âmbito de incidência do enunciado sumular, buscam-se argumentos que revelem com segurança seu adequado âmbito de incidência, impedindo genéricas extrapolações arbitrárias de seu conteúdo.

PALAVRAS-CHAVE: Convênios administrativos; terceirização; responsabilidade subsidiária; Justiça do Trabalho; Jurisprudência.

ABSTRACT: This essay aims to critically analyze the application of

---

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Procurador do Estado do Paraná.

Brazilian Superior Court of Labour's precedent n. 331 in situations that involve administrative agreements, considering the contemporary juridical context marked by comprehensive changes to Law n. 6.019/74, by the Supreme Court's recent decisions and by the legal evolution of some forms of public agreements. Through the accurate delimitation of the precedent's scope, the essay searches for arguments that safely reveal the adequate scope of the precedent, preventing generic and arbitrary extrapolations of its contents.

**KEYWORDS:** Administrative agreements; outsourcing; subsidiary liability; Labour Courts; Case law.

## 1. NOÇÕES PREFACIAIS

A responsabilidade civil dos entes públicos por dívidas trabalhistas oriundas de uma situação de terceirização é um controverso tema frequentemente apreciado pela Justiça brasileira. A habitualidade com que o poder público se vale dos comuns contratos de prestação de serviço para suprir certas atividades-meio (hoje já existindo debate sobre a expansão desses contratos para outras áreas da Administração Pública) viabiliza um campo fértil para demandas judiciais nas quais empregados terceirizados buscam a responsabilização do tomador público por dívidas deixadas por seus empregadores.

A problemática é acirrada pela também frequente rotatividade dessas empresas e pelo elevado número de falências que ocorrem nesse ramo.

Nesse contexto, a jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho (TST), notadamente a Súmula n. 331, tem assumido historicamente um papel protagonista na resolução judicial de demandas dessa natureza, algo que era corroborado pela relativa carência legislativa do assunto.

Como consequência dessa posição proeminente, o referido enunciado tornou-se fundamento típico de condenações e absolvições

no que diz respeito à terceirização na Administração Pública, revelando-se como o ponto jurídico central de tais demandas, pois a decisão pela aplicabilidade ou não do enunciado corresponde à procedência ou à improcedência do pedido formulado em face do tomador público. O embate jurídico naturalmente passou à análise dos contornos e das peculiaridades da aplicabilidade da súmula no caso concreto.

Entretanto, a natureza jurisprudencial desse marco regulatório deixa-o especialmente suscetível ao ânimo interpretativo dos órgãos do Poder Judiciário, o que garante e nutre uma situação de insegurança jurídica sobre a aplicação do enunciado, conforme ver-se-á oportunamente.

Exemplos do embate constante vislumbram-se nos julgamentos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 (que motivou alterações formais no texto da súmula) e do Recurso Extraordinário n. 760.931, nos quais o Supremo Tribunal Federal (STF), apesar da eloquência dos Ministros em seus votos, permaneceu reticente na fixação de teses jurídicas, perpetuando a peculiar discricionariedade que paira sobre o entendimento sumulado.

A expansão judicial do âmbito de incidência da Súmula n. 331 do TST não é um fenômeno recente ou inédito, sendo comuns as decisões que lhe imprimem plasticidade suficiente para ir além da típica conformação da terceirização, por meio de contrato de prestação de serviços, para alcançar situações claramente diversas, como convênios administrativos, subvenções sociais e repasses financeiros públicos e obras públicas.

Com efeito, a praxe judicial brasileira revela que são recorrentes as situações em que circunstâncias fáticas e jurídicas distintas têm recebido o mesmo tratamento pelos juízos singulares e colegiados na Justiça do Trabalho, ampliando desproporcionalmente o âmbito de incidência da Súmula n. 331 e transformando-a em uma espécie de panaceia jurídica para preservar a qualquer custo o sucesso da execução trabalhista.

Diante da problemática posta, o presente trabalho busca analisar os aspectos jurídicos e fáticos relevantes para uma adequada e atualizada delimitação do âmbito de incidência da Súmula n. 331, verificando sua

legítima abrangência e permitindo que seja feito o devido *distinguishing* diante de circunstâncias diferenciadas.

Nesse contexto, busca-se em especial a análise crítica da utilização indiscriminada do enunciado como fundamento onipresente de condenações em processos que envolvem convênios administrativos e outras formas de colaboração administrativa.

Para tanto, mergulha-se nos contornos jurídicos e fáticos da terceirização no direito brasileiro, bem como nos elementos configuradores de instrumentos jurídicos, como o contrato de prestação de serviços e o convênio administrativo.

## 2. A TERCEIRIZAÇÃO E O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Indubitavelmente, a Súmula n. 331 do TST visa regular os efeitos jurídicos da terceirização de mão de obra operada no bojo de um contrato de prestação de serviços.

A incidência do enunciado depende da verificação concreta de uma situação fática de terceirização e da manutenção de um contrato de prestação de serviços. De fato, uma constante inegável no Direito é a valoração jurídica do fato, imprimindo efeitos previstos na norma. Para Pontes de Miranda<sup>2</sup>, a norma incide sobre o fato e lhe traz uma perspectiva jurídica, tornando-o fato jurídico. Naturalmente, o âmbito da norma é tão restrito quanto o objeto social que ela regula.

Desta feita, antes de se concluir pela aplicação da súmula, é necessário averiguar os contornos do fato social pertinente: a terceirização e a sua relação com o denominado contrato de prestação de serviços.

---

2 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999.

A terceirização é um fenômeno jurídico, laboral e econômico que se verifica na intermediação de mão de obra por meio de um negócio jurídico (o contrato de prestação de serviços) entre um prestador de serviços (cuja qualidade legal será descrita oportunamente) e um tomador desses serviços. Trata-se de uma reorganização do sistema produtivo, do gerenciamento da mão de obra e também de uma forma de especialização da produção.

Trata-se de um processo que contrapõe a clássica noção bilateral prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pois introduz outros sujeitos na relação trabalhista, incrementando a complexidade jurídica dessa relação.

Na terceirização, em regra, são relegadas certas atividades para outras empresas que, por meio de seus empregados, podem suprir necessidades usualmente alheias às finalidades precípuas da empresa tomadora do serviço. A doutrina trata da questão:

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra em sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. Por atividade-fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas.<sup>3</sup>

No mesmo sentido:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços

---

3 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 300.

sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.<sup>4</sup>

Tratando das origens da prática no cenário internacional e no Brasil, explica VIEIRA que:

A terceirização não é um processo ou técnica de gestão nova. Origina-se nos Estados Unidos, logo após a eclosão da Segunda Guerra Mundial. Naquela época, as indústrias bélicas têm como desafio concentrar-se no desenvolvimento da produção de armamentos e passam a delegar algumas atividades de suporte a empresas prestadoras de serviços mediante contratação.

No Brasil, a terceirização tem início em situação de plena recessão. A Riocell, empresa produtora de papel e celulose no Rio Grande do Sul, é um exemplo de sucesso no que tange à “focalização” das atividades. Essa empresa é considerada a primeira a adotar a terceirização, em 1986, quando decide terceirizar as atividades-meio e concentrar-se nas atividades-fim, contribuindo, dessa forma, para a criação de pequenas e microempresas que, por sua vez, geraram oportunidades de emprego.<sup>5</sup>

No âmbito privado e com vistas a uma aplicação geral, as primeiras definições normativas de situações de terceirização ou próximas à terceirização no Brasil se encontram nas Leis n. 6.019/74 e 7.102/83.

O primeiro diploma tratava, originalmente, estritamente do trabalhador temporário, que era colocado em uma empresa para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou o acréscimo extraordinário de serviços (redação original do art. 2º). Paralelamente, a empresa de trabalho temporário seria aquela que disponibilizaria essa mão de obra (art. 4º).

---

4 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 487.

5 VIEIRA, Zânia Maria Rios Aguiar. *Metamorfose no trabalho industrial: um estudo sobre os impactos da terceirização na cultura organizacional*. Rio de Janeiro: E-papers, 2009, p. 47.

Abstraída a natureza temporária dessa relação (máximo de três meses, salvo autorização do Ministério do Trabalho), essa lei da década de 1970 já antecipava alguns contornos do que seria a típica terceirização no direito brasileiro.

A Lei n. 7.102/83 veio menos de uma década após, prevendo que empresas especializadas em prestação de serviços de vigilância e de transporte de valores poderiam colocar seus trabalhadores à disposição de um contratante, procedendo à vigilância patrimonial de forma permanente.

Deu-se um passo, portanto, no sentido de se permitir, de forma permanente, a execução terceirizada de certas atividades do tomador, por intermédio de uma empresa prestadora de serviços.

Especificamente no âmbito administrativo federal, a noção de execução descentralizada e indireta, por meio da contratação de empresas privadas, já era prevista no Decreto-Lei n. 200/67, que diz:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Para Delgado, as décadas de 1980 e 1990 marcam o início da massificação dos conflitos *juslaborais* relacionados com a terceirização. Entretanto, a evolução da terceirização no mundo fático permaneceu desacompanhada de uma legislação adequada, abrindo espaço para o preenchimento dessas lacunas pelo Poder Judiciário:

Uma singularidade desse desafio crescente reside no fato de que o fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônoma

estatal, como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho do país.<sup>6</sup>

Assim, o tema generalizou-se na praxe trabalhista e passou a figurar com frequência cada vez maior na Justiça, o que, conseqüentemente, motivou o surgimento de uma jurisprudência relativa ao assunto.

Com a promulgação das Leis n. 13.429/17 e 13.467/17 (Reforma trabalhista), entretanto, a terceirização passa a ter um marco legal claro dentro da já mencionada Lei n. 6.019/74, que passa a regular não só o trabalho temporário, mas também a prestação de serviços a terceiros por meio do contrato de prestação de serviços.

Mesmo possuindo poucos artigos sobre o tema, a legislação oferece valiosas definições e parâmetros que podem conferir maior segurança jurídica às relações de terceirização, superando extrapolações interpretativas acolhidas por certos órgãos jurisdicionais.

Nos termos de seu art. 4º-A, considera-se prestação de serviços a terceiros (terceirização) “[...] a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”.

A recente modificação aproveita uma noção já assentada na praxe jurídica, mas a expande ao definir que até mesmo a atividade principal de uma pessoa jurídica pode ter sua execução transferida. Trata-se de postura acatada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário n. 958.252, cuja tese de repercussão geral afirmou: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. A Corte Suprema decidiu de forma igual na ADPF n. 324.

---

6 DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., p. 489-490.

A Lei n. 6.019/74 hoje prevê certos rigores e um capital mínimo para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros (art. 4º-B), algo que parece benéfico em virtude da pequena longevidade de tais empreendimentos. Na mesma toada, assegura direitos aos trabalhadores terceirizados (art. 4º-C) e define parâmetros do contrato de prestação de serviços (art. 5º-A), que será melhor estudado adiante.

Assim, as recentes mudanças da Lei n. 6.019/74 e da jurisprudência do STF inequivocamente determinam o lançamento de um novo olhar sobre a aplicação da Súmula n. 331 do TST.

### 2.1. Evolução da Súmula n. 331 do TST e da sua aplicação

A Súmula n. 331 do TST tem como antecedente jurisprudencial a Súmula n. 256, do mesmo tribunal, editada em 1986, que, à margem de uma legislação adequada sobre o fenômeno da terceirização de forma geral, determinava:

Súmula n. 256 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, **é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.**

(Redação original – Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986. Destaques acrescidos)

Com efeito, o entendimento jurisprudencial determinava que, à exceção da legislação sobre serviços de vigilância (Lei n. 7.102/83) e sobre o trabalho estritamente temporário (teor original da Lei n. 6.019/74), as demais hipóteses de contratação de trabalhador por empresa interposta seria ilegal. A vedação como regra, à margem de uma previsão legal que permitisse a restrição à liberdade (art. 5º, II, da Constituição Federal), perdurou por alguns anos.

Já em seus antecedentes, percebe-se que o entendimento sumular tinha como objeto e cenário fático subjacente a colocação de mão de obra de forma interposta, por meio de contrato de prestação de serviços. Os exemplos mencionados (trabalho temporário e vigilância) evidenciam com clareza que a situação fática regulada diz respeito à presença de um trabalhador dentro do processo produtivo do tomador dos serviços, mesmo que esteja realizando atividades instrumentais.

Para DELGADO<sup>7</sup>, a Súmula n. 256 do TST nasceu com uma peculiaridade que comprometia sua absorção pela comunidade jurídica. De fato, ao trazer um leque aparentemente exaustivo de hipóteses de terceirização (Leis n. 6.019/74 e 7.102/83), estranhamente deixava de mencionar normas preexistentes que também permitiam a terceirização em diversas hipóteses, como o Decreto-Lei n. 200/67 e a Lei n. 5.645/70. Tal situação reforçava a crescente polêmica por trás do entendimento.

Dessa forma, em sete anos o enunciado foi substituído pela Súmula n. 331 do TST, que originalmente dispunha:

Súmula n. 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador,

---

7 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 499 e 500.

implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Como se percebe, no seu nascedouro, a Súmula n. 331 do TST reitera o título da Súmula n. 256: “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE”, deixando claro seu âmbito de incidência.

O recém-nascido enunciado agora trazia a permissão da terceirização da atividade-meio como regra, explicitando as típicas situações de conservação, limpeza e vigilância. No que dizia respeito à responsabilidade do tomador, criava uma hipótese de responsabilidade civil objetiva subsidiária. Assim, existindo o inadimplemento, o tomador podia ser chamado a responder pelo simples fato de ter firmado o contrato de prestação de serviços com o empregador inadimplente. Para tanto, bastaria sua presença na relação processual e menção no título executivo.

Nos idos de 2000, o item IV passa a mencionar também a Administração Pública, mantendo integralmente a estrutura de responsabilidade objetiva.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993).

Essa estipulação logo incendiou um embate jurídico que foi alçado à competência do STF.

De fato, diante do teor do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, diversos entes públicos passaram a defender a tese segundo a qual os encargos trabalhistas de empresas contratadas não poderiam ser imputados ao tomador público:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1ª A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

A questão foi alvo da ação declaratória de constitucionalidade n. 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal em 2007 e julgada procedente em 2010, ocasião em que o Supremo confirmou a constitucionalidade do art. 71, *caput* e §1º da Lei n. 8.666/93.

A ementa do julgado explicita:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, §1º, da Lei federal n. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, §1º, da Lei federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995.

Diante da declaração da Corte Máxima, em pouco tempo o TST modificou o teor de sua Súmula n. 331:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente

a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Houve a inserção do item VI, que determinava que a responsabilidade subsidiária abrange todas as verbas da condenação referentes ao período da prestação laboral, e modificação dos itens IV e V. Aquele manteve a sistemática de responsabilização objetiva e automática perante a iniciativa privada, enquanto o segundo passou a exigir, em tese, a evidência da conduta culposa da Administração Pública para com os deveres estabelecidos na Lei n. 8.666/93, especialmente a fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço.

Em teoria, a responsabilidade passaria a ser subjetiva, dependendo de prova de conduta culposa.

O imbróglio, entretanto, passou a envolver a investigação e a declaração da conduta culposa da Administração nesses casos.

Nesse contexto, inúmeras decisões passaram a declarar genericamente a existência de conduta culposa sem qualquer instrução sobre o assunto. Essa conclusão passou a ser extraída exclusivamente do fato de que foi reconhecido o inadimplemento trabalhista (gerando uma armadilha argumentativa pautada na noção segundo a qual a própria existência de uma sentença condenatória já seria prova de culpa da Administração, pois “[...] caso não houvesse conduta culposa, não ocorreria inadimplemento

nem seria necessário o ajuizamento de reclamação trabalhista”).

Isso motivou o ajuizamento de reclamações no STF, que, sobre o assunto, posicionou-se novamente no Recurso Extraordinário n. 760.931, com repercussão geral reconhecida.

No voto de desempate, proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, este apontou para a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93 como disposição legal clara ao exonerar sem exceção o Poder Público da responsabilidade do pagamento das verbas trabalhistas por inadimplência da empresa prestadora de serviços; e, mencionou o fato de que não se pode confundir a terceirização com outras formas de colaboração da Administração com a iniciativa privada, como as concessões públicas. No seu voto, afirma que admitir a possibilidade de responsabilidade da Administração Pública na terceirização, ao arrepio da lei, “[...] parece ser um convite para que se faça o mesmo em outras dinâmicas de colaboração com a iniciativa privada, como as concessões públicas”.

Em que pesem os claros fundamentos lançados nos votos vencedores, que denotam a impossibilidade de responsabilização da Administração Pública pelos débitos trabalhistas de empresas prestadoras de serviços, a tese fixada para a repercussão geral acabou por manter os contornos da tese anteriormente apresentada na ADC n. 16: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93”.

O uso da fórmula textual “não transfere automaticamente” permitiu a manutenção de estado jurídico similar ao existente antes do julgamento, excepcionando-se uma tendência jurisprudencial ensaiada por certas turmas do TST, que passaram a afirmar que o ônus da prova cabe ao reclamante, e não ao ente público tomador:

EMENTA: I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO APÓS A LEI 13.015/2014. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE

SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Ante possível contrariedade à Súmula 331 do TST, dá-se provimento ao agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido.

II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO APÓS A LEI N. 13.015/2014. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. **Em recente decisão, no RE 760.931, com repercussão geral, o STF firmou o entendimento de que o ônus da prova da culpa in vigilando, no caso de terceirização trabalhista levada a cabo pela Administração Pública, deve recair sobre o reclamante.** Assim, tendo o Regional registrado expressamente que, no presente caso, “a reclamante não comprovou a ausência de fiscalização pelo ente público quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da primeira reclamada”, resulta inviável o processamento do apelo, pois a decisão regional está em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR 1000531-57.2015.5.02.0715. Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann. Data de Julgamento: 06/03/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/03/2018. destaques acrescidos)

Na esteira desse entendimento, hoje firma-se uma tendência jurisprudencial na Justiça do Trabalho segundo a qual os contornos da Súmula n. 331 do TST só permitem a responsabilização de entes públicos se o reclamante promover a “[...] comprovação clara e taxativa de um comportamento sistematicamente negligente por parte do ente público, evidenciando, assim, inequívoca conduta culposa na fiscalização do contrato” (TST – RR 632-16.2012.5.04.0601. Relator Desembargador Convocado: Altino Pedrozo dos Santos. Data de Julgamento: 14/03/2018. 7ª Turma. Data de Publicação: DEJT 16/03/2018).

Além desses julgados, as modificações da Lei n. 6.019/74 promovidas pelas Leis n. 13.429/17 e 13.467/17 também trazem a necessidade de uma readequação da Súmula n. 331 do TST ao contexto normativo hoje vigente.

Por exemplo, viu-se que a legislação permite a terceirização de atividades-fim das empresas (art. 4º-A da Lei n. 6.019/74). A constitucionalidade dessa possibilidade foi confirmada de forma vinculante pelo STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324, na qual consignou o Tribunal: “É lícita a terceirização de toda e qualquer

atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada” (STF – ADPF n. 324 – Relator: Min. Roberto Barroso. Publicação: DJ-e n. 180, Ata n. 30, publicado em 31/08/2018).

Outro exemplo é a melhor definição do contrato de prestação de serviços, como se vê adiante.

## **2.2. O contrato de prestação de serviços e a empresa de prestação de serviços**

Conforme já exposto, o âmbito fático de aplicação da Súmula n. 331 do TST é a terceirização instrumentalizada por um contrato de prestação de serviços, algo que a própria súmula explicita em sua ementa: “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE”. Diante desse fato, a definição e a compreensão desse contrato tornam-se imperativas para a devida aplicação do enunciado, pois, se não houver uma terceirização ou um contrato de prestação de serviços, não há como se admitir a incidência do enunciado.

O contrato de prestação de serviços nos casos de terceirização tem previsão específica na Lei n. 6.019/74, com alterações promovidas pelas Leis n. 13.429/17 e 13.467/17.

Da leitura da legislação, pode-se afirmar que o contrato de prestação de serviços é o ajuste que consubstancia “[...] a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução” (art. 4º-A da Lei n. 6.019/74). Esse contrato, por lei, explicitará: I - a qualificação das partes; II - a especificação do serviço a ser prestado; III - o prazo para realização do serviço, quando for o caso; e, IV - o valor (art. 5º-B).

O instrumento contratual, ademais, é firmado exclusivamente com uma empresa de prestação de serviços, entidade jurídica que tem contornos legais bem definidos.

De fato, a partir do art. 4º-A da Lei n. 6.019/74, percebe-se que a empresa de prestação de serviços é aquela com capacidade econômica para executar, mediante contrato, quaisquer das atividades da contratante. Essa execução é dirigida pela empresa de prestação e é feita por meio de recursos humanos próprios ou de outras empresas subcontratadas.

O funcionamento de uma empresa prestadora de serviços, ademais, depende do adimplemento dos requisitos previstos no art. 4º-B da Lei n. 6.019/74:

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados – capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados – capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados – capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados – capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

A entidade prestadora de serviços, portanto, é indubitavelmente uma empresa, ostentando natureza de pessoa jurídica devidamente cadastrada e com registro na respectiva junta comercial. Deve possuir, ademais, um capital social adequado e proporcional à sua atuação no mercado, algo especialmente importante para preservar os direitos trabalhistas de seus funcionários e o adimplemento de suas obrigações civis.

Por fim, não se pode olvidar que, ao adentrar a seara pública, esse contrato também passa a se sujeitar às normas atinentes à Administração Pública, notadamente a Lei n. 8.666/93.

No âmbito administrativo, em que a lei determina as possibilidades do gestor, o alcance dos serviços cuja execução é contratada é limitada. Diz o art. 6º, II, da norma:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; [...]

Naturalmente, esses ajustes passam a ser precedidos também pela necessidade de licitação, procedimento pelo qual a própria lei, de certa forma, determina quem deverá prestar o serviço.

### **3. CONTRATOS E CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS E PANORAMA JURISPRUDENCIAL**

Como anunciado nos tópicos anteriores, são comuns julgamentos que aplicam a Súmula n. 331 do TST a situações fáticas que envolvem convênios, equiparando essa modalidade de ajuste jurídico ao contrato de prestação de serviços. Um exemplo desse entendimento vislumbra-se no recente julgado abaixo, oriundo da 2ª Turma do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. CULPA CARACTERIZADA. A jurisprudência desta Corte tem decidido em casos análogos que se mantém a responsabilidade subsidiária quando configurada a culpa in vigilando, mesmo no caso de haver sido formado convênio ou termo de parceria. Na hipótese, o Tribunal Regional, instância soberana na análise do conjunto fático-probatório dos autos, declarou a culpa do reclamado. Logo, o acolhimento das alegações do agravante, no sentido de que não teria agido com culpa e, por consequência, não poderia ser responsabilizado, demandaria nova análise de todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 126 desta Corte. Diante deste contexto,

a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público está em consonância com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula 331, V) e também do Supremo Tribunal Federal (ADC 16 e RE 760.931/DF), inviabilizando o presente agravo de instrumento, nos termos da Súmula 333 do TST e artigo 896, §7º, da CLT. Agravo de instrumento não provido.

(TST - AIRR - 1664-23.2015.5.09.0242. Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann. Data de Julgamento: 04/09/2018. Órgão: 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 06/09/2018)

O seguinte aresto da 7ª Turma do Tribunal Regional da 9ª Região também exemplifica bem o manuseio do enunciado sumular para convênios com base nos exatos pressupostos fáticos e jurídicos aplicáveis aos contratos de prestação de serviços:

EMENTA: CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO. CULPA CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A jurisprudência desta 7ª Turma firmou entendimento de que se mantém a responsabilidade subsidiária quando configurada a culpa in vigilando, mesmo no caso de haver sido firmado convênio de cooperação técnica ou termo de parceria pela Administração Pública. Caracterizada, no quadro fático constante dos autos, a culpa da Administração Pública na efetiva fiscalização do cumprimento do convênio formalizado com a prestadora de serviços e o inadimplemento de direitos decorrentes do contrato de trabalho, é possível reconhecer a sua responsabilização subsidiária, nos termos da ADC nº 16 do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Precedentes do STF e TST. Recurso ordinário do Município de Curitiba de que se conhece e a que se nega provimento.

(TRT da 9ª Região. Proc. nº 09509-2013-088-09-00-0-ACO-02972-2018; Órgão: 7ª Turma. Relator: ALTINO PEDROZO DOS SANTOS. Publicado no DEJT em 27/02/2018)

O manuseio irrestrito de um entendimento jurisprudencial relativo a um determinado conjunto fático (prestação de serviços) a outro conjunto fático (convênios, parcerias, concessões etc.) é uma rica fonte de iniquidades.

Essas injustiças, ademais, são agravadas pelo fato de já existirem normas vigentes e cogentes que determinam um tratamento contrário daquele que é conferido pela justiça.

A existência de normas específicas sobre um determinado assunto, seja na Lei n. 6.019/74 ou na Lei n. 8.666/93, já impede a analogia praticada pelo Judiciário, pois a integração do direito depende cumulativamente: a) de uma carência de previsão normativa (lacuna); b) de uma semelhança com caso já previsto na lei; e, c) que exista uma essencial semelhança entre os casos previsto e não previsto na norma<sup>8</sup>.

Como se revela a seguir, não há como encontrar, nas situações de convênio, qualquer um dos elementos que permitem a transposição analógica da norma relativa à terceirização.

### **3.1. Dos convênios administrativos**

Os contratos (como o de prestação de serviços) são acordos de vontades “livremente manifestadas pelas partes, estabelecendo direitos e obrigações recíprocas em relação a um determinado objeto. Por essência, o contrato é bilateral e comutativo, oneroso, em regra, podendo ser gratuito, por exceção”<sup>9</sup>.

Por esses instrumentos jurídicos, vontades contrárias se aproximam em um denominador comum, preferencialmente vantajoso para ambas, na busca de seus interesses distintos: o contratante público busca a finalidade pública, por meio da construção de uma obra pública, a conservação de uma via ou de um prédio público etc.; e, a empresa contratada busca o benefício financeiro por meio da utilização de seus recursos materiais e humanos, atendendo o cliente público ou privado.

A seu turno, o convênio difere intrinsecamente dos contratos.

De fato, por natureza esse ajuste relaciona-se com interesses afins e recíprocos, e o instrumento já nasce com uma pretensão colaborativa,

---

8 BEMQUERER, Marcos. *Introdução ao Direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

9 FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 387.

possuindo as partes, em regra, uma proximidade de objetivos sociais e finalidades institucionais.

Explica a doutrina:

O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

Define-se o convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei n. 8.666/93, quando, no art. 116, caput, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 22.<sup>10</sup>

Para MEDAUAR: “Convênio pode ser conceituado como o ajuste entre órgão ou entidades do Poder Público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”<sup>11</sup>.

Em igual sentido:

O convênio distingue-se do contrato administrativo. Celebra-se o primeiro com vistas à realização de objetivos de interesse comum, ou seja, os partícipes têm interesses compartilhados e coincidentes. Celebra-se o segundo para conciliar interesses diversos e opostos. No contrato há sempre duas partes (cada qual podendo desdobrar-se em mais de um signatário): uma pretende o objeto do ajuste

---

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 352.

11 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 232.

e a outra almeja a contraprestação correspondente. No convênio não há partes, mas partícipes com as mesmas pretensões.<sup>12</sup>

Para os autores, ademais, mesmo que seja expandida a figura do contrato administrativo por meio de uma interpretação mais ampla, a figura do convênio ainda não seria abrangida pelas suas peculiaridades:

Seja o contrato visto como uma concepção mais ampla, dele advindo o acordo, seja este a categoria genérica da qual advém a espécie contrato, indubitoso é que o vínculo jurídico estabelecido e disciplinado por convênio não supõe colaboração patrimonial entre os partícipes, e sim um *modus operandi* para se fixar a medida de uma sujeição jurídico-pública entre eles, visando à satisfação do interesse público.<sup>13</sup>

Assim, sequer se pode chamar o ente público de tomador de serviço. Aduz MARTINS: “O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços”<sup>14</sup>.

Esse viés colaborativo afasta a onerosidade típica dos contratos em geral, o que distancia ainda mais convênios e contratos. Além disso, a eventual movimentação financeira entre convenientes não exclui a natureza pública do dinheiro utilizado. Explica novamente Di Pietro:

d) no convênio, verifica-se a mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração, que constitui cláusula inerente aos contratos;

---

12 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de “administração consensual” na Gestão Pública do século XXI*: restrições em ano eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 57.

13 *Ibidem*, p. 58.

14 MARTINS, Sergio Pinto. *Convênio e responsabilidade subsidiária*. Revista Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, n. 381, 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=241752>>. Acesso em: 8 jan. 2019.

e) dessa diferença resulta outra: no contrato, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas; [...].<sup>15</sup>

Nesse cenário, as obrigações do Poder Público no convênio são distintas daquelas existentes no contrato administrativo. Trata-se de uma consequência do próprio art. 116 da Lei n. 8.666/93, que diz: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. O termo “no que couber” deixa claro que a principiologia geral dos ajustes públicos permanece, mas outros aspectos, como o formato da fiscalização, não são os mesmos.

A fiscalização do convênio, naturalmente, não abrange a análise dos contratos de trabalho mantidos pela entidade conveniente e seus trabalhadores. De fato, observe que a legislação que trata de entidades do terceiro setor não aponta nenhum dispositivo que traga à Administração Pública a competência ou o dever de aferir a idoneidade do gerenciamento de pessoal dessas entidades (Leis n. 9.637/98, 9.790/99 e 13.019/14).

Na realidade, existem inclusive dispositivos que determinam a inexistência de qualquer responsabilidade solidária ou subsidiária por eventuais dívidas dessas entidades perante seus trabalhadores, como no caso do art. 44, XX, da Lei n. 13.019/14:

Art. 44, XX – a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais

---

15 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, op. cit., p. 353.

relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução.

De fato, no termo de parceria firmado com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), no contrato de gestão firmado com organizações sociais (OS) e nos termos de colaboração e fomento firmados com organizações da sociedade civil (OSC), a fiscalização da Administração tem como foco a preservação da devida destinação do patrimônio público e dos bens públicos relacionados com a colaboração.

Assim, pode-se observar que há um distanciamento significativo entre convênios administrativos e contratos administrativos, categoria esta que inclui os já conhecidos contratos de prestação de serviços.

Os fatos e atos jurídicos subjacentes a cada uma dessas figuras, ademais, são distintos, com fenomenologias e práticas inerentemente diversas. São motivos simples que demandam uma apreciação legal e judicial própria para cada um deles, evitando-se a dissociação do direito perante o fato.

### **3.2. Da necessidade de distinção**

Como se delineou nos tópicos anteriores, a controvérsia discutida neste trabalho diz respeito à aplicação da Súmula n. 331 do TST a situações fáticas alheias ao seu adequado âmbito fático.

Concretamente, com base nas normas já estudadas e expostas, hoje concatenadas pelas modificações recentes à Lei n. 6.019/74 pelas Leis n. 13.429/17 e 13.467/17, pode-se delimitar com segurança as figuras da terceirização, da empresa prestadora de serviços e do contrato de prestação de serviços. Consequentemente, pode-se verificar com facilidade em que situações o enunciado é aplicável.

No momento em que o panorama fático não se enquadra no parâmetro definido na súmula para sua aplicação, esta simplesmente deve ser evitada.

### Explica a doutrina:

É preciso entender que, assim como o juiz precisa interpretar o texto legal para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*. Ao método de contraposição entre o caso concreto e o caso que ensejou o precedente dá-se o nome de distinção, *distinguishing* (ou *distinguish*), que deve ser realizado expressamente na fundamentação.<sup>16</sup>

De fato, o julgador, diante de uma situação fática de execução indireta de uma atividade pública, há de analisar se está diante de um contrato de prestação de serviços ou de um instrumento diverso. No segundo caso, verificando que a situação fática não se encaixa propriamente na previsão normativa, há de reconhecer a distinção, deixando de aplicar a Súmula n. 331 do TST, pelo simples fato de esta não ter relação com essas outras situações fáticas.

É o caso dos convênios, dos contratos de gestão, das concessões e de outras formas de parceria realizadas pelos entes públicos.

Essa inarredável distinção pode se fundamentar em vários aspectos fáticos e jurídicos.

Primeiramente, pode se sustentar na falta de conformação legal da terceirização. Com efeito, a Lei n. 6.019/74 delimita a terceirização pela contratação de prestação de serviços por empresa submetida aos critérios legais. Inexistindo uma pessoa jurídica de caráter empresarial, prestadora de serviços, já inexistente legalmente uma terceirização, inviabilizando-se a aplicação da súmula. Ou seja, ressalvadas as situações de degeneração da finalidade de uma pessoa jurídica, as atividades levadas por organizações sociais, organizações da sociedade civil e OSCIPs, por exemplo, não são prestação de serviços nem terceirização.

---

16 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 346.

Na mesma toada, se inexistir uma prestação de serviços em si, consubstanciada no contrato de prestação de serviços, não há propriamente espaço para a aplicação da súmula. Como se viu, a prestação de serviços é uma atividade onerosa realizada em prol do tomador e que se reveste de natureza tipicamente contratual. Nos convênios, não há tomador ou fruição de benefício realizado em benefício do ente público. Há, sim, a realização de atividades sociais que, em tese, podem ser realizadas diretamente por quaisquer um dos participantes, pois tais atividades circunscrevem-se simultaneamente nas finalidades dos participantes.

Isso já é feito sem maiores discussões no que diz respeito às empreitadas, existindo inclusive orientação jurisprudencial sobre o assunto (OJ n. 191, do TST).

Outro fato que impõe uma distinção é a disparidade entre os contornos da fiscalização em cada caso. Enquanto no contrato é necessário que a Administração fiscalize a manutenção das condições de habilitação (na qual se encontra a regularidade trabalhista), no convênio não há tal obrigação, recaindo a fiscalização exclusivamente sobre o objeto finalístico e sobre o direcionamento do patrimônio público. Na falta de uma determinação legal, não pode a Administração atuar em um convênio da mesma forma como atua em um contrato, sob pena de violar a legalidade constitucional (art. 37, *caput*, da Constituição).

Nesse contexto, há uma clara distinção, pois a fiscalização exigida do tomador público na Súmula n. 331, V, do TST, é uma fiscalização incompatível e distinta daquela aplicável aos convênios. Diante da distinção, afasta-se novamente a súmula em comento.

De uma forma geral, seria muito mais coerente aplicar aos casos de convênio o entendimento firmado na Orientação Jurisprudencial n. 185, da SDI-1 do TST:

OJ-SDI1-185 CONTRATO DE TRABALHO COM A ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MESTRES – APM. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA DO ESTADO. Inserida em 08.11.00 (inserido dispositivo, DJ

20.04.2005)

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador.

Observada a realidade fática com atenção, percebe-se que a extrapolação da Súmula n. 331, vislumbrada nos arestos citados, é uma medida inadequada e contrária à legislação vigente, persistindo por uma injustificada resistência de órgãos judicantes.

Por fim, o entendimento exposto é fielmente resumido por Martins: “Não existe responsabilidade subsidiária do ente público quando celebra convênio com outras instituições, seja por falta de previsão legal ou pelo fato de que o convênio não é exatamente uma prestação de serviço”<sup>17</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio buscou angariar elementos para realizar uma leitura crítica da Súmula n. 331 do TST, com base no atual contexto jurídico, hoje marcado por uma legislação mais robusta sobre terceirização (Lei n. 6.019/74), guiada pelas Leis n. 13.429/17 e 13.467/17, por pronunciamentos relevantes do STF (RE n. 760.931, ADPF n. 324 e ADC n. 16) e pelo amadurecimento da legislação aplicável a certas formas de convênio (Leis n. 9.637/98, 9.790/99 e 13.019/14).

Feitas ponderações iniciais sobre a evolução da terceirização na legislação e jurisprudência pátrias, o trabalho passou a se debruçar sobre os elementos que, em essência, delimitam juridicamente a terceirização no direito brasileiro. Em face dessa definição, buscou-se a comparação

---

17 MARTINS, Sergio Pinto. *Convênio e responsabilidade subsidiária*. Revista Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, n. 381, 2015, on-line.

imediate com a figura do convênio administrativo, concluindo-se por um distanciamento significativo entre as duas situações fático-jurídicas.

O reconhecimento dessa inexorável distinção determina, na melhor forma de aplicação do direito, a inaplicabilidade da Súmula n. 331 do TST para os casos em que entidades públicas firmam convênios com outros entes públicos ou com a iniciativa privada.

Entendimento contrário, visível com frequência na Justiça do Trabalho, além de carecer de adequada sustentação jurídica, revela-se arbitrário e diretamente contrário à legislação vigente, sendo capaz de perpetrar injustiças pela indevida generalização de um enunciado para situações diversas, sob a justificativa genérica de garantir o sucesso da execução trabalhista.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BEMQUERER, Marcos. *Introdução ao Direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. *Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. 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: 8 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974*. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983*. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7102.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014*. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm)>. Acesso em 12 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017*. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. Convênio e responsabilidade subsidiária. *Revista Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, n. 381, 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=241752>>. Acesso em: 8 jan. 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de “administração consensual” na Gestão Pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

VIEIRA, Zânia Maria Rios Aguiar. *Metamorfose no trabalho industrial: um estudo sobre os impactos da terceirização na cultura organizacional*. Rio de Janeiro: E-papers, 2009.



---

DIREITO  
DO ESTADO  
EM DEBATE

EDIÇÃO COMEMORATIVA  
10 ANOS

REVISTA JURÍDICA  
DA PROCURADORIA-GERAL  
DO ESTADO DO PARANÁ

2019

---



A Revista Direito do Estado em Debate é uma publicação da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná destinada a fomentar o debate, no meio jurídico, de temas relacionados ao Direito do Estado em toda a sua amplitude.

A dinâmica do Direito do Estado e a incessante produção legislativa pátria reclamam, sempre, novos espaços para a divulgação de temas e cenários do cotidiano jurídico brasileiro. A Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, por meio desta Revista, também cumpre importante parcela de sua função institucional, ao franquear a publicação de artigos, pareceres, jurisprudência comentada e verbetes de autoria de representantes das diversas carreiras jurídicas existentes no país, selecionados pelo sistema de pares e *double blind peer review*.

O leitor, cioso da imprescindibilidade da investigação cuidadosa do Direito e da atualização constante, certamente terá à frente temas essenciais para formar suas conclusões sobre os rumos do Direito do Estado no país.

Em 2019, a Revista Direito do Estado em Debate chega à 10. edição e, em comemoração, reúne artigos de diversos convidados, Procuradores do Estado do Paraná (aposentados e em atividade) e ex-integrantes da carreira. Contempla ainda trabalhos encaminhados para aprovação do Conselho Editorial.



Procuradoria-Geral do Estado do Paraná

Rua Paula Gomes, 145 - São Francisco - CEP 80510-070 - Curitiba - PR

Tel. (41) 3281-6300

[www.pge.pr.gov.br](http://www.pge.pr.gov.br)